

Los estándares de protección de las personas LGBTI en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

Por Isaac M. Basaure Miranda¹

1. Introducción

a. Nociones preliminares

En la actualidad, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI transita por una evolución permanente. El inicio de la consagración de estos derechos, a nivel latinoamericano, se remonta al 2002 (López Sánchez, 2019), cuando la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se convirtió en la primera ciudad de América Latina en reconocer, por primera vez, la unión civil entre parejas del mismo sexo (Clarín, 2002).

Dicha autorización fue otorgada por la ley 1004², sin embargo, la disposición quedaba circunscripta, exclusivamente, al ámbito local, es decir, carecía de un alcance nacional. Ocho años después, en 2010, Argentina volvió a estar en la vanguardia de los derechos LGBTI, al convertirse en el primer país de América Latina, en aprobar el matrimonio igualitario a escala nacional (El País, 2010), mediante ley 26.618³. Más tarde, en 2012, el Estado argentino marcaría un nuevo hito, al aprobar la ley 26.743⁴ de Identidad de Género, que recepta el derecho de toda persona a que se le reconozca su identidad de género y su libre desarrollo, conforme a la identidad autopercebida; brindándole, además, el derecho a sufragar y a la rectificación de sus datos en los registros públicos (Muñoz Pogossian, 2020).

Por último, el más reciente progreso en cuanto a la ampliación de derechos de personas LGBTI, en Argentina, es el decreto 476/2021⁵, publicado el 20 de julio de 2021, que reconoce el DNI (Documento Nacional de Identidad) no binario, al agregar en los documentos nacionales de identidad y en los pasaportes, la nomenclatura “X”, para aquellas personas que no se sientan comprendidas en el sistema binario; superando, de esta forma, el binomio heteronormativo *masculino* y *femenino*.

A nivel continental, el avance en la protección efectiva de los derechos LGBTI, es promovido, esencialmente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en

* Bibliografía recomendada.

¹ Ganador del Concurso de Ensayos Jurídicos de la UNR.

² Ley 1004, 12/12/02, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/ley1004.pdf.

³ Ley 26.618, 15/7/10, Congreso de la Nación Argentina, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>.

⁴ Ley 26.743, 9/5/12, Congreso de la Nación Argentina, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>.

⁵ Decreto 476/2021, 20/7/21, Poder Ejecutivo Nacional, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/350000-354999/352187/norma.htm>.

adelante CIDH), quienes mediante la producción de jurisprudencia, opiniones consultivas, informes y diversos documentos internacionales, emiten recomendaciones y criterios de protección integral para asegurar la tutela del colectivo LGBTI. Ante el desafío histórico-social que supone la reivindicación de las minorías sexuales en América, el presente artículo plantea como problema la inacción de los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), para adoptar medidas eficaces que garanticen la protección de los derechos de las personas LGBTI consagrados en el SIDH, ya que sufren una violencia y discriminación permanente. Se sostiene que el colectivo LGBTI se encuentra desprotegido por los Estados. Es por ello que, en este ensayo, se abordan e identifican los principales estándares de protección del SIDH, en materia LGBTI, los cuales deben ser incorporados por los Estados miembro de la CADH en su legislación interna.

Previo a indagar en la temática objeto de estudio, resulta necesario precisar la terminología empleada en el presente trabajo. Se entenderá por sexo: “Conjunto de características sexuales (hormonales, cromosómicas, fisiológicas o anatómicas, entre otras) en función de las cuales se asigna una categoría de género –por lo general, varón o mujer– ...el género en que cada persona se identifica no depende necesariamente de su sexo” (CONICET y CENPAT 2020, p. 13); es decir, el sexo debe ser entendido como una construcción social; por LGBTI: el acrónimo utilizado para hacer alusión a las personas cuya orientación sexual puede encuadrarse dentro de las siguientes categorías: lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales; sin perjuicio de ello, la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2018), advierte que:

Si bien esos términos tienen una resonancia mundial cada vez mayor, en diferentes culturas a menudo se utilizan otros para hacer referencia a las personas que se sienten atraídas por personas del mismo género, las personas cuya identidad de género difiere del sexo que se les asignó al nacer, las personas que tienen una identidad no binaria y las personas cuyos caracteres sexuales no encajan con la definición típica de hombre y mujer (p. 1).

Por género: “es la edificación social de ideas, roles, usos, conductas, vestimenta, prácticas culturales, tradiciones y costumbres que se tiene respecto al hombre y la mujer que se construye de acuerdo al comportamiento aprendido y varía dependiendo del tiempo y lugar” (Castilla Torres et al., 2017, p. 3); por identidad de género:

La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la percibe, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal) y otras expresiones de género, que incluyen la vestimenta, el modo de hablar y los modales (González Ramos, 2017, p. 28).

Por expresión de género:

La referencia de género que una persona comunica al exterior y a los demás. Esto se produce a través de determinados comportamientos, apariencia física, vestimenta, patrones del discurso, interacciones sociales, etc. Además, puede no ser fija y no ha de coincidir necesariamente con el sexo o la identidad de género de la persona (Pérez Enseñat y Moya Mata, 2020, p. 819).

Finalmente, se entenderá por orientación sexual:

Capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (Principios de Yogyakarta, 2007, p. 8).

Aclaradas dichas nociones se procederá, a continuación, a exponer el problema planteado.

b. La desprotección de los Estados miembro de la CADH al colectivo LGBTI

El pasado 5 de junio de 2021 tuvo lugar, en la ciudad de Cancún, México, el brutal homicidio de un joven perteneciente a la comunidad LGBTI (Agencia EFE, 2021), quien fue torturado y prendido fuego, al revelar en una fiesta que era gay y portador del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH). Acontecimientos de este tipo, suelen clasificarse como crímenes de odio, sin embargo, la CIDH (2015) sugiere que es más riguroso definirlos como delitos basados en violencia por prejuicio: “La violencia por prejuicio es un fenómeno social, que se dirige contra grupos sociales específicos, tales como las personas LGBT, tiene un impacto simbólico, y envía un mensaje de terror generalizado a la comunidad LGBT” (p. 11). Por tanto, la violencia por prejuicio es aquella que se funda en la negación de la identidad de género o en la orientación sexual de la víctima, a través de un castigo que puede adquirir una modalidad verbal, física o psicológica; bien sea por acción u omisión, ejercida sobre sujetos individuales, o sobre determinados sectores poblacionales, cuyo género se encuadra, directa o indirectamente, en la categoría LGBTI.

Asimismo, debe añadirse a la definición de violencia por prejuicio, un componente fundamental: el juicio axiológico desfavorable que el agresor proyecta en la víctima. Hay presente “un elemento subjetivo referido al ánimo específico de actuar por motivos discriminatorios o de intolerancia” (Cámara Arroyo, 2017, p. 184). Es, como señala Charni (2020):

Una conducta enmarcada en un contexto social de rechazo hacia el “otro” como consecuencia de su orientación sexual. Este repudio se materializa en agresión y conlleva un mensaje de intolerancia contra aquello percibido como “distinto” que, ante supuestos de impunidad, proyecta una percepción de condona hacia la comunidad que impacta en el incremento de esta clase de supuestos (p. 17).

Como se observa, el paradigma jurídico actual busca suplantar la noción de crímenes de odio por la de violencia por prejuicio, cuando se trata de casos en los que se controvertan derechos lesionados de personas LGBTI, debido a que esta última es más amplia. El sentimiento de odio se enrola en una dimensión individual, aislada, que implica ciertas dificultades probatorias, puesto que las autoridades judiciales pueden exigir que se demuestre hostilidad hacia la víctima (Escobar Beltrán, 2016); mientras que el prejuicio es una construcción de ideas preconcebidas, de claro sesgo negativo, que encuentra su legitimación en un contexto sociocultural que repudia al que se percibe como diferente. En este mecanismo, “los individuos se dan y dan razones para justificar frente a un grupo social, y frente a sí mismos, la reacción general negativa que sienten hacia algo o alguien” (Gómez, 2008, p. 91). Por ello, el odio debe comprenderse como “apenas una forma como se manifiesta una categoría mayor relativa a la discriminación como es el prejuicio y que no es más que la caracterización

de la víctima, usualmente negativa, conforme a estereotipos y falsas generalizaciones acerca del grupo al que esta pertenece” (Escobar Beltrán, 2016, p. 177).

Por lo expuesto, la violencia por prejuicio debe diferenciarse de la noción de crímenes de odio, toda vez que esta última nace de una actitud unilateral, que se origina en el fuero interno de la persona; mientras que la violencia por prejuicio es instigada por la segregación social que sufre el colectivo LGBTI, la cual es producto de la desidia estatal y de la falta de políticas públicas inclusivas.

En la violencia por prejuicio se busca estigmatizar y castigar al distinto, para generar un adoctrinamiento de tipo ético-moral. En definitiva, es la influencia de un ambiente social hostil para con el grupo LGBTI –que subyace en el prejuicio–, lo que permite distinguirlo de un crimen de odio.

En cuanto a las motivaciones que propician la violencia por prejuicio, estas pueden resumirse en dos grandes apartados:

- a) cuando la percepción de la víctima como parte de un grupo social inferior determina y justifica que se cometan distintos actos de violencia en su contra; b) con el fin de mantenerla en dicha posición de subordinación o de excluirla, llegando al extremo de la eliminación física de la persona (Araujo Cuauro, 2017, p. 51).

En el mismo sentido, Araujo Cuauro (2017), sostiene que los indicios que señalan si una agresión constituye un acto de violencia por prejuicio, son: “a) la selección de la víctima; b) el tipo de violencia ejercida sobre la víctima; c) el contexto de los hechos; d) los prejuicios de los operadores judiciales; y e) el contexto social o cultural” (p. 51).

El reciente asesinato del joven mexicano LGBTI, al que se aludía al principio, es una prueba fáctica de que, en México, al igual que en el resto de América Latina, se está manifestando un crecimiento alarmante de crímenes motivados por la intolerancia a la diversidad sexual. Desde un enfoque punitivo, la región de América Central y el Caribe, es la zona que representa, dentro del continente, la mayor criminalización de la homosexualidad, siendo castigada con penas que van desde los 5 a los 15 años de cárcel. Esto es lo que sucede en: Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas. Asimismo, solo cuatro países de la región han reconocido derechos LGBTI en sus constituciones nacionales: Bolivia, Cuba, Ecuador y México (Chaves García y Ester, 2021).

Al creciente aumento de la victimización letal del colectivo LGBTI, en Latinoamérica, debe agregarse la preocupante figura de eximente penal, denominada *pánico gay*⁶, que ha sido admitida en la jurisprudencia de países como Dominica, Guayana,

⁶ El pánico gay, o defensa por pánico LGBTI+, es aquel atenuante de la responsabilidad penal que opera a favor de un sujeto que ha cometido un acto o hecho de violencia, contra una persona no heterosexual o contra una persona transgénero (Forestiere, 2019). Es una estrategia legal que tiene como fin pedir a un jurado, que determine que la orientación sexual o la identidad de género de la víctima es la culpable de la reacción violenta del acusado (The National LGBT Bar Association, 2019). La American Bar Association afirma que este tipo de defensa ha sido utilizada por individuos acusados de homicidio contra personas LGBTI, como una justificación para alegar locura, capacidad disminuida o miedo insuperable, al encontrarse con una persona LGBTI; intentando prefabricar, de este modo, un caso de legítima defensa o demencia temporal (CIDH, 2015).

Jamaica y Santa Lucía. El concepto de este atenuante oscila entre la legítima defensa y una supuesta inimputabilidad por miedo. En cualquier caso, debe entenderse como un exceso en la legítima defensa del derecho penal continental (Zaffaroni et al., 2021). En este contexto, es necesario ampliar la definición de pánico gay, no solo a casos de violencia contra homosexuales, sino también contra personas trans; por ello, la citada atenuante, modificativa de la responsabilidad penal, también es llamada en el *common law*, como *the gay and trans panic defense*⁷ (Christy Mallory et al., 2021), sin embargo, la expresión más inclusiva sería *defensa por pánico LGBTI+*.

El Observatorio Nacional de Crímenes de Odio contra personas LGBT en México (2020), da cuenta de que existe un incremento en la tendencia de violencia por prejuicio, ya que en 2014 se registraron 13 casos, mientras que en 2020 se produjeron 25. En el ámbito continental, el Observatorio Sin Violencia LGBTI (2019), recolectó los homicidios fundados en violencia por prejuicio en nueve países de América Latina –Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y República Dominicana–, dentro del período comprendido entre 2014-2019. El resultado arrojó un aumento de la mortalidad, por hechos violentos, del grupo LGBTI. El observatorio sostuvo que, en ese lustro, fueron asesinadas, al menos, 1300 personas; lo que equivale a una muerte diaria en la región por causas de odio e intolerancia sexual, siendo Colombia el Estado que presentó la cantidad más alta de homicidios LGBTI (542), seguido por México (402) y Honduras (164), quien, a su vez, tuvo la tasa más alta de homicidios por cada 100.000 habitantes. Asimismo, en Colombia, la organización LGBTI Caribe Afirmativo (2020), denunció que las muertes violentas de personas LGBTI han aumentado de manera exponencial en el Caribe colombiano, ya que en 2017 se documentaron 12; en 2018, 17; en 2019, 19, y en 2020, 30; es decir, un aumento del 58% respecto a 2019; una suba del 80% comparado con 2018 y un alza del 170% con relación a 2017.

Continuando con la coyuntura regional, la Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans (Redlactrans, 2020), aporta datos reveladores para comprender la responsabilidad de los Estados miembro de la CADH, en la mayoría de las violaciones al derecho a la vida –consagrado en el art. 4.1⁸ de la CADH– del colectivo LGBTI: el 31.5% de las muertes obedece a la ausencia de políticas públicas con perspectiva de género y diversidad sexual, que expone a las personas LGBTI a una vulnerabilidad extrema –se los criminaliza; suelen ser víctimas de violencia médica; se les imponen dificultades para acceder a la justicia y a tratamientos de salud; no se les garantiza el acceso a un empleo formal; se los excluye de la participación política; deben soportar una infame miscelánea de actos y escarnios discriminatorios. En resumen, son invisibilizados por una estructura socio-gubernamental que les niega y castiga su identidad LGBTI (CIDH, 2015)–; mientras que la segunda causa de mortalidad está vinculada con la violencia institucional ejercida por los Estados, a través de sus fuerzas de seguridad, lo que representa el 12.6% de los decesos.

En el plano educativo, la UNESCO (2020), en su informe de seguimiento de la educación en el mundo, referente a América Latina y el Caribe 2020, advierte que:

⁷ En español: defensa de pánico gay y trans.

⁸ Art. 4.1 de la CADH: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

“El acoso al alumnado LGBTI ...está generalizado. Un estudio sobre el clima escolar en siete países de la región reveló que cuatro de cada cinco personas LGBTI en Chile se sentían inseguras en la escuela. En Colombia, el 15% del alumnado había sido víctima de violencia escolar debido a su orientación sexual. En México, el 75% de la juventud LGBTI sufría acoso verbal y había sido insultado en la escuela. En el Perú, casi el 17% del alumnado LGBTI había denunciado ataques físicos el año anterior. En el Brasil, el 60% del alumnado se sentía inseguro sobre su orientación sexual, y el 43% señaló que esa inseguridad se debía a la expresión de género” (p. 89).

En el contexto del Cono Sur se observan las siguientes tendencias: 1) En Brasil, la asociación ANTRA (2020), informó que durante el 2020 se incrementó la violencia contra el colectivo LGBTI, ya que el Estado brasileño ocupó, entre el período que abarca el 1 de octubre de 2019 y el 30 de septiembre de 2020, el primer puesto en el ranking mundial de homicidios de personas trans, con 350 casos. Revela, además, que solo en 2020 se cometieron 175 casos comprobados, manifestando un aumento del 201% respecto a 2008.

2) En Chile, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh, 2021), alerta sobre un incremento de casos de discriminación y de violencia por prejuicio contra personas LGBTI, puesto que, en 2020, las denuncias aumentaron un 14,7%, constituyendo un total de 1266 casos, la cifra más alta que ha registrado la organización en los últimos 19 años.

3) En Paraguay, la organización Aireana (2020), ha registrado un aumento de casos de violencia por prejuicio, recibiendo, en total, 370 denuncias entre las tres organizaciones más importantes del país: Asociación Panambi, servicio Rohendu de AIREANA y el Centro de Conserjería y Denuncias de VIH/sida y DDHH Paraguay.

4) En Uruguay, uno de los países latinoamericanos con mayores avances legislativos, en términos de protección y reconocimiento de derechos LGBTI –tal y como lo demuestra la Ley Integral para Personas Trans 19.684⁹, destacada por la CIDH (2020), en su Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, por su “importante perspectiva de protección integral de los derechos humanos” (p. 28). No obstante ello, la ley 19.684, también sufrió críticas por parte de sectores conservadores, ya que fue sometida a un intento de derogación, a través de la consulta popular para convocar a referéndum contra la Ley Trans, realizada el 4 de agosto de 2019. Sin embargo, el pre referéndum fracasó, dado que no alcanzó el 25% del total del padrón electoral requerido para habilitarlo (Perfil, 2019)–, se advierte un desajuste entre la normativa LGBTI y su puesta en práctica.

En este sentido, Amnistía Internacional (2020), observó que la ley 19.684, debe ampliar derechos que aseguren un trámite expedito en lo atinente a obtener cédulas de identidad trans. Señaló, además, las dificultades que impone el Estado uruguayo para obtener, cabalmente, la reparación por violencia institucional basada en la identidad de género. Asimismo, advirtió otras deficiencias: la falta de implementación del cupo laboral trans del 1%; la ausencia de servicios de salud integrales para las

⁹ Ley Integral para Personas Trans, 26/10/18, Asamblea General de Uruguay, www.impo.com.uy/bases/leyes/19684-2018.



personas trans, y el incumplimiento del Estado al deber de añadir las categorías *identidad de género* y *orientación sexual* a las estadísticas oficiales que realice.

5) A nivel local, en Argentina, el Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBTI (2020) expresó en su informe del 2020, que entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del citado año, se produjeron en el Estado argentino 152 crímenes por prejuicio, siendo el 57% de ellos, violaciones al derecho a la vida, que terminaron en la muerte de la víctima. En cuanto a las identidades de los muertos, de ese porcentaje, el 84% corresponde a mujeres trans (127); el 12% a varones gays cis; el 3% a lesbianas y el 1% a varones trans. Mientras que el 43% de los ataques por prejuicio, corresponden a lesiones al derecho a la integridad física, que no han producido el fallecimiento del agredido. Es importante aclarar que, dentro de la categoría de lesiones al derecho a la vida, no solo se incluye a los homicidios, los cuales abarcan un 16% de los casos, sino que también se contemplan los suicidios (6%) y las muertes por abandono del Estado (78%).

En lo que respecta a la autoría de los crímenes, debe enfatizarse que la mayoría de ellos (56%) fueron perpetrados por el Estado argentino, atribuyéndose a las fuerzas de seguridad un 11% del citado porcentaje; mientras que el resto, el 44%, fue cometido por personas privadas. En cuanto a las modalidades con las que se ejecutan los crímenes por prejuicio, en Argentina, el observatorio ha recopilado las siguientes: violencia institucional y ausencia estatal (43%), golpes (24%), puñaladas (7%), privaciones ilegítimas de la libertad (5%), abusos sexuales (5%), lesiones autoinfligidas (suicidios) (3%), balazos (3%), otras modalidades (3%), cortes (2%), estrangulamientos, ahorcamientos, asfixia (2%), no se registran datos de la modalidad (2%) y fuego, calcinamiento (1%).

Otro índice suministrado por el observatorio, y que demuestra la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el colectivo LGBTI, es el escaso promedio de vida que tienen las personas trans en Argentina, el cual es de 35 a 40 años, según las últimas estimaciones de 2020.

Por último, el informe del observatorio, concluye que en Argentina hay un alza de los crímenes por prejuicio, puesto que en 2018 hubo 147, mientras que en 2019 acontecieron 177; si se comparan ambos guarismos con los 152 casos del 2020, se observa que este ciclo supera al período 2018, a la vez que mantiene un número similar al arrojado en 2019 –152 contra 177, respectivamente–.

Por otra parte, en cuanto a la desprotección estatal, es necesario ponderar un aspecto que implica una manifestación de violencia institucional, esto es, la invisibilidad estadística que padecen las personas LGBTI en los Estados de América Latina y el Caribe. Hay una notoria falta de información pública, puesto que la mayoría de los datos recabados en el presente ensayo, son el resultado de una búsqueda de informes emitidos de manera independiente por organizaciones no gubernamentales (ONGS).

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2018), alertaba, ya en 2018, sobre la invisibilidad estadística de la que es objeto la diversidad sexual y de género en la región americana. La propia ausencia de estadísticas oficiales y de censos, para documentar las situaciones de discriminación, la violencia por prejuicio, y las diversas vulnerabilidades a las que está expuesta la población LGBTI, es una expresión de violencia institucional por omisión. Mientras se carezca de datos oficiales, los Estados no podrán satisfacer adecuadamente el universo de

necesidades que presenta el colectivo LGBTI, en su calidad de minoría poblacional. La CEPAL realzó la importancia de las mediciones censales por parte de los Estados, ya que: “la visibilidad estadística es una vía (un camino) para el reconocimiento efectivo de los derechos humanos” (CEPAL, 2018, p. 1).

Los datos estadísticos reseñados hasta aquí, demuestran que la existencia del problema planteado en el resumen de este ensayo –la inacción de los Estados miembro de la CADH, para adoptar medidas eficaces que garanticen la protección de los derechos de las personas LGBTI consagrados en el SIDH– es de una realidad fáctica patente, puesto que se evidencia una discriminación de carácter estructural¹⁰ hacia el sector LGBTI.

Ante la grave situación de vulnerabilidad en la que se halla inmerso el colectivo LGBTI en el continente americano, este trabajo se plantea como objetivo examinar los principales estándares internacionales de protección de personas LGBTI, formulados dentro del SIDH, por medio de la Corte IDH y de la CADH, con el fin de instar a los Estados miembro de la CADH, a incorporar, en sus ordenamientos jurídicos internos, los principios de protección consagrados en el SIDH. Finalmente, se plantea como solución la necesidad de consolidar una interpretación estatal armoniosa entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y el plexo jurídico nacional, que tienda a reconocer la superioridad jerárquica de la CADH, por sobre la legislación local, en aquellos Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica.

2. Nuevos estándares de protección de las personas LGBTI, aplicados por la CIDH, en el caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”

El 15 de abril de 2009 la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos –organismo que nuclea a las sociedades civiles que luchan por el fortalecimiento de los Derechos Humanos en Perú–, el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) –ONG feminista peruana– y Redress Trust –organismo internacional que combate la tortura a nivel mundial–, presentaron en forma conjunta una petición ante la CIDH, en la cual se denunciaba la responsabilidad internacional del Estado peruano, por la violación de los derechos humanos de la ciudadana Azul Rojas Marín –quien en el momento de los hechos se autopercibía como hombre gay; no obstante ello, en la actualidad, la Sra. Rojas Marín, se define como una persona de género transfemenina, y se identifica con el nombre de Azul– y de Rosa Juana Tanta Marín, madre de Azul.

El objeto de la controversia trató sobre los siguientes hechos, que fueron probados por la parte peticionaria y acreditados por el informe de fondo n° 24/18, caso 12.982, de la CIDH (2018): en la madrugada del 25 de febrero de 2008, la Sra. Azul Rojas Marín circulaba por la vía pública, cuando fue víctima de un arresto ilegal y arbitrario, que incluyó, tanto violencia física como psicológica, por parte del personal

¹⁰ Por discriminación estructural debe entenderse aquella que: “busca dar cuenta del tipo de desigualdad que deriva de la influencia de los valores sociales surgidos del falso universalismo, que atraviesa el diseño de la titularidad de los derechos y que se refleja en las profundas injusticias que enfrentan determinados grupos en la sociedad” (Salomé Resurrección, 2019, p. 195).

de serenazgo¹¹ y de un agente de policía del departamento de Libertad. Luego, la trasladaron a la comisaría del distrito de Casagrande, donde estuvo detenida seis horas. Dentro de la dependencia policial sufrió violencia por prejuicio, por parte de los agentes de seguridad, al ser violada sexualmente, con un bastón policial, que se le introdujo en la región anal. La Sra. Azul Rojas Marín tuvo que soportar, además, una serie de maltratos físicos y verbales, que tenían como fin denigrarla por su orientación sexual. Al día siguiente, 26 de febrero de 2008, fue liberada. Por todo ello, la peticionaria sostuvo que tales conductas se encuadraban dentro del delito de tortura sexual, fundada en la orientación sexual de la víctima.

La CIDH (2018) aprobó la petición formulada por la parte actora, mediante el informe de admisibilidad n° 99/14 del 6 de noviembre de 2014, el cual fue notificado a ambas partes el día 26 de noviembre de 2014. A efectos de lograr una solución al caso, la CIDH convocó a una audiencia el 1 de diciembre de 2016. Finalmente, una vez analizados los alegatos, las determinaciones de hecho y de derecho, la CIDH concluyó en su informe de fondo del 24 de febrero de 2018, que la República de Perú era responsable de la violación de los arts. 5.1, 5.2, 7.1, 7.2, 7.3, 8.1, 25.1, 11 y 24 de la CADH y de las correspondientes obligaciones que surgen de ella, consagradas en los arts. 1.1, y 2, en perjuicio de las Sras. Azul Rojas Marín y Juana Rosa Tanta Marín, esta última madre de Azul, a quien, tanto la CIDH, como posteriormente la Corte IDH, consideraron que se le había vulnerado el derecho a su integridad personal, psíquica y moral (art. 5 de la CADH), por ser pariente directa de una persona torturada por el Estado. Además, determinó que el Estado peruano había violado los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante CIPST).

Finalmente, la CIDH (2018), formuló una serie de recomendaciones al Estado peruano, que consistían, entre otras, en ordenar una reparación integral a favor de las Sras. Azul Rojas Marín y Juana Rosa Tanta Marín, por las violaciones a sus derechos humanos y a investigar dentro de plazos razonables, y con la debida diligencia, la violencia sexual acontecida contra Azul Rojas Marín. Transcurridos cinco meses de la emisión del informe, la CIDH informó a la Corte IDH, que el Estado peruano no se había puesto en contacto con las víctimas para presentarles una propuesta de reparación integral. Ante dicho incumplimiento estatal, la CIDH sometió el caso a la Corte IDH el 22 de agosto de 2018, ante la necesidad de justicia que se les debía a las víctimas.

Por último, la Corte IDH, en su sentencia del 12 de marzo de 2020, caratulada: caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, declaró por unanimidad –en un hecho histórico, debido a que fue la primera vez que se expidió sobre un delito de violencia sexual cometido contra una persona perteneciente a la comunidad LGBTI (BBC, 2019)–, la responsabilidad del Estado peruano por las violaciones a los arts. 5.1, 5.2, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 11.1 y 25.1, de la CADH –al infringir la obligación de asegurar dichos derechos sin discriminación alguna, junto con el deber de adoptar medidas de derecho interno para evitarla–, y de los arts. 1, 6 y 8 de la CIPST. Del caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, se pueden extraer nuevos estándares que desarrollaremos a continuación.

¹¹ Nombre con el que se denomina en Perú al servicio municipal de vigilancia y seguridad pública.

a. La violencia ejercida contra personas LGBTI debe ser considerada como un acto de violencia por prejuicio

La Corte IDH, en caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, examinó la finalidad que persiguieron los agentes estatales para detener ilegalmente y torturar a la Sra. Azul Rojas Marín. Los constantes insultos y golpes que vertían sobre la víctima, mientras la torturaban introduciéndole una vara policial en el ano, indicaban, claramente, que el objetivo de los agresores era castigarla por su orientación sexual. Este extremo queda demostrado si se analizan las amenazas homofóbicas expresadas por los policías: “qué hace este maricón de mierda acá; lárgate, maricón concha de tu madre; te hubieran metido al calabozo para que te cachén todos, te gusta la pinga” (Corte IDH, 2020, p. 40).

Como se puede apreciar, en el lenguaje ofensivo, estereotipado y discriminatorio, exteriorizado por los funcionarios públicos, se descubre una ostensible voluntad de denigrar a la víctima por su condición de homosexual. De hecho, el acto mismo de la violación, presenta una característica punitiva metafórica, cuyo fin es la corrección estatal de aquel que se desvía de la heteronormatividad: la penetración anal sufrida por la afectada, a través de “un elemento que simbólicamente representa la autoridad, como lo es la vara de dotación, manda el mensaje simbólico de reinstaurar una masculinidad que se ve amenazada por la percepción de la víctima como no cumpliendo los órdenes establecidos por la masculinidad” (Corte IDH, 2020, p. 46).

Por las conductas estudiadas precedentemente –la violación anal, los golpes y los insultos discriminatorios–, la Corte IDH entendió que el accionar de los agentes estatales, que ejercen violencia, ya sea verbal, física o psicológica, contra personas LGBTI, debe encuadrarse, salvo prueba en contrario, como un acto de violencia por prejuicio. En igual sentido, entiende que el fin de la acción, además de discriminar, es materializar un odio hacia toda la comunidad LGBTI.

De manera que, no solo se buscó lesionar los bienes jurídicos de la Sra. Azul Rojas Marín, sino que, el propósito adicional y subrepticio, consistió en enviar una señal de amenaza y terror, cuya finalidad es dañar la dignidad y libertad de todo el colectivo LGBTI. Por consiguiente, hay que entender a la violación sexual contra personas LGBTI, como un atentado contra el derecho a la integridad personal, consagrado en el art. 5 de la CADH.

b. El arresto injustificado de una persona LGBTI se presume arbitrario y discriminatorio

Otro elemento que refuerza la tesis de la violencia por prejuicio y que, asimismo, crea un nuevo estándar a considerar en casos de agresiones estatales contra personas LGBTI, es la detención injustificada de la víctima. En el caso examinado, a la Sra. Azul Rojas Marín, se la detuvo sin una justificación objetiva; es decir, su detención se basó, exclusivamente, en una apreciación subjetiva de los agentes estatales: se la arrestó por homosexual. El Estado peruano argumentó que la detención se produjo cumpliendo el art. 205¹² del Código Procesal Penal de Perú, el cual contempla la

¹² Art. 205 del Código Procesal Penal de Perú: “Control de identidad policial 1. La Policía, en el marco de sus funciones, sin necesidad de orden del Fiscal o del Juez, podrá requerir la identificación

detención de una persona, con la finalidad de prevenir un delito o contar con información sobre un ilícito. Sin embargo, del expediente objeto de análisis, no surge de las actas policiales ni de las declaraciones de los funcionarios involucrados, un fundamento verosímil que justifique la detención de la víctima, ya que ni siquiera se anotó su ingreso a la comisaría, tal y como lo exige el propio art. 205 del precitado cuerpo normativo.

Por otro lado, es menester advertir que la violencia por prejuicio no solo fue efectuada activamente por agentes estatales, sino que su accionar halló, por parte del Estado, una alarmante justificación en la legislación peruana, debido a que en los denominados Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú, se encontraba vigente al momento del hecho, e incluso a la fecha de dictarse la sentencia de la Corte IDH –12 de marzo de 2020–, el indicador *erradicación de homosexuales y travestis*¹³ de la vía pública, que legitimaba el accionar discriminatorio de las fuerzas de seguridad en Perú.

Por lo analizado, la privación arbitraria de la libertad, basada meramente en sospechas vagas, sin respaldo probatorio, debe asociarse con una discriminación negativa, vinculada a prejuicios estructurales contra las minorías, en este caso, la comunidad LGBTI. En consecuencia, se concluye que si la violencia está impulsada por el desprecio a la orientación sexual de una persona, debe enmarcársela dentro de un supuesto de violencia por prejuicio.

c. La violencia sexual, ejercida por agentes estatales contra personas LGBTI, se considera tortura

Dentro del SIDH, el delito de tortura se encuentra expresamente prohibido, tanto en el art. 5.2¹⁴ de la CADH, que consagra el derecho a la integridad personal, como en la CIPST (1985), donde la noción de tortura recibe un tratamiento específico y minucioso, definiéndola en su art. 2 como:

Todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica (art. 2).

de cualquier persona y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, cuando considere que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. El intervenido tiene derecho a exigir al Policía le proporcione su identidad y la dependencia a la que está asignado” (www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1481011-codigo-procesal-penal).

¹³ De los 44 planes de seguridad ciudadana que existen en la región de Lima Metropolitana, Perú, 11 de ellos aluden a la erradicación de homosexuales y travestis de la vía pública (PROMSEX, 2018).

¹⁴ Art. 5.2 de la CADH: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Basándose en la citada definición, la Corte IDH, en su jurisprudencia contenciosa, ha elaborado una serie de supuestos que debe cumplir un determinado acto o hecho, para ser considerado tortura.

En la sentencia del caso “Bueno Alves vs. Argentina”, del 11 de mayo de 2007, la Corte IDH (2007) estableció una tríada de requisitos que debe cumplirse de manera concomitante:

a) *Intencionalidad*. Se refiere a que el acto debe ser deliberado, con la clara intención de causar un daño físico, psicológico o moral a la víctima; no pudiendo tener su origen, por ende, en acciones originadas por la imprudencia, el azar, el caso fortuito o, simplemente, un accidente.

b) *La severidad del sufrimiento padecido*. Es necesario que la acción denunciada como tortura, cause, a su vez, severos sufrimientos físicos o mentales. A los fines de mensurar el grado de tormento sufrido por la víctima, la Corte IDH entiende que se deben tener en cuenta, además de las particularidades fácticas de cada caso, dos elementos: 1) los factores endógenos: aluden a las características del tratamiento recibido; el método que se empleó para infligir el daño; su duración, y las consecuencias físicas y mentales que los instrumentos utilizados causan en el cuerpo o psiquis de la víctima, y 2) los factores exógenos: hacen referencia a las características personales del agredido; tales como la edad, el sexo, su estado de salud, y toda otra singularidad que derive de la persona afectada.

c) *Finalidad*. Esta característica exige que el acto se ejecute con un propósito determinado. Entre los más comunes, pueden mencionarse: lograr la coacción del individuo para que brinde información o declare una confesión; intimidación; castigarlo por la comisión de un determinado acto que el agresor considera equívoco, o por cualquier otra circunstancia instigada por la discriminación. Aquí es necesario poner de resalto que las finalidades de la tortura no pueden reducirse a una mera enunciación taxativa, sino que, por el contrario, la tortura puede perseguir cualquier fin, incluyendo, como señala la Corte IDH (2020), el propósito de discriminar. En el mismo tenor, la Corte IDH (2020), estableció en caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, el criterio de que la determinación de si un hecho debe ser considerado como tortura, no les corresponde a los tribunales internos, ya que dicha calificación es competencia de los órganos que integran el SIDH, los cuales tienen el deber de esclarecer si se cometió una violación de la CADH o, en su caso, de la CIPST.

A la luz de los presupuestos desarrollados, en caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, la Corte IDH consideró que la víctima sufrió tortura porque la intencionalidad de los agentes estatales surgía, de manera notoria, de los golpes, insultos y de la violación sexual perpetrada. De manera que, el componente doloso, era irrefutable. En lo atinente a la severidad del sufrimiento padecido, la Corte IDH tuvo por probado que la violación sexual, por sí misma, ya constituye un gravísimo daño físico, psicológico y moral a la víctima; sumiéndola en una vulneración integral, que requiere de un tratamiento multidisciplinario para su adecuada superación. Al respecto, la Corte IDH (2006), reiteró su criterio interpretativo en la materia, expuesto en caso del Penal “Miguel Castro Castro vs. Perú”, sentencia del 25 de noviembre de 2006, en el que se afirma que toda violación sexual se agrava cuando es perpetrada por funcionarios públicos “La Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la

vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente” (p. 106). Asimismo, la Corte IDH (2006) interpreta a la violación sexual como:

Una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas (p. 106).

Teniendo en cuenta lo anterior, el hecho de que la víctima haya padecido una violación sexual, perpetrada por un instrumento brutal, como lo es una cachiporra, da cuenta, de modo contundente, del alto grado de suplicio sufrido por la Sra. Azul Rojas Marín.

Por último, en lo concerniente a la finalidad, la Corte IDH sostuvo que la totalidad de abusos y maltratos sufridos por la damnificada, tuvo el objetivo, deliberado y concreto, de humillar, discriminar y castigar a la víctima por su orientación sexual; dado que la violación anal practicada a la víctima, mediante una porra, se erigía, por sí misma, como una prueba de sobrada elocuencia.

En síntesis, son los efectos de estos métodos los que configuran la tortura. La Corte IDH, al acreditar que en caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, se cumplían los tres requisitos exigidos para considerar un hecho como tortura, implantó un nuevo estándar interpretativo, estableciendo que la violencia sexual, llevada a cabo por agentes estatales contra una persona LGBTI, es tortura.

d. El deber de asegurar las garantías judiciales y la debida diligencia es extensivo a casos de violencia contra personas LGBTI

La Corte IDH instauró en caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, un criterio interpretativo innovador y valioso, para garantizar una adecuada investigación penal cuando se trate de delitos contra la integridad sexual de personas LGBTI. En este sentido, expresó que los mismos estándares desarrollados por la Corte IDH (2010) en caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia del 30 de agosto de 2010, que garantizan una correcta investigación penal en situaciones de violencia sexual contra mujeres, son igualmente aplicables a actos de violencia sexual contra personas LGBTI.

De forma que, a partir del caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, los Estados signatarios de la CADH, deben cumplir con los siguientes presupuestos mínimos, para que sus investigaciones penales contra personas LGBTI, sean válidas: a) la declaración de la presunta víctima debe realizarse en un ambiente cómodo y seguro que la contenga y le otorgue privacidad y confianza; b) la declaración debe ser registrada de modo que se limite o evite, en la medida de lo posible, su repetición; esto a los fines de evadir la revictimización; c) a la presunta víctima debe brindársele cuidados médicos, sanitarios y psicológicos; tanto de emergencia como de forma continua, si la situación lo amerita, a través de la implementación de un protocolo de atención integral, cuyo objetivo debe consistir en reducir las consecuencias traumáticas de la violación; d) se le debe practicar a la presunta víctima, de manera inmediata, un examen médico y psicológico completo y detallado, a cargo de personal médico profesional, calificado, con demostrada capacidad e idoneidad para desempeñar su trabajo; dándole a elegir a la presunta víctima, el género del personal médico con el cual se sienta más cómoda.

Además de ofrecerle que sea acompañada por una persona de su confianza durante toda la revisión médica; e) todos los actos investigativos deben ser documentados y coordinados; se debe brindar un manejo diligente a la prueba, procurando tomar muestras suficientes, con la correspondiente realización de estudios que tiendan a esclarecer la eventual autoría del hecho denunciado. Al mismo tiempo, se debe resguardar toda la prueba ofrecida –ropa, ADN, etc.–, además de investigar, inmediatamente, el lugar de los hechos y garantizar la cadena de custodia; f) finalmente, a la presunta víctima, se le debe garantizar el acceso a una asistencia jurídica gratuita durante todas las etapas del proceso (Corte IDH, 2010).

La Corte IDH comprobó, tras un extenso análisis minucioso, que en caso “Azul Rojas Marín vs. Perú”, el Estado peruano incumplió cada uno de estos principios protectores: desde la utilización de estereotipos discriminatorios durante todo el proceso investigativo, hasta la omisión de elementos probatorios, al no asegurar evidencia alguna. Asimismo, el Estado cometió un grave acto discriminatorio al no investigar el posible móvil de prejuicio que se evidenciaba en el caso concreto. En virtud de ello, la Corte IDH concluyó que Perú incumplió el deber de debida diligencia. En la misma línea, la Corte IDH introdujo, a partir de este caso, el criterio de que “cuando se investigan actos violentos, como la tortura, las autoridades estatales tienen el deber de tomar todas las medidas que sean razonables para develar si existen posibles motivos discriminatorios” (Corte IDH, 2020, p. 55).

Para finalizar, la Corte IDH ordenó en caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, una serie de medidas destinadas a garantizar la no repetición de actos de violencia por prejuicio; entre las que cabe destacar: la adopción de un protocolo sobre investigación y administración de justicia en casos de violencia contra personas LGBTI; la capacitación y sensibilización de agentes estatales sobre violencia contra personas LGBTI; el diseño e implementación de un sistema de recopilación y producción estadística de violencia contra personas LGBTI, y la eliminación del indicador de *erradicación de homosexuales y travestis* de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos de Perú.

En caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, comprobamos la negativa de un Estado miembro de la CADH, a adoptar estándares internacionales que tiendan a proteger al colectivo LGBTI. Un claro ejemplo de ello, es el alegato que el Estado peruano presentó a la CIDH, el cual rechazaba la calificación jurídica de tortura, puesto que a Perú no le eran exigibles las directrices del Protocolo de Estambul¹⁵, esgrimiendo que este instrumento internacional no había sido incorporado, formalmente, a la legislación interna; por tanto, estaba exento de cumplirlo. Además, citó la sentencia de la Corte IDH en caso “J. vs. Perú”, del 27 de noviembre de 2013, para defender su tesis de que la calificación jurídica de los hechos es competencia exclusiva de los tribunales locales (CIDH, 2018).

La Corte IDH rechazó los alegatos del Estado peruano, al afirmar que los estándares establecidos en el Protocolo de Estambul son una referencia ineludible para los Estados parte de la CADH, conforme lo sentenciado en caso “Fernández Ortega y otros vs. México”. En cuanto al segundo alegato, la Corte IDH ha indicado que

¹⁵ Nombre comúnmente dado al Manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes, incorporado por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU en 2000.

cualquier uso de fuerza contra una persona privada de su libertad, supone, en principio, una violación del art. 5 de la CADH; asimismo, la libertad personal de la víctima está amparada por el art. 7.2 de la CADH, por tanto, una vez que el Estado traspasa ese umbral, la calificación de los hechos ya no es exclusiva de la normativa interna, sino que se convierte en una seria violación a los derechos humanos consagrados en la CADH (Corte IDH, 2020). De modo que, el delito imputado al Estado, debe ser sometido al control de convencionalidad de la Corte IDH, si la CIDH así lo considera:

Es la propia Convención la que remite al derecho interno del Estado concernido, motivo por el que tal remisión no importa que la Corte deje de fallar de acuerdo a la Convención, sino precisamente hacerlo conforme a ella y no según el referido derecho interno. La Corte no realiza, en tal eventualidad, un control de constitucionalidad ni tampoco de legalidad, sino únicamente de convencionalidad (Corte IDH, 2020, p. 32).

3. El derecho a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género

a. La orientación sexual y la identidad de género como otra condición social

Dado que el concepto de discriminación no se encuentra receptado explícitamente en la CADH, la Corte IDH, en caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, desarrolló dicha noción, basándose en lo estipulado por el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, definiéndola como:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (Corte IDH, 2012, p. 29).

Por su parte, la CADH, en su art. 1.1¹⁶, impone a los Estados parte el deber de asegurar los derechos y garantías consagrados en ella, a todas las personas, sin ningún tipo de discriminación. Prohibiendo cualquier tipo de acto discriminatorio basado en distinciones tales como: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; siendo esta nómina de carácter enunciativo y no taxativo.

Por ello, cuando la norma convencional alude a *cualquier otra condición social*, lo hace con la expresa intención de ser lo más abarcativa posible y es, en esa inteligencia, que tanto la orientación sexual, como la identidad y categoría de género, son derechos que se encuentran protegidos por el art. 1.1 de la CADH, al estar incluidos dentro de la expresión: *cualquier otra condición social*. Así lo ha establecido la Corte

¹⁶ Art. 1.1 de la CADH: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a 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”.

IDH, en caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, adoptando una interpretación evolutiva del derecho, que se corresponde con el creciente reconocimiento a los derechos de las personas LGBTI.

En caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, el litigio gravitaba en torno a la responsabilidad internacional del Estado chileno por violar el derecho de no discriminación a la Sra. Atala Riffo, a quien el Tribunal de Menores de Villarica, decidió privarla del derecho tuitivo de guarda de sus tres hijas menores, debido a que invitó a convivir a la vivienda familiar, a su nueva pareja sentimental: una mujer. La Sra. Atala Riffo, quien se encontraba divorciada de su marido, el Sr. López Allende, fue demandada por este, bajo el argumento de que el desarrollo íntegro de sus hijas, se hallaba en peligro, en virtud de la nueva orientación sexual de la Sra. Atala Riffo. El expediente alcanzó la instancia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, quien determinó darle la custodia definitiva al padre (Rodríguez Giménez, 2012).

La Corte IDH entendió que la sentencia del máximo tribunal chileno, violaba el derecho a la igualdad, consagrado en el art. 24¹⁷ de la CADH, y el principio de no discriminación, incluido en el art. 1.1 de la misma. Por tanto, a partir de este caso, advirtió a los Estados miembro que un correcto análisis hermenéutico del art. 1.1 de la CADH, debe concluir que siempre se tiene que optar por la opción más favorable a la tutela de los derechos consagrados por la CADH, conforme lo indica el principio *pro homine*¹⁸, es decir, ante la incertidumbre, debe decidirse por la norma que sea más favorable al ser humano.

Otra conclusión importante que se desprende de la postura de la Corte IDH, en caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, es que la interpretación del art. 1.1 de la CADH, tiene que ser amplia y no restringida. Esto significa que, la circunstancia de que las categorías denominadas *orientación sexual e identidad de género*, no se hallen explícitamente tipificadas en la CADH, de ningún modo supone un fundamento para que los Estados se desliguen de la responsabilidad internacional asumida en el art. 1.1 de la CADH; toda vez que la enunciación de distinciones que menciona el art. 1.1 de la CADH, es de carácter enunciativo, por tanto, no se la debe interpretar como un listado taxativo, que limite la inclusión de otras categorías.

De esta manera, en caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, la Corte IDH incluye la orientación sexual y la identidad de género, dentro de las categorías que los Estados miembro de la CADH tienen prohibido discriminar, dejando establecido que son características personales expresamente protegidas por la CADH: “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (Corte IDH, 2012, p. 34). La Corte IDH reiteró este

¹⁷ Art. 24 de la CADH: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

¹⁸ Por principio *pro homine*, debe entenderse: “un principio metodológico de interpretación con un contenido complejo que informa todo el sistema jurídico e institucional de interpretación de los derechos humanos y fundamentales. Este principio metodológico implica una interpretación desde los derechos que exige adoptar decisiones interpretativas que no contravengan el objeto y fin de las normas de protección de derechos fundamentales. Y, desde la perspectiva de la interpretación de los derechos, exige realizar un análisis de preferencia normativa y de preferencia interpretativa” (Núñez, 2017, p. 44). Es decir que, ante un caso de derechos humanos, el juez debe aplicar la norma más protectora o favorable a la víctima.

criterio en caso “Flor Freire vs. Ecuador”, sentencia del 31 de agosto de 2016, al confirmar que sobre los Estados recae la prohibición de discriminación, reconocida por el derecho a la igualdad, contemplado en el art. 24 de la CADH. Los hechos del caso, en esta ocasión, gravitaron acerca de la separación de las Fuerzas Armadas del Sr. Flor Freire, en razón de habersele aplicado una norma interna que sancionaba, de manera más grave, los actos de tipo homosexual, que los actos no homosexuales.

Cabe aclarar que la Corte IDH no encuadra a toda distinción de trato como un acto discriminatorio, sino que este solo quedará reservado para los supuestos en los que exista una desproporción irrazonable entre los medios estatales que han intervenido y el fin perseguido. De modo que cuando el criterio diferenciador que aplica el Estado, se engloba en alguna de las categorías mencionadas en el art. 1.1 de la CADH, se presume que aquel constituye un trato, no solo diferenciador, sino, además, desfavorable.

En la Opinión Consultiva OC-24/17 (en adelante OC-24/17), del 24 de noviembre de 2017, emitida por la Corte IDH a los fines de expedirse acerca de la identidad de género, la igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, encontramos una importante interpretación del art. 1.1 de la CADH, que consiste en extraer de este texto, tres indicadores que señalan si una acción o hecho estatal es discriminatorio: 1) si se afecta a rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir sin perder su identidad; 2) si se lesiona a grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y 3) si se utilizan criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales. De manera que, si se cumplen algunos de estos supuestos, puede concluirse que el Estado obró con una deliberada arbitrariedad (Corte IDH, 2017).

b. La falta de consenso, dentro del derecho interno, para definir si la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación, no exime al Estado de su responsabilidad internacional

En caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, la Corte IDH añadió otro estándar interpretativo valioso, a los fines de garantizar la protección de las personas LGBTI; ya que desacreditó uno de los alegatos del Estado chileno, el cual argumentaba como defensa que al momento de la sentencia de su Corte Suprema –que motivó la petición ante la CIDH y la posterior intervención de la Corte IDH–, no existía una aquiescencia manifiesta, que reconociera a la orientación sexual como un derecho protegido a nivel nacional. La Corte IDH sostuvo, referente a este punto, que la inexistencia de un consenso unificado dentro de los Estados parte de la CADH, para reconocer a la orientación sexual de las personas como una categoría de discriminación prohibida, no constituye un fundamento válido para negar o restringir los derechos de los que, legítimamente, son titulares las personas LGBTI, en su condición de seres humanos. Por tal motivo, si el derecho de las personas LGBTI a no ser discriminadas, está reconocido en la CADH en su art. 1.1, el Estado no puede negárselo ni acotarlo, basándose en la orientación sexual del individuo.

De lo estudiado se extrae la conclusión de que, en el SIDH, tanto la orientación sexual, como la identidad de género, son categorías que se encuentran bajo la tutela de la CADH, que las protege contra cualquier trato discriminatorio (Corte IDH, 2012).

4. El derecho a la igualdad de las personas LGBTI

El derecho a la igualdad, a nivel interamericano, se encuentra protegido por el art. 24 de la CADH. Se diferencia del derecho a no ser discriminado (art. 1.1, CADH), porque protege, en concreto, el derecho a la igual protección por parte de la ley. Esta distinción es de vital importancia, puesto que el principio de igualdad no solo es exigible ante la violación de un derecho convencional, sino que también lo es en aquellos casos en que el Estado miembro de la CADH, discrimine mediante una aplicación desigual de una ley interna. Cuando esto ocurre, el objeto de la controversia debe siempre examinarse desde la perspectiva del art. 24 de la CADH, con remisión directa a las categorías de discriminación prohibida contenidas en el art. 1.1 de la misma.

El principio de igualdad ha sido entendido por la Corte IDH como parte del *ius cogens*, es decir, es una norma universal del derecho internacional que tiene que ser respetada y asegurada por toda la comunidad internacional. Las normas del *ius cogens* son aquellas que “no admiten acuerdo en contrario, ya que protegen los intereses fundamentales o esenciales que la comunidad internacional precisa para su supervivencia y, en consecuencia, imposibilitan a los sujetos el sustraerse de las mismas” (Acosta Estévez, 1995, p. 5).

Por tanto, el *ius cogens* es un principio incontrovertible, en tanto integra una de las protecciones elementales del derecho internacional. Así lo ha establecido la Corte IDH en caso “Duque vs. Colombia”, sentencia del 26 de febrero de 2016: “La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*” (Corte IDH, 2016, p. 28).

En el citado fallo, la Corte IDH comprobó que el Estado colombiano aplicaba una legislación interna, vigente desde 2002, según la cual el pago de pensiones previsionales a parejas del mismo sexo, estaba prohibido. Como se observa, estas disposiciones se enrolan en el régimen de la heteronormatividad, que impera en las sociedades americanas actuales, y se ve reflejado, aún hoy, en las normas que regulan la vida de los ciudadanos. Estas normas de la República de Colombia, eran el art. 1 de la Ley 54 de 1990 y el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, las cuales vedaban al Sr. Duque su derecho de acceder a una pensión de sobrevivencia, aplicando un tratamiento ostensiblemente discriminatorio. Esta desigualdad en el trato fue analizada por la Corte IDH, conforme lo dispuesto por el art. 24 de la CADH, toda vez que se encontraba ante un supuesto de ley interna desigual.

Del estudio de caso “Duque vs. Colombia”, se extrae que la Corte IDH desarrolló tres presupuestos que deben comprobarse para determinar si una norma de nivel local es violatoria del principio de igualdad: a) primero, se debe establecer si la ley cuestionada establece efectivamente una diferencia de trato; b) una vez verificada la precedente hipótesis, se debe esclarecer si esa distinción en el trato obedece a alguna de las categorías comprendidas en el art. 1.1 de la CADH y, c) finalmente, constatadas las dos cuestiones anteriores, se debe precisar si esa diferencia en el trato, supuso un hecho discriminatorio.

En caso “Duque vs. Colombia”, la diferencia de trato surgía, a todas luces, de la normativa cuestionada, ya que la pensión al sobreviviente solo era otorgada al compañero o compañera de sexo diferente al causante, es decir, se les aplicaba un trato

desigual y discriminatorio a las personas homosexuales, a quienes se las excluía del beneficio previsional.

Por su parte, la diferenciación perpetrada por la norma colombiana, guardaba una relación directa con la categoría de discriminación prohibida: *orientación sexual*, protegida por el art. 1.1 de la CADH, al establecer una diferencia de trato, basada en la sexualidad del solicitante a la pensión.

Por último, la desigualdad practicada por la legislación de Colombia, constituía una discriminación de trato, al no estar debidamente justificada, es decir, era una diferenciación que respondía a criterios arbitrarios, toda vez que no perseguía un fin legítimo. Por consiguiente, cuando el Estado no pueda ofrecer una argumentación objetiva y razonable, para justificar la restricción a un derecho, debe presumirse que está cometiendo un acto desigual y discriminatorio, conforme lo establecido en los arts. 24 y 1.1 de la CADH, respectivamente (Corte IDH, 2016).

5. El derecho a la personalidad jurídica, al nombre y a la identidad de las personas LGBTI

Los criterios interpretativos de la Corte IDH, en materia de protección de la personalidad jurídica, el nombre y la identidad de las personas LGBTI, han quedado plasmados en la jurisprudencia consultiva de la Corte IDH, mediante la publicación de la OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, la cual fue solicitada el 18 de mayo de 2016 por la República de Costa Rica —ejerciendo la facultad que el art. 64 de la CADH otorga a sus Estados parte, para que puedan solicitar consultas a la Corte IDH, sobre cuestiones vinculadas a la interpretación de la CADH y su correspondiente compatibilidad con normas de derecho interno—, con el objeto de que la Corte IDH determine el alcance de las obligaciones estatales, en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo.

El resultado de la OC-24/17 es un instrumento internacional reivindicatorio de los derechos de las personas LGBTI, puesto que consagra estándares de protección para las personas LGBTI, estableciendo obligaciones convencionales específicas que los Estados deben respetar.

En atención a que la OC-24/17 es un documento de naturaleza consultiva y, en principio, no detenta la jerarquía de una sentencia de la Corte IDH, es oportuno definir si los estándares por ella consagrados, poseen una fuerza vinculante que obligue a los Estados signatarios de la CADH a aplicarlos. En este orden de ideas, el art. 68 de la CADH, indica el carácter vinculante que tienen las sentencias de la Corte IDH, “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (CADH, 1969, art. 68). Por tal motivo, un análisis literal de la norma convencional, induciría a creer que los Estados miembro solo están obligados a hacer cumplir los estándares que la Corte IDH ha generado, estrictamente, en aquellos casos en que han sido parte. Sin embargo, adoptar esta interpretación, supondría una flagrante violación de los arts. 1.1 y 2 de la CADH, puesto que los Estados, al suscribir la CADH, han asumido la responsabilidad internacional de garantizar la titularidad y ejercicio de los derechos consagrados en ella. Lo dispuesto en la OC-15/97, del 14 de noviembre de 1997, refuerza esta tesis: “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un

caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables” (Corte IDH, 1997, p. 9). Dichos efectos jurídicos se evidencian en la obligación que tienen los Estados parte de la CADH, de incluir en sus ordenamientos jurídicos internos, los estándares fijados en estas opiniones (León Moreta, 2019).

En lo atinente a las sentencias de la Corte IDH, Burgos Bustos (2020), señala que:

En el caso que un Estado no haya sido parte del litigio en específico, este deberá seguir el estándar mínimo de efectividad –originado en el caso interamericano particular– en causas internas con similitudes que lo hagan análogo para aplicar la interpretación de la Corte como parámetro (p. 23).

De modo que las sentencias de la Corte IDH poseen un doble efecto: uno primario y otro secundario. El primario consiste en la eficacia *inter partes* que irradia de la sentencia, en tanto detenta autoridad de cosa juzgada internacional; consistente en “la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva” (Ferrer Mac-Gregor, 2013, p. 656). Mientras que el efecto secundario, indirecto, supone una eficacia *erga omnes*, entendida como el deber que tienen los Estados parte de la CADH, y sus autoridades, de asegurar los estándares hermenéuticos de la Corte IDH en la región. En la misma línea, Ferrer Mac-Gregor (2013), sostiene que los Estados deben garantizar:

La efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los arts. 1 y 2 de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” (p. 657).

En conclusión, los Estados deben propender a adoptar, de manera progresiva, los estándares impuestos por la Corte IDH, ya sea que hayan sido parte en una sentencia interamericana o no; además, los criterios creados por la Corte IDH, en su jurisprudencia consultiva, deben ser incorporados por los Estados, con el fin de efectivizar sus obligaciones convencionales y darle, de este modo, un sentido a la existencia de la CADH.

a. El derecho a la personalidad jurídica de las personas LGBTI

En la OC-24/17, la Corte IDH determinó que el derecho a la personalidad jurídica de las personas LGBTI, se encuentra protegido por el art. 3¹⁹ de la CADH, siendo su titularidad y ejercicio una parte sustancial en el reconocimiento de la persona humana, ya que posibilita la existencia efectiva de sus titulares ante el Estado y la sociedad. De esta manera, que una persona goce de personalidad jurídica, significa que es sujeto de derecho, que es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Por ende, la persona puede detentar la titularidad de derechos y la capacidad de ejercerlos, lo cual convierte a la personalidad jurídica en un derecho inherente al ser humano, que no puede ser proscrito por ningún Estado.

¹⁹ Art. 3 de la CADH: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En vista de que el derecho a la personalidad jurídica es inderogable, los Estados miembro de la CADH tienen la obligación de coadyuvar a su pleno goce y ejercicio. Por lo que, cuando el Estado desconoce la personalidad jurídica de una persona LGBTI, incurre en una violación convencional, toda vez que le está negando a la persona la oportunidad de ser titular de derechos. En definitiva, se lo excluye de ser un sujeto de derecho, ya que no podrá ejercer sus derechos subjetivos, ni sus obligaciones jurídicas. La Corte IDH advierte, asimismo, que el derecho a la personalidad jurídica no se limita a asegurar a la persona la titularidad de derechos y obligaciones, sino que supone, además, dotarla de los atributos inherentes a la persona humana —el derecho a tener un nombre, una identidad, un género, un sexo— que permiten singularizarla (Corte IDH, 2017).

b. El derecho al nombre y a la identidad de género de las personas LGBTI

Como hemos visto, los Estados miembro de la CADH, tienen la obligación ineludible de asegurar a toda persona —incluidas las personas LGBTI—, su derecho a la personalidad jurídica. Ello implica garantizarles la plena capacidad jurídica para definir y gozar de su propia identidad sexual y de género.

La Corte IDH ha entendido en la OC-24/17, que estas categorías, protegidas por el art. 1.1 de la CADH, componen uno de los elementos esenciales de la libertad, dignidad y autodeterminación del ser humano. En atención a ello, uno de los medios fundamentales para hacer efectivo el derecho al nombre y a la identidad de género de las personas LGBTI, consiste en que el Estado garantice que la identidad de género y el nombre definido por la persona, guarde una correlación exacta con los datos de identificación que se consignen en los registros públicos, como así también en los documentos de identidad, expedidos por los organismos estatales. La Corte IDH entiende al nombre y a la identidad de género, como atributos inherentes de la personalidad (Corte IDH, 2017).

En virtud de lo anterior, la OC-24/17, reivindica el derecho que tienen las personas LGBTI de exigirles a los Estados miembro de la CADH, que tanto su nombre, como su identidad de género, anotados en los registros públicos, coincidan con la identidad autopercebida por ellas. En igual sentido, la autoridad estatal debe otorgarles el derecho de modificar los datos, en todos aquellos casos en los que no exista concordancia.

Por otro lado, el derecho al nombre, reconocido en el art. 18²⁰ de la CADH, es, en sí mismo, un atributo de la personalidad. Su importancia radica en que consolida la identidad de la persona, permitiendo distinguirla ante la sociedad y en las acciones del Estado; dotándola del libre desarrollo de su personalidad, de acuerdo a su propia autopercepción. Es indisociable del ser humano, ya que pertenece a este por el solo hecho de su existencia.

Por lo examinado, sobre los Estados miembro de la CADH, recaen, no solo la obligación de asegurar el derecho al nombre, sino también el de garantizar el

²⁰ Art. 18 de la CADH: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

adecuado registro de la persona en las bases de datos y en los documentos de identidad estatales. De este deber convencional, se desprende el derecho a la inscripción de su nombre e identidad que poseen las personas LGBTI, ya que los Estados tienen que brindarles todos los medios necesarios, para que el nombre elegido por la persona LGBTI, sea inscripto en los registros públicos, sin ningún tipo de restricción.

Además, en tanto que el nombre no persigue someter a la persona a un proceso de homologación sino que, por el contrario, busca singularizarla –hacerla única–, los Estados miembro deben garantizar a la persona, el derecho a cambiar su nombre de nacimiento, por otra denominación más adecuada a su autopercepción. De modo que:

El derecho a readecuar el nombre de pila se presenta como una necesidad que proviene del hecho de asumir un género distinto del sexo biológicamente asignado al nacer. Es decir, este derecho aparece como una cuestión vinculada a las personas transexuales y transgénero (Arrubia, 2018, p. 149).

6. El derecho al matrimonio de las personas LGBTI

La OC-24/17 también reviste importancia porque legitima, tanto el derecho al matrimonio, como las uniones civiles de las personas LGBTI. El derecho al matrimonio está reconocido en el art. 17.2²¹ de la CADH. Este artículo, si bien literalmente concede el derecho a la unión matrimonial, solo al hombre y a la mujer, dicha afirmación no debe interpretarse de forma taxativa, como así tampoco supone la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo; sino que, por el contrario, el texto convencional debe interpretarse como una protección expresa de una modalidad específica de matrimonio. Lo cual no implica que dicha consagración suponga una única forma de familia protegida por la CADH. Siguiendo este razonamiento, el derecho al matrimonio de las personas LGBTI, también debe considerárselo contenido en el art. 17.2 de la CADH.

Por tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo o LGBTI, tiene su protección convencional en dos artículos de la CADH: 1) el art. 1.1, el cual prohíbe a los Estados miembro llevar a cabo diferencias de trato con base en categorías de discriminación prohibida, tales como la orientación sexual; y 2) el art. 24, que establece el principio de igualdad ante la ley y la obligación que tienen los Estados de garantizar, en su derecho interno, la igual protección ante la ley. En este marco, deben sumarse también los arts. 11.2 y 17 de la CADH, ya que la Corte IDH no reconoce un modelo único de familia, sino que admite que es un concepto al cual no es posible darle una definición uniforme (Corte IDH, 2017).

En consecuencia, la Corte IDH sostiene que los Estados miembro carecen de argumentos para obstaculizar o impedir el derecho al vínculo familiar entre parejas del mismo sexo. Aplicando esta lógica exegética, lo que la Corte IDH ha dispuesto en la OC-24/17, en lo referente al matrimonio, es una expansión del concepto, fundamentada en los principios de no discriminación (art. 1.1, CADH) e igualdad (art. 24, CADH),

²¹ Art. 17.2 de la CADH: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

con el fin de garantizar que a esta institución puedan acceder, también, las personas que compartan un mismo sexo (Solano Paucay, 2019).

7. Conclusiones

En el presente trabajo se planteó el problema de la desprotección de los Estados miembros de la CADH en lo referente al colectivo LGBTI. Dicha falencia ha quedado demostrada a través del análisis de estadísticas recientes, publicadas por ONGS que reivindican la diversidad sexual en América Latina, y por el estudio de la jurisprudencia de la Corte IDH. Las conclusiones que pueden extraerse, son las siguientes:

1) La violencia de cualquier tipo –física, psíquica, verbal, etc.– sufrida por personas LGBTI, debe ser calificada jurídicamente como violencia por prejuicio, ya que esta noción es más amplia.

2) La mayoría de los agresores en casos de violencia por prejuicio, a nivel continental, son miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, es decir, son cometidos por funcionarios públicos.

3) Dentro de la comunidad LGBTI, los más vulnerables son el sector trans, puesto que el examen estadístico llevado a cabo en el presente ensayo, arroja que esta minoría poblacional representa la mayor cantidad de víctimas fatales por violencia por prejuicio en el continente.

4) Existe, en la mayoría de los Estados miembro de la CADH, un ordenamiento jurídico interno que se halla anquilosado en la heteronormatividad; esta particularidad dificulta la ampliación y reconocimiento de derechos a favor de las personas LGBTI, ya que los tribunales nacionales, al interpretar la legislación interna, no lo hacen con una perspectiva de género y diversidad sexual, sino que ejecutan una interpretación en exceso localista, que soslaya la CADH, y los principales estándares de protección LGBTI, aportados por la Corte IDH y las recomendaciones efectuadas en sus informes, por la CIDH. Esto hace que, numerosos casos de violencia por prejuicio, encuentren dificultades para ser sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH, dado que la estructura burocrática estatal impone, como regla general, agotar todo tipo de recursos internos antes de poder reconocer la competencia del máximo tribunal interamericano.

Propuesta de solución. Una de las soluciones que, eventualmente, puede contribuir a la consolidación y progreso de los derechos LGBTI en el continente, es que los Estados comiencen a adoptar, por medio de las sentencias de sus máximos tribunales, el paradigma de la primacía convencional por sobre el plexo jurídico interno. Es imprescindible lograr una interpretación estatal armoniosa entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales, que tienda a reconocer la superioridad jerárquica de la CADH, por sobre la legislación interna, en aquellos Estados que sean parte del Pacto de San José de Costa Rica.

A modo de colofón. A los efectos de hacer viable dicha propuesta, es fundamental la sanción de un protocolo adicional a la CADH, en el que se consagren los principales estándares de protección en materia de derechos LGBTI, en el ámbito interamericano, que disipe la incertidumbre normativa y supla la ausencia de legislación LGBTI, en los Estados parte de la CADH.

8. Bibliografía

- Acosta Estévez, José, *Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos*, "Anuario de Derecho Internacional", n° 11, 1995, p. 3 a 22.
- Agencia EFE, *Comisión de Derechos Humanos de México pide investigar asesinato homofóbico en Cancún*, 10/6/21.
- Aireana, *Derechos Humanos*, Paraguay, 2020.
- Amnistía Internacional, *Informe Anual Región Américas 2019, Capítulo ampliado sobre Uruguay*, 2020.
- Antra, *Dossiê assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020*.
- Araujo Cuauro, Juan, *La violencia por prejuicio hacia las personas con orientación o identidad de género-sexo diverso en el sistema jurídico-legal venezolano*, "Colombia Forense", vol. 4, n° 2, 2017, p. 45 a 60.
- Arrubia, Eduardo, *El derecho al nombre en relación con la identidad de género dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el caso del Estado de Costa Rica*, "Revista Direito GV", vol. 14, n° 1, 2018, p. 148 a 168.
- BBC, *Azul Rojas Marín: la histórica denuncia de la mujer transgénero que acusa a la policía de Perú de violación y tortura*, 28/8/19.
- Burgos Bustos, Francisca, *Control de convencionalidad y el efecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tesis de pregrado, Repositorio Académico de la Universidad de Chile, 2020.
- Cámara Arroyo, Sergio, *El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. 70, vol. 1, 2017, p. 139 a 225.
- Caribe Afirmativo, *Vidas confinadas*, Informe de derechos humanos de personas LGBT en el Caribe Colombiano 2020.
- Castilla Torres, Sonia - Cruz de Jesús, Iris - Solano Sánchez, Teresa - Parra Pérez, Sara, *Amicus Curiae*, presentado por la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, respecto al derecho al nombre y los derechos patrimoniales de las personas LGBTI, 2017.
- CEPAL, *La invisibilidad estadística de la diversidad sexual y de género en los censos latinoamericanos*, 2018.
- Charni, Tomás, *La violencia por prejuicio como elemento constitutivo de la tortura*, "Revista Jurídica AMFJN", n° 7, 2020, p. 1 a 18.
- Chaves García, Nery - Ester, Barbara, *Los derechos LGBTI+ en América Latina*, CELAG, 28/6/21.
- Clarín, *La legislatura porteña aprobó la ley de unión civil*, 14/12/02.
- CONICET y CENPAT, *Guía de lenguaje inclusivo no sexista*, 2020.

- El País, *Argentina, primer país de Latinoamérica en aprobar el matrimonio gay*, 15/7/10.
- Escobar Beltrán, Samuel, *Del odio al prejuicio: reflexiones sobre la subjetividad y su prueba en los instrumentos penales antidiscriminación*, "Estudios Socio-Jurídicos", vol. 18, n° 2, 2016, p. 175 a 202.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)*, "Estudios Constitucionales", vol. 11, n° 2, 2013, p. 641 a 694.
- Forestiere, Annamarie, *LGBTQ+ Panic: The Dark-Ages Defense Strategy You Didn't Know Existed*, "Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review", 6/11/19.
- Gómez, María, "Capítulo 2: Violencia por Prejuicio", en Motta, Cristina - Sáez, Macarena (eds.), *La mirada de los jueces: sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Red Alas, t. 2, 2008, p. 185 y 186.
- González Ramos, Yoslane, *La construcción de la identidad de género: fundamentos teóricos y metodológicos*, "Revista Sexología y Sociedad", vol. 23, n° 1, 2017, p. 27 a 37.
- León Moreta, María, *La fuerza vinculante de la OC-24/17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo" para el Estado ecuatoriano*, "Foro. Revista de Derecho", n° 32, 2019, p. 43 a 60.
- López Sánchez, Erika, *Las reformas orientadas a los derechos LGBT en América Latina: una ciudadanía universal pendiente*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2019.
- Mallory, Christy - Sears, Brad - Vásquez, Luis, *Banning the use of gay and trans panic defenses*, Williams Institute, 2021.
- Movilh, XIX Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile, 2021.
- Muñoz Pogossian, Betilde, *Democracia y derechos de las personas LGBTI en América Latina: reformas para garantizar el derecho a la identidad y el derecho al voto de las personas trans, 2012-2020*, "Revista de Derecho Electoral", n° 30, 2020, p. 87 a 109.
- Núñez, Constanza, *Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica*, Materiales de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, n° 2, p. 1 a 46.
- Pérez Enseñat, Aida - Moya Mata, Irene, *Diversidad en la identidad y expresión de género en Educación Física: una revisión de la literatura*, "Retos", n° 38, 2020, p. 818 a 823.
- Perfil, *Fracasó en Uruguay una consulta popular que buscaba derogar la ley de personas trans*, 5/8/19.

Rodríguez Jiménez, Sonia, *El caso Karen Atala: la conjugación de la orientación sexual y el principio del interés superior del menor*, "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", n° 135, 2012, p. 1271 a 1322.

Salomé Resurrección, Liliana, *A propósito del concepto "discriminación estructural". Una mirada crítica de la visión liberal tradicional de la discriminación*, Repositorio PUCP, 2019, p. 194 a 211.

Solano Paucay, Vicente, *El concepto de matrimonio y la Opinión Consultiva 24/17. Una crítica*, "Foro. Revista de Derecho", n° 32, 2019, p. 83 a 101.

Zaffaroni, Eugenio - Cassino, M. - Ciarnello Ibáñez, L. - Pineda, S. - Raznovich, L., *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*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2021.

© Editorial Astrea, 2022. Todos los derechos reservados.

