



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Negro Alvarado, Dante Mauricio

Los avances más recientes en la protección de los derechos humanos del grupo LGBTI
en el ámbito interamericano

Derecho PUCP, núm. 73, julio-noviembre, 2014, pp. 155-183

Pontificia Universidad Católica del Perú
Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656136008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Los avances más recientes en la protección de los derechos humanos del grupo LGBTI en el ámbito interamericano*

The latest progress in human rights protection of LGBTI community in the Inter-American field

DANTE MAURICIO NEGRO ALVARADO*

Resumen: El artículo describe los principales avances que han contribuido a visibilizar la temática de las Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis e Intersexuales (LGBTI) a nivel interamericano. Para ello, comienza con el análisis de algunas cuestiones conceptuales que son transversales al tema y discute la importancia que tiene la inclusión de varios compromisos políticos y declaraciones en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA referentes a la protección de la comunidad LGBTI. Si bien aún pocos casos han llegado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, algunos casos emblemáticos han merecido el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que ya genera una jurisprudencia interesante sobre el tema. Finalmente, el texto aborda el contenido de la más reciente Convención Interamericana sobre derechos humanos adoptada por la Asamblea General de la OEA en 2013, la cual incluye dentro de su ámbito de aplicación al colectivo LGBTI. Así, dicha Convención constituye el primer tratado regional en vigor referido a la materia.

Palabras clave: grupo LGBTI – OEA – Resoluciones de la Asamblea General – Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Convenciones Interamericanas

Abstract: The text describes the main progress in depicting the LGBTI topic in the Inter-American area. It begins with the analysis of some conceptual issues that are crossed to the topic and discuss the importance of including political commitments and statements in the resolutions adopted by the General Assembly of OAS (Organization of American States) related to the LGTBI community protection. Even though, a few cases have gone to the Inter-American Commission on Human Rights, some landmark cases have deserved the Inter-American Court of Human Rights opinion. This produces an interesting case law on the matter. Finally, the text covers the latest Inter-

* El presente trabajo se terminó de elaborar en agosto de 2014, expresa las opiniones personales de su autor y para nada compromete a la entidad para la cual trabaja y/o representa.

** Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde siguió además estudios de posgrado en Derecho Internacional Económico. Máster en Derecho Internacional y en Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame, Indiana. Director del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington, D.C., y profesor en la Maestría en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá, España. Es miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional (IHLADI), del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEI-PUCP) y de la American Society of International Law. Ha escrito numerosos artículos en temas de derecho internacional y sistema interamericano. Correo electrónico: dnegro@oas.org

American Convention on human rights adopted by the General Assembly of OAS in 2013, which includes the LGBTI community. That Convention constitutes the first regional treaty in force on the matter.

Key words: LGBTI Group – OAS – General Assembly resolutions – Inter-American Commission of Human Rights – Inter-American Court of Human Rights – Inter-American Conventions

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ¿POR QUÉ LAS SIGLAS LGBTI? .– III. LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA.– IV. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL GRUPO LGBTI.– V. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL GRUPO LGBTI.– VI. LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS SOBRE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA.– VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema interamericano siempre se ha caracterizado por ir a la vanguardia en el desarrollo normativo de temas sobre derechos humanos en comparación con otras regiones. Existen áreas en las que se ha logrado desarrollar una extensa normativa y una rica jurisprudencia, lo que a su vez ha derivado en bases amplias para una mayor protección de los derechos humanos de ciertos sectores vulnerables de la sociedad, aunque un mayor esfuerzo y compromiso en el ámbito de la implementación sigue siendo un reto pendiente. Lo mismo ha venido sucediendo con la temática de la orientación sexual, la identidad y la expresión de género que ha venido experimentando en los últimos años un avance interesante a nivel de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

En las siguientes páginas vamos a describir cuáles han sido esos avances y cómo se han desarrollado algunos de los procesos que han contribuido a visibilizar la temática. En primer lugar, abordaremos algunas cuestiones conceptuales que orientarán el contenido de nuestro artículo. Analizaremos la importancia que ha tenido la inclusión de sendos compromisos políticos y declaraciones en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA por parte de los Estados miembros, los cuales han consagrado determinados estándares o referentes de protección de la comunidad LGBTI. Aunque aún pocos, los casos que han llegado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que esta ha referido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos son emblemáticos y ya empiezan a generar una jurisprudencia interesante de necesaria referencia para los actores del sistema. Finalmente, abordaremos el contenido de la más reciente Convención Interamericana sobre derechos humanos adoptada por la Asamblea

General de la OEA en 2013, la cual incluye dentro de su ámbito de aplicación al colectivo LGBTI. Veremos cómo la mayoría de sus disposiciones se podrían aplicar de manera directa a este grupo una vez que dicho instrumento jurídico haya sido ratificado por los Estados miembros de la Organización, constituyéndose de esta manera en el primer tratado regional en vigor referido a la materia¹.

El presente artículo no pretende agotar la discusión que se lleva a cabo actualmente en los más variados niveles y estamentos, ni tampoco abordará los esfuerzos importantes que se han realizado a nivel europeo o en las legislaciones internas de los países del hemisferio. El objetivo es presentar los más recientes desarrollos de este tema en el sistema interamericano, los cuales no se pueden desconocer si se pretende tener una opinión sustentada, cualquiera sea ella, en las futuras discusiones que se produzcan. Las decisiones internas que los países adopten sobre la temática de la orientación sexual, la identidad y la expresión de género no pueden pasar por alto los compromisos políticos y jurídicos que los países han ido asumiendo a nivel internacional en la última década y los cuales pasaremos a desarrollar en las próximas páginas.

Este artículo viene a complementar uno anterior que presentamos hace algunos años². Si vemos el contenido de ambos, veremos que en los últimos cuatro años la temática se ha desarrollado de manera amplia y vertiginosa. Sin embargo, algunas ideas esenciales a las cuales nos referimos en ese momento permanecen inalterables. Así, por ejemplo, el principio de la universalidad de los derechos humanos, según el cual todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos; y el principio de la no discriminación, según el cual todos esos derechos humanos se deben aplicar por igual a todos los seres humanos. De allí, concluíamos en aquella oportunidad que la aplicación de esos derechos debe ser independiente de la orientación sexual, la identidad o la expresión de género de las personas. Señalábamos que, dentro de ese marco, se derivaban una serie de consecuencias jurídicas que obligaban a los Estados y a las personas en general a reconocer y facilitar el ejercicio de aquellos derechos en el caso específico de las personas LGBTI³.

1 En efecto, en la práctica, la discriminación por razones de orientación sexual ha sido prohibida en algunos casos por medio de la interpretación de diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, considerándola por ejemplo bajo la categoría de «otra condición social» o, de manera más forzada, dentro de la categoría de «género» o «sexo». Sin embargo, la referencia explícita a la orientación sexual como factor o motivo prohibido de discriminación no ha sido considerada de manera directa en los tratados internacionales. Una excepción importante es el Tratado de Ámsterdam, por el que se modificó en 1997 el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, el cual expresamente contempla la discriminación por razones de orientación sexual.

2 NEGRO, Dante. «Orientación sexual, identidad y expresión de género en el sistema interamericano». *Agenda Internacional*, XVII, 28 (2010), pp. 153-175.

3 Ibidem.

II. ¿POR QUÉ LAS SIGLAS LGBTI?

Las siglas LGBTI son hoy en día generalmente utilizadas para referirse a un sector de la población integrado por personas lesbianas, gay, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero e intersex. Si bien cada uno de estos colectivos tiene particularidades específicas, así como necesidades propias, en materia de protección de derechos humanos, las siglas pretenden reunir bajo la misma denominación a un grupo de personas cuyos derechos humanos han sido históricamente desconocidos. Según los países a los que nos refiramos, la situación del grupo LGBTI y los desafíos que enfrenta incluyen altos índices de violencia e impunidad relacionada; discriminación en el acceso a los servicios de salud y justicia, así como en el acceso a la educación, al sector laboral y a la participación política; la penalización por el simple hecho de ser gay o lesbiana o tener relaciones íntimas con personas del mismo sexo; la dificultad de formar relaciones estables con toda la protección legal que tienen las personas heterosexuales; entre muchos otros problemas. Además, la invisibilidad de las violaciones a los derechos humanos de las personas LGBTI hace más apremiante su situación.

Una primera aproximación a esta temática debe iniciarse, sin lugar a dudas, con un intento por entender los diferentes conceptos relacionados con este tema⁴. Así, debemos tener en cuenta que el concepto «sexo» es solo un dato biológico y se refiere a la identidad anatómica o biológica de una persona como hombre o como mujer, sin olvidar que existen personas «intersex», que son aquellas que nacen con características genéticas o cromosómicas que no encajan en las definiciones típicas de hombre o mujer, características que pueden o no manifestarse al momento del nacimiento.

Adicionalmente al concepto de «sexo», encontramos el concepto de «género», el cual es más bien una construcción social. En efecto, el género se refiere a una construcción de femineidad o masculinidad que varía según el tiempo y lugar y se construye más a través de conductas aprendidas que innatas. De ello se deriva la concepción de que ciertas conductas o hábitos en una persona son «femeninos» o «masculinos». La «identidad de género» se refiere a la autoidentificación de una persona con relación a dicha construcción social. Una persona puede tener una identidad de género que no corresponda a determinadas características físicas, como queda cada vez más en evidencia en nuestros días. Complementariamente, la «expresión de género» se refiere a la expresión a través del vestido, la conducta, la postura, las interacciones sociales, entre otros aspectos, de dicha autoidentificación de una persona como

⁴ Las siguientes definiciones han sido tomadas, en parte, de Global Rights: Partners for Justice. «Demanding Credibility and Sustaining Activism: a Guide to Sexuality-Based Advocacy». Washington, DC: 2008, pp. 12-14.

hombre o mujer, saliendo de su ámbito privado de autoidentificación al ámbito público de la expresión.

La «orientación sexual» es independiente del sexo y del género. Se refiere, más bien, a la dirección de la atracción sexual, afectiva y emocional de un individuo, la cual lo define como heterosexual (atracción por personas del sexo opuesto), homosexual (atracción por personas del mismo sexo) o bisexual (atracción por personas de ambos sexos).

Las diferentes categorías aquí descritas y otras que no hemos abordado⁵ abren en tan amplia medida un abanico de posibles situaciones, cada una distinta de las otras y con particularidades y necesidades específicas, que la propia Asamblea General de la OEA en 2011 solicitó, tanto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como al Comité Jurídico Interamericano, sendos estudios sobre las implicaciones jurídicas y los desarrollos conceptuales y terminológicos relativos a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género; y encomendó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la OEA que incluya en su agenda la consideración del resultado de los estudios solicitados⁶.

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD

III. LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA

La primera vez que la OEA adoptó una decisión política expresamente referida al colectivo LGBTI fue durante el 38 período ordinario de sesiones de la Asamblea General⁷ celebrada en Medellín, Colombia, en junio de 2008. En dicha ocasión, los Estados miembros adoptaron la resolución AG/RES.2435 (XXXVIII-O/08), en la cual, de manera muy sucinta, dicho órgano manifestó su preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. Además, encargó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente⁸ que incluya en su agenda el tema «derechos humanos, orientación sexual e identidad de género».

5 Para una definición sobre otros conceptos como intersex, transgénero y transexual, referirse a NEGRO, Dante. «Orientación sexual, identidad y expresión de género en el sistema interamericano».

6 Dicho mandato fue cumplido tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por el Comité Jurídico Interamericano. Al respecto, ver «Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes». Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en cumplimiento de la resolución AG/RES.2653 (XLI-O/11); «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género». Documento OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.166/12 del 23 de abril de 2010; y «Orientación sexual, identidad de género y expresión de género». Documento CJI/doc.447/14.

7 La Asamblea General es el órgano supremo de la OEA y el que decide la acción y políticas generales de la Organización.

8 El Consejo Permanente es el órgano político permanente de la OEA y es el que se encarga de implementar los mandatos de la Asamblea General. Lo hace a través de sus comisiones y grupos de trabajo. Una de dichas comisiones es la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos.

Varios aspectos de esta primera manifestación política del organismo hemisférico nos llaman la atención. En primer lugar, es de subrayar la forma tan general en que se «manifiesta una preocupación», cuando con relación a otros temas la Asamblea General suele «condenar» ciertas acciones o situaciones. En segundo lugar, la Asamblea General no se refirió a *todas* las violaciones de los derechos humanos de las personas LGBTI, sino únicamente a aquellas relacionadas con los actos de violencia contra este colectivo. En efecto, esta primera resolución expresó su preocupación por ciertos actos de violencia cometidos contra determinadas personas a causa de su orientación sexual en algunos países del hemisferio, sin llegar a abordar el tema amplio de los derechos humanos de las personas LGBTI. Coincidentemente, algunos países se habían referido de manera expresa a la imposibilidad de reconocer en un documento los derechos humanos de las personas LGBTI por las posibles inconsistencias que esto pudiera representar con relación a sus normas constitucionales. Finalmente, es importante notar que la Asamblea General dejó de lado de manera expresa cualquier referencia al término «expresión de género», ya que algunos países sostenían que reconocían el derecho de las personas a tener una orientación sexual y una identidad de género específica, siempre y cuando quedaran circunscritas al ámbito privado de dicha persona sin llegar a expresar dicha orientación e identidad. Es fácil desde ya entender la necesidad de que dicha visión fuese superada con el correr de los años, debido a lo esencial y primordial que es la libertad de una persona de poder expresar su propia auto-identificación⁹. En efecto, creemos que la orientación sexual y la identidad de género que cada persona define para sí son esenciales para la dignidad de dicha persona, y no solo no deben ser motivo de discriminación o abuso, sino que debe considerarse que la expresión de ambas es un aspecto fundamental para la autodeterminación de la persona (identidad individual), la dignidad, la humanidad y la libertad.

No obstante todo lo expresado, lo más importante que destacar es que, desde el año 2008, la Asamblea General de la OEA siguió aprobando todos los años y de manera consistente una resolución sobre la temática, pero, sobre todo, fue avanzando progresivamente en el contenido de las mismas¹⁰. Como veremos más adelante, esto no estuvo exento de complejas negociaciones y tuvo un impacto en los consensos con los cuales se busca adoptar siempre estos instrumentos¹¹. Pero lo esencial

9 Algunos especialistas en la materia proponen incluso la necesidad de referirse al concepto de «expresión de género real o percibida», de modo tal que se pueda incluir a personas que, aunque tienen características sexuales que corresponden a otro sexo, no se identifican con el colectivo LGBTI y pueden, sin embargo, ser víctimas de discriminación.

10 Ver las resoluciones posteriores: AG/RES.2504 (XXXIX-O/09) de 2009; AG/RES.2600 (XL-O/10) de 2010; AG/RES.2653 (XLI-O/11) de 2011; AG/RES.2721 (XLII-O/12) de 2012; AG/RES.2807 (XLIII-O/13) de 2013; y la más reciente resolución AG/RES.2863 (XLIV-O/14) de 2014.

11 En efecto, si bien existen reglas claras sobre las mayorías con las que se adoptan las decisiones dentro de los órganos políticos de la OEA, entre ellos la Asamblea General, los Estados miembros

es que, en 7 años, la OEA avanzó mucho más que en otros temas en la consolidación de estándares de gran importancia para el colectivo LGBTI.

La más reciente resolución de la Asamblea General, adoptada durante su 44 período ordinario de sesiones celebrado en Asunción, Paraguay, en junio de 2014, es una muestra de dicho desarrollo. En efecto, el máximo órgano de la Organización ya no solo manifestó «preocupación» por ciertas conductas o situaciones, sino que «condenó» todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género. En un párrafo similar, condenó además los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra estas personas. En solo dos párrafos resumió así los avances necesarios en el tratamiento del tema, al incluir ya el concepto de «expresión de género» y al dejar de circunscribir las violaciones de derechos humanos contra este colectivo a los actos de violencia contra estas personas, considerándolos como dos categorías o situaciones diferentes. Es decir, al mismo tiempo que condenaba los actos de violencia, reconocía en un plano más general los derechos humanos de las personas LGBTI, la posibilidad de que los mismos fuesen violados y que dichos actos merecían consecuentemente una condena.

Dado que las resoluciones de la Asamblea General son expresiones políticas de los compromisos generales que están dispuestos a asumir los Estados miembros de la OEA, una individualización de dichos derechos humanos y su contenido aún no ha sido consagrada de manera específica en estos instrumentos, pero, como veremos más adelante, dicho desarrollo se ha venido plasmando a través de otros mecanismos paralelos.

No obstante ello, sí podemos encontrar en las resoluciones un esbozo de la dirección que los Estados miembros están tomando en la temática y los cimientos sobre los que se puede ir construyendo el andamiaje jurídico hemisférico en materia de derechos humanos de las personas LGBTI. Así, por ejemplo, en la resolución de 2014 se insta a los Estados miembros a que eliminen las barreras que enfrentan las personas LGBTI en el acceso equitativo a la participación política y a otros ámbitos de la vida pública, y a evitar interferencias en la vida privada de estas personas. Además, se insta a los Estados miembros a asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.

Ya en el ámbito de las políticas públicas, también se alienta a los Estados miembros a que consideren la adopción de políticas contra la

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD

de la Organización procuran adoptar sus decisiones por consenso, es decir, sin que exista oposición activa por parte de ninguno de ellos con relación a la decisión final.

discriminación de personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género y se les insta a que fortalezcan sus instituciones nacionales con el fin de prevenir e investigar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género. Incluso, se incluye un llamado para que los Estados produzcan datos sobre la violencia homofóbica y transfóbica¹² con miras a promover políticas públicas que protejan los derechos humanos de las personas LGBTI.

En temas más específicos, la Asamblea General instó a los Estados miembros a que aseguren una protección adecuada a los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra las personas LGBTI. Incluso, se instó a los Estados miembros a que aseguren una protección adecuada a las personas intersex y a que implementen políticas y procedimientos que aseguren la conformidad de las prácticas médicas con los estándares reconocidos en materia de derechos humanos.

La Asamblea General también estableció algunos mandatos para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la temática. Así, le solicitó prestar particular atención a su plan de trabajo denominado «Derechos de las personas LGBTI» y continuar el trabajo de preparación de un informe hemisférico sobre la materia. También le solicitó continuar la preparación de un estudio sobre leyes y disposiciones vigentes en los Estados miembros de la OEA que limiten los derechos humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad o expresión de género y que, sobre la base de este estudio, elabore una guía con miras a estimular la despenalización de la homosexualidad y de prácticas relacionadas a la identidad o expresión de género.

Tanto el informe hemisférico sobre la temática como el estudio sobre la legislación vigente en los Estados miembros constituirán documentos de referencia importantes para examinar la situación global del colectivo LGBTI en el hemisferio en diferentes ámbitos. Por su parte, la guía legislativa será una herramienta importante para procurar la despenalización de la homosexualidad y de prácticas relacionadas, las cuales desafortunadamente en algunos países del hemisferio siguen siendo objeto de persecución y encarcelamiento. Confiamos en que dichos estudios puedan estar listos lo antes posible como una herramienta adicional para la adopción de legislación y políticas públicas en los Estados miembros de la Organización.

¹² La transfobia es la aversión obsesiva hacia las personas transexuales o transgénero, es decir, el miedo irracional, incomodidad y rechazo sistemático a las personas que cambian su género fisiológico de masculino a femenino y viceversa.

Finalmente, y no por eso menos importante, la resolución de la Asamblea General exhorta a los Estados miembros a formar parte de los instrumentos interamericanos en materia de protección de derechos humanos, incluida la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, de muy reciente adopción, de la cual nos ocuparemos, debido a su importancia con relación a este tema, más adelante.

Somos de la opinión de que, con estas resoluciones, la Organización de los Estados Americanos ha superado en contenido la declaración que en su momento fue uno de los instrumentos más importantes que sobre el tema existió. Nos referimos a la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2008, la primera en su género en el marco de dicha Organización¹³.

Luego de haber revisado el contenido sustancial de las resoluciones de la Asamblea General de la Organización y de los estándares jurídicos que ellas han incorporado, no podemos dejar de hacer referencia a un asunto procedimental de la mayor importancia. Nos referimos a las notas a pie de página que, consistentemente, algunos Estados miembros vienen colocando en las resoluciones referidas a este y a otros temas.

Como hemos repetido varias veces en otras oportunidades¹⁴, la importancia fundamental de las resoluciones de la Asamblea General radica en que, si bien son compromisos políticos que no necesariamente pueden considerarse vinculantes jurídicamente con relación a los Estados miembros de la OEA, el hecho de que sean adoptadas mayormente por consenso, es decir, sin oposición activa por parte de alguno de ellos, es evidencia de una voluntad manifiesta y específica en un determinado sentido con relación a un tema particular. En ese sentido, a primera vista se podría entender que las notas a pie de página incluidas en las resoluciones por parte de algunos países podrían romper dicho consenso y reducir sustancialmente el valor de los acuerdos políticos logrados.

Por ejemplo, en 2014, mediante nota a pie de página a la resolución AG/RES.2863 (XLIV-O/14), «Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género»¹⁵, San Vicente y las Granadinas expresó no poder unirse al consenso por considerar que el término

13 Este instrumento fue presentado por Francia en diciembre de 2008 y respaldado por la Unión Europea. Debido a que no alcanzó el de votos necesario para su aprobación como resolución, fue leída como declaración por parte de Argentina, en nombre de 66 países miembros de la ONU, siendo esta la primera vez que se leía una declaración sobre este tema en la marco de la Asamblea General de la ONU. Se debe destacar que la misma provocó una declaración en sentido opuesto promovida por países árabes y leída inmediatamente por la República Árabe de Siria.

14 NEGRO, Dante: «Introducción al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos». Papeles de Trabajo de la Defensa Pública 6. Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.

15 «Declaraciones y Resoluciones aprobadas por la Asamblea General (versión provisional sujeta a revisión de la Comisión de Estilo). Cuadragésimo cuarto período ordinario de sesiones, Asunción, Paraguay, del 3 al 5 de junio de 2014». OEA/Ser.P, AG/doc.5480/14, 10 de junio de 2014.

«expresión de género» no estaba plenamente definido ni aceptado en el ámbito internacional, considerando además que la terminología está sumamente matizada y carece actualmente de definición en su legislación nacional. Adicionalmente, indicó que, en virtud de que el debate sobre los derechos humanos de las personas LGBTI se está llevando a cabo en el marco de las Naciones Unidas, el discurso en el seno de la OEA debía limitarse solamente a los textos que han sido reconocidos o aprobados en el organismo mundial. Más o menos en el mismo sentido, Jamaica indicó no poder unirse al consenso por considerar que el término «expresión de género» es ambiguo y puede imponer un sistema de valores sobre otro. Además, indicó que dicho término y otros términos novedosos utilizados en el texto de la resolución no han alcanzado aceptación internacional y no están definidos en la legislación nacional de Jamaica. Santa Lucía se refirió también a la imposibilidad de unirse al consenso para aprobar la resolución porque el término «expresión de género» no está plenamente definido ni aceptado en el ámbito internacional, además de estar sumamente matizado y carecer actualmente de definición en su legislación nacional.

Surinam también consideró que no estaba en posibilidad de unirse al consenso, por el hecho de que algunos términos y elementos tratados en la resolución requieren un más amplio debate en el ámbito nacional. Similarmente, Guyana indicó que varios de los temas que se abordan en la resolución están actualmente sujetos a deliberaciones en el seno de un Comité Selecto Especial de su Asamblea Nacional. Asimismo, Barbados expresó su incapacidad de unirse al consenso en virtud de que varios de los temas y términos contenidos en la resolución no están contemplados en sus leyes nacionales ni son objeto de un consenso nacional. Belice indicó también mediante nota a pie de página que no podía unirse al consenso en virtud de que varios de los temas y principios que contiene la resolución son en este momento, directa o indirectamente, objeto de procesos jurídicos ante la Corte Suprema de ese país. Trinidad y Tobago, por su parte, señaló que no podía apoyar la resolución debido a que, no obstante el hecho de que raras veces se aplica esta legislación, el Decreto sobre Delitos Sexuales número 31 del año 2000 establecía que los actos de sodomía, ya sea entre parejas del mismo sexo o heterosexuales, eran ilícitos.

Mediante nota de pie de página, también Guatemala, entre otros puntos, consideró que el no reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo no constituye una práctica discriminatoria y que, por lo tanto, se desasociaba de aquellas partes de la resolución incompatibles que contravenían su legislación nacional vigente y se reservaba la interpretación de los términos empleados en la resolución. Ecuador, en el mismo sentido, consideró mediante nota a pie de página que el no reconocer el matrimonio legal entre personas del mismo sexo

no constituye una práctica discriminatoria. Debemos notar, sin embargo, que las resoluciones de la Asamblea General en ningún momento se refieren de forma específica al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por su parte, Paraguay expresó en general su reserva sobre el texto de la resolución y Honduras indicó no considerarse obligada por ninguna disposición contenida en la resolución que pudiera contravenir las disposiciones de otras convenciones internacionales o su legislación interna. Panamá indicó que aplicará la resolución en función de las disposiciones contenidas en su Constitución Política.

Finalmente, Estados Unidos también colocó una nota a pie de página haciendo referencia a la Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, recordando su oposición sistemática a la negociación de nuevos instrumentos jurídicamente vinculantes contra el racismo, la discriminación racial y otras formas de discriminación o intolerancia, en la medida en que algunas de estas disposiciones pueden debilitar o hasta ser incompatibles con las protecciones que ya ofrece el derecho internacional de los derechos humanos, siendo mucho más conveniente dedicar recursos a identificar medidas prácticas para combatir el racismo, la discriminación racial y otras formas de discriminación e intolerancia, incluidas prácticas óptimas en forma de leyes nacionales y una mejor implementación de los instrumentos internacionales existentes. En efecto, el resolutivo 9 de la resolución de 2014 exhortaba a los Estados miembros que aún no lo han hecho a que consideren, según sea el caso la adhesión a, o la firma o la ratificación de, los instrumentos interamericanos en materia de protección de derechos humanos, incluida la Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Dada la importancia de la misma para el tema LGBTI, dedicaremos más adelante un punto específico a examinar su contenido.

En suma, pues, 14 notas a pie de página de un total de 34 Estados que estuvieron reunidos en ocasión de la Asamblea General en 2014. ¿Qué nos indica esto y qué peso político o jurídico tiene una resolución adoptada en estas circunstancias?

En primer lugar, debemos señalar que las notas a pie de página no están reglamentadas en ningún documento aplicable a la Asamblea General sobre la toma o adopción de decisiones, sea la Carta de la OEA o el propio reglamento de la Asamblea General. Tampoco están contempladas ni en el estatuto ni en el reglamento del Consejo Permanente, instrumentos que podrían aplicarse de manera supletoria. En buena cuenta, pues, técnicamente las notas a pie de página no tienen ningún valor jurídico fuera del hecho de expresar la posición específica de un determinado país.

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD

Debemos notar que el artículo 81 del reglamento de la Asamblea General establece que las delegaciones que deseen formular *declaraciones* acerca de las resoluciones de la Asamblea General deberán comunicar los respectivos textos a la Secretaría para que esta los ponga en conocimiento de las delegaciones a más tardar en la sesión plenaria en que fuere sometido a votación el respectivo instrumento. Dichas declaraciones, por otro lado, deben constar en las actas correspondientes¹⁶.

Aun cuando podamos admitir que las notas a pie de página pueden asimilarse a las declaraciones contempladas en el reglamento de la Asamblea General, una interpretación que no necesariamente cuenta con los argumentos necesarios para ser aceptada, estas deberían constar en las actas y no en el texto de las resoluciones. Por otro lado, no podrían incluirse después de haber sido sometida a consideración y votación la resolución respectiva, como ha ocurrido en algunos casos en que algunos países han dirigido el texto de su nota a la Secretaría con posterioridad a la adopción de la decisión o se han limitado a informar en un determinado momento que presentarían una nota a pie de página pero no han dado a conocer el contenido de la misma. Pero lo más importante es que incluso una declaración implica una simple manifestación de voluntad de señalar una posición. En ningún caso, como tampoco podría suceder por analogía con las notas a pie de página, podría excluir ni modificar los efectos jurídicos de la resolución, mucho menos si la resolución ha sido previamente aprobada por consenso, como suele suceder con la mayoría de las resoluciones y sucedió en efecto con la resolución AG/RES.2863 sobre el tema.

En efecto, en la práctica, los proyectos de resolución negociados son sometidos a la aprobación de los Estados miembros reunidos en la Asamblea General en la última sesión plenaria que se realice, en la mayoría de los casos por consenso, sin necesidad de recurrir a una votación. En caso de no existir oposición activa, se entiende que la resolución de que se trate se ha aprobado por consenso. En caso de que un país o grupo de países no estuvieran de acuerdo en unirse a dicho consenso, tendrían que expresarlo manifestamente antes de la aprobación respectiva y, en todo caso, solicitar que el texto sea sometido a votación. De no hacerlo así, la resolución se debe considerar consensuada. Resultaría sumamente contradictorio aceptar que una resolución adoptada mediante dicha modalidad apareciera luego con notas a pie de página de países que afirman no unirse a dicho consenso, máxime si dichas notas no están reguladas ni reconocidas por ningún instrumento jurídico aplicable y son más bien producto de una práctica cuyas consecuencias legales no están aún claramente definidas.

¹⁶ Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. «Reglamento de la Asamblea General». OEA/Ser.P/I.1 rev.13, 18 de octubre de 2000. Washington, DC.

Todo esto nos lleva a señalar que, sin desconocer la práctica de la inclusión de las notas a pie de página en algunas resoluciones de la Asamblea General por ser una «realidad que se ha impuesto» en los últimos años en el seno de dicha Asamblea, el valor jurídico que de ellas se desprende no puede trasgredir ni contradecir la normativa vigente, la cual ha sido aprobada por los propios Estados miembros. En ese sentido, más que describir una posición específica, la existencia de la misma no puede llevarnos a concluir que una resolución no ha sido aprobada por consenso, aunque así lo diga el texto de la propia nota. Una falta de consenso solo puede ser expresada a través de un proceso específico de votación que determine qué países están a favor y qué países están en contra de una resolución. Hasta el momento, pues, las resoluciones de la Asamblea General en el tema de orientación sexual, identidad y expresión de género deben considerarse jurídicamente como textos que gozan del consenso de todos los Estados miembros de la Organización.

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD

IV. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL GRUPO LGBTI

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha venido ocupándose cada vez más de los derechos humanos del colectivo LGBTI, sobre todo a través de sus visitas a los países y la celebración de audiencias temáticas, de las cuales hasta el momento ha habido tres. En ese sentido, la CIDH incluyó en su Plan Estratégico de 2011 acciones específicamente enfocadas en las personas LGBTI¹⁷.

Tras la creación de una Unidad sobre la temática LGBTI en noviembre de 2011, la CIDH creó en 2013 una Relatoría para los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, que trabaja en torno a tres pilares principalmente: el tratamiento de casos y peticiones individuales, la asesoría a los Estados miembros de la OEA y a los órganos políticos de la OEA en esta temática, y la preparación de un informe hemisférico sobre los derechos humanos de estas personas¹⁸.

En cuanto al tema de las peticiones, la CIDH ha admitido desde el año 1999 tres casos específicos. En efecto, en dicho año admitió el caso relacionado con Marta Lucía Álvarez Giraldo *vs.* Colombia¹⁹; en 2008, el caso Karen Atala e hijas *vs.* Chile²⁰; y en 2011, el caso

17 Organización de los Estados Americanos. «Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Plan Estratégico 2011-2015, Parte I— 50 años defendiendo los derechos humanos: resultados y desafíos». Washington, DC, enero 2011.

18 Ver <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi>.

19 Informe 71/99, caso 11,656.

20 Informe 42/08, petición 1271-04.

Ángel Alberto Duque *vs.* Colombia²¹. En la medida en que el caso Karen Atala e hijas *vs.* Chile llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en esta sección examinaremos brevemente los otros dos casos²².

El caso de Marta Lucía Álvarez Giraldo *vs.* Colombia es un caso relativo a las visitas íntimas de personas del mismo sexo en los centros penitenciarios. La peticionaria alegó discriminación en el ejercicio de su derecho a la visita íntima sobre la base de su orientación sexual. Colombia alegó, por su parte, razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias, señalando que con dichas visitas se afectaba el régimen de disciplina interna del centro penitenciario dado que la cultura latinoamericana era poco tolerante con estas prácticas. Si bien el caso fue admitido por la CIDH, Colombia adoptó posteriormente legislación sobre la materia y el caso no progresó.

Los hechos del caso Ángel Alberto Duque *vs.* Colombia son un poco más complejos. Ángel Alberto Duque y su pareja convivieron de manera permanente, en unión libre, durante diez años y tres meses hasta la muerte de este último el 15 de septiembre de 2001 a consecuencia del virus VIH/sida. Anteriormente a ello, el 4 de agosto de 1997, Ángel Alberto Duque había ingresado al Programa ETS-VIH/gida del Instituto de Seguridad Social (ISS) de Colombia diagnosticado con esta enfermedad. El señor Duque recibía de su pareja apoyo económico para sus gastos personales y atención de salud, por lo cual se afilió a una empresa prestadora de salud (EPS).

El 19 de marzo de 2002, es decir, cuando ya su pareja había muerto, Ángel Alberto Duque presentó una solicitud ante COLFONDOS a fin de que le dieran información sobre los requisitos que debía cumplir para acceder a la pensión de supervivencia sobre la base de su calidad de compañero permanente de su pareja fallecida. El 3 de abril de ese mismo año COLFONDOS señala que Ángel Duque no calificaba para la calidad de beneficiario de dicha pensión al amparo de la ley 100, puesto que esta se refería a la unión entre un hombre y una mujer y no a la unión entre dos personas del mismo sexo. Esta ley, que data del año 1993, en su artículo 4 contemplaba que fuesen beneficiarios de la pensión de supervivencia el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite. Este texto se interpretaba junto con la ley 54

21 Informe 150/11, petición 123-05.

22 Otros dos casos fueron declarados inadmisibles: el caso José Alberto Pérez Meza *vs.* Paraguay (Informe 96/01, petición 19/99 de 10 de octubre de 2001) y el caso Juan Fernando Vera Mejías *vs.* Chile (Informe 11/13, petición 157-06 de 20 de marzo de 2013). A su vez, un caso fue materia de solución amistosa: Corporación de Desarrollo de la Mujer «La Morada» y otra *vs.* Chile (Informe 81/09, petición 490-03 de 6 de agosto de 2009). Un caso adicional fue archivado, a saber, Segundo Stivenzon Ramos Salazar *vs.* Ecuador (Informe 38/11, petición 11.488 de 23 de marzo de 2011).

de 1990, en cuyo artículo 1 se establecía que, a partir de su vigencia y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho a la unión formada entre un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, la ley denominaba «compañero y compañera permanente» al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho. En adición a todo ello, el decreto 1889 de 1994 que reglamentaba la ley 100 establecía en su artículo 10 que, para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él. El 26 de abril de 2002 el señor Duque presentó una acción de tutela, la cual fue sucesivamente denegada, apelada y vuelta a denegar.

El 8 de febrero de 2005, la CIDH recibió la respectiva petición. En la misma y a lo largo del análisis del caso Ángel Alberto Duque alegó violación del derecho de igualdad ante la ley, ya que esta introducía factores de discriminación con relación a las parejas del mismo sexo. También señaló que las decisiones judiciales con relación a su caso específico habían interpretado las leyes de forma restringida y habían excluido al peticionario de su derecho a la seguridad social injustificadamente y con criterios de discriminación basados en su opción sexual. Concretamente, se señaló la exclusión del derecho a la pensión de supervivencia, lo cual a su vez le negaba el acceso a los servicios de salud adecuados. El peticionario señaló que todo esto generó un impacto en su salud y de manera inminente en su vida. El señor Duque indicó que se había visto en la necesidad de conseguir por su cuenta los recursos necesarios para permanecer afiliado a una EPS y mantener así un tratamiento médico adecuado.

Dos hechos importantes que se producen mientras el caso estaba siendo visto por la CIDH son el fallo C-336 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia que reconoce el derecho a la pensión de supervivencia a parejas del mismo sexo y el fallo T-1241 de la misma Corte Constitucional de ese mismo año, que dispone la posibilidad de reconocer retroactivamente la unión marital de hecho conformada por parejas del mismo sexo con el fin de reclamar la pensión de supervivencia, siempre y cuando se acredite la calidad de compañero permanente de la unión. Sin embargo, era claro que el peticionario jamás podría satisfacer los requisitos fijados por dicha jurisprudencia y disfrutar de los beneficios retroactivos que otorgaba, en la medida en que su pareja ya había fallecido.

Colombia, por su parte, alegó que no existía registro del que se pudiera desprender que la presunta víctima no tuvo acceso a los tratamientos y medicamentos necesarios para tratar su enfermedad, por lo que se

169

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD

trataba de un perjuicio eventual no consolidado. Asimismo, indicó que un enfermo de VIH/sida que se encuentra afiliado a una EPS, pero que no ha cotizado aún las más de diez semanas que requiere la ley para este tipo de tratamientos, puede ser atendido si sufragar el porcentaje correspondiente a las semanas que aún no ha cotizado. En caso de que el paciente no cuente con los recursos económicos y requiera el tratamiento de forma urgente, la EPS tiene que asumir los costos de los tratamientos respectivos. En otra línea de ideas, Colombia esgrimía que a la fecha COLFONDOS no había aún tomado una decisión definitiva respecto al caso del peticionario y, por ende, no se podía considerar agotados los recursos de la jurisdicción interna, además de que la jurisprudencia antes señalada había configurado una situación jurídica que ahora sí le permitía al peticionario reclamar la pensión de supervivencia. En ese caso, la condición de «compañero», aunque su pareja ya hubiese muerto, podía acreditarse por la sola manifestación informal de uno de los miembros de la presunta pareja, pudiendo aportarse además otros medios de prueba, como la declaración extrajudicial de quien solicita dicha calidad y dos testigos adicionales.

La CIDH consideró, por un lado, que la respuesta inicial de COLFONDOS constituía ya en sí una respuesta negativa a las pretensiones del peticionario. En segundo lugar, indicó que no era posible reclamar los efectos derivados del fallo C-336 de 2008 respecto a situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, por lo que los efectos de dicha sentencia no beneficiaban al peticionario. Estableció que, aunque era válido pretender su aplicación para el caso de uniones maritales homosexuales iniciadas desde antes de esa fecha, era claro que en todos los casos sería necesaria la declaración notarial y que dicha diligencia, así como el fallecimiento de la persona que genera el derecho a la pensión, deberían haberse producido con posterioridad a la expedición de dicho fallo. Finalmente, estableció que sobre la base de que no existen en la legislación interna las vías adecuadas para la protección de los derechos que se alega han sido violados, se había configurado el agotamiento de los recursos internos. El 2 de noviembre de 2011 la CIDH declaró admisible el reclamo y notificó la decisión a Colombia y al peticionario, decidiendo continuar con el análisis de fondo de la cuestión. En la actualidad, el caso sigue siendo revisado, pues no hay registro de su archivo o de que se haya llegado a una solución amistosa.

V. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL GRUPO LGBTI

Hasta el momento, solo un caso directamente relacionado con discriminación por motivos de orientación sexual, identidad o expresión de género ha llegado al conocimiento de la Corte Interamericana: el

171

caso Karen Atala e hijas *vs.* Chile. Luego de admitido el caso por la CIDH, esta se pronunció sobre el fondo del asunto en diciembre de 2009 y presentó el caso ante la Corte el 17 de septiembre de 2010. La Corte emitió su sentencia el 24 de febrero de 2012²³.

El caso de Karen Atala e hijas *vs.* Chile está relacionado con la tuición de menores (en este caso, las tres hijas que tuvo con su expareja de sexo masculino) en aquellos casos en que la persona que pretende ejercer la tuición convive con una persona del mismo sexo.

Chile argumentó que Karen Atala, como madre, había antepuesto su propio interés al de sus hijas al manifestar y ejercer abiertamente su orientación sexual. Utilizó el argumento de que lo que se debía ventilar no era el derecho de uno u otro padre sino el interés superior de las niñas, en la medida en que estas podrían desarrollar una confusión sobre sus roles sexuales ante la ausencia de un padre de sexo masculino y su reemplazo por una persona del sexo femenino, pudiendo ser así discriminadas en el futuro. También hizo referencia a un entorno familiar excepcional, diferente al de los demás compañeros de las niñas, lo que podría exponerlas a ser objeto de discriminación y aislamiento, afectando negativamente el desarrollo personal de las menores.

La peticionaria alegaba que su orientación sexual no era impedimento para desarrollar una maternidad responsable y que, según la ley, el cuidado de los hijos corresponde a la madre en casos de separación. En ese sentido, las causales por las que la madre puede ser privada de la tuición eran legalmente limitadas y expresas, y ninguna de ellas mencionaba la orientación sexual. Karen Atala sostenía, asimismo, que el argumento del interés superior de las niñas ventilado en las cortes chilenas se había reducido al concepto de vivir en una familia tradicional heterosexual y «estructurada normalmente». Un fundamento importante esgrimido por la Sra. Atala era que se la estaba obligando a escoger de manera innecesaria y arbitraria entre el ejercicio pleno de su orientación sexual y el mantener la tuición de sus hijas, privando de esta manera a las personas LGBTI de uno de los aspectos más significativos de la experiencia humana: criar a sus propios hijos. Indicó que, en el manejo del caso, se había utilizado el estereotipo según el cual las personas homosexuales están en contra de los valores familiares y viven centrados en la relación de pareja, sin ser capaces de desarrollar otros vínculos afectivos. Finalmente, la peticionaria señaló que las menores no habían sido objeto de discriminación alguna en su medio social por vivir en un hogar compuesto por una pareja del mismo sexo y, principalmente, que no se había tomado en cuenta el deseo de las niñas de vivir con ella.

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD

23 Corte IDH. «Caso Atala Rifo y niñas *vs.* Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2014. Serie C No. 239» (http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

En su sentencia, la Corte Interamericana dictaminó que el Estado chileno había violado los derechos de igualdad y no discriminación en perjuicio de Karen Atala y sus tres hijas, violando además el derecho a la vida privada de la señora Atala. Aunque sin unanimidad, dictaminó que el Estado había violado el derecho a la protección de la familia en perjuicio de Karen Atala y sus tres hijas. Asimismo, indicó que Chile había violado el derecho a ser oído en perjuicio de las niñas y el derecho de imparcialidad en relación a las decisiones de los tribunales chilenos que se habían pronunciado en diversas instancias internas sobre el caso. Finalmente, ordenó al Estado chileno hacer las publicaciones correspondientes de la sentencia en el plazo de seis meses, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad y capacitar a los funcionarios públicos y judiciales en esta temática.

Un tema importante a subrayar y que nos permite ver la interrelación que existe entre los diferentes procesos de adopción de estándares jurídicos a nivel regional es el hecho de que la Corte, para emitir su sentencia en el presente caso, no contaba con los referentes necesarios a nivel de tratados interamericanos en materia de derechos humanos. En una acción sin precedentes, se basó, para fundamentar su decisión, entre otras cosas, en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA que hemos examinado anteriormente. Así, en el párrafo 86 de su sentencia, la Corte señaló:

Al respecto, en el sistema interamericano, la Asamblea General de la OEA ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.

El presente caso es, pues, una valiosa muestra de cómo la protección de los derechos humanos del colectivo LGBTI ha progresado en nuestro hemisferio. En dicho desarrollo han contribuido de manera convergente diversos procesos que, desde el punto de vista del derecho positivo, no generan normas o no constituyen fuente principal del derecho internacional como las decisiones de los tribunales internacionales y las resoluciones de los organismos internacionales, las cuales, sin embargo, de forma complementaria, pueden reforzarse mutuamente.

VI. LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS

Recientemente, en el año 2013, la OEA adoptó dos instrumentos jurídicos de la mayor relevancia para el hemisferio en su conjunto y, particularmente, para el área de los derechos humanos del colectivo LGBTI: la Convención Interamericana Contra Toda Forma de

Discriminación e Intolerancia (en adelante «Convención Contra la Discriminación») y la Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (en adelante «Convención Contra el Racismo»). Ambas convenciones fueron adoptadas el 5 de junio de 2013, en el marco del 43 período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA celebrada en La Antigua, Guatemala. A la fecha, la Convención Contra la Discriminación ha sido firmada por Argentina, Brasil, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay; y la Convención Contra el Racismo ha sido firmada por Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay. Ambas convenciones entrarán en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la OEA.

La adopción de ambas convenciones concluye un largo camino recorrido que se inició formalmente en 2005, con el establecimiento de un grupo de trabajo en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización, cuyo encargo fue recibir contribuciones con vistas a la elaboración de un proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Estas convenciones, sin lugar a dudas, son una referencia necesaria para todas aquellas acciones que se quieran realizar con relación a la protección y promoción de los derechos humanos en el hemisferio vinculados a cualquier sector minoritario o en situación de vulnerabilidad a los que ambas se refieren y, en particular, de los derechos humanos del colectivo LGBTI. Si bien las resoluciones de la Asamblea General han establecido y seguirán estableciendo progresivamente, como lo hemos visto, estándares internacionales con relación a este tema, es de suma importancia contar ya con una convención referida a este tema. La incorporación en estas convenciones de una lista extensa de motivos por los cuales se puede generar un acto de discriminación, en especial en la Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, no hace otra cosa que crear un sistema jurídico específico y aplicable a cada uno de ellos de manera individual. De esta manera, el colectivo LGBTI cuenta con un cuerpo normativo que define de forma concreta cuáles son algunos de sus derechos específicos y los deberes que los Estados que lleguen a formar parte de dichos instrumentos contraerán con relación a ellos. Este marco de referencia podrá ser complementado de manera válida y concreta con aquellos estándares que año a año se sigan incorporando en las resoluciones de la Asamblea General, lo que garantizará un desarrollo progresivo, complementario y permanente de la temática²⁴.

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD

24 No podemos dejar de mencionar, en el ámbito universal, otro instrumento del *soft law* que en su momento marcó un hito importante y sigue siendo una referencia necesaria en la temática. Nos referimos a los Principios de Yogyakarta: «Principios sobre la aplicación de la legislación internacional

La Convención Contra la Discriminación define la «discriminación» como un acto cuyo objetivo o efecto es anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales. Estas acciones pueden darse tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Este acto de discriminación debe estar basado en alguno de los motivos específicos enumerados en el artículo 1 de la Convención, entre ellos, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género²⁵.

La Convención Contra la discriminación se ocupa también de la «discriminación indirecta», entendida como aquella que se produce cuando una disposición (entiéndase ley, norma, etcétera), un criterio o una práctica es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico o los pone en desventaja. Se señala que estas disposiciones, criterios o prácticas pueden ser aparentemente neutros, lo que no significa que este hecho exima al aplicador de la norma de decidir que existe efectivamente discriminación.

En buena cuenta, la discriminación indirecta se produce cuando un factor aparentemente inocuo no puede ser fácilmente cumplido por personas que pertenecen a un grupo específico. Existen muchos casos de discriminación indirecta contra personas LGBTI cuando expresan abiertamente su identidad, en los que, por ejemplo, quedan desplazadas de un determinado empleo por circunstancias que no tienen nada que ver con los requisitos directos para desempeñar de manera efectiva el trabajo del que se trata. La única excepción aceptada a esta norma es cuando dicha disposición, criterio o práctica tiene un objetivo o justificación razonable y legítimo. En estos casos, la doctrina habla del «test de proporcionalidad»: si no apunta a un fin legítimo, se debe descartar la disposición, criterio o práctica, o, de ser posible, procurar lograr el fin legítimo perseguido a través de una medida que implique un menor nivel de diferenciación.

Finalmente, al igual que el concepto amplio de discriminación, la Convención establece también que la discriminación indirecta se puede producir tanto en la esfera pública como privada.

de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género», 2007 (<http://www.yogyakartaprinciples.org>). Para análisis y comentarios de estos principios, ver O'FLAHERTY, Michael y JOHN FISHER. «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles». *Human Rights Law Review*, 8, 2 (2008), pp. 207-248.

25 Otros motivos incluidos en la Convención Contra la Discriminación son el idioma, la religión, la identidad cultural, las opiniones políticas, las opiniones de cualquier otra naturaleza, el origen social, la posición socioeconómica, el nivel de educación, la condición migratoria, la condición de refugiado, la condición de repatriado, la condición de apátrida, la condición de desplazado interno, la condición de discapacidad, la característica genética, la condición de salud mental, la condición de salud física, la condición infectocontagiosa, la condición psíquica incapacitante y cualquier otra condición. La Convención Contra el racismo establece, de manera más específica, que la discriminación racial puede estar basada en los siguientes motivos: raza, color, linaje, origen nacional y origen étnico.

La Convención Contra la Discriminación define asimismo lo que es la «discriminación múltiple o agravada». Siguiendo la definición amplia de discriminación, establece que es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción que se basa, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en dichos instrumentos jurídicos u otros reconocidos en instrumentos internacionales. Es decir, lo que define una discriminación múltiple o agravada es el hecho de que esta se produzca no solo por uno de los motivos ya establecidos, sino por dos o más de ellos. Esto se produce, por ejemplo, cuando una mujer lesbiana con discapacidad es discriminada por ser mujer, por ser lesbiana y, además, por ser una persona con discapacidad. Más adelante, la Convención establece que los actos que conlleven una discriminación múltiple se deben considerar como agravantes.

La Convención establece también que ciertos actos que podrían ingresar dentro de la definición amplia de discriminación no deben considerarse como tales. Es decir, no obstante cumplir con todos los elementos para ser considerados como actos de discriminación, ya sea directa, indirecta, múltiple o agravada, quedan fuera del ámbito de aplicación de estos instrumentos jurídicos. Nos estamos refiriendo a las «medidas especiales o acciones afirmativas» que se adoptan para garantizar el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran. La Convención también establece el compromiso de los Estados parte de adoptar las políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de personas o grupos que sean sujetos de discriminación o intolerancia. Estas medidas intentan restablecer el equilibrio entre un sector y el resto de la población, en el entendido de que el primero, debido a prolongadas condiciones estructurales, está en desigualdad de condiciones y por lo tanto tendrá escasas probabilidades de progresar. Podemos afirmar que las acciones afirmativas trascienden el concepto de la discriminación. Con su adopción se pretende conseguir una igualdad de oportunidades que tienda más bien a prevenir o evitar que la discriminación se produzca.

En efecto, en la base misma del término de «acciones afirmativas» está el concepto de diversidad y, por ende, el principio de que el Estado debe tratar a los diferentes de manera diferente, con el fin de lograr eliminar las «condiciones» desiguales en que se hallan. Así, el objetivo no es lograr que todos «seamos iguales», sino que todos tengamos «igualdad de condiciones» para gozar o ejercer plenamente nuestros derechos humanos y libertades fundamentales.

Además del concepto de discriminación que recoge la Convención Contra la Discriminación, que es en mayor o menor medida, con algunas particularidades, similar al que recogen otros instrumentos

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD

internacionales, la Convención se ocupa de otros actos que, sin llegar a ser considerados «actos de discriminación», quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Convención. Así pues, la Convención define lo que es la «intolerancia» como el acto, conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Nuevamente se presenta aquí el tema de la diversidad y se plantea la necesidad de retomar la idea de que la igualdad no radica en la naturaleza de las personas, sino en las oportunidades que se les brinda para poder gozar de «condiciones» de igualdad de los derechos y libertades reconocidos. La Convención establece también que dicha intolerancia puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos.

Si bien algunos Estados miembros de la OEA señalaron durante el proceso de negociación que sancionar la intolerancia era atentar de alguna manera contra la libertad de expresión, creemos que fue importante plasmar este concepto en la Convención, por la trascendencia que tiene reconocer y respetar la diversidad, las diferencias y las modalidades de expresión de las particularidades de cada ser humano, sin que puedan ser objeto de burla, desprecio o ser sujeto de los «discursos de odio» que muchas veces podrían quedar amparados bajo un derecho a la libertad de expresión sin límites. Este tema es particularmente relevante con relación al grupo LGBTI y su inclusión debe ser vista como una conquista importante para este grupo y otros grupos que sufren de manera particular las consecuencias de la intolerancia, son objeto de discursos de odio y sufren las consecuencias de una libertad de expresión irrestricta y sin regulaciones.

Debemos resaltar que, a diferencia del concepto de «discriminación», la intolerancia no está referida a derecho humano alguno o libertad fundamental, pues va mucho más allá de las definiciones contenidas en los mismos. La intolerancia puede ocurrir incluso si la persona no está amparada por ningún derecho específico, pues apunta más bien al concepto más amplio del respeto por la diversidad.

Dejando atrás el tema de las definiciones y pasando ya al tema de los derechos consagrados en la Convención Contra la Discriminación, esta establece básicamente dos derechos generales en su texto. Si bien esto puede parecer insuficiente, la mayor virtud de estos instrumentos es que abarcan con mayor detalle los deberes que se generan para los Estados parte teniendo como punto de partida estos dos derechos y los conceptos generales antes descritos. Además, debemos recordar que las convenciones tienen como base de referencia todos los otros

derechos humanos establecidos ya en diversos instrumentos jurídicos internacionales aplicables a todas las personas.

El primero de estos es el derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados tanto en las leyes nacionales como en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados. El segundo es el derecho a la igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia, sobre la base de que todo ser humano es igual ante la ley.

Con relación a los deberes de los Estados, las convenciones determinan hasta seis deberes concretos referidos a la prevención, eliminación, prohibición y sanción de todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia; a la implementación de legislación adecuada; a la adopción de políticas públicas; a la inclusión del concepto de diversidad en dicha legislación y políticas; a la realización de estudios en la materia; y a la designación de una autoridad nacional y la cooperación internacional. Esta no es necesariamente la estructura que sigue la Convención, pero nos parece que es la metodología más clara para hacer una presentación del contenido de este instrumento.

Los Estados que lleguen a ser parte de la Convención Contra la Discriminación se comprometen de manera general a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, de acuerdo con sus normas constitucionales y las disposiciones de la Convención. Sin embargo, este instrumento hace especial mención a algunos de estos actos y manifestaciones, no en un intento de ser exhaustivo, sino a manera de ejemplo o por ponerlos de relieve. Entre estos actos y manifestaciones, los cuales son pertinentes para el caso del colectivo LGBTI, se encuentran los siguientes:

- a. La comisión de actos o el apoyo²⁶ a actividades que promuevan la discriminación o la intolerancia²⁷.
- b. El uso de la violencia contra la persona y los actos delictivos contra su propiedad.
- c. Acciones represivas²⁸.
- d. Restricción de los derechos de propiedad, administración y disposición.

26 Este apoyo puede ser privado o público.

27 La Convención, de forma particular, se refiere a la publicación, circulación o diseminación de cualquier material que defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia.

28 Una acción represiva solo podría justificarse cuando la persona haya estado involucrada en actividades delictivas y la misma se infiera del comportamiento del individuo de que se trate o de información objetiva relativa a dicho delito.

- e. Denegación del acceso a la educación y uso de estereotipos en la educación.
- f. Realización de investigaciones o la aplicación de los resultados de investigaciones sobre el genoma humano²⁹ destinadas a la selección de personas o a la clonación de seres humanos que prevalezcan sobre el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana, generando así cualquier forma de discriminación basada en las características genéticas.
- g. Restricción del ingreso a lugares públicos y privados.

Existen dos referencias adicionales en la Convención que esta quiso resaltar de manera particular, pero que creemos quedan contempladas bajo la definición general de discriminación, sobre todo en cuanto dicho concepto se aplica ya al reconocimiento, goce o ejercicio de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales reconocidos. Nos referimos especialmente a la denegación del acceso a cualquiera de los derechos sociales, económicos y culturales y a la restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación. Particularmente esta última referencia nos parece importante, puesto que tiene que ver con los derechos humanos consagrados no solo en los instrumentos internacionales y regionales aplicables, sino también a aquellos contenidos en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos. Esto genera una consecuencia muy importante: la aplicación del principio de no discriminación con relación a derechos que, si bien no constituyen parte del *hard law* (es decir, particularmente de los tratados internacionales) y son, más bien, parte del *soft law*, ingresarían a la primera categoría en virtud de este tratado y con relación a los Estados que lleguen a formar parte del mismo. Esto es de gran importancia sobre todo para el grupo LGBTI, cuyos derechos poco a poco vienen siendo reconocidos de manera cada vez más amplia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha empezado a generar una interesante jurisprudencia en la materia conteniendo estándares muy concretos de protección.

El segundo deber establecido está referido a la legislación. En virtud de la Convención Contra la Discriminación, los Estados que lleguen a formar parte de dicho instrumento jurídico se comprometen a adoptar legislación que defina y prohíba claramente la discriminación y la intolerancia. Al ser la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género tres motivos reconocidos por la Convención que pueden generar discriminación, este deber estatal se aplica de manera

29 En particular en los campos de la biología, la genética y la medicina.

directa al colectivo LGBTI. Dicha legislación debe ser aplicable a todas las autoridades públicas y a todas las personas naturales o físicas y jurídicas, tanto en el sector público como privado. Además, esta legislación debe aplicarse en especial a las áreas de empleo, participación en organizaciones profesionales, educación, capacitación, vivienda, salud, protección social, ejercicio de la actividad económica, acceso a los servicios públicos, entre otros. Los Estados parte también se comprometen a derogar o modificar toda legislación que constituya o dé lugar a discriminación e intolerancia. Además, la Convención establece el deber de los Estados parte de asegurar a las víctimas de discriminación e intolerancia un trato equitativo y no discriminatorio, la igualdad de acceso al sistema de justicia, procesos ágiles y eficaces y una justa reparación en el ámbito civil o penal, según corresponda.

Los Estados que lleguen a ser parte de la Convención se comprometen también de manera específica a formular y aplicar políticas que tengan por objetivo el trato equitativo y la generación de igualdad de oportunidades para todas las personas. Entre estas políticas se mencionan las de tipo educativo, laboral, social, de promoción y de difusión de la legislación pertinente por todos los medios posibles (incluidos cualquier forma y medio de comunicación masiva e Internet). Al igual que el anterior, este deber favorece de manera particular al colectivo LGBTI.

La Convención establece asimismo la obligación para los Estados parte de asegurar que sus sistemas políticos y legales reflejen apropiadamente la diversidad dentro de sus sociedades. Esto con el fin de atender las necesidades especiales legítimas de cada sector de la población.

Por otro lado, la Convención se refiere a la obligación de los Estados parte de llevar adelante estudios sobre la naturaleza, las causas y las manifestaciones de la discriminación y la intolerancia en sus respectivos países. Estos se deben realizar en los ámbitos local, regional y nacional. También se comprometen a recolectar, compilar y difundir datos sobre la situación de los grupos o individuos que son víctimas de la discriminación y la intolerancia.

Por último, los Estados parte de la Convención se comprometen a establecer o designar una institución nacional, de conformidad con su normativa interna. Esta institución será responsable de dar seguimiento al cumplimiento de la Convención. También se comprometen a promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias, así como para ejecutar programas destinados a cumplir los objetivos de estos instrumentos.

Para brindar una adecuada protección a los derechos establecidos en la Convención y dar un debido seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados parte, esta se refiere a tres

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD

mecanismos específicos: el Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia (CIPERDI); la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención contra la Discriminación establece el CIPERDI y lo define particularmente en lo que se refiere a su composición, sus funciones, las condiciones para su establecimiento, las características de la primera reunión que celebre, los informes que deben presentar los Estados parte y el rol que cumple la Secretaría General de la OEA con relación al mismo.

Con relación a la CIDH, la Convención recoge algunas de las funciones ya establecidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las extiende a los supuestos contemplados dentro del ámbito de este instrumento. Nos estamos refiriendo a la recepción de denuncias o quejas de violaciones de derechos contenidos en la Convención, presentadas por cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, en consonancia con el artículo 44 de la Convención Americana. La segunda función tiene que ver con la recepción y examen de las comunicaciones en que un Estado parte de la Convención alega que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en dicho instrumento. Tanto en uno como en otro caso se aplican todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el Estatuto y el Reglamento de la CIDH. Otras dos funciones expresamente atribuidas a la CIDH en la Convención Interamericana son la recepción de consultas formuladas por los Estados parte en cuestiones relacionadas con la efectiva aplicación de este instrumento, en consonancia con el artículo 41, e de la Convención Americana, así como la recepción de solicitudes formuladas por los Estados parte con relación al asesoramiento y la cooperación técnica para asegurar la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones de la Convención, en consonancia también con el artículo 41, e de la Convención Americana.

Con relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y al amparo de la Convención Interamericana Contra la Discriminación, esta tendrá competencia sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de las mismas. Para ello, un Estado parte tiene que haber reconocido como obligatoria, de pleno derecho y sin acuerdo especial, dicha competencia, ya sea en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la Convención o en cualquier momento posterior, en consonancia con el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, no basta que un Estado haya ya

reconocido dicha competencia al amparo de la Convención Americana, sino que tendría que efectuar una nueva declaración con relación a la Convención Contra la Discriminación. En este caso, se aplican también todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas tanto en la Convención Americana como en el Estatuto y Reglamento de la Corte.

Como podemos observar, la Convención Interamericana Contra la Discriminación ha incorporado los mecanismos de protección de derechos humanos ya existentes en el hemisferio, aprovechando de esta manera tanto sus funciones como su experiencia en la materia. Si bien es cierto que en cuanto a la temática LGBTI la experiencia de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana aún no está extensamente desarrollada, la entrada en vigor de la Convención Contra la Discriminación podría generar una mayor utilización de estos órganos para atender más casos de violaciones de derechos humanos de personas pertenecientes al colectivo LGBTI.

Por otro lado, creemos que la Convención Contra la Discriminación ha creado acertadamente un espacio nuevo e inexistente hasta el momento, que permitirá que, además de que los individuos vean protegidos sus derechos, los Estados parte puedan intercambiar ideas, experiencias, buenas prácticas e incluso las dificultades que enfrentan y que afectan el grado de cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, el CIPERDI puede cumplir muy bien estas funciones, además de generar un espacio en que se formulen medidas y acciones de cooperación internacional para ayudar a aquellos Estados con menor capacidad instalada o con dificultades estructurales en sus sistemas de justicia a avanzar gradualmente hacia la plena implementación de las obligaciones contenidas en la Convención, particularmente en lo que se refiere al colectivo LGBTI y la protección y promoción de sus derechos, un espacio que hasta el momento no ha sido generado eficazmente dentro del actual sistema interamericano de derechos humanos.

La Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, así como la Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, han cumplido su primer aniversario y, aunque aún pueda parecer prematuro, preocupa que hasta el momento ningún Estado miembro de la OEA haya depositado su respectivo instrumento de ratificación.

Creemos que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el cumplimiento de su obligación primordial de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, como otras entidades de la organización y la propia sociedad civil, deben redoblar esfuerzos para difundir el contenido, el alcance y la importancia de estas convenciones, las cuales tienen la bondad de incluir en su ámbito de aplicación, por primera vez en la historia y de manera taxativa, superando así otros

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD

instrumentos jurídicos universales, diversos colectivos en condición de vulnerabilidad que han reclamado desde hace décadas el reconocimiento expreso de sus derechos, tales como el colectivo LGBTI. Tal como hemos visto, la Convención Interamericana Contra la Discriminación crea un sistema jurídico específicamente aplicable a las personas LGBTI y el sistema interamericano de derechos humanos tiene la deuda histórica de no conformarse con la simple adopción de esta Convención, sino trabajar porque este instrumento sea debidamente implementado.

Como ya lo señalamos anteriormente, los derechos y deberes contenidos en esta Convención deben complementarse de manera adicional con los estándares contenidos en los compromisos políticos reflejados en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA que, al irse renovando año a año, garantizan un adecuado desarrollo progresivo de la temática³⁰. Asimismo, esta Convención incorpora en su ámbito de aplicación no solo los derechos humanos ya reconocidos en otros tratados internacionales, sino aquellos contenidos en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, reconociendo a esta fuente auxiliar del derecho internacional una naturaleza distinta a la establecida por la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional.

Asimismo, otro de los aportes importantísimos de la Convención Interamericana Contra la Discriminación, además del reconocimiento transversal del principio de no discriminación con relación al goce de los derechos humanos de las personas LGBTI, es la consagración de la diversidad como un valor fundamental en nuestras sociedades, diversidad que debe ser no solamente reconocida sino también valorada, defendida y promovida, haciendo todos los esfuerzos porque cualquier manifestación de intolerancia, aunque no vaya en contra de un derecho humano específico, sea prohibida y sancionada en cada uno de los países en el hemisferio.

VII. CONCLUSIONES

El sistema interamericano ha venido realizando progresos importantes en la temática LGBTI en los últimos años, sumando los compromisos políticos de los Estados miembros en el seno de la Asamblea General de la OEA a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, aunque aún incipiente, ha abierto una nueva ruta en el tratamiento del tema. Como lo hemos sostenido anteriormente, el hecho de que se haya empezado a ventilar casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre esta temática y que los

30 Para una aproximación a la cuestión de cómo los estándares internacionales adoptados hasta el momento sobre la materia deben ser utilizados, ver International Commission of Jurists. «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law. A practitioners guide». 2009 (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a783aed2.html>).

mismos empiecen a generar jurisprudencia en el marco de la propia Corte Interamericana no solo rompe con la invisibilidad de estos grupos sino que constituye prueba de la existencia de una mayor conciencia de que los derechos humanos son universales, complementarios e interdependientes, así como de que todos los aspectos de la identidad humana son complementarios e indivisibles, incluidos la orientación sexual, la identidad y la expresión de género de las personas.

De la mayor importancia ha sido la adopción en 2013 de dos nuevas convenciones interamericanas sobre discriminación e intolerancia, de entre las que destaca particularmente la Convención Interamericana Contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, que contiene estándares relativos de forma directa al tema de la orientación sexual, la identidad y la expresión de género. En la medida en que los Estados vayan ratificando esta Convención, los estándares internacionales seguirán siendo ampliados, de modo que brinden una cada vez mayor efectiva protección de los derechos humanos del grupo LGBTI.

La violación de los derechos humanos de las personas con una determinada orientación sexual o identidad de género, sean estas expresadas o no, es una práctica que debilita el sentido de estima personal y de pertenencia de estas personas a la sociedad en la que nacieron, y la consecuencia que se deriva de ello es la opción por vivir en el temor y la invisibilidad. Hace 50 años, la homosexualidad era un crimen en casi todos los países del mundo. Recién en 1967 Inglaterra la despenalizó y solo en 2004 la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó las leyes de sodomía aún existentes en 14 Estados. Como vemos, pues, es una temática de reciente debate y, como ha sucedido con tantos otros temas, los nuevos debates generan miedos y develan prejuicios profundamente arraigados en nuestras sociedades. Aunque se ven ya en el hemisferio esfuerzos por avanzar progresivamente en el reconocimiento de la dignidad y los derechos humanos de este sector de la población, el camino por recorrer es aún largo y no exento de retos y desafíos. Solo un debate honesto y a la vez bien informado podrá contribuir a despejar mitos y tabúes, a la vez que podrá brindar mayor legitimidad a nuestras democracias, en las cuales todos los ciudadanos exigen el mismo tratamiento, respeto y el reconocimiento de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones.

Recibido: 30/08/14
Aprobado: 15/09/14

LOS AVANCES MÁS
RECIENTES EN LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
HUMANOS DEL
GRUPO LGBTI
EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO

THE LATEST
PROGRESS IN
HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF
LGBTI COMMUNITY
IN THE INTER-
AMERICAN FIELD