

# La comunidad LGTBIQ+ y el acceso a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales\*

Javier Teodoro Alvarez\*\*

## Resumen

Este artículo analiza el reconocimiento del acceso a los DESC de la comunidad LGTBIQ+ a partir de una revisión comparada entre las líneas de intervención del sistema europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en función del principio de igualdad y no discriminación.

**Palabras claves:** derechos sociales, económicos, culturales y ambientales; orientación sexual e identidad de género; igualdad y no discriminación, tribunal europeo, corte interamericana.

## Abstract

This article analyzes the recognition of access to the economic, social, cultural and environmental rights of the LGTBIQ+ community based on a comparative review between the lines of intervention of the European and inter-American system of protection of human rights based on the principle of equality and nondiscrimination.

**Keywords:** social, economic, cultural and environmental rights; sexual orientation and gender identity; equality and non-discrimination, European court, inter-American court.

## Resumo

Este artigo analisa o reconhecimento do acesso aos DESC pela comunidade LGTBIQ+ a partir de uma revisão comparativa entre as linhas de intervenção do sistema europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos com base no princípio da igualdade e da não discriminação.

**Palavras-chave:** direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais; orientação sexual e identidade de gênero; igualdade e não discriminação, tribunal europeu, tribunal interamericano.

---

\* Recibido el 8 de marzo de 2024. Aceptado el 21 de junio de 2024.

\*\* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella y Master en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona y la Università di Génova. Profesor universitario en carreras de grado (UBA, UAI, UP) y posgrado (UNDAV). Contacto: javierteodoroalvarez@gmail.com

## 1. Introducción

El objetivo del texto es analizar las diferentes posiciones y líneas de intervención de los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos en materia de orientación sexual e identidad de género. Al respecto, una primera aclaración: se trata de mecanismos que ofrecen un marco más específico que el de las Naciones Unidas ya que su impacto tiene resonancia en las realidades locales. En la actualidad existen seis sistemas cuyo origen se encuentra en tratados multinacionales, estos son: el europeo, el interamericano, el africano, el árabe, el del sudeste asiático y el que pertenece a los Estados musulmanes.

Es preciso advertir que, además, algunos de ellos también establecieron tribunales que juzgan la responsabilidad de los Estados por las violaciones a sus obligaciones convencionales. A diferencia de la Corte Internacional de Justicia, que pertenece a la órbita de la ONU, estos órganos jurisdiccionales no resuelven controversias entre los Estados; sino que su competencia se refiere a los casos entre aquellos y los particulares en supuestos de violaciones de derechos fundamentales. De allí que el examen de su jurisprudencia sea útil a fin de evaluar la sintonía entre los instrumentos regionales de derechos humanos y el sujeto que aquí interesa, es decir, la comunidad LGTBIQ+. <sup>1</sup> Los sistemas que cuentan con instancias jurisdiccionales son: el europeo, el interamericano y el africano. Sin embargo, solo los primeros dos han emitido decisiones respecto de las personas cuya sexualidad y/o identidad de género se alejan de la cisheteronorma. Es por esa razón que solo me detendré a analizar las decisiones del sistema europeo y el interamericano.

No obstante, para poder comprender la relevancia de estas decisiones, es necesario primero precisar el alcance general del principio de igualdad y no discriminación al que se refieren los instrumentos de derechos humanos y, en especial, la manera en que el mismo comenzó a reconocer a la comunidad LGTBIQ+. Ese es, por lo tanto, el camino que trazaré en las próximas líneas.

---

<sup>1</sup> Lesbianas, Gays, Travestis, Transexuales, Transgéneros, Bisexuales, Intersex, Queers y Más.

## **2. El principio de igualdad y no discriminación a favor de la comunidad LGTBIQ+**

El principio de igualdad y no discriminación está reconocido en una copiosa normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se declara en, por ejemplo, los siguientes instrumentos:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación (Art. 7 de la Declaración Universal).

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección ante la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

El alcance de este ideario normativo implica, en los hechos concretos, la prohibición de formular distinciones que resulten arbitrarias o no justificadas. Desde esa premisa hay condiciones, cualidades o características sobre las que existe consenso en que nunca será razonable una diferencia que se edifique sobre ellas. Se trata de un estándar que permite elaborar un test a partir del cual se presume que, si se apoya en una de estas causas, entonces aquella diferenciación será calificada como negativa y, por lo tanto, contraria al principio de igualdad y no discriminación. Me refiero, sin más, a lo que se conoce como categorías sospechosas. En particular, su uso permite identificar la existencia de prejuicios a partir de los cuáles podrían adoptarse decisiones inadecuadas a la luz de este principio. Las categorías sospechosas, por lo tanto, dificultan justificar el trato diferente y suponen una mayor protección al grupo en cuestión ya que si una norma utiliza como criterio distintivo a alguna de ellas, se presumirá como inválida (Saba, 2016:86). Se trata, en suma, de criterios útiles para reconocer e impedir tratos arbitrarios.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> El uso de categorías sospechosas se encuentra en crisis por un sector de la doctrina que entiende que, en verdad, solo se vinculan con una dimensión del principio de igualdad como no discriminación, pero son inadecuadas con relación a la concepción de igualdad como no sometimiento. Desde esa premisa, sería más adecuado un enfoque interseccional sobre diversas variables que permitan advertir de forma clara las

Tal como puede apreciarse, las orientaciones sexuales y las identidades de género no normativas no aparecen mencionadas como categorías sospechosas en los principales instrumentos normativos. Su inserción obedeció a un reclamo del activismo LGTBIQ+ a partir del cual construyó su agenda en el campo de los derechos humanos. El primer paso de ese recorrido fue en el marco del sistema universal de protección cuando en 1992 el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirmó que bajo la expresión “cualquier otra condición social” del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se incluía a la orientación sexual.<sup>3</sup> Este criterio fue luego sostenido de manera uniforme en los diversos dictámenes del Comité sobre denuncias por discriminación contra la comunidad LGTBIQ+.<sup>4</sup>

En relación con los órganos de los tratados de derechos humanos, es a partir del año 2000 que comienzan a expresar que la orientación sexual y la identidad de género eran alcanzadas por el principio de igualdad y no discriminación. Se trata, de todas formas, de unos primeros pasos algo vacilantes en tanto que aquellas categorías se mencionan ante escenarios muy puntuales. En otras palabras, no se trató de una interpretación de alcance general o global en relación con la comunidad LGTBIQ+.

Así, por ejemplo, en la Observación General n.º 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) del 11 de agosto del año 2000 se analiza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Se concluye que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención y los factores determinantes básicos de la salud por diversos motivos, entre ellos la orientación sexual.<sup>5</sup> Con posterioridad, en el año 2002, el Comité de DESC vuelve hacer mención a la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos

---

desigualdades estructurales en nuestras sociedades. Este es un debate abordado por Saba (2016) en particular en el capítulo II.

<sup>3</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen Vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7.

<sup>4</sup> Ver, entre muchos otros, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, El Salvador, CCPR/CO/78/SLV*, 22 de agosto de 2003, párr. 16; *Observaciones finales, Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1*, 18 de diciembre de 2006, párr. 25; *Observaciones finales, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5*, 17 abril 2007, párr. 16; *Observaciones finales, Barbados, CCPR/C/BRB/CO/3*, 14 de mayo de 2007, párr. 13.

<sup>5</sup> ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general n.º 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 18, 11 de agosto 2000, E/C.12/2000/4.

Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en relación con el derecho al acceso al agua<sup>6</sup> y más tarde, en el 2003, al trabajo.<sup>7</sup> De igual modo lo hizo el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n.º 3 del año 2003 sobre el VIH/SIDA y los derechos de la infancia en la que expresó preocupación por la discriminación basada en las preferencias sexuales.<sup>8</sup> El Comité contra la Tortura hizo lo propio en el año 2008 a través de su Observación General n.º 2 sobre la aplicación del Art. 2 de la Convención por parte de los Estados partes, en la que concluyó sobre la obligación de cumplir con los mandatos del instrumento normativo a todas las personas cualquiera sea, entre otras, su orientación sexual.<sup>9</sup>

Sin embargo, el punto de inflexión llegó recién en el año 2009 a partir de la Observación General n.º 20 del Comité de DESC que de manera particular se ocupa del principio de no discriminación en el acceso a aquellos derechos. Allí precisó que la orientación sexual y la identidad de género quedaban comprendidas dentro de la expresión “cualquier otra condición social” del art. 2.2 del PIDESC.<sup>10</sup> En su párrafo 32 afirmó:

En ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo [*textual*] son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo.

No obstante, y como se verá más adelante, el alcance del principio de igualdad y no discriminación en favor de la comunidad LGTBIQ+ ya había sido anunciado muchos

---

<sup>6</sup> ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general n.º 15 (2002): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 13, 20 de enero 2003, E/C.12/2002/11.

<sup>7</sup> ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general n.º 18: El derecho al trabajo (Artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales), párr. 12, 6 de febrero 2006, E/C.12/GC/18.

<sup>8</sup> ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general n.º 3 (2003): El VIH/SIDA y los derechos del niño, párr. 8, 17 de marzo de 2003, CRC/GC/2003/3.

<sup>9</sup> ONU: Comité contra la Tortura (CAT), Observación general n.º 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, párrs. 20 y 21, 24 de enero 2008, CAT/C/GC/2.

<sup>10</sup> ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general n.º 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio 2009, E/C.12/GC/20.

años atrás a partir de la jurisprudencia de los tribunales regionales. Este hecho resalta la importancia que estos órganos jurisdiccionales tienen como herramientas para lograr una amalgama de los reclamos de esta población con la agenda de los derechos humanos.

A continuación, presentaré -de manera sucinta- cada uno de los sistemas que proclamaron el reconocimiento del acceso a los DESCAs a favor de la comunidad LGTBIQ+. Luego, analizaré sus líneas de intervención en materia de orientación sexual y/o identidad de género y, por último, la actual situación de aquella población con el propósito de revelar que se trata aun de un vínculo en construcción.

### **3. El sistema europeo de protección de los derechos humanos**

El europeo es el primer sistema regional que se crea luego de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y se origina a partir del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas (CEDH) que se suscribió en la ciudad de Roma en 1950. Este instrumento, a su vez, se firmó en el marco del Consejo de Europa creado por el Tratado de Londres de 1949 que surge frente a la preocupación de que se repitieran los conflictos armados de la Segunda Guerra Mundial a partir de regímenes totalitarios (López Guerra, 2022:18). Los países fundadores fueron Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, el Reino Unido y Suecia. Sin embargo, el convenio recién entró en vigencia en 1953, luego de que se obtuviera su décima ratificación. En la actualidad cuenta con la adhesión de 47 Estados, aunque a partir de marzo de 2022 se expulsó a Rusia en razón del conflicto bélico que mantiene con Ucrania<sup>11</sup> por lo que en total son 46 Estados miembros.<sup>12</sup>

El sistema europeo, entre sus distintos objetivos, se diseñó desde sus orígenes con un propósito jurisdiccional. El art. 19 del CEDH estableció un órgano de justicia al disponer que: “Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal

---

<sup>11</sup> La decisión fue adoptada por el Comité de Ministros mediante la resolución n° CM/Res (2022) 2 del 16 de marzo de 2022.

<sup>12</sup> Estos son: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Bélgica, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Malta, Montenegro, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Moldavia, Rumanía, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania.

Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado “el Tribunal”. Funcionará de manera permanente”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo (Francia), comenzó a funcionar en 1959 y dictó su primera sentencia un año después.<sup>13</sup> En sus orígenes, el sistema estaba integrado por la Comisión Europea de Derechos Humanos que recibía las denuncias de los particulares, evaluaba su admisibilidad y, de corresponder, elevaban el caso ante el TEDH. Empero, a partir del año 1998 se introdujo una importante reforma mediante el Protocolo n.º 11 que suprimió la competencia de la Comisión y permitió de esa manera que las personas puedan presentar demandas contra los Estados partes de forma directa ante el TEDH. Ello supuso un notable incremento del número de demandas, lo que también provocó un retraso en el dictado de sus sentencias (López Guerra, 2022:56). Esta particularidad generó que se introdujeran nuevas reformas en el funcionamiento del TEDH mediante los Protocolos n.º 14, n.º 15 y n.º 16.

De acuerdo con estas modificaciones, en la actualidad el TEDH se encuentra integrado por juezas y jueces elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a partir de una terna propuesta por cada gobierno y permanecen en sus funciones por un mandato de 9 años sin posibilidad de reelección. Se compone por un miembro de cada país del Consejo de Europa.

El TEDH es el órgano jurisdiccional en materia de protección internacional de derechos humanos más antiguo y es considerado como la principal autoridad global en la materia (González-Salzberg, 2019:5). Sus decisiones se convirtieron en un horizonte de referencia no solo a nivel regional, sino también para otras instancias judiciales internacionales.

En relación con la comunidad LGTBIQ+, en el sistema europeo se encuentra vigente el primer instrumento en materia de derechos humanos que reconoce de forma expresa a la orientación sexual. Se trata de La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en diciembre del año 2000 por el Parlamento Europeo en la ciudad de Niza y jurídicamente vinculante a partir del año 2009 mediante el Tratado de Lisboa, que introdujo modificaciones al tratado de la unión europea y al instrumento constitutivo de la comunidad.<sup>14</sup> El primer párrafo del art. 21 de la Carta establece una

---

<sup>13</sup> Se trata del caso *Lawless vs. Irlanda*, sentencia n.º 332/57 de 1960.

<sup>14</sup> Art. 6.2 del Tratado de Lisboa.

cláusula de igualdad en la que se incluye a la orientación sexual como una categoría sospechosa de discriminación en los siguientes términos:

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

A su vez, en el año 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitió una recomendación sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Se trata de la Recomendación CM/Rec (2010) 5 del 31 de marzo de 2010 por el cual se recuerda que los derechos humanos son universales y reconoce la histórica violencia, intolerancia y discriminación que afecta a la población LGTBIQ+. El documento, además, se apoya en la jurisprudencia del TEDH para recordar que no es posible invocar valores culturales o religiosos para justificar discursos de odio u otra forma de perjuicio contra aquellas personas.

La resolución se encuentra acompañada por un anexo que ofrece lineamientos para que los Estados miembros tomen diversas medidas. Entre ellas se destaca la necesidad de que aseguren investigaciones eficaces, rápidas e imparciales en casos de delitos de odio u otros incidentes motivados por odio; garanticen el derecho a la libertad de asociación, expresión y de reunión; respeten el derecho a la vida privada y familiar, al empleo, educación, salud, vivienda, deporte, entre otros.

En cuanto a su mecanismo de denuncia, el sistema europeo también cuenta con el primer antecedente a nivel global de una imputación por parte de un particular contra un Estado por violar derechos fundamentales de la comunidad LGTBIQ+. Se trata de una solicitud que data del año 1955 ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos contra la República Federal de Alemania. En el caso, una persona demandó a aquel Estado europeo por la condena que sufrió en aplicación del parágrafo 175 del Código Penal vigente en su país, que criminalizaba las relaciones sexuales entre personas del mismo

sexo, lo que a su entender transgredía el art. 8<sup>15</sup> y 14<sup>16</sup> del CEDH. La Comisión, sin embargo, consideró que la disposición penal estaba justificada bajo el párrafo 2 del artículo 8 por ser necesaria en una sociedad democrática “para la protección de la salud o la moral”. Además, afirmó que el CEDH otorgaba a los Estados partes un margen de discrecionalidad para que sus legislaciones locales consideraran a la homosexualidad como un crimen ya que el propio art. 8 del CEDH resguarda la injerencia de la vida privada por parte de las autoridades públicas con el propósito de salvaguardar la salud o la moral.<sup>17</sup>

La Comisión mantuvo ese criterio durante los veinte años siguientes en donde declaró inadmisibles -por considerarlas manifiestamente infundadas- varias solicitudes adicionales que impugnaban la prohibición alemana de las relaciones homosexuales masculinas y las condenas en virtud de esa ley. Si bien la Comisión reconocía en todos los casos que la proscripción penal era una interferencia con el derecho a la privacidad, la justificaba por resultar necesaria para la protección de la salud o la moral.<sup>18</sup>

Hubo que esperar hasta la década del '80 para que el sistema europeo comenzara a cambiar aquel rumbo a partir de la jurisprudencia del TEDH. En la actualidad, es el órgano jurisdiccional sobre derechos humanos con el mayor número de sentencias en casos sobre orientación sexual e identidad de género.

La primera decisión sobre temáticas LGTBIQ+ del TEDH data de 1980. Se trata del caso “Van Oosterwijck vs. Bélgica”,<sup>19</sup> en el que un hombre reclamó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos el cambio registral de su género en su documento ya que al nacer se le asignó el sexo femenino, aunque, sin embargo, a partir de los cinco años comenzó a sentirse y comportarse como varón. Si bien el caso fue desestimado por el

---

<sup>15</sup> Art. 8 del CEDH. Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>16</sup> Art. 14 del CEDH. Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

<sup>17</sup> Caso *WB v. República Federal de Alemania*, solicitud núm. 104/55, 10 de octubre de 1955, desestimada por la Comisión el 17 de diciembre de 1955.

<sup>18</sup> Conf. solicitudes n° 530/59 (1960), n° 704/60, n° 530 (1960); n° 704/60 (1960), entre otras.

<sup>19</sup> TEDH, *Caso Van Oosterwijck vs. Bélgica*, (No. 7654/76), Sentencia de 6 de noviembre de 1980.

TEDH -al considerar que no se agotaron las vías de recursos judiciales locales-, se convirtió en el primero en conmovier la atención de un órgano jurisdiccional de protección regional de derechos humanos sobre esta temática.

A partir de allí, y hasta la actualidad, el tribunal dictó sentencia en cientos de casos sobre derechos de la comunidad LGTBIQ+. El primer reconocimiento positivo llegó un año después en la sentencia del caso “Dudgeon vs. Reino Unido” de 1981.<sup>20</sup> Se trata de una decisión a partir de la cual, con el propósito de amparar el derecho a la privacidad e intimidad, la jurisprudencia del TEDH comenzó a impugnar la validez de las normas que criminalizaban la homosexualidad a la luz del CEDH.

La agenda continuó con el análisis de legislación que criminalizaba el sexo grupal entre hombres<sup>21</sup> y más tarde sobre la validez de la diferencia de edad para brindar consentimiento en las relaciones sexuales entre varones.<sup>22</sup> Luego comenzó a examinar otras temáticas como, por ejemplo, la prohibición de admitir en las Fuerzas Armadas a personas homosexuales<sup>23</sup> o bien la adopción<sup>24</sup>, y en los últimos tiempos también empezó a reconocer prerrogativas a favor de las personas trans.<sup>25</sup>

En suma, la jurisprudencia del TEDH reconoció derechos fundamentales a favor de la comunidad LGTBIQ+ a través de la interpretación de dos cláusulas del CEDH. La primera se centró en la protección de la vida privada del art. 8 y, sobre esa base, se cuestionó a partir de la década del '80 a las disposiciones penales que criminalizaban a la homosexualidad. Una vez que la sexualidad no normativa dejó de considerarse delito, entonces los casos comenzaron a analizarse a la luz del art. 14 que prevé la prohibición de discriminación. A partir de una interpretación inclusiva de ese artículo, el tribunal comenzó a trazar un horizonte progresivo a favor del reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en condiciones de igualdad para aquella población. Sin embargo, los estándares jurisprudenciales no siempre resultan proclives al reconocimiento de derechos a favor de la comunidad LGTBIQ+. Se trata de un camino

---

<sup>20</sup> TEDH *Caso Dudgeon v. Reino Unido* (No. 7525/76), sentencia de 22 de octubre de 1981.

<sup>21</sup> TEDH, *Caso Laskey and others vs. Reino Unido*, (No. 21627/93), Sentencia de 19 de febrero de 1997.

<sup>22</sup> TEDH, *Caso Sutherland vs. Reino Unido*, (No. 25186/94), Sentencia de 27 de marzo de 2001; y TEDH, *Caso L. y V. vs. Austria*, (No. 39392/98 y 39829/98), sentencia de 9 de enero de 2003; y TEDH, *Caso S.L. vs. Austria* (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003.

<sup>23</sup> TEDH, *Caso Lustig-Prean y Beckett, y Smith y Grad vs. Reino Unido*, (No. 31417/96), sentencia de 27 de septiembre de 1999.

<sup>24</sup> TEDH, *Caso Fretté vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002.

<sup>25</sup> TEDH, *Caso A.P., Garçon y Nicot vs Francia*, (No. 79885/12, 52471/13 y 52596/13), Sentencia de 6 de abril de 2017.

sinuoso, ya que es posible advertir avances y retrocesos en la materia; esta será una de las principales diferencias con el sistema interamericano.

En la actualidad, la comunidad LGTBIQ+ en Europa enfrenta nuevos desafíos. Si bien la jurisprudencia del TEDH resultó de gran ayuda para que la mayoría de sus Estados hayan eliminado las normas que criminalizaban a la sexualidad y la identidad de género no normativas, como también para construir nuevos marcos jurídicos igualitarios; no se trata de un territorio uniforme. Según la ILGA existen al menos tres países de la región que, a través de interpretaciones sobre disposiciones jurídicas un tanto vagas, penalizan las identidades trans y no binarias. Se trata de Georgia, Azerbaiyán y Turquía. Además, aumentaron en toda la región los discursos de odio y los hechos de violencia -incluidos ataques letales- contra las personas LGTBIQ+ (BOTHÁ, 2021:219).

#### **4. El sistema interamericano de derechos humanos**

Al igual que el universal y el europeo, el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos se crea luego de la Segunda Guerra Mundial. Durante la 9na. Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá (Colombia), entre los días 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, los Estados americanos adoptaron dos instrumentos: la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH). Esta última, en su segundo considerando, marca el horizonte de este sistema al expresar que: “los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

La DADH tiene la virtud de haberse convertido en el primer instrumento internacional de derechos humanos a nivel global, ya que la Declaración Universal se aprueba unos meses más tarde durante aquel año. De modo que, si bien la DADH es de aplicación regional, su aparición marcó el inicio del reconocimiento a nivel internacional de los derechos humanos fundamentales. Empero, y más allá de aquella relevancia, se trató de un documento aun débil ya que no brindaba un concepto de derechos humanos ni de libertades fundamentales y tampoco ofrecía un mecanismo para promoverlos o protegerlos, como lo hizo el sistema europeo desde sus inicios. Esta particularidad

obedece a que en el momento de la adopción de la Carta de la OEA solo 8 de 21 Estados quería adoptar un tratado vinculante sobre la materia (REY, 2021:298).

Hubo que esperar una década para que la OEA tome algunas decisiones relativas para fortalecer a este sistema regional. En la 5ta. Reunión de Consulta de Ministerios de Relaciones Exteriores, celebrada en agosto de 1959 en la ciudad de Santiago de Chile, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En sus orígenes, se trataba de un órgano con funciones todavía limitadas a realizar visitas para monitorear la situación de los derechos humanos de un Estado parte. Sin embargo, es a partir de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de noviembre de 1965 -que tuvo lugar en Río de Janeiro- que fue autorizada a recibir denuncias por particulares (REY, 2021:299). Luego, en 1967, y con la reforma de la Carta de la OEA bajo el Protocolo de Buenos Aires, finalmente se constituyó como el órgano principal con funciones de promoción y defensa de los derechos humanos en la región.

Si bien estas iniciativas reforzaron al sistema interamericano, el hito en cuanto a su desarrollo se produce el 21 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica cuando la OEA adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Se trata de un instrumento con mayor fortaleza que la DADH ya que, además de enunciar derechos y obligaciones en la materia, crea un órgano jurisdiccional: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Convención también define y traza las atribuciones de la CIDH. Ambos órganos, de acuerdo con el art. 33, son los competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención. De los 35 países miembros de la OEA,<sup>26</sup> veinte han reconocido la competencia de la Corte IDH.<sup>27</sup>

En cuanto a su composición, la CIDH está integrada por siete miembros elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA por un mandato de cuatro años,

---

<sup>26</sup> Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. En cuanto a Cuba es necesario formular la siguiente aclaración: en 1962 se excluyó al país de su participación de la OEA, pero el 3 de junio de 2009 los Ministros de Relaciones Exteriores adoptaron la resolución n° AG/RES. 2438 (XXXIX-O/09) en la que declaran que la participación de la República de Cuba será el resultado de un proceso de diálogo iniciado a solicitud del gobierno cubano y de conformidad con las prácticas, propósitos y principios de la Organización de los Estados Americanos.

<sup>27</sup> Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

aunque pueden ser reelegidos una sola vez. Su principal función es la de promover la observancia y defensa de los derechos humanos como órgano consultivo de la OEA, aunque además tramita las peticiones y otras comunicaciones donde se alegue la supuesta violación de derechos humanos. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental -legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización- puede formular aquellas denuncias. También tiene otras funciones como estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América, formular recomendaciones a los Estados miembros, preparar estudios e informes, entre otras.<sup>28</sup>

La Corte IDH está integrada por siete juezas o jueces nacionales de los Estados miembros elegidos a título personal por la OEA, a partir de una terna propuesta por cada uno de los Estados partes. Son designados por un período de seis años, aunque pueden ser reelegidos una vez. Solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, y para que pueda intervenir es necesario que se agote el procedimiento previo ante la CIDH.<sup>29</sup> Esta es una diferencia sustantiva con el sistema europeo que, como se dijo, permite que los particulares puedan denunciar al Estado de manera directa ante el TEDH.

En cuanto a su competencia, se distingue entre su función consultiva y contenciosa. La primera se refiere a la facultad de los Estados miembros para consultar a la Corte IDH acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados regionales de derechos humanos, o también sobre la compatibilidad entre sus leyes internas y aquellos instrumentos.<sup>30</sup> Por su parte, y según el reglamento del tribunal,<sup>31</sup> el procedimiento contencioso consiste -en breve síntesis- en un trámite escrito en el que se presentan informes y excepciones que puede interponer el Estado demandado. Luego, en caso de ser necesario, se podrán convocar a audiencias en donde se tomará declaración a víctimas, testigos y personas expertas. Finalizada esta etapa de prueba, la Corte pasa a deliberar para dictar una sentencia que será notificada a las partes, como también al resto de los Estados miembros de la OEA. Las decisiones de la Corte IDH son obligatorias, definitivas e inapelables.

---

<sup>28</sup> Arts. 34 a 44 de la CADH.

<sup>29</sup> *Ibid*, arts. 52-62.

<sup>30</sup> *Ibid*, art. 64.

<sup>31</sup> Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

En relación con la comunidad LGTBIQ+, el primer antecedente que se encuentra documentado en el escenario de la CIDH data de 1992 como resultado de la visita a Colombia. Allí la Comisión constató, a partir de testimonios y demás evidencias, informes por parte de diversos grupos de una práctica de “limpieza social”, es decir, de homicidios a determinados grupos de personas por considerarlas extrañas a la comunidad. Entre aquellos grupos se encontraban las personas homosexuales.<sup>32</sup> Sin embargo, la CIDH no emitió en esa oportunidad ninguna consideración más allá de informar sobre la situación.

El primer repudio llegó dos años después, en 1994, como resultado de la visita realizada a Ecuador. Allí la Comisión informó que había sido alertada por representantes de grupos de activistas de los derechos de personas LGTBIQ+ que indicaron que la homosexualidad se consideraba un delito y que algunas personas eran encarceladas en virtud de su orientación sexual. Frente a ello, la CIDH expresó que aquella situación no se compadecía con las disposiciones contenidas en varios artículos de la Convención Americana y, por ello, debía ser modificada.<sup>33</sup> Este sí es el primer antecedente en donde la Comisión concluyó que una práctica en contra de la población LGTBIQ+ se encontraba en colisión con el instrumento regional en materia de derechos humanos.

La Asamblea General de la OEA, por su parte, adoptó una serie de resoluciones en la que reconoció de manera expresa la inclusión de aquella población en la agenda de promoción de derechos humanos de la región. La primera fue aprobada en el año 2008<sup>34</sup> en la que recuerda que tanto la Declaración Universal como la Americana prevén que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal. A partir de ese reconocimiento, manifestó su preocupación por los actos de violencia y la violación de derechos humanos cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género y encargó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que incluya en su agenda el tema “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”. A partir de ese momento, la OEA repitió esa preocupación en los años subsiguientes.

En el 2009 instó a los Estados miembros a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género y a que los responsables enfrenten

---

<sup>32</sup>Según comunicado de prensa n° 7/92 del 8 de mayo de 1992.

<sup>33</sup>Según comunicado de prensa n° 24/94 del 11 de noviembre de 1994.

<sup>34</sup> AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008.

las consecuencias ante la justicia. Además, solicitó a que la CIDH y demás entidades del sistema interamericano presten la adecuada atención al tema.<sup>35</sup> Al año siguiente, reiteró los alcances de las resoluciones anteriores en una nueva en la que, además, alentó a que los Estados partes consideren los medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.<sup>36</sup>

En el 2011, y ya sobre la base no solo de sus propios antecedentes sino también los de las Naciones Unidas, la Asamblea General de la OEA resolvió reiterar sus resoluciones anteriores y, además, solicitar a la CIDH a que elabore un informe sobre derechos de las personas de la comunidad LGTBIQ+. También ordenó crear una unidad especializada en esta temática para que funcione en el seno de su Secretaría Ejecutiva.<sup>37</sup> En el 2012, la resolución requirió a la CIDH que elabore un estudio sobre leyes y disposiciones vigentes en los Estados Miembros de la OEA que limiten los derechos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género y que, sobre la base de aquel informe, elabore una guía con miras a estimular la despenalización de la homosexualidad.<sup>38</sup>

En el año 2013 la Asamblea General de la OEA adoptó una nueva resolución en la que reiteró los alcances de sus antecedentes y volvió a condenar los actos de discriminación y violencia a causa de la orientación sexual e identidad de género de las personas. Además, solicitó a la CIDH que continúe con el estudio requerido el año anterior.<sup>39</sup> En esta oportunidad, algunos Estados miembros formularon salvedades al documento en la que dejaron expresada una opinión contraria o, al menos, limitante de sus alcances. Es el caso de, por ejemplo, Guatemala que consideró que el no reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo no constituye una práctica discriminatoria; Suriname, cuyo representante afirmó que algunos principios de la resolución requerían un debate nacional; o bien de San Vicente y las Granadinas que también formuló reservas sobre los alcances del documento.

Al año siguiente, en el 2014, la Asamblea General de la OEA continuó con el camino que inició en el 2008. En esta oportunidad se suman nuevos Estados miembros

---

<sup>35</sup> AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009.

<sup>36</sup> AG/RES. 2600 (XL-O/10), 8 de junio de 2010.

<sup>37</sup> AG/RES. 2653 (XLI-O/11), 7 de junio de 2011.

<sup>38</sup> AG/RES. 2721 (XLII-O/12), 4 de junio de 2012.

<sup>39</sup> AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), 6 de junio de 2013.

a oponerse a los alcances del documento como, por ejemplo, Belice, Jamaica, Guayana, Trinidad y Tobago, Barbados, Santa Lucía y Ecuador. Se trata de gobiernos que formulan salvedades o que expresan no acompañar los alcances de la resolución. En breves palabras estas oposiciones se formulan por considerar que falta mayor consenso en sus jurisdicciones locales; o bien, como el caso de Ecuador, que de manera directa entendió que la ausencia de reconocimiento del matrimonio legal entre personas del mismo sexo no podía resultar una práctica discriminatoria, tal como lo había hecho Guatemala un año antes.<sup>40</sup>

Con el propósito de darle continuidad a las principales líneas de trabajo de la Unidad LGBTI que había sido creada por la Asamblea General en el 2011, en febrero del 2014 entró en funciones la “Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI)”. Su tarea es la de monitorear la situación de los derechos humanos de las personas LGTBIQ+ en la región, mediante el tratamiento de casos y peticiones individuales. Además, presta asesoría a la CIDH como también a los Estados Miembros de la OEA y a sus órganos políticos en relación con las solicitudes de acciones cautelares y de elevación de medidas provisionales a la Corte Interamericana que guarden conexión con la orientación sexual, la identidad de género o su expresión. También, entre otras líneas de intervención, tiene a su cargo el mandato de preparar informes con recomendaciones dirigidas a los Estados miembros en los campos de la política pública, legislación y la interpretación judicial sobre los derechos humanos de esa población.<sup>41</sup>

En el año 2015 la CIDH presentó el primer informe sobre la comunidad LGTBIQ+ en la región que tituló “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”,<sup>42</sup> en el que concluyó que en el continente americano existe una prevalencia de crímenes contra aquellas personas tanto en la esfera pública como privada, aun en aquellos países con significativos avances en leyes y políticas estatales. Además, describió múltiples formas de agresiones con altos niveles de crueldad para castigar las orientaciones sexuales y las identidades de género no normativas. También afirmó que las sociedades en el continente americano están

---

<sup>40</sup> AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), 5 de junio de 2014.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> CIDH *Violencia Contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 2015.

dominadas por principios de heteronormatividad, cisnormatividad, y los binarios de sexo y género, lo que provoca impunidad y repetición de aquellos crímenes.<sup>43</sup> La importancia de este documento radica en que se convirtió en el primero de la región con datos precisos y con una descripción clara y circunstanciada de estos hechos.

A partir de este hito, se inspiraron otras iniciativas. Así, por ejemplo, en el 2016 la Asamblea General de la OEA adoptó una nueva resolución en la materia en la que, sobre la base del citado informe, condenó los actos de violencia y las violaciones a los derechos humanos a causa de la orientación sexual y la identidad de género. Además, instó a los Estados miembros a que refuercen sus herramientas de promoción de políticas públicas para asegurar una adecuada protección. Como en los años anteriores, algunos Estados hicieron reservas como es el caso de Guatemala, Jamaica, Trinidad y Tobago, Barbados, entre otros.<sup>44</sup>

En el marco del período ordinario de sesiones de aquel 2016, los gobiernos de Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos, Chile, México y Uruguay hicieron una declaración conjunta. La inspiración del documento fue la alerta que ocasionó el informe de la CIDH del año 2015. En ella expresaron su preocupación y el compromiso de implementar los mandatos adoptados en las resoluciones de la Asamblea General de los años anteriores y apoyar los esfuerzos regionales para asegurar que todos los seres humanos vivan libres de violencia y discriminación debido a su orientación sexual o identidad de género. En el 2017 la Asamblea General volvió a aprobar una nueva resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. De nuevo, condenó los actos de violencia y reiteró los mandatos enunciados en sus resoluciones anteriores con relación a instar a los Estados miembros a garantizar el acceso a la justicia e impedir la impunidad.<sup>45</sup> En igual sentido, se pronunció en los años siguientes hasta la actualidad.<sup>46</sup>

En el año 2018 la CIDH presentó un nuevo informe que llamó “Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las

---

<sup>43</sup> *Ibid*, párr. 517 y ss.

<sup>44</sup> AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016.

<sup>45</sup> AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), 21 de junio de 2017.

<sup>46</sup> AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18), 5 de junio de 2018; AG/RES. 2941 (XLIX-O/19), 26 de junio de 2019; AG/RES. 2961 (L-O/20), 21 de octubre de 2020.

Américas”,<sup>47</sup> en donde concluyó que pudo identificar cierta progresividad a favor de esta comunidad en algunos Estados miembros. Sin embargo, también resaltó que tales avances -que permiten demostrar una suerte de consenso regional hacia la afirmación de los derechos de esta población- fueron acompañados por amenazas de regresión y retrocesos concretos en el reconocimiento de estos derechos impulsados por sectores anti LGBTIQ+ que crecieron y proliferaron en las sociedades de las Américas, hasta el punto de influenciar los órganos e instancias gubernamentales.<sup>48</sup>

Con posterioridad, en el año 2020, la CIDH presentó el primer estudio sobre la población travesti y trans en la región. Se trata del documento “Informe sobre Personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”,<sup>49</sup> donde presenta un monitoreo sobre el acceso a derechos elementales de estas personas. Concluye que, más allá de celebrar algunas buenas iniciativas, sigue existiendo un largo camino para satisfacer completamente a las necesidades de protección y reconocimiento de las personas trans y de género diverso en ámbito interamericano.<sup>50</sup>

A nivel normativo, en la región existen dos instrumentos que reconocen de manera expresa a la orientación sexual y la identidad de género como categorías relevantes en la agenda de derechos humanos. El primero es la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (2013), cuyo primer párrafo del art. 1 dispone:

Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

---

<sup>47</sup> CIDH *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*, OAS/Ser.L/V/II.170, Doc. 184, 7 de diciembre de 2018, párr. 12.

<sup>48</sup> *Ibid*, párr. 259 y ss.

<sup>49</sup> CIDH *Informe sobre Personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, OEA/Ser.L/V/II Doc.239/20.

<sup>50</sup> *Ibid*, párr. 409 y ss.

Como se advierte, incluye dentro de los motivos sospechosos de discriminación a la orientación sexual, la identidad y la expresión de género. La Argentina fue uno de los primeros países en firmar en junio de 2013 la Convención junto con Brasil, Ecuador y Uruguay. No obstante, pese a que la Convención cuenta ya con más de diez años de existencia, no obtiene las ratificaciones suficientes para entrar en vigor.

Luego, en el año 2015, durante la XLV Asamblea General de la OEA, se aprobó la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores. El art. 5 de este instrumento establece una cláusula de igualdad y no discriminación por razones de edad, pero con un enfoque novedoso ya que incluye una perspectiva interseccional en la que se destaca la condición de vulnerabilidad de la persona mayor que, entre otros supuestos, presente una orientación sexual y/o identidad de género diversa. En concreto la norma expresa que:

Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.

Este instrumento corrió con mejor suerte que el anterior ya que en el año 2017 entró en vigencia al haber alcanzado el mínimo de ratificaciones necesarias.<sup>51</sup> De esa manera, las categorías orientación sexual e identidad de género tuvieron reconocimiento normativo por primera vez en una convención sobre derechos humanos a nivel regional.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de casos contenciosos sobre la comunidad LGTBIQ+ se reduce a un puñado de sentencias, mientras que su competencia consultiva a solo una opinión. De modo que es posible afirmar que la intervención del tribunal en materia de promoción y protección de los derechos humanos de las personas cuya sexualidad y/o identidad de género se aleja de la cisheteronorma es aún embrionaria y, además, reciente.

---

<sup>51</sup> La argentina lo hizo mediante la ley n° 27.360 e, incluso, en el año 2022 se le otorgó jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN a través de la sanción de la ley n° 27.700.

El primer caso donde la Corte IDH dictó sentencia data del año 2012. Se trata del precedente “Atala Riffo y niñas vs. Chile”<sup>52</sup> donde el tribunal de forma unánime sostuvo que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la CADH. Tal como se indicó más arriba, el instrumento no menciona de forma expresa aquella tutela y, por ello, el valor primordial de la sentencia radica en ese reconocimiento. La Corte sostuvo que ambas referencias se encuentran alcanzadas por la expresión “otra condición social” del art. 1.1 de la CADH y, en consecuencia, afirmó la prohibición de discriminación por aquellas razones.

Hubo que esperar otros cuatro años más para que la Corte volviera a decidir en un caso sobre temáticas de la comunidad LGTBIQ+. En el 2016 dictó la sentencia en el caso “Duque vs. Colombia”,<sup>53</sup> en donde condenó al Estado demandado por no haber reconocido la unión de hecho entre el actor y su fallecida pareja a los efectos de obtener el derecho a la pensión por sobrevivencia. La Corte no profundizó ninguna línea pues solo se limitó a reiterar el estándar de igualdad y no discriminación del caso “Atala”.

Meses más tarde de aquel 2016, la Corte volvió a notificar una nueva sentencia en donde otra vez confirma la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a favor de personas LGTBIQ+. Es el caso “Flor Freire vs. Ecuador”<sup>54</sup> en el que aplicó aquel estándar ante la exclusión de una persona de las Fuerzas Armadas por sospechas de ser homosexual.

Hasta ese momento, entonces, el tribunal regional solo se había encargado de reconocer a la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas de discriminación y de tutela efectiva por parte de la CADH. El cambio en los temas de agenda a favor de la comunidad LGTBIQ+ aparece recién en el año 2017 con la Opinión Consultiva OC-27/17<sup>55</sup> solicitada por Costa Rica. Además de reiterar los estándares adoptados en sus decisiones contenciosas sobre la prohibición de discriminación, allí la

---

<sup>52</sup> Corte IDH Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24 de febrero de 2012.

<sup>53</sup> Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia del 26 de febrero de 2016.

<sup>54</sup> Corte IDH, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 31 de agosto de 2016.

<sup>55</sup> Corte IDH, *OC-24/17 solicitada por Costa Rica*, (Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo. 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. Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 24 de noviembre de 2017.

Corte expresó un reconocimiento a favor de considerar al género como una forma de construcción identitaria, libre y autónoma que no está ligada a la genitalidad, al tiempo que vinculó a la identidad de género con el derecho a la libertad de expresión. También reconoció que la CADH no protege un único modelo de construcción familiar y que por esa razón existe una obligación estatal de amparar y reconocer a las familias integradas por personas del mismo sexo.

La opinión consultiva sirvió también como puente a futuras decisiones que se inspiraron en aquel reconocimiento a favor de la identidad de género. Me refiero a los dos casos siguientes: “Azul Rojas Marin vs. Perú”<sup>56</sup> del 2020 y “Vicky Hernández vs. Honduras”<sup>57</sup> del 2021. Ambos casos introdujeron una nueva línea de intervención a favor de la comunidad LGTBIQ+ que no había sido abordada de manera expresa y particular en los casos anteriores. Se trata de dos decisiones donde la Corte IDH se refiere a los hechos de violencia que afectan a las personas LGTBIQ+ y desarrolla valiosos estándares sobre la investigación frente a crímenes de odio. Reconoce, además, la particular vulnerabilidad de la población travesti y trans; a quienes extiende la especial tutela de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Luego, en el 2022 la Corte adoptó lo que será la 6ta. decisión sobre temáticas LGTBIQ+ en el caso “Pavez Pavez vs. Chile”,<sup>58</sup> en donde aplica el principio de no discriminación en escenarios de relaciones del trabajo. Y, por último, en 2023 la Corte decidió en el que, hasta ahora, es el último precedente: el caso “Olivera Fuentes vs. Perú”<sup>59</sup>, donde reitera aquel estándar frente a actos de discriminación en espacios públicos por demostraciones de afectos de una pareja gay.

La Corte aplicó también algunos de los estándares elaborados en estas sentencias en otros casos que no trataban sobre temáticas de la comunidad LGTBIQ+ aunque, de forma tangencial, mantenían alguna vinculación. Así lo hizo en el asunto “Ramírez

---

<sup>56</sup> Corte IDH, caso *Azul Rojas Marin y otra vs. Perú*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 12 de marzo de 2020.

<sup>57</sup> Corte IDH, *Caso Vicky Hernández vs. Honduras*, (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 26 de marzo de 2021.

<sup>58</sup> Corte IDH, *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 4 de febrero de 2022.

<sup>59</sup> Corte IDH, *Caso Olivera Fuentes vs. Perú*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 4 de febrero de 2023.

Escobar y otros Vs. Guatemala”,<sup>60</sup> en donde condenó al Estado demandado por haber considerado de manera negativa a la orientación sexual para otorgar el cuidado de unos niños a su abuela materna. O también en la Opinión Consultiva n° 29/22,<sup>61</sup> en la que reconoció a la comunidad LGTBIQ+ como grupo en condiciones de vulnerabilidad en escenarios de privación de la libertad.

Una característica propia del sistema interamericano, y que permite diferenciarlo del europeo, es que ha mantenido una posición favorable a las demandas de la comunidad LGTBIQ+ en sus distintas líneas de acción. Tanto la jurisprudencia de la Corte IDH, como los dictámenes e informes adoptados por la CIDH, al igual que las posturas de la Asamblea General de la OEA, resultaron hasta el momento proclives a ampliar los límites de los derechos humanos con el propósito de incluir a aquella población. Sin embargo, se trata de una región que presenta ciertos datos alarmantes.

En primer lugar, aún existen Estados miembros que mantienen marcos legales que criminalizan de forma explícita los actos sexuales consentidos entre personas del mismo sexo como, por ejemplo, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Dominica y Granada (Botha, 2021:247). Son Estados que integran el bloque de países de la región del Caribe cuya legislación se encuentra afectada por la codificación penal colonial británica la que, a su vez, se inspiró en el código de la India de 1860. El art. 377 de este último cuerpo legal sancionaba a la sodomía al establecer que:

Quien, voluntariamente tenga relaciones carnales contra el orden de la naturaleza con cualquier hombre, mujer o animal, será castigado con cadena perpetua, o con la prisión de cualquier descripción por un período que puede extenderse a diez años, y también estará sujeto a multas. La penetración es suficiente para constituir la relación carnal necesaria para el delito descrito en esta sección (IIDH, 2021: 52).

Esa disposición influyó a los enclaves coloniales británicos del Caribe que mantienen en sus ordenamientos jurídicos tipos penales similares hasta el día de hoy.

La mayoría de estos países no reconocen la jurisdicción de la Corte IDH, pues se encuentran sujetos a las decisiones de la Corte de Justicia del Caribe (CCJ) que se creó

---

<sup>60</sup> Corte IDH *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 9 de marzo de 2018.

<sup>61</sup> Corte IDH, *OC-29/22 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, (Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos), de 30 de mayo de 2022.

en el 2001 como un instrumento más para fortalecer la independencia de Gran Bretaña. En los últimos años, la CCJ comenzó a dictar sentencias que declaran la nulidad de tales disposiciones,<sup>62</sup> aunque todavía persisten muchos Estados que mantienen vigentes aquellas normas.

Por otro lado, los informes de la CIDH -que antes fueron citados- revelan una situación de violencia estructural extendida en todos los Estados miembros de la OEA contra la población LGTBIQ+. Frente a ello, la obligación de ofrecer una respuesta efectiva de acuerdo a los estándares de protección de derechos humanos se comenzó a elaborar de modo muy reciente por la jurisprudencia de la Corte IDH. Se trata de un estándar que todavía permanece sin mayores desarrollos y, además, enfrenta algunas resistencias dentro del propio tribunal.<sup>63</sup>

## **5. Breves reflexiones de cierre**

En la actualidad, las Naciones Unidas se encuentra dividida en relación con los derechos humanos de las personas LGTBIQ+. Por un lado, existe una alianza entre los Estados del África subsahariana y los miembros de la Organización de Cooperación Islámica, a la que en los últimos años se sumaron también algunos países de Europa del Este bajo el liderazgo de Rusia. Se trata de un bloque que obstaculiza cualquier tipo de consenso global al respecto dentro de la ONU.

Por el otro, se encuentran la mayoría de los países occidentales, los Estados latinoamericanos y los que integran la comunidad europea. Este grupo es el que propicia ciertos avances, que por momentos aparecen como tímidos y, por otros, un poco más profundos. No obstante, es importante señalar que no se trata de territorios uniformes en lo que hace a la situación de los derechos humanos de la comunidad LGTBIQ+. Por el contrario, es posible identificar una gran escala de grises con relación al reconocimiento y protección de quienes integran aquella población.

De allí que cobre importancia examinar la forma que reaccionan los distintos mecanismos regionales de protección de los derechos humanos, ya que ellos permitirán

---

<sup>62</sup> Por ejemplo, una sentencia contra Antigua y Barbuda a partir de una acción promovida por un grupo de activistas.

<sup>63</sup> Me refiero a las posturas de la ex jueza Elizabeth Odio Benito de la Corte IDH en la sentencia “Vicky Hernández vs. Honduras” y en la OP n° 29/22, donde se opuso a extender el marco de protección de la Convención de Belem do Pará a las mujeres travestis y trans bajo argumentos de corte biologicistas.

unificar las obligaciones estatales sobre esta materia para encontrarse en sintonía con sus instrumentos normativos. Sobre ello, y sin perjuicio de la vulnerabilidad y desventaja estructural, la situación de la comunidad LGTBIQ+ se encuentra lejos de ser igual en cada uno de los territorios de competencia de los sistemas regionales de protección de derechos humanos antes analizados.

El desafío puede resumirse en el siguiente dilema: cómo ejercer derechos que no fueron pensados para afrontar las necesidades de esa población y en los que tampoco tuvo participación ni representación cuando se discutieron y elaboraron.

Existen dos opiniones contrapuestas al respecto. Por un lado, no es necesario formular nuevos derechos humanos sino hacer extensivos los ya existentes a partir del principio de igualdad y no discriminación. Por el otro, elaborar protecciones particulares para aquella población, es decir, crear instrumentos que declaren de forma expresa que la orientación sexual y la identidad de género son derechos humanos y, a partir de allí, reconocer prerrogativas específicas.

Por el momento, y tal como se expuso, es la primera postura la que ha permitido resolver aquel conflicto. Sin embargo, en un escenario global que tiende a reconocer cada vez más las individualidades, e incluso desde un prisma interseccional, es posible entonces que sea necesario adoptar nuevos marcos normativos destinados a garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la comunidad LGTBIQ+.

### **Referencias bibliográficas**

- Botha, Kellyn (2021), *Nuestras identidades bajo arresto. Un panorama global de la aplicación de normas que criminalizan los actos sexuales consentidos entre personas adultas del mismo sexo y las expresiones de género diversas*, Ginebra: ILGA (1° ed.).
- Gonzalez Salzberg, Damian (2019) *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Right: A queer reading of human rights law*, London: Ed. Bloomsbury Publishing (1° ed.).
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos -IIDH- (2021) *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*. Costa Rica: IIDH (1° ed.).

López Guerra, Luis (2022) *Protección multinivel de los derechos humanos. Sistema europeo e interamericano*, Lima: Palestra Editores (1° ed.).

Rey, Sebastián (2021) *Manual de Derechos Humanos*, T. I, Buenos Aires: EdunPaz (1° ed.).

Saba, Roberto (2016) *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires: Siglo XXI (3° ed.).