

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS LGBTIQ EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Agustín Pelayo y Bernarda Bertín***

Introducción

La especial vulnerabilidad que sufren las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero, intersexuales, queer y no binarias (en adelante, personas LGBTIQ), en razón de la histórica y estructural discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales¹, no resulta ajena a la realidad social de ninguno de los países del continente americano, independientemente de las notorias diferencias normativas que existen en los diversos Estados.

Remarca Roberto Saba que, más allá de la igualdad ante la ley, para los grupos históricamente discriminados los derechos humanos resultan ser “solo palabras”, “no como consecuencia de la ‘desigualdad de hecho’, sino como resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de estos grupos por

* Abogado y Maestrando en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata. Integra el Instituto de Derechos Humanos de dicha Universidad, en la que también se desempeña como docente de Derecho Internacional Público.

** Abogada por la Universidad Nacional de La Plata. Becaria de Investigación del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata.

1. Todas estas nociones, de muy dificultosa definición por estar bajo debate en ámbitos académicos y resultar delicadas y sensibles al referirse a la sexualidad y el género de las personas, son igualmente conceptos que podemos asumir provisionalmente del modo en que lo hace la misma Corte Interamericana. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 32.

otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, [los desplazan] de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan”².

La constatación de esa vulnerabilidad, que amenaza la existencia misma de las personas sexo-genéricamente disidentes y, consecuentemente, la diversidad que es inherente a toda sociedad pluralista y democrática, justifica la necesidad de establecer sistemas internacionales de protección específica de sus derechos humanos, mediante instrumentos, órganos y procedimientos internacionales que sean capaces de hacerlos efectivos.

No obstante, como se abordará en el próximo apartado del presente trabajo, el marco jurídico tuitivo de los derechos humanos de las disidencias sexo-genéricas se caracteriza, tanto en el sistema interamericano como en los demás sistemas internacionales de promoción y protección de derechos, por ser sumamente endeble e incipiente.

El propósito de este artículo es efectuar un análisis cualitativo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH” o “la Corte”) que aborda la problemática de los derechos humanos de las personas LGBTIQ, a fin de identificar estándares de aplicación en la materia. En particular, procuramos identificar la existencia de progresiones o regresiones en el desarrollo jurisprudencial del tribunal.

Asimismo, son objetivos secundarios de este trabajo detectar en la labor de la Corte muestras de diálogo de fuentes con otros sistemas internacionales que permitan identificar procesos de “fertilización cruzada”. Finalmente, con fines exploratorios,

2. Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural”. *Revista Derecho y Humanidades*. No. 11, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005. P. 125-126.

se procurará dilucidar líneas argumentales que permitan reconstruir las nociones sobre igualdad en juego a lo largo de la jurisprudencia.

1. El panorama normativo

Al analizar el panorama normativo en torno a esta protección específica advertimos un incipiente desarrollo, que no ha logrado culminar aún en instrumentos vinculantes específicos. Sin perjuicio de ello, contamos con algunas herramientas en ambas esferas que permiten darle encuadre y contenido a la tutela específica de personas integrantes del colectivo LGBTIQ.

1.1 Sistema Universal de Derechos Humanos

En el ámbito de Naciones Unidas, la Asamblea General aprobó en diciembre de 2008 una resolución denominada “Declaración sobre orientación sexual e identidad de género”, donde los Estados reafirman la vigencia del principio de igualdad y no discriminación, especialmente en vinculación a la orientación sexual e identidad de género, y expresan su preocupación por la violencia, acoso, discriminación, estigmatización y prejuicio que sufren las personas en función de ello. Asimismo, urgen a los Estados a respetar y garantizar los derechos de este grupo poblacional tomando las medidas adecuadas e investigando las violaciones de derechos humanos que se produzcan.

En marzo de 2007, la Comisión Internacional de Juristas presenta un instrumento internacional que vendría a dar un gran desarrollo cualitativo al contenido de los estándares básicos en materia de derechos de las personas integrantes del colectivo LGBTIQ, los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, también conocidos como Principios de Yogyakarta. Como su denominación lo

indica, se trata de un instrumento no vinculante, del género del *soft law* o derecho blando, que fue planteado y elaborado por expertas y expertos del ámbito. En el año 2017 los mismos fueron revisados, agregándose diez nuevas reglas mínimas a las 29 ya existentes, a las que se conoce como los “Principios de Yogyakarta +10”.

Los Principios recogen derechos receptados en distintos instrumentos de derechos humanos, los reformulan teniendo en cuenta la tutela específica contra la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género y proveen un listado de conductas y abstenciones mínimas que los Estados deben atender para respetar estos estándares. Aun habiendo sido criticados por varios sectores³, entendemos que el valor que este instrumento aporta al marco jurídico viene dado por la especificidad con la cual los preceptos se encuentran redactados, así como por la construcción de instrucciones concretas e inequívocas que los Estados deben seguir para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Con posterioridad, en el año 2016, el Consejo de Derechos Humanos creó, a través de la Resolución 32/2, el mandato del “Experto Independiente sobre la orientación sexual y la identidad de género”, el cual se encuadra dentro de los procedimientos especiales de dicho órgano. Es en el marco de este mecanismo que la persona titular del mandato elabora informes temáticos e informes de visitas a países, que proveen un panorama más nítido de la situación y brindan instrucciones

3. Tal como señala Jiménez, no han contado con el beneplácito de todos los Estados, así como tampoco de algunos movimientos internacionales conservadores. Cfr. Jiménez, Cristhian Manuel. “Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género” 3, *Revista IIDH*. No. 66, julio-diciembre de 2017, pág. 104.

claras sobre los pasos a seguir necesarios para mejorar la protección de derechos de las personas LGBTIQ⁴.

1.2 Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el contexto de las Américas encontramos una situación similar a la descrita anteriormente: una ausencia de instrumentos internacionales vinculantes que protejan específicamente a las personas LGBTIQ.

Igualmente, resulta oportuno señalar que si bien no contamos con tratados específicos que protejan a las disidencias sexo-genéricas, recientemente se ha procurado una recepción convencional de la protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en algunos tratados del sistema interamericano: son los casos del artículo 5 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y del artículo 1.1 de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (en vigor desde 2020, sólo ratificada por México y Uruguay).

Debe destacarse que la aprobación de este último tratado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en el año 2013, responde a un derrotero de pronunciamientos efectuados por ella a partir del 3 de junio de 2008, con la Resolución No. 2435, titulada “Derechos Humanos, Orientación

4. Cabe mencionar que hemos enumerado aquellos elementos que consideramos resultan de mayor relevancia, no obstante, podemos agregar que existen también otros documentos en el sistema universal que abordan esta temática específicamente, tales como las Resoluciones 17/19, 27/32 y 32/2 del Consejo de Derechos Humanos.

Sexual e Identidad de Género”, evidenciando el ingreso de la problemática a la agenda del órgano político de la entidad⁵.

En la esfera de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) existe, desde el año 2011, la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI, la cual cumple la relevante función de monitoreo de las violaciones a los derechos de este colectivo y la elaboración de informes con recomendaciones específicas dirigidas a los Estados, entre otras. Asimismo, en el marco de otras relatorías temáticas de la CIDH encontramos que se han tratado diversas materias en vinculación con la situación de las personas LGBTI, tal como ha sucedido con el informe temático sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la REDESCA⁶.

En cuanto al otro órgano central del Sistema Interamericano de Derechos Humanos cabe señalar que la Corte IDH ha desarrollado –a través del ejercicio de sus funciones consultiva y contenciosa– los alcances de la protección de este colectivo. Este notable y progresivo desarrollo pretoriano abordaremos a continuación, procurando seguir la evolución de la línea argumental que el tribunal ha construido con su jurisprudencia y relevando los estándares que ha creado, recalcando el rol central que como órgano tiene en el desarrollo progresivo de los derechos humanos.

5. Para profundizar sobre las resoluciones aprobadas durante ese periodo, ver Zaffaroni, Eugenio Raúl y Raznovich, Leonardo. *El derecho humano al respeto a la orientación sexual y la identidad de género en el Caribe y en América Latina: situación actual y perspectivas*. IIDH, San José, C.R., 2021. Pp. 32-33.

6. CIDH. *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH*. OEA/Ser.L/V/II, 2020.

2. La producción jurisprudencial en su etapa germinal

2.1 Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012)

El caso de Karen Atala Riffo culminó con una sentencia del tribunal interamericano en el año 2012, luego de un recorrido judicial repleto de concepciones discriminatorias y estereotipadas.

Luego de la separación de su marido, Karen Atala había recibido la tenencia de sus hijas con un régimen de visita semanal a favor del padre. La problemática judicial comenzó cuando el padre de las niñas interpuso una demanda de tuición al conocer que la madre se encontraba conviviendo con su pareja –una mujer– en la misma casa en la que vivían las niñas. El padre fundamentó el requerimiento judicial en el entendimiento de que la “nueva opción de vida sexual”, en conjunto con la mencionada convivencia, constituían un peligro para el desarrollo de las niñas, señalando que la situación demostraba asimismo una falta de interés de Atala en proteger el desarrollo integral de sus hijas⁷.

Como resultado de este proceso, se otorgó la tutela provisional al padre, regulando un régimen de visitas a favor de la madre. Para justificar la medida, el Juzgado de Menores señaló que Karen, en razón de su convivencia con otra mujer, había alterado la “normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”. También se señaló que había incumplido su rol materno, y que los argumentos esgrimidos por el padre resultaban más favorables

7. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Párr. 39.

al interés superior de las niñas. Luego de la interposición de algunos artilugios legales y recursos, la cuestión llegó a la Corte Suprema de Justicia de Chile, donde se resuelve otorgar la tuición definitiva al padre de las niñas⁸.

A la hora de fundamentar dicha sentencia definitiva, el supremo tribunal hizo uso de una serie de argumentos discriminatorios y estereotipantes, repitiendo que la madre había antepuesto sus intereses por encima de los de las niñas al iniciar una convivencia homosexual en el hogar en el cual ellas vivían. Asimismo, la Corte chilena indicó que ese tipo de convivencia puede causar efectos negativos en el desarrollo psíquico y emocional de las niñas, dando espacio a la generación de una confusión de roles sexuales, derivada de la carencia de una figura paterna de sexo masculino y su reemplazo por una de género femenino.

A su vez, y sobre la inserción de las niñas en el contexto social, el órgano jurisdiccional se permitió señalar que ese “entorno familiar excepcional” las exponía al aislamiento y discriminación, entre otras pretendidas situaciones que vulnerarían el derecho al desarrollo integral de las niñas, alegando en repetidas ocasiones que las decisiones adoptadas se fundamentaban en la implementación del principio de interés superior del niño y de la niña.

Al expedirse al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el derecho a la igualdad y la correlativa prohibición de discriminación, señalando que la orientación sexual es una categoría especialmente protegida (así se la entiende comprendida en la cláusula abierta de no discriminación del artículo 1.1), y que su ponderación como criterio para decidir una cuestión como aquella del caso resulta una categoría sospechosa.

8. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Párr. 41.

En el afán de no detenernos mayormente sobre una cuestión que resulta pacíficamente aceptada en la doctrina, tal como es la inclusión de la categoría de la orientación sexual dentro de la cláusula “cualquier otra condición social” que plantea el artículo 1 de la CADH, resulta pertinente apuntar que en este antecedente jurisprudencial –por ser tan incipiente– la Corte realizó un desarrollo y fundamentación mayor sobre esta interpretación. En este sentido, indicó que “al interpretar la expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención [Americana de Derechos Humanos], debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”. Asimismo, la Corte señaló –en concordancia con lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” planteando la necesidad de efectuar una interpretación evolutiva de aquella cláusula abierta⁹.

Finalmente, de los asuntos tratados en el caso que resultan pertinentes a la temática de este trabajo, resaltamos que la Corte recalcó que, “a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala [...], se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad”¹⁰. Es por ello que consideró violado el artículo 11.2, además de los artículos 17 y 24, en relación al artículo 1.1 en perjuicio de Karen Atala.

9. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Párr. 83-84.

10. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Párr. 167.

2.2 Duque vs. Colombia (2016)

En esta sentencia del año 2016, el Tribunal condenó al Estado de Colombia por la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley de Ángel Alberto Duque en materia de acceso a la seguridad social. Los hechos comienzan con el reclamo realizado por el peticionante al haberse visto imposibilitado de acceder a la prestación de una “pensión por sobrevivencia”, en razón de haber conformado una pareja homosexual cuando la ley colombiana contemplaba la Unión Marital de Hecho únicamente para parejas heterosexuales¹¹. Asimismo, la víctima estaba en una situación de especial vulnerabilidad, ya que no tenía ingresos propios y se encontraba bajo tratamiento antirretroviral por ser una persona que vivía con VIH, cuyo acceso se vería interrumpido al morir su pareja, situación que podría evitarse al tener acceso a la referida pensión.

Sobre los derechos vulnerados y su alcance, la Corte reiteró sus estándares en torno al derecho a la igualdad y no discriminación, agregando algunos matices propios del análisis de este caso. Al respecto, el tribunal sostuvo que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”, agregando que este principio se encontraba dentro del dominio del *ius cogens*, y que “sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”¹².

11. Cabe señalar que, con posterioridad a este caso, la Corte Constitucional colombiana extendió jurisprudencialmente este derecho a las parejas del mismo sexo, quienes pueden establecer una unión de hecho y gozar del régimen de protección que de ella deriva, en condición de igualdad con las parejas heterosexuales. Cfr. Corte IDH. *Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310. Párr. 81-82.

12. Corte IDH. *Duque vs. Colombia*. Párr. 91

El Tribunal entendió que la cuestión debía ser analizada bajo la óptica del artículo 24 de la Convención Americana, adicionalmente a su abordaje desde y en relación con el artículo 1.1, por tratarse de una discriminación de derecho, en función del trato desigual que la ley que regulaba la unión de hecho establecía respecto a las parejas homosexuales y su impacto en la normativa vinculada al acceso a la “pensión de sobrevivientes”.

Una cuestión que resulta interesante de la fundamentación brindada por el órgano jurisdiccional es la fertilización cruzada que se evidencia en la cita al Principio No. 13 de los Principios de Yogyakarta, en el cual se recepta el derecho a la seguridad social y otras medidas de protección social, y a su acceso libre de discriminación por orientación sexual o identidad de género. En consonancia, se recoge también lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 20 cuando señala que “los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad”¹³.

Al tratarse de un caso en el cual la discriminación viene dada por una regulación legal interna, teniendo en común con “Atala Riffo” el hecho de que en ambos se vulneran derechos desde el poder público (ya sea el órgano legislativo o el judicial) en función de concepciones estereotipadas y discriminatorias motivadas en la orientación sexual, la Corte reitera que “la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir

13. Corte IDH. *Duque vs. Colombia*. Párr. 109-110.

la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”¹⁴. Esto resulta particularmente relevante al analizar la diferencia marcada por la legislación colombiana entre los derechos consagrados a parejas heterosexuales y homosexuales, la cual indudablemente carece de una justificación objetiva y razonable que la avale.

2.3 Flor Freire vs. Ecuador (2016)

El tercer caso traído a análisis es el pronunciamiento del 31 de agosto de 2016, contra el Estado de Ecuador, por la violación del derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la honra de Homero Flor Freire.

La víctima integraba la fuerza terrestre ecuatoriana cuando, en función de una alegada conducta homosexual, fue objeto de un proceso de sumario, ello conforme a lo previsto en el Reglamento de Disciplina Militar vigente¹⁵. El resultado del proceso fue la atribución de responsabilidad disciplinaria a Homero Flor Freire y su puesta a disponibilidad.

Uno de los puntos que se discutieron en las instancias recursivas internas fue la constitucionalidad de este precepto normativo

14. Corte IDH. *Duque vs. Colombia*. Párr. 123; y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Párr. 92.

15. Al respecto, el artículo 117 reglamentaba que: “Los miembros de las Fuerzas Armadas que sean sorprendidos en actos de homosexualidad o en hechos relacionados con tenencia, uso indebido, tráfico y comercialización de drogas o estupefacientes dentro o fuera del servicio, se sujetarán a lo previsto en artículo 87, Lit. (i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de que sean puestos a órdenes de los Jueces comunes para su Juzgamiento conforme a la Ley de la materia. [...] De no estar plenamente comprobado el grado de participación del miembro de las Fuerzas Armadas, en los referidos hechos, las autoridades competentes ordenarán el trámite de una Información Sumaria Investigativa”. Cfr. Corte IDH. *Flor Freire vs. Ecuador*. Sentencia del 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315. Párr. 61.

que consideraba los actos homosexuales como faltas punibles por la Justicia Militar. Al respecto, el Juzgado de Derecho (institución militar) señaló que aquel precepto se fundaba en el carácter especial de la legislación militar y su misión de cultivar y mantener valores tales como el honor, la dignidad, la disciplina, la lealtad y el culto al civismo, indicando que la conducta atribuida a Flor Freire contrariaba estos pilares morales. Ante el derrotero del proceso disciplinario, la víctima interpuso sendos recursos de amparo, los cuales fueron denegados por los órganos judiciales competentes.

La Corte Interamericana realizó un abordaje en términos similares al caso “Duque”, ponderando la vulneración del artículo 24 de la Convención por tratarse de una desigualdad ante la ley, agregando una cuestión que resulta a todas luces pertinente: aquella vinculada a la discriminación por la orientación sexual ya sea esta real o percibida¹⁶. Esto resulta relevante toda vez que la percepción externa que conduce a la discriminación puede corresponderse o no con la autopercepción de la víctima, no generando esto una diferencia en el resultado dañino que aquella conducta produce en los derechos de la víctima.

2.4 Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (2018)

La alusión a este caso en el marco del presente trabajo no sigue el criterio de selección de los demás precedentes, en los que la víctima es quien sufre directamente la discriminación en

16. La Corte cita la doctrina sentada previamente (aunque en casos no vinculados a discriminación por orientación sexual, tal como el *Caso Perozo y otro vs. Venezuela*) en cuanto “es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima”. Cfr. Corte IDH. *Flor Freire vs. Ecuador*. Párr. 120.

función de su orientación sexual; no obstante, resulta pertinente analizarlo. En la sentencia “Ramírez Escobar y otros” se aborda la situación de dos niños de Guatemala que fueron separados de su familia y trasladados a una “casa hogar”, luego de haber sido denunciada su madre por su presunto abandono.

En el marco de una situación irregular que se presentaba en el país en torno a la adopción de niños y niñas, se declara judicialmente la situación de abandono y los niños son adoptados por dos familias estadounidenses distintas. Lo relevante del análisis de este caso –bajo la óptica de la protección específica de las personas LGBTIQ– es que los niños contaban con una abuela que podría haber asumido su cuidado, evitándose así la declaración de abandono y su posterior separación; pero esa opción fue descartada por las autoridades judiciales arguyendo que la mujer tenía “preferencias homosexuales” y podría transmitir “esta serie de valores” a los niños que tuviera a cargo. En este sentido, la Corte se remonta a lo dicho en el caso “Atala Riffo” y reitera que “la orientación sexual no puede ser utilizada como un elemento decisorio en asuntos de custodia o guarda de niñas y niños”¹⁷.

2.5 Algunas notas sobre las características de la etapa

En primer lugar, vale advertir –frente al vacío normativo señalado *supra*– la relevancia que adquiere el desarrollo realizado en los precedentes judiciales analizados. Siguiendo a Salvioli, “cuando dentro de una sentencia contenciosa un tribunal internacional de derechos humanos *describe el alcance de un derecho establecido en una norma internacional, o detalla una o más obligaciones que derivan de dicha disposición o instrumento jurídico*, entonces todos los Estados

17. Corte IDH. *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 301.

parte [en el instrumento] se verán lógicamente *vinculados al contenido vertido en ese análisis*”, por aplicación del principio de “cosa interpretada”, en cuanto deben guiar la forma en que se cumplirá la obligación de garantía de los derechos humanos, impactando en toda la política pública de todas las esferas y órganos del Estado, así como en el control de convencionalidad que realicen¹⁸.

En esta etapa germinal, en suma, la Corte Interamericana avanzó considerablemente en la protección específica de las disidencias sexo-genéricas al otorgar reconocimiento de “categoría sospechosa” a la orientación sexual para el análisis de casos reñidos con los derechos a la no discriminación y a la igualdad ante la ley. Las categorías sospechosas serán consideradas *a priori* criterios irrelevantes para legitimar las desigualdades de trato¹⁹.

No obstante, en nuestra opinión, las decisiones del Tribunal aún no logran visibilizar adecuadamente las condiciones estructurales de segregación y exclusión que padecen las personas LGBTIQ. Podríamos asumir que –tal vez– no se trataba de los casos más apropiados para pronunciarse en otro sentido; sin embargo, resulta indudable que el Tribunal abordó las violaciones a los derechos humanos acreditadas en ellos como hechos de discriminación por *mera arbitrariedad*, sin hacer foco en el “dato sociológico” de las condiciones generales de exclusión de las que aquellas situaciones concretas eran apenas una muestra.

18. Salvioli, Fabián Omar. *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos*. IJSA, San José, C.R., 2022. Pp. 231. El resaltado es del autor.

19. En esa línea, ver González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”. *Revista IIDH*. No. 47 enero-junio de 2008 Pp. 132.

Se trata de una concepción clásica de no discriminación, basada en dos estándares: la igualdad de trato en igualdad de circunstancias, y la razonabilidad funcional o instrumental de la distinción efectuada, atendiendo a la relación entre el criterio o categoría diferencial elegida (orientación sexual, en estos casos) y el fin buscado con la restricción de derechos. Ese concepto de igualdad como no-arbitrariedad, que Saba caracteriza como “individualista” y “descontextualizado”, va a ser complejizado en el desarrollo posterior de la jurisprudencia interamericana²⁰.

3. La Opinión Consultiva No. 24/17

El 24 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana emitió su opinión consultiva No. 24/17, titulada *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, en virtud de una solicitud efectuada por Costa Rica en los términos del art. 64 de la Convención Americana. De acuerdo a Evorah Costa Cardoso, se trataría de un caso de “consulta estratégica”: la judicialización en forma extraordinaria o excepcional de discusiones complejas en el ámbito interno; el equivalente al “litigio estratégico” encarado por las organizaciones no gubernamentales, pero con las limitaciones de legitimación y de objeto procesal que impone el mecanismo consultivo ante la Corte²¹.

20. Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural... Pp. 138.

21. Costa Cardoso, Evorah Lucía, como se cita en Vega-Murillo, William y Vargas-Mazas, Esteban. “La opinión consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: el resultado de una consulta estratégica”, *Revista IIDH*. No. 66, julio-diciembre de 2017. Estos dos últimos autores demuestran cómo la judicialización del debate sobre derechos sexuales y reproductivos fue una estrategia adoptada por el gobierno costarricense para hacer frente a posturas reticentes de sectores conservadores con peso en los Poderes Legislativo y Judicial, como sucedió con el asunto de la fertilización in vitro, que motivó la intervención de la Corte Interamericana en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

En este pronunciamiento, la Corte comenzó elaborando un glosario de conceptos que resultan necesarios para abordar la problemática: sexo, sexo asignado al nacer, sistema binario del género/sexo, intersexualidad, género, identidad de género, expresión de género, transgénero o persona trans, persona transexual, persona travesti, persona cisgénero, orientación sexual, homosexualidad, persona heterosexual, lesbiana, gay, homofobia y transfobia, lesbofobia, bisexual, cisonormatividad, heteronormatividad, y LGBTI. Aún cuando son nociones provenientes de la filosofía y las ciencias humanas que se encuentran en permanente discusión, y más allá del carácter “ilustrativo” y “provisional” que les otorga la Corte, consideramos que estos se han vuelto conceptos jurídicos determinados en la medida en que resulten útiles para garantizar la efectividad de los derechos humanos sin discriminación²².

Como último intérprete del Pacto de San José de Costa Rica, el Tribunal analizó contextualmente que las personas LGBTI “han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales”²³. Luego, señalando como criterios de interpretación el principio pro persona y la lectura evolutiva de los instrumentos internacionales, la Corte Interamericana recordó que el principio de igualdad y no discriminación tiene carácter de *ius cogens* y extendió las “categorías sospechosas”

22. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 32.

23. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 33. En línea con la crítica formulada por Camacho Gutiérrez, vale señalar que, pese a la inclusión de las personas intersex en el glosario y en la sigla LGBTI, y a considerar extensibles a ellas varias de las líneas argumentales sostenidas por la Corte, la Opinión “excluye en un primer plano a las corporeidades diversas” y no considera las características sexuales como una “categoría sospechosa” protegida por el art. 1.1 de la Convención. Cfr. Camacho Gutiérrez, Olga Lucía. “Intersexualidad y la Opinión Consultiva OC-24/17. Retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*. No. 66, julio-diciembre de 2017. Pp. 25-26.

protegidas por el art. 1.1 de la Convención a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.

Al resolver la consulta efectuada por el Estado, la Corte reconoce como un derecho humano autónomo al derecho a la identidad de género, entendiendo por esta “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al nacer”²⁴.

Afirmó que el Estado tiene el deber de “garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales”, y que la falta de reconocimiento de la identidad sexo-genérica “podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisnormativos o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado” de que esas personas no contarán con protección legal. Recalca así que quienes deciden asumir su identidad de género auto-percibida con independencia de su genitalidad o del sexo asignado al momento del nacimiento, como resultado de una decisión libre y autónoma, “bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables”²⁵.

Ese derecho se traducirá en el deber estatal de garantizar que la definición identitaria concuerde con los atributos de la personalidad en los registros y en los documentos de identidad, lo que incluye el derecho al cambio de nombre, a la adecuación de la imagen y a la rectificación de datos con marcas de sexo o género, como surge de los artículos 3, 18, 7.1, 11.2, (derechos

24. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 94.

25. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 95, 97 y 100.

al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre, a la libertad personal y a la vida privada), en relación con los arts. 1.1, 2 y 24 de la Convención Americana. Extensamente, la Corte dispone que deberá establecerse un procedimiento en la normativa interna para hacer efectivo ese derecho, que deberá ser expedito y preferentemente gratuito, confidencial (no dejando registro de los cambios operados) y exclusivamente basado en el consentimiento libre e informado de la persona solicitante. En consecuencia, proscribiremos el requerimiento de certificaciones médicas o psicológicas (a los que considera irrazonables por su carácter invasivo o, incluso, patologizante), así como la exigencia de acreditación de tratamientos hormonales, intervenciones quirúrgicas o esterilizaciones. Ese tipo de requisitos, además de reforzar los estereotipos derivados del sistema binario de sexo/género, constituirían *per se* violaciones a los derechos a la integridad y libertad personal y a la vida privada.

Concluye la OC-24/17, dictaminando respecto a las parejas del mismo sexo, que los arts. 11.2 y 17 de la Convención otorgan protección al vínculo familiar que se deriva de dichas parejas, en igualdad con las parejas heterosexuales. Por tanto, los Estados se encuentran obligados a proteger todos los derechos humanos, y los derechos y obligaciones patrimoniales y no patrimoniales, que se derivan del vínculo familiar, sin discriminación alguna con respecto a las parejas heterosexuales. Consecuentemente, deberán garantizar el acceso igualitario a todas las figuras jurídicas reconocidas en la normatividad interna, incluyendo el derecho a contraer matrimonio.

Respecto a este punto, recalca Fabián Salvioli que –por su lenguaje imperativo– la Corte ha querido plasmar además el efecto vinculante que su interpretación tiene para *todos los Estados* parte en la Convención Americana. Ese carácter, que queda en evidencia por el voto parcialmente disidente que sobre

la cuestión emitió el magistrado Vío Grossi (diferenciándose del acuerdo alcanzado por los otros seis jueces y juezas), da cuenta de la vigencia del principio de “cosa interpretada” también para los pronunciamientos dictados en el marco de la competencia consultiva del órgano jurisdiccional²⁶.

En síntesis, la OC-24/17 permitió a la Corte efectuar un abordaje genérico de la protección específica de los derechos humanos de las personas LGBTIQ, sin atribución de responsabilidad estatal ni limitaciones casuísticas, logrando el desarrollo progresivo de los estándares aplicables.

4. Expansión posterior de la jurisprudencia interamericana

La consecuencia de la emisión de la Opinión Consultiva 24/17 fue, en definitiva, la expansión de la jurisprudencia del tribunal hacia líneas de interpretación hasta ese momento no aplicadas a la problemática de los derechos humanos de las disidencias sexo-genéricas. Si bien se trata apenas de cuatro sentencias (sumado a dos opiniones consultivas), consideramos que la complejidad de los casos *sub examine* y el breve lapso de tiempo —en términos relativos— en que fueron pronunciadas, da cuenta de la emergencia de un nuevo ciclo de abordajes casuísticos con atribución de responsabilidad estatal.

En relación a la mencionada complejidad de los hechos traídos a conocimiento del Tribunal, debe tenerse presente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el órgano competente para remitir casos a la instancia jurisdiccional²⁷. Ahora bien, la selección de casos efectuada por la Comisión es producto de la actividad de las víctimas, sus representantes

26. Salvioli, Fabián Omar. *La edad de la razón...* p. 252-255.

27. Cfr. Arts. 51 y 61 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

jurídicos y las organizaciones de la sociedad civil que, cuando actúan en defensa de la legalidad interamericana, introducen las peticiones individuales, impulsan los procedimientos y postulan la voluntad de que la Corte llegue a pronunciarse respecto a los casos, una vez concluida la instancia cuasi-jurisdiccional.

En ese sentido, la Comisión resulta ser una suerte de “caja de resonancia” de la búsqueda de justicia que encara la sociedad civil, mediante el “litigio estratégico” que ejercita ante el sistema. Pero, en nuestra opinión, las condiciones de posibilidad para plantear esta serie de casos, novedosos por las temáticas que involucran y, por ende, de más compleja resolución, está dada en gran medida por la amplitud de miras que la Corte demostró al emitir la citada OC-24/17.

La jurisprudencia contenciosa, entonces, discurrió sobre dos vertientes que amplían el campo interpretativo de los derechos humanos de las personas LGBTIQ en el continente. Una primera, referida a casos de crímenes violentos con matriz discriminatoria, configurando graves violaciones a los derechos humanos en el marco contextual de ataques generalizados contra integrantes del colectivo. Por otra parte, una segunda vertiente en la que se abordan casos de discriminación acaecidos en la esfera de las relaciones entre particulares, que generan responsabilidad internacional por violación del deber de proteger²⁸, en virtud de lo que Gialdino denomina “efecto horizontal indirecto” de las normas iusinternacionales²⁹.

28. Si bien la Corte ya había referido *obiter dictum* a la aplicabilidad del deber especial de protección frente a casos de violencia y discriminación contra personas LGBTIQ (v.gr., *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 80; *Duque vs. Colombia*, párr. 92; y *Flor Freire vs. Ecuador*, párr. 110), será la primera vez que utilice el argumento en forma directa para la resolución de un caso contencioso con atribución de responsabilidad relativo a la materia.

29. Gialdino, Rolando. *Derecho internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Abeledo Perrot, Bs. As., 2014. Pp. 520.

Por otro lado, señalamos el breve lapso de tiempo en que la Corte dictó las cuatro sentencias a analizar. En efecto, resueltos los casos contenciosos en cuatro años, parecieran poner de manifiesto una nueva tendencia: a ritmo de un pronunciamiento por año sobre derechos humanos de personas LGBTIQ, la temática habría adquirido un espacio propio en la agenda del Tribunal, que permite pensar en la posibilidad de que el ciclo expansivo se profundice en años venideros.

4.1 Rojas Marín vs. Perú (2020)

El fallo inaugural de lo que nos permitimos entender como un nuevo período en la jurisprudencia interamericana fue dictado el 12 de marzo de 2020 en el *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*.

La Comisión sometió a la jurisdicción del Tribunal el caso el 22 de agosto de 2018, cuando ya se encontraba publicada la OC-24/17. En él se denunciaba la privación ilegal y arbitraria de la libertad, con presuntos fines de identificación, sufrida por la víctima el 25 de febrero de 2008, la que se vio agravada por actos de violencia física y psicológica que incluyeron violencia sexual y se caracterizaron por “un especial ensañamiento con la identificación o percepción [de la víctima], para ese momento, como un hombre gay”. Se adicionó a ello el incumplimiento del deber de investigar, “con el factor agravado del prejuicio existente respecto a las personas LGBTI”, lo que derivó en que los hechos se encuentren impunes³⁰.

Al exponer los hechos que se tuvieron por acreditados, la Corte innova incorporando un acápite titulado “Situación

30. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 1.

de la población LGBTI en el Perú³¹. Allí, se señala que la violencia contra el colectivo es un fenómeno de características estructurales y continuas, consecuencia de la existencia de fuertes prejuicios sociales, que se ha visto invisibilizado hasta el 2017 por la inexistencia de estadísticas. La referencia a encuestas que evidenciaban una alta incidencia de hechos de violencia y discriminación y bajos índices de denuncias de los mismos ante las autoridades, se complementó con otras que expresaban la persistencia de temores a develar la propia orientación sexual o identidad de género.

A su vez, la Corte echó mano a las observaciones finales aprobadas por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas en el año 2013, que incluyen el reporte del 2008, en cuanto manifiestan su preocupación por:

las informaciones sobre hostigamiento y agresiones violentas, algunas de las cuales han causado muertes, cometidos contra la comunidad de lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales por miembros de la policía nacional, de las fuerzas armadas o de las patrullas municipales de seguridad ('serenos') o por funcionarios penitenciarios, así como los casos en que miembros de esa comunidad han sido objeto de detención arbitraria, maltrato físico o denegación de salvaguardias legales fundamentales en comisarías³².

Se explicita así un contexto general que posibilitará interpretar sistémicamente los hechos constitutivos del objeto de la petición individual. Después de señalar a la violencia como la forma más extrema en que se materializa la discriminación, el tribunal recogió la mirada del Experto Independiente de Naciones Unidas en la materia, Víctor Madrigal-Borloz, en cuanto a que esos actos violentos suelen motivarse en la intención de castigar a quienes desafían las normas sexo-genéricas, es decir,

31. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*, párr. 46 a 51.

32. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*, párr. 51.

“sobre la base de nociones preconcebidas de lo que debería ser la orientación sexual o la identidad de género de la víctima, partiendo de un planteamiento binario de lo que constituye un hombre y una mujer o lo masculino y lo femenino, o de estereotipos de la sexualidad de género”³³.

Así, la Corte concluye que “la violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación” y que esa violencia “alimentada por discursos de odio pueden dar lugar a crímenes de odio”³⁴.

Pasando al abordaje de los hechos, la Corte tuvo por acreditado que la víctima fue detenida por agentes policiales mientras transitaba por la vía pública, sin serle comunicados los motivos de su detención, y trasladada a una comisaría, lo que configuró una privación ilegal de la libertad. Ponderó también la ausencia de motivos de la detención, en juego con una serie de insultos y palabras despectivas proferidas en relación a la orientación sexual y expresión de género de la víctima, para considerar que la detención resultó, por la irrazonabilidad derivada de la motivación evidentemente discriminatoria, un caso de privación arbitraria de la libertad. En consecuencia, el accionar policial redundó en la violación estatal de los arts. 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4 de la Convención.

En cuanto a los maltratos infringidos durante su cautiverio en la comisaría, consistentes en golpes, desnudez forzada, comentarios despectivos sobre su orientación sexual y violencia sexual, el Tribunal los consideró violaciones a los derechos a la integridad personal, a la vida privada y a no ser sometida a torturas,

33. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*. párr. 91 y 92, y el informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, como allí se cita.

34. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*. párr. 93.

decretando la responsabilidad del Perú por incumplir los arts. 5 y 11 de la Convención Americana, así como los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En particular, califica como tortura a la violación sexual sufrida, consistente en la introducción en dos oportunidades de la vara policial por vía anal. Para ello, tiene en cuenta la intencionalidad, la severidad del maltrato y el propósito punitivo de los perpetradores. En este último aspecto, recoge el dictamen pericial que sostiene que la violación mediante la utilización de “un elemento que simbólicamente representa la autoridad” expresa un mensaje simbólico que procura “reinstaurar una masculinidad que se ve amenazada por la percepción de la víctima como no cumpliendo los órdenes establecidos de la masculinidad”. Encuadra así la agresión como crimen de odio, que excede la afectación de los bienes jurídicos de la víctima para constituirse en un mensaje de “amenaza a la libertad y dignidad de todo este grupo social”³⁵.

En cuanto a los trámites judiciales internos, la Corte consideró violados los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial³⁶ por incumplimiento del deber de investigar, que llevó al sobreseimiento de todos los imputados. En particular, concluyó que no hubo debida diligencia ya que se omitió investigar los posibles móviles discriminatorios, al tiempo que se utilizaron estereotipos discriminatorios en el curso de la investigación. En particular, tanto la fiscal como los peritos que efectuaron el examen médico legal restaron credibilidad y verosimilitud a la palabra de la víctima en razón de su orientación sexual y efectuaron comentarios respecto a su vida y comportamiento sexual previo.

35. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*, párr. 163 y 165.

36. Arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 2.

Se adiciona a ello que el juez a cargo permitió, durante la diligencia de inspección y reconstrucción judicial, que varios policías y funcionarios judiciales y un abogado se rieran y burlaran de Rojas Marín; el letrado, además, interrumpió constantemente su declaración formulando preguntas peyorativas, al tiempo que sostenía una vara de policía en su mano, la que repetidamente golpeaba contra la palma de su otra mano. Surge evidente que el Juzgado impidió a la víctima declarar en un ambiente cómodo y seguro y se la sometió a revictimización.

Finalmente, debe hacerse una mención particular a que la Corte tuvo especial cuidado –a lo largo de la sentencia– en respetar la identidad de género de la víctima de acuerdo a su autopercepción al momento del trámite contencioso³⁷.

4.2 Vicky Hernández y otras vs. Honduras (2021)

Un nuevo precedente por crímenes de odio contra integrantes del colectivo LGBTIQ sentó la Corte al dictar sentencia en el caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, el 26 de marzo de 2021.

La petición versaba sobre el asesinato de la víctima, una mujer trans y defensora de derechos humanos, entre la noche del 28 y la madrugada del 29 de junio de 2009, mientras ejercía el trabajo sexual en la “zona roja” de la ciudad de San Pedro Sula. Al igual que en Rojas Marín, la sentencia se destaca por un abordaje sistémico de la materialidad ilícita: el tribunal se

37. Ello porque, al tiempo de emitir la sentencia, la víctima se identificaba como mujer y con el nombre Azul, mientras que se identificaba como hombre gay al momento de los hechos. Procura de ese modo no utilizar su necrónimo o “*dead-name*”. Ver Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*. párr. 52.

explaya respecto al contexto de violencia en que se enmarcaron los sucesos.

Una primer arista de ese contexto refiere a la discriminación y violencia sistemática perpetrada contra las personas LGBTI y, en particular, contra las mujeres trans. En base a informes oficiales de Naciones Unidas y a prueba pericial, la Corte caracterizó ese marco por la notable ocurrencia –desde el año 1994– de muertes violentas de hombres gays y mujeres trans, especialmente entre quienes ejercían el trabajo sexual. Además, podía colegirse un problema de subregistro dado que la percepción de impunidad desalentaba las denuncias, las cuales solían involucrar a agentes policiales³⁸. Esa violencia incluía también, conforme los testimonios, un continuo hostigamiento policial contra las mujeres trans, que se expresaba en amenazas, golpes, redadas, detenciones arbitrarias y violencia sexual.

A lo expuesto se sumaba, como contexto de los hechos, la ocurrencia de un golpe de Estado el 28 de junio, el cual depuso al presidente constitucional Manuel Zelaya y derivó en el establecimiento inmediato del estado de excepción y el toque de queda. El accionar represivo del nuevo gobierno recrudeció en los días siguientes, evidenciándose un uso desproporcionado de la fuerza contra la protesta social y numerosos casos de detenciones arbitrarias, homicidios y limitaciones de la libertad de expresión.

38. Pese al subregistro, los datos cuantitativos ponderados por la Corte resultan elocuentes: 11 hombres gay y 9 personas trans asesinadas entre 1994 y mayo de 2009; 14 hombres gay y 15 mujeres trans sufrieron muerte violenta en los seis meses siguientes al golpe de Estado; en la década posterior al golpe, se contabilizaron homicidios de 157 hombres gay, 104 mujeres trans y 35 lesbianas. Cfr. Corte IDH. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 202. Serie C No. 422, párr. 31-32.

Dado el control absoluto que las fuerzas militares y policiales ejercían sobre los espacios públicos y el movimiento de las personas al momento del homicidio, sumado a los testimonios indirectos obtenidos, al contexto señalado y a los antecedentes de agresiones que había sufrido Vicky Hernández, la Corte consideró directamente atribuible al Estado la violación del artículo 4.1 de la Convención, relativo al derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, en relación con los arts. 1.1, 5.1³⁹, 8.1 y 25. Para ello, consideró también el incumplimiento de la obligación de investigar, reforzada por ser la víctima una mujer trans y defensora de derechos humanos, vista la insuficiencia de la labor judicial para determinar las responsabilidades penales y dilucidar la verdad de los hechos, incumpliendo el deber de garantizar el derecho a la vida⁴⁰.

La sentencia analizada resulta, asimismo, relevante en tanto es la primera ocasión en que el tribunal interamericano va a abordar el derecho autónomo a la identidad de género en un caso específico con atribución de responsabilidad estatal, poniendo en juego la línea argumental inaugurada en la OC-24/2017. En particular, constata la vulneración a ese derecho (y a los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libertad personal, a la vida privada, a la libertad de expresión, al nombre y a la igualdad y no discriminación) en tres momentos diversos.

En primer término, se conculca por la inferencia de que la violencia infligida a Vicky Hernández (que habría incluido

39. Por el impacto en su integridad física y moral, por el dolor y angustia causados en razón de los indicios corporales de heridas y violencia sexual.

40. En ese sentido, también consideró violados los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial respecto a las familiares de Vicky Hernández, ponderando –entre otros aspectos– el reconocimiento parcial de responsabilidad y la falta de seguimiento de líneas lógicas de investigación. Cfr. Corte IDH. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; párr. 105-108.

violencia sexual y derivó en su homicidio), estuvo motivada en razón de su identidad de género o su expresión de género. Asimismo, una segunda violación acaece a lo largo de las investigaciones posteriores. La Corte consideró que también los estereotipos por identidad y expresión de género “afectan la objetividad de los funcionarios encargados de investigar [...] influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima”⁴¹. En esa línea, resaltó el empleo sistemático de estereotipos en la investigación por homicidio, tanto por la exclusión de líneas de investigación vinculadas a su activismo, a su identidad trans y a la posible violencia sexual sufrida, como por la continua omisión de su identidad de género auto-percibida, de lo que da cuenta el hecho de que se la identificó en el expediente como un hombre y se la registró con sexo masculino.

Estos factores son muestra del tercer momento en que se viola el derecho a la identidad de género de la víctima: el marco normativo hondureño imposibilitó a Vicky Hernández reflejar en sus documentos de identidad su género auto-percibido y nombre elegido, lo que constituyó *per se* “una forma de discriminación y de exclusión social por expresar dicha identidad”⁴².

Finalmente, la Corte avanza al considerar –por primera vez– que resulta aplicable la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Fundándose en la consideración, efectuada antes en la OC-24/17, de que la violencia contra las mujeres trans “también se encuentra basada en el género, en cuanto construcción social de las identidades, funciones y atributos

41. Corte IDH. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; párr. 114.

42. Corte IDH. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; párr. 122.

asignados socialmente a la mujer y al hombre” y considerando que la identidad y expresión de género son factores de vulnerabilidad implícitamente receptados en la cláusula del art. 9 de dicho instrumento, efectúa una interpretación evolutiva para declarar la responsabilidad por el incumplimiento de los incisos (a) y (b) del artículo 7, por la vulneración del derecho a la vida y a la debida diligencia en la prevención, investigación y sanción del crimen⁴³.

4.3 Pavez Pavez vs. Chile (2022)

El 4 de febrero de 2022, la Corte Interamericana dictó sentencia en relación al caso de Sandra Pavez Pavez, quien fuera inhabilitada para el ejercicio de la docencia de la asignatura de religión católica en una escuela pública, administrada y financiada por el Estado chileno. Tal inhabilitación fue consecuencia de la revocación del certificado de idoneidad por parte de la Vicaría para la Educación del Obispado de San Bernardo, autoridad eclesial con facultades absolutas en la materia de conformidad con la regulación vigente.

Se tuvo presente que la víctima, quien enseñaba en dicho establecimiento desde el año 1985, fue exhortada —en razón de ser lesbiana— por el Vicario del Obispado a “terminar con

43. Es menester subrayar que, en este punto, expresaron su disidencia parcial —en sendos votos separados— la jueza Odio Benito y el juez Vio Grossi. No exento de polémica, el voto de la magistrada costarricense procuró resaltar la aplicabilidad de la Convención de Belém do Pará exclusivamente a las mujeres cis, con base en una mirada biologicista sobre el sistema sexo-genérico. Valoró así, como contraproducente e ineficaz, el análisis de la violencia transfóbica “dentro de una perspectiva que únicamente analiza la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer, en tanto que no va al origen de la violencia específica que sufre este colectivo”. Ver su voto en Corte IDH. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; párr. 41.

su vida homosexual”⁴⁴. Este condicionó su permanencia en el cargo al sometimiento a terapias psiquiátricas⁴⁵, para finalmente revocar, en julio de 2007, su autorización para dictar clases de religión católica en esa o cualquier otra entidad educacional; ello sin perjuicio de que Pavez Pavez contaba con tres títulos profesionales habilitantes expedidos por diversas universidades.

Recogiendo los estándares sentados en su jurisprudencia previa, consideró el Tribunal que la víctima fue objeto de un trato discriminatorio, por resultar una medida restrictiva desproporcionada frente a las presuntas ventajas —alegadas por el Estado— en materia de protección de la libertad religiosa (la cual, afirma la Corte, ni siquiera parece verse potencialmente vulnerada, teniendo en cuenta el apoyo recibido por Pavez Pavez de parte de su comunidad educativa)⁴⁶. A su vez, va a considerar violatorias de los derechos a la libertad personal y a la vida privada la revocación motivada exclusivamente en su orientación sexual y las intromisiones en su vida sexual por parte de la Vicaría.

Un aspecto novedoso del caso refiere a que es la primera vez en que se abordan derechos económicos, sociales y culturales, declarando conculcado el artículo 26 de la Convención Americana. Esta resolución, que se diferencia en este punto de la sentencia dictada en “Duque vs. Colombia” y continúa la línea sentada a partir del fallo “Lagos del Campo vs. Perú”, concluye que se afectó su derecho al trabajo, en relación a la estabilidad laboral, dado que la reasignación de funciones en

44. Corte IDH. *Pavez Pavez vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párr. 23.

45. Conducta que la Corte va a considerar “totalmente inaceptable” “desde una perspectiva de un estado de derecho en donde se deben respetar los derechos humanos”. Ver Corte IDH. *Pavez Pavez vs. Chile*, párr. 135.

46. Se entienden violados así los arts. 1.1 y 24 de la Convención. Cfr. Corte IDH. *Pavez Pavez vs. Chile*, párr. 144.

un cargo de Inspectora General, motivada arbitrariamente, “menoscabó su vocación docente y constituyó una forma de desmejora laboral”⁴⁷.

El segundo aspecto a subrayar es que la Corte pondera por primera vez en un caso relacionado a derechos humanos de disidencias sexo-genéricas su jurisprudencia relativa a la aplicabilidad de las obligaciones *erga omnes* de respeto y garantía frente a actos perpetrados por actores no estatales. El deber de asegurar la efectividad de los derechos, así, se manifiesta “en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”⁴⁸. En concreto, consideró viable atribuir al Estado responsabilidad internacional por la actuación de la Vicaría, en tanto la reglamentación delegó atribuciones de poder público (como la facultad de habilitar la docencia en escuelas públicas) en las autoridades religiosas, siendo estas – además– decisiones irrecurribles.

4.4 Olivera Fuentes vs. Perú (2023)

El último pronunciamiento de la Corte Interamericana en la materia fue la sentencia dictada el 4 de febrero de 2023 en el caso Olivera Fuentes vs. Perú. Se trata de una denuncia por trato discriminatorio sufrido en agosto de 2004 por Crissthian Manuel Olivera Fuentes, activista y defensor de derechos humanos del colectivo LGBTIQ, por parte del personal comercial y de seguridad de una empresa de supermercados de la ciudad de Lima.

De conformidad con la prueba valorada, el nombrado se encontraba en una cafetería de dicho supermercado junto a

47. Corte IDH. *Pavez Pavez vs. Chile*, párr. 140.

48. Corte IDH. *Pavez Pavez vs. Chile*, párr. 110.

su pareja afectiva del mismo sexo, cuando fue interpelado por empleados en relación a las quejas que otros clientes habrían manifestado por las públicas expresiones de afecto que ambos hombres realizaban. La encargada de la tienda, en presencia de personal de seguridad e incluso de un agente policial, instó a que cesaran en dichas expresiones o se retiraran del establecimiento, alegando la presencia de niños en el lugar, actitud que –conforme los dichos del peticionante– “lo posicionó en una situación de discriminación ‘bochornosa’ y ‘humillante’”⁴⁹. El suceso se reiteró de igual modo, una semana después, en la cafetería de otro supermercado de la empresa, lo que motivó la interposición de denuncia ante las autoridades administrativas de Defensa del Consumidor. Luego de tramitar por cinco instancias administrativas y judiciales, el peticionante agotó los recursos de jurisdicción interna sin obtener reparación.

Reiterando lo dicho en la OC-24/17 y en la sentencia “Vicky Hernández y otras vs. Honduras” en cuanto a que la discriminación contra las personas LGBTIQ se manifiesta tanto en el ámbito público como el privado, recogió nuevamente las valoraciones efectuadas en “Rojas Marín vs. Perú” sobre la segregación y violencia históricas y estructurales que sufre el colectivo en el país andino.

Ahora bien, habida cuenta de que se trata de un acto de discriminación inicial cometido por agentes no estatales, debió la Corte abordar la problemática de las obligaciones estatales frente a las actividades empresariales. En concreto, subrayó el deber empresarial de respetar los derechos humanos, en tándem con el deber del Estado de prevenir las violaciones a derechos

49. Si bien no ha quedado explicitado, tales expresiones pudieron haber estado entre la proximidad física, las miradas, las caricias, los besos o los abrazos. Ver Corte IDH. *Olivera Fuentes vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484, párr. 47-49.

producidas por empresas privadas, e investigar, castigar y reparar dichas violaciones cuando ocurran, como corolario de las obligaciones de garantía y de adoptar medidas, conforme los arts. 1.1 y 2 de la Convención. Eso incluye, a su vez, garantizar –como parte del deber de protección– el acceso a mecanismos eficaces de reparación⁵⁰.

Así, la Corte sienta estándares concretos en cuanto a los deberes que incumben a Estado y empresas para respetar el derecho a la igualdad y no discriminación contra disidencias sexo-genéricas. En el parágrafo 104, se va a subrayar la obligación estatal de implementar actividades de reglamentación, monitoreo y fiscalización de los actores privados. Por su parte, las empresas deberán:

(i) formular políticas para atender su responsabilidad de respetar los derechos humanos e incluir en ellas expresamente los derechos de las personas LGBTIQ+; (ii) ejercer debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar toda repercusión negativa, potencial o real, que hayan causado o a la que hayan contribuido en el disfrute por parte de las personas LGBTIQ+ de sus derechos humanos, o que esté directamente relacionada con sus operaciones, productos, servicios y relaciones comerciales, así como para rendir cuentas sobre cómo les hacen frente, y (iii) tratar de resolver toda repercusión negativa en los derechos humanos que hayan causado o a la que hayan contribuido poniendo en práctica mecanismos de reparación por sí solas o cooperando con otros procesos legítimos, lo que incluye

50. Tuvo en miras el precedente de la sentencia en el *Caso de los Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) vs. Honduras*, del 31 de agosto de 2021, y los documentos del Sistema Universal utilizados como fuente interpretativa, tales como los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”. Asimismo, cita también el Principio 2.F de los Principios de Yogyakarta, en cuanto expresa el deber del Estado de adoptar medidas apropiadas para “alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género”.

establecer mecanismos eficaces de reclamación a nivel operacional para las personas o comunidades afectadas y participar en ellos⁵¹.

En aplicación de dichos estándares, la Corte concluyó que el Perú había violado los arts. 7.1, 8.1, 11.2, 24 y 25.1 de la Convención Americana en perjuicio de la víctima, por conculcar el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad de Olivera Fuentes.

Ello se colige de los parámetros y exigencias que las autoridades administrativas y judiciales adoptaron respecto a la carga probatoria, impropios de un caso de presunta discriminación, que derivaron en el rechazo de los reclamos en sede interna por aplicación del principio de inocencia respecto a la empresa.

Asimismo, la violación a los derechos al acceso a la justicia, a las garantías judiciales, a la libertad personal, a la vida privada, a la igualdad y no discriminación y a la igualdad ante la ley se evidenció en la falta de imparcialidad de los órganos administrativos de Defensa del Consumidor (consentida por el Poder Judicial), por la continua presencia en las actuaciones de estereotipos y prejuicios contra la orientación sexual del denunciante. A criterio del Tribunal, ello devino en decisiones motivadas en razones discriminatorias, incumpliendo los estándares interamericanos sobre debido proceso e ingiriendo injustificadamente en el ámbito de la privacidad, autonomía y libertad personal de la víctima.

Las resoluciones administrativas de primera y segunda instancia “concluyeron sesgadamente que toda manifestación de afecto entre una pareja homosexual podría implicar un aspecto erótico”. En esa línea, partiendo de preguntarse si era “‘justificado exigir mayor prudencia a las parejas homosexuales’ respecto de sus conductas afectivas cuando estas fueran desarrolladas

51. Corte IDH. *Olivera Fuentes vs. Chile*, párr. 104.

en la presencia de niños y niñas”, la autoridad administrativa de Defensa del Consumidor se apoyó en un informe pericial de contenido homofóbico y patologizante para argüir que las restricciones hallaban fundamento en la protección de la infancia. A ese respecto, la Corte sostendrá que “la Convención Americana –entendida a la luz de los estándares internacionales sobre empresas privadas y derechos humanos– obliga a los Estados a exigir a las empresas privadas una estricta igualdad de trato entre personas LGBTIQ+ y personas heterosexuales en materia de afecto público”⁵².

4.5 Las opiniones consultivas posteriores

Como colofón, corresponde hacer una breve mención a las valoraciones que sobre la materia pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos al dictar Opiniones Consultivas con posterioridad a la emisión de la OC-24/17.

En la *Opinión Consultiva No. 27*, titulada “Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”, emitida a solicitud de la Comisión Interamericana el 5 de mayo de 2021, la Corte fue llamada a pronunciarse por las especificidades del ejercicio de esos tres derechos por parte de las mujeres, en relación con el derecho de las mujeres a una vida libre de discriminación y violencia, por aplicación de la Convención, el art. 3 del Protocolo de San Salvador, el art. III de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belém do Pará.

En dicha oportunidad, la Corte señala escuetamente que, si bien el pedido de la Comisión se orientaba a la interpretación de ciertas normas con enfoque de género y atendiendo a la

52. Corte IDH. *Olivera Fuentes vs. Chile*, párr. 118 y 122.

situación de las mujeres, “esa perspectiva puede ser inclusiva de otros grupos de personas en situación de vulnerabilidad, como son las personas LGBTI”, para luego recordar –con cita de la OC-24/17– que la orientación sexual y la identidad y expresión de género son categorías protegidas por la Convención⁵³.

Más profunda fue la labor interpretativa practicada al emitir la *Opinión Consultiva No. 29*. En esa oportunidad, dictaminó a pedido de la Comisión sobre “Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad”, desarrollando la necesidad de adoptar medidas especiales para hacer efectivos los derechos en contexto de privación de la libertad de cinco grupos: (1) mujeres embarazadas, en periodo de parto, posparto y lactancia, y cuidadoras principales; (2) niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales; (3) personas pertenecientes a pueblos indígenas; (4) personas mayores; y (5) personas LGBTI.

En relación a estos últimos, la Corte aborda primeramente la problemática de la determinación de la ubicación de las personas LGBTI en los centros penitenciarios, frente al principio general de separación en razón del sexo, recalcando la necesidad de que se adopte racionalmente, por equipos profesionales, técnicos e interdisciplinarios, decisiones sobre la asignación de lugar atendiendo a “las particularidades de cada persona y su situación específica de riesgo [...] teniendo como principios rectores el respeto a la identidad y expresión de género [...] la participación de la persona interesada, y la protección contra la violencia”. En concreto, reprueba que se adopten medidas de protección que signifiquen “en la práctica, aislamiento o incomunicación automática, un trato inferior al brindado al resto de personas privadas de libertad ni una exclusión de las actividades que se

53. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-27/21, del 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, párr. 155.

lleven a cabo en prisión”⁵⁴. Sentó también estándares sobre las obligaciones de registro, prevención protección e investigación de los casos de violencia contra las personas LGBTI privadas de su libertad.

En tercer lugar, abordando el derecho a la salud, concluyó que “los Estados están en la obligación de adoptar disposiciones para garantizar que las personas trans privadas de su libertad puedan tener la atención médica especializada necesaria y oportuna”, lo que incluye la posibilidad de iniciar tratamientos quirúrgicos y/u hormonales, o de continuar los que hubieran iniciado previo a su detención⁵⁵.

Finalmente, se refirió al deber de garantizar el derecho a la visita íntima a las personas LGBTI privadas de su libertad, sin limitaciones o injerencias arbitrarias y discriminatorias, por respeto al libre ejercicio de la sexualidad y al ámbito de la intimidad de la persona. Recalcó, a su vez, que debe asegurarse su ejercicio en condiciones de seguridad, higiene y privacidad idénticas al resto de la población penitenciaria.

4.6 La “igualdad estructural”: denominador común y potencialidad

Como señalábamos al comienzo de este acápite 4, el derrotero jurisprudencial posterior a la emisión de la OC-24/17 resultó novedoso por el abordaje de casos problemáticos, en particular, por su carácter de crímenes de odio o de hechos de discriminación

54. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22, del 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, párr. 244, 247 y 248. Sobre el particular, el tribunal cita las valoraciones efectuadas previamente en la Resolución de Medidas Provisionales del 28 de noviembre de 2018, adoptada en el “Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil”. Por motivos de extensión, no abordaremos la jurisprudencia de la Corte en el marco de su competencia cautelar.

55. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22, párr. 270.

perpetrada por agentes no estatales. La solución jurídica que la Corte Interamericana brinda a esos casos se encuentra imbuida de una óptica “contextualizada” de la violación de los derechos humanos de las disidencias sexo-genéricas en la región, que registra y subraya la pertenencia de la víctima a un grupo social desaventajado.

Así, se emparenta con la idea de “igualdad estructural”, que complejiza la noción de discriminación por trato arbitrario haciendo énfasis en el “trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado (la casta o *underclass*). La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto”⁵⁶.

Este principio de igualdad como “no sometimiento” o “no segregación” se encuentra imbricado con la protección de los grupos sistemáticamente excluidos, al punto de motivar la relectura de las “categorías sospechosas” –protegidas por el art. 1.1 de la Convención Americana–. Como resaltan González y Parra Vera, citando a Saba, para evitar la perpetuación de la desigualdad estructural, es preciso dejar de lado la concepción universal y simétrica de las categorías sospechosas (v.gr., identidad y expresión de género), para resignificar la sospecha desde el grupo históricamente excluido (en el ejemplo, las personas travestis, trans, *queer* y no binarias)⁵⁷. Este entendimiento resulta coherente con el principio de preferencia y, en concreto, con el deber de adoptar acciones positivas para revertir la desigualdad estructural.

56. Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural...”. P. 142.

57. González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar. “Concepciones y cláusulas de...”. Pp. 134.

Para los grupos en situación de vulnerabilidad, la visibilización de su segregación en tanto colectivo es imprescindible para poder construir una igualdad con los sectores hegemónicos de la sociedad sin recaer en la uniformidad, la estandarización o la asimilación por parte de estos últimos, esto es, una igualdad en la diferencia. Al decir de Isabel Santa Cruz, esta igualdad comporta –para los grupos segregados– obtener autonomía (capacidad de elección y de autodesignación), autoridad o equipotencia, equifonía (en el discurso) y equivalencia, y necesita de bases relacionales de reciprocidad y reconocimiento que posibiliten la “interlocución y responsabilidad de los individuos-sujetos actuantes en todas las relaciones sociales, familiares y duales”⁵⁸.

En definitiva, la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana, al revelar que la singularidad de los casos no es más que la expresión de violaciones generalizadas o frecuentes contra un grupo socialmente excluido, camina en ese rumbo.

Conclusiones

A partir del abordaje realizado, consideramos que el desarrollo jurisprudencial que la Corte efectuó en materia de derechos de las personas LGBTIQ evidencia la capacidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para canalizar institucionalmente las demandas de justicia impulsadas por la sociedad civil, independientemente de la resistencia o el desinterés que algunos Estados puedan tener en profundizar la protección específica sobre este colectivo, como lo evidencia la persistencia de las normas y prácticas discriminatorias en

58. Tomamos aquí su mirada sobre la igualdad reivindicada por el feminismo, que resulta aplicable a la problemática de la segregación de las disidencias sexo-genéricas. Ver Santa Cruz, Isabel. “Sobre el concepto de igualdad”. *Revista Isegoría*, No. 6. 1992. Pp. 147-148.0

muchas sociedades y la carencia de instrumentos internacionales vinculantes.

Es decir, el Sistema Interamericano demuestra potencialidad para promover y proteger los derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad en el continente, haciendo uso de la autonomía funcional que caracteriza a sus órganos y aprovechando sinérgicamente el impulso de víctimas y organizaciones no gubernamentales. Completa así el proceso de especificación de la protección internacional que, respecto a este sujeto de tutela, consideramos normativamente trunco.

En este sentido, la labor pretoriana da cuenta de que la aplicación de la perspectiva *pro persona* y los procesos de “fertilización cruzada” con fuentes normativas extra-sistema posibilitan construir interpretaciones evolutivas, progresivas y con enfoque diferencial del derecho vigente. Así, el desarrollo progresivo que la casuística interamericana ha tenido en los últimos catorce años ha avanzado hacia una comprensión situada de la problemática de la violencia y la discriminación sufrida por este grupo histórica y estructuralmente segregado, tal como ha sucedido con otros sujetos, como los pueblos indígenas o los defensores y defensoras de derechos humanos.

Cabe esperar que este acertado y necesario avance jurisprudencial continúe presente en la agenda del tribunal, y que los diversos actores que interactúan con el sistema puedan potenciar esa vigencia impulsando el debate sobre algunas de las cuentas pendientes que, en perspectiva de “igualdad estructural”, pueden observarse en la línea interpretativa del tribunal. La implementación de acciones afirmativas, la discriminación en razón de las características sexuales sufrida por las personas intersex, y el abordaje de violaciones a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas LGBTIQ (por fuera de los análisis efectuados respecto a los derechos a la estabilidad laboral, sindicales y a

la salud), son algunos de los tópicos que –creemos– podrían ser relevantes para futuros pronunciamientos, si es que el “litigio estratégico” o la “consulta estratégica” encarada por Estados, organizaciones no gubernamentales y peticionantes le brindan a la Corte la oportunidad de expresar su mirada como intérprete última del sistema.