Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

EN BUSCA DE LA TRANSFORMACIÓN: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS PERSONAS LGBTI

Flávia Piovesan
Exvicepresidenta de la Comisión Interamericana de DerechosHumanos

Jessica Tueller
Becaria de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Extendemos un saludo cordial a todas las personas participantes en el *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* y agradecemos a las personas organizadoras, especialmente el querido amigo Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien nos extendió la invitación a participar.

El enfoque de nuestra intervención será los derechos de las personas LGBTI en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Describiremos los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su jurisprudencia sobre el principio de la igualdad y la no discriminación; la recepción de esos estándares en los países de las Américas; y los desafíos contemporaneos.

El SIDH ha sido un líder en los derechos de las personas LGBTI en el ámbito internacional desde los principios de la década de 2010, cuando fundó una unidad especializada en el tema en la Secretaría Ejecutiva de la CIDH —la que luego se convirtió en la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI. Pero incluso antes el SIDH tenía una base sólida promocionado el principio de la igualdad y no discriminación.

El artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la primera enumeración de los derechos internacionales del individuo en el mundo y el documento fundador del SIDH, estipula que «Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna».

De igual manera, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, tratado adoptado en 1969 y que entró en vigor en 1978, incluye el principio de la igualdad y no discriminación en el artículo 1(1), en el que los Estados se comprometen «a respetar los derechos y libertades reconocidos en [la Convención] y a

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Asimismo, el artículo 24 de la Convención Americana estipula que «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». El artículo 24 así permite la aplicación del principio de la igualdad y no discriminación a toda acción estatal, independientemente de su relación a otros derechos enumerados en la Convención.

En el año 2003, la Corte IDH además emitió la Opinión Consultiva OC-18/03 en la que estableció que el principio de la igualdad y no discriminación pertenece al dominio del *jus cogens*, obligando a todos los Estados de forma vinculante, independientemente de los tratados que han (o no han) ratificado.

No existe mención explícita, ni en la Declaración Americana ni en la Convención Americana, de una prohibición expresa contra la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte IDH ha evolucionado para extender la clausula de la igualdad y no discriminación a las personas LGBTI.

En el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, un caso del año 2012 sobre una lesbiana quien, por su orientación sexual, había perdido la custodia de sus hijas, la Corte IDH estableció por la primera vez que la Convención Americana proscribía la discriminación por motivos de la orientación sexual o la identidad de género, adoptando una interpretación abierta y extensiva al artículo 1(1). La Corte IDH ha desarrollado el principio de igualdad y no discriminación, al indicar que los tratados y, especialmente, la Convención Americana son instrumentos vivos que se deben interpretar de acuerdo con el contexto actual. Es por ello, que la Corte IDH ha concluido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención y han ingresado al ius cogens (normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

En el año 2016, la Corte reafirmó esta interpretación en el caso *Flor Freire Vs. Ecuador*, sobre un hombre gay que enfrentó una serie de tratos discriminatorios en el ejército. La Corte incluyó la expresión de género como una categoría protegida contra la discriminación. Asimismo, señaló que los estándares aplicables en materia de orientación sexual e identidad de género no lo son solo a las personas que se identifican como personas LGBT, sino también a las que son percibidas como tales.

También en 2016, en el caso *Duque Vs. Colombia*, la Corte IDH amplió el concepto de familias (concepción pluralista de familias), reconociéndole al señor Ángel Alberto Duque la posibilidad de obtener una «pensión de sobrevivencia» tras la muerte de su pareja del mismo género.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

En el año 2017, la Corte IDH impulsó otro avance histórico: la Opinión Consultiva OC-24/17. En ella, la Corte interpretó el principio de la igualdad y no discriminación, en conjunto con varios otros derechos protegidos en la Convención Americana, para obligar los Estados a permitir la rectificación del nombre y género de documentos oficiales de acuerdo con la identidad de género y, además, a reconocer el matrimonio igualitario. La Opinión Consultiva 24/17 reconoce el deber de los Estados de crear mecanismos para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans, no binarias y de género diverso, mediante procesos expeditos, tendientes a la gratuidad y a ser administrativos, que permitan la rectificación de los componentes de imagen, nombre y sexo/género en los documentos de identidad. Por otro lado, señala el deber de los Estados de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a las instituciones existentes que protejan los vínculos familiares, incluido el matrimonio, sin discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Desde entonces, la Corte IDH ha decidido tres más casos claves respecto a los derechos de las personas LGBTI : *Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú*, el primer caso sobre violencia contra una persona LGBTI (la víctima, en el momento de los hechos, se identificaba como hombre gay, y ahora se identifica como mujer trans); *Vicky Hernández y Otras Vs. Honduras*, un caso sobre el asesinato de una mujer trans y defensora de derechos humanos; y *Pavez Pavez Vs. Chile*, un caso sobre discriminación laboral contra una profesora lesbiana. En todos estos casos, la Corte IDH siguió fortaleciendo y aclarando el principio de la igualdad y no discriminación con enfoque en la orientación sexual y la identidad de género.

Cabe mencionar que el caso *Vicky Hernández* tiene especial importancia porque fue la primera sentencia en la que la Corte IDH aplicó la Convención de Belém do Pará, un tratado interamericano sobre violencia de género, a una violación a los derechos humanos de una mujer trans. La Corte determinó que la discriminación y violencia contra Vicky Hernández se motivaron tanto por su calidad de mujer como por su calidad de persona trans, tal que los hechos estaban dentro del ámbito previsto por el tratado.

En sus diferentes informes temáticos e informes de fondo, la Comisión ha también contribuido con la creación de estándares interamericanos en materia LGBTI, junto con las sentencias y la Opinión Consultiva de la Corte IDH que mencioné anteriormente.

La CIDH ha aprobado tres informes temáticos en esta materia, en los que se encuentran estándares para garantizar los DDHH de estas personas: el informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, de 2015; el informe sobre Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas, de 2018; y el informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, cultura-

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

les y ambientales, de 2020. Además, la Comisión ha emitido distintos informes de fondo mediante su sistema de casos y peticiones.

La experiencia de personas LGBTI frente a la violencia es de naturaleza muy diversa. Esta diversidad es el resultado de diferentes circunstancias y características personales y en particular, de la existencia de ciertos factores interseccionales que colocan a las personas LGBTI en situaciones especiales de vulnerabilidad y discriminación, o que empeoran las consecuencias de los actos de violencia ejercidos en su contra; como: origen étnico/racial, edad, género, contexto de movilidad humana, diversidad corporal o situación de discapacidad, defensa de derechos humanos, estatus socioeconómico, entre otras.

La violencia por prejuicio es un concepto que apunta a una comprensión de la violencia como un fenómeno social, no un hecho aislado y los crímenes por prejuicio constituyen racionalizaciones o justificaciones de reacciones negativas ilícitas. Tal violencia requiere de un contexto y una complicidad social, se dirige hacia grupos sociales específicos y tiene un impacto simbólico; la Comisión considera que su concepto resulta útil para comprender que la violencia contra las personas LGBTI es el resultado de percepciones negativas basadas en generalizaciones falsas y en reacciones negativas a situaciones ajenas.

Ante estos actos de discriminación y violencia, la Comisión ha recordado la obligación de los Estados de prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar. Por un lado, los Estados deben tomar las medidas necesarias para prevenir violaciones de derechos humanos de personas sujetas a su jurisdicción, como la prohibición legal a la violencia por prejuicio, adopción de legislación que proteja y reconozca los derechos de las personas LGBTI, así como contribuir a la erradicación del estigma y de los estereotipos negativos.

En esta línea, la CIDH ha instado a los Estados Miembros de la OEA a implementar políticas de recolección de datos que permitan documentar mejor las manifestaciones particulares de violencia. Ha urgido a los Estados Miembros de la OEA a crear mecanismos nacionales que pueden tomar la forma de grupos de trabajo, oficinas de coordinación o protocolos específicos entre las oficinas de estadísticas, con miras a que la situación de violencia y discriminación contra las personas LGBT pueda ser medida a nivel nacional, así como para para comprender y apoyar en el diseño de políticas públicas efectivas dirigidas a combatir las violaciones de derechos humanos contra las personas LGBTI. Es crucial que la información sea recolectada de manera estandarizada para que los datos de las distintas regiones puedan ser comparados y agregados o que permita revelar tendencias a nivel nacional.

Por otro lado, los Estados deben garantizar que sus sistemas de justicia tengan la capacidad de investigar de manera exhaustiva y efectiva toda instancia de abuso policial y todo caso de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Los Estados deben actuar con debida diligencia en la investigación de la violencia por prejuicio, dado que la impunidad de las violaciones de derechos humanos fomenta su repetición, para ello es necesario que los Estados entrenen a la policía y a los agentes de seguridad del Estado en materia de derechos humanos. La CIDH estima que la asistencia y la representación legal efectivas son esenciales para garantizar el acceso de las víctimas a la justicia, especialmente en el caso de personas que son miembros de grupos históricamente sometidos a discriminación y exclusión, incluyendo las personas LGBTI. Aunado a ello es importante que se proteja tanto a las personas víctimas como testigos en los procesos judiciales.

La obligación de investigar, juzgar y sancionar con la debida diligencia conlleva impunidad a la violencia, erradicación de prejuicios y respeto al estándar de debida diligencia. Por último, toda violación de una obligación internacional de respectar y proteger los derechos humanos, que resulta en un daño, genera una obligación para el Estado de repararlo adecuadamente. Por ejemplo, la CIDH ha defendido que el derecho a la verdad se extiende a la sociedad en general, con el propósito de prevenir la repetición del crimen ocurrido.

Por otro lado, la Comisión ha destacado la importancia de la consulta a las personas LGBTI y a grupos organizados de la sociedad civil de todas las políticas públicas que los Estados deseen implementar en la materia. Es importante darles voz durante la discusión y creación de las medidas estatales, así como escuchar sus necesidades, retos y contribuciones para mejorar dichas políticas.

En el Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la CIDH destacó que las personas LGBTI se han visto particularmente afectadas durante la crisis generada por la pandemia debido a las condiciones preexistentes de vulnerabilidad, exclusión, discriminación y violencia, resaltando la invisibilidad de las personas LGBTI y, particularmente, las personas trans, no binarias y de género diverso, en la formulación de políticas de respuesta a las emergencias nacionales y globales, incluyendo los planes de asistencia humanitaria y reactivación económica.

Por ello, la CIDH recomendó a los Estados redoblar sus esfuerzos para luchar contra la homofobia, lesbofobia, transfobia y bifobia, enviando mensajes claros de condena a todos los actos de violencia y discriminación basada en el prejuicio y asegurando su prevención, investigación, sanción y reparación. Así como, garantizar el acceso de las personas LGBTI a programas de atención social con una perspectiva de seguridad humana integral, garantizando un refugio seguro, acceso a alimentos y medicamentos para las personas LGBTI en situación de calle, particularmente, tomando en cuenta a las mujeres trans que ejercen el trabajo sexual.

Los avances en los estandares interamericanos y en la jurisprudencia de la Corte IDH han impulsado cambios significativos en el tratamiento de las personas

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

LGBTI en la región. Por ejemplo, varios Estados, como Ecuador, Costa Rica, Chile y diferentes Estados de México (siendo Yucatán el más reciente), han reconocido el matrimonio igualitario como consecuencia directa de la Opinión Consultiva OC-24/17. En la misma línea, hubo la adopción de políticas, normas ou sentencias judiciales garantizando el reconocimiento de la identidad de género en vários Estados, como Uruguay, Brasil, Chile, Costa Rica y Guyana. Honduras ha empezado este año a cumplir con las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH en caso *Vicky Hernández*, incluidos el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado y el establecimiento de una beca educativa para mujeres trans.

Al mismo tiempo, varios actores individuales y estatales han resistido estos avances. Consideramos la resistencia y las amenazas de retroceso como una señal del éxito del SIDH. Indica que está avanzando hacia la igualdad transformadora.

La Comisión en sus diferentes informes ha identificado al menos 5 desafíos, a saber: 1) la persistencia de la violencia y discriminación en contra de las personas LGBTI en el continente, especialmente contra las mujeres trans; 2) las leyes que criminalizan las relaciones sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo en privado; 3) la invisibilización de ciertas poblaciones, como lo son los hombres trans, las personas no binarias, personas bisexuales y las personas intersex; 4) el avance de los sectores fundamentalistas que se oponen al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI que se traduce en la adopción de leyes y otras medidas estatales contrarias al principio de igualdad y no discriminación; y 5) La proliferación de campañas de desinformación y manifestaciones promovidas por sectores contrarios al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en todo el continente.

El SIDH no solo busca responder a violaciones de derechos humanos en casos específicos, pero también procura prevenir futuros abusos, con base en las garantías de no repetición, aumentando la capacidad al nivel nacional de reparar violaciones. El impacto transformador del SIDH involucra procesos abiertos, dinámicos y multidimensionales, que fomentan cambios estructurales profundos de cultura, educación y leyes.

El impacto transformador del SIDH ambiciona desmantelar la discriminación estructural en contra las personas LGBTI, garantizando el derecho «a ser», «*right to be*»: el derecho de desarrollar la personalidad humana de forma libre, autónoma y plena, dando sentido a la propia existencia.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es