

IIDH

El derecho humano al respeto a la orientación sexual y la identidad de género
en el Caribe y en América Latina Situación actual y perspectivas

IIDH
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos



CON EL APOYO DE:



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



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

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

MIRANDA CASSINO

LUCAS CIARNIELLO IBÁÑEZ

SELENE PINEDA

LEONARDO RAZNOVICH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito
y el Tratamiento del Delincuente
Con el apoyo de International Bar Association

© 2021 Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Reservados todos los derechos

306.766

Z17 Instituto Interamericano de Derechos Humanos

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 Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, Eugenio Raúl Zaffaroni, Leonardo Raznovich et al.

San José, C.R. : IIDH, 2021 142 p. : 28 x 22 cm

ISBN 978-9930-514-26-9

1. Derechos humanos. 2. Orientación sexual. 3. Identidad de género. 4. El Caribe. 5. América Latina. I. Miranda Cassino. II. Lucas Ciarniello Ibáñez. III. Selene Pineda. IV. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente

Las ideas expuestas en este libro son de exclusiva responsabilidad de las personas autoras y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes. Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

José Thompson J.

DIRECTOR EJECUTIVO DEL IIDH Y DIRECTOR DE CAPEL

Luis Hernández y Lucrecia Molina

Servicio Editorial

Autoría

Eugenio Raúl Zaffaroni

Leonardo Raznovich

Investigadoras/es

Miranda Cassino

Lucas Ciarniello Ibáñez

Selene Pineda

Diagramación

Walter Meoño Segura

Portada y artes finales

Gidget Monge

Impresión

Litografía Versalles S.A.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000, San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
Correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO 1

1.	PRESENTACIONES INSTITUCIONALES.....	9
	A. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.....	9
	B. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.....	11
	C. International Bar Association.....	13
2.	INTRODUCCIÓN.....	15
3.	ACERCA DE LOS AUTORES Y AUTORAS.....	17
4.	AGRADECIMIENTOS INSTITUCIONALES.....	19
5.	NOTAS METODOLÓGICAS.....	20
	A. Conformación del Comité de Personas Expertas.....	20
	B. Eleboración de la herramienta de recolección de datos.....	21
	C. Recolección de datos y elaboración del informe preliminar.....	22
	D. Jornadas de discusión.....	24
6.	A MODO DE CONCLUSIÓN DE ESTE CAPÍTULO INTRODUCTORIO.....	28

CAPÍTULO 2

1.	JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL AMERICANA.....	31
	A. Panorama jurisprudencial y contexto OEA.....	31
	B. El caso contencioso Atala Riffo y niñas <i>Vs.</i> Chile (Sentencia de 24 de febrero de 2012).....	33
	C. El caso contencioso Duque <i>Vs.</i> Colombia (Sentencia de 26 de febrero de 2016).....	36
	D. El caso contencioso Flor Freire <i>Vs.</i> Ecuador (Sentencia de 31 de agosto de 2016).....	38
	E. Opinión Consultiva OC-24/17 (24 de noviembre de 2017): <i>identidad de género</i>	41

F.	Opinión Consultiva OC-24/17 (24 de noviembre de 2017): <i>parejas del mismo sexo</i>	45
G.	Caso Azul Marín y otra <i>Vs.</i> Perú (Sentencia de 12 de marzo de 2020)	47
2.	CRIMINALIZACIÓN EN LA EUROPA COLONIZADORA	48
A.	Descriminalización iluminista europea continental	49
B.	Descriminalización en los códigos independientes	49
C.	Excepciones históricas en la región	49
D.	Criminalización colonial británica	51
E.	Las constituciones y las leyes coloniales intangibles	52
F.	La Corona como última instancia judicial del Caribe	53
G.	Declaraciones de inconstitucionalidad	55
H.	La Corte Interamericana y la criminalización primaria	57
I.	Derecho constitucional comparado latinoamericano	59
3.	CAPACIDAD ETARIA Y SEXUALIDAD NO HEGEMÓNICA	60
A.	La capacidad etaria de ejercicio de la sexualidad	60
B.	¿Protección o prohibición?	61
C.	Problemas de la capacidad etaria en las legislaciones	62
D.	Relaciones sexuales entre <i>mayores y menores</i>	63
4.	CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA	64
A.	La ley y la realidad del ejercicio del poder punitivo	64
B.	Criminalización secundaria arbitraria en toda la región	65
C.	La criminalización primaria formal en el Caribe	67
D.	La criminalización secundaria policial	68
E.	¿ <i>LGBTI fobia</i> u otras razones?	69
F.	Los Derechos Humanos del personal policial	71
5.	AGRESIONES A PERSONAS LGBTI	72
A.	Homicidios de odio	72
B.	Precisión del concepto de <i>crimen de odio</i>	74
C.	Otras agresiones contra personas LGBTI	76
D.	Agresiones de grupos homofóbicos	77
E.	Agresiones del grupo familiar y suicidio adolescente	78
6.	LA INCIDENCIA DE LA DISCRIMINACIÓN SOCIAL PARANOIDE	81
A.	La discriminación paranoide y la salud pública	81
B.	Prácticas discriminatorias de funcionarias y funcionarios	82

C.	Discriminación judicial	83
D.	Agresiones y cultura prejuiciosa paranoide	84
E.	Reforzamiento de los prejuicios fóbicos	85
F.	El <i>feminismo</i> como impulso igualitario positivo.....	86
G.	Discursos fóbicos o <i>coetaneidad de lo no coetáneo</i>	89
H.	Terapias de conversión	92
7.	LA DISCRIMINACIÓN EN LA MARGINACIÓN: PRISIONES	93
A.	Doble selectividad discriminatoria.....	93
B.	La sexualidad en las prisiones.....	94
C.	Las personas LGBTI en la prisión	95
D.	Las llamadas <i>visitas íntimas</i>	96
8.	OTRAS VARIABLES DE LA DISCRIMINACIÓN	97
A.	Discriminación laboral.....	97
C.	Medidas contra la discriminación laboral	99
D.	Controles psicotécnicos de ingreso	101
E.	La educación antidiscriminatoria	102
F.	Discriminación migratoria y de refugiados.....	103
G.	Discriminación en fuerzas armadas	104
H.	Privacidad de las víctimas de delitos	105
I.	Discriminación en materia de identidad.....	106
9.	MEDIDAS POSITIVAS PÚBLICAS.....	110
A.	Políticas públicas contra la homofobia	110
B.	Objeciones a la calificación de los delitos de odio.....	111
C.	Organismos estatales de lucha contra la discriminación.....	112
10.	DERECHOS DE PAREJAS DIVERSAS.....	113
A.	El matrimonio igualitario	113
B.	El matrimonio y la Opinión Consultiva de la Corte IDH.....	115
C.	Reconocimiento de uniones de hecho	116
11.	DISPOSICIONES LEGALES DE MUY DIVERSA NATURALEZA	118
A.	Visión sobre el conjunto legislativo	118
B.	Argentina, Bolivia, Brasil.....	119
C.	Chile, Perú, Ecuador, Colombia, Panamá	119
D.	Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Estados de la región	121
12.	IMPULSOS DE LA SOCIEDAD CIVIL	122
A.	Avances y dificultades.....	122

B. ONGs en la región.....	125
C. Festivales y marcha del orgullo.....	126

CAPÍTULO 3

1. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES.....	129
A. Abanico de situaciones.....	129
B. Criminalización primaria	129
C. Criminalización secundaria.....	130
D. Prevención de agresiones	132
E. La calificación de los delitos de odio	132
F. Parejas diversas	136
G. Otras discriminaciones	136
H. Acciones de la sociedad civil	137

ANEXO	139
--------------------	-----

1. PRESENTACIONES INSTITUCIONALES

A. Instituto Interamericano de Derechos Humanos

En el marco de la conmemoración del cuadragésimo aniversario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), es muy grato ofrecer esta obra a las personas interesadas en los derechos humanos, particularmente en los de las personas sexualmente diversas. Con ella se culmina un proceso de investigación que se extendió por más de un año en el que se analizó, en primer término, la persistencia de tipos penales criminalizadores de las relaciones entre personas del mismo sexo en el Caribe angloparlante, para luego incursionar en el estudio de otras figuras penales (o relacionadas) así como de las prácticas y procedimientos que atentan contra los derechos de quienes forman parte de los colectivos LGBTI en América Latina.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha establecido claramente la inadmisibilidad de la discriminación por orientación sexual o por identidad de género. Lo ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tanto en las resoluciones expedidas en casos individuales como en los trabajos e informes de la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI; también lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencias tan relevantes como las de los casos *Atala Riffó y niñas vs. Chile* y, más recientemente, *Azul Rojas Marín* y otra *vs. Perú* y en la opinión consultiva “Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, OC-24/17, de particular importancia en la materia.

Sin embargo, como se demuestra en la presente publicación, las personas LGBTI siguen sufriendo discriminación, persecución y violencia en América Latina y el Caribe, fenómenos suscitados a veces al amparo de normas penales primarias o secundarias y, en ocasiones, por prácticas que pretenden justificarse con consideraciones jurídicas o pseudojurídicas. Es necesario evidenciar que tales normas y prácticas son contrarias a las obligaciones adquiridas por los Estados en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuya sola existencia puede implicar su responsabilidad

internacional. En este contexto esta obra -que es importante en sí misma- también busca crear conciencia sobre la necesidad de modificar o derogar esa normativa y frenar esas prácticas para estar a tono con los estándares del SIDH.

Para el IIDH esta investigación es doblemente significativa. Por un lado, reafirma el compromiso institucional con la generación de doctrina derivada de la evolución del SIDH a partir de la interpretación dinámica de los instrumentos y derechos de sus órganos de protección. Por otro, reafirma que el Instituto, como lo establece en su Marco Estratégico, busca impulsar el reconocimiento y valoración de las diversidades.

El Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), institución amiga y cercana, ha sido un socio invaluable para culminar esta investigación; por su parte, la International Bar Association (IBA) se constituyó en un apoyo esencial para desarrollarla. A ambas entidades les manifestamos nuestra gratitud y reconocimiento.

Asimismo, el IIDH desea resaltar la determinante labor de los investigadores e investigadoras encabezados por Eugenio Raúl Zaffaroni y Leonardo Raznovich, con el apoyo de Lucas Ciarniello Ibáñez y Selene Pineda, y la de todas las personas que, desde su geografía o especialidad, nutrieron los hallazgos que ahora se ofrecen en este libro. Sin duda, un gran equipo para el desarrollo de este proceso.

Igualmente, subrayamos la importancia de la participación de expertos y expertas en las actividades virtuales que permitieron compartir, corroborar o rectificar los resultados de la investigación en un primer momento y dejamos constancia de nuestra gratitud por su compromiso y los valiosos aportes que hicieron posible que esta publicación vea la luz, como lo hace ahora.

Por último, el IIDH desea dedicar esta obra a la valentía en la lucha de miles de personas que afrontan día a día actos y normas con los que pretenden negarles sus derechos a ser y amar: a adolescentes y jóvenes que viven incompreensión o acoso en sus hogares o los centros educativos, a quienes lo sufren en los ámbitos privado o público de sus lugares de trabajo; a aquellos que deben sobrevivirlo en la calle, simplemente por mostrarse diferentes. En suma, a todas las personas que luchan por superar el escarnio y enfrentan cotidianamente la amenaza de la violencia tan solo por su identidad de género o su orientación sexual.

San José, Costa Rica, diciembre de 2020

José Thompson J.

DIRECTOR EJECUTIVO

B. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente

El Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), se complace en presentar esta publicación, resultado de una alianza estratégica entre nuestra institución, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y la International Bar Association (IBA) promovida con el propósito de realizar una investigación para evidenciar la situación de derechos de las personas LGBTI en la región e impulsar espacios de diálogo y reflexión sobre el camino recorrido para superar la discriminación estructural que afecta a estas poblaciones, así como sobre las tareas pendientes y las acciones necesarias para atenderlas.

Este proyecto no hubiera sido posible sin la dedicación, el apoyo y el liderazgo del director del IIDH, Joseph Thompson, del presidente de la IBA, Horacio Bernardes Neto, del director emérito del ILANUD, Elías Carranza, de los coordinadores de la investigación Raúl Eugenio Zaffaroni y Leonardo Raznovich, y del equipo de investigación integrado por Lucas Ciarniello, Carla Moore, Hilda Orsolya Szotyori, Ana Selene Pineda Neisa y Miranda Cassino. A todas estas personas, así como a quienes participaron y enriquecieron las diferentes etapas de este proyecto, quisiera extender nuestro sentido agradecimiento en nombre del ILANUD.

Asimismo, quisiera aprovechar esta oportunidad para rendir un sentido homenaje a través de esta publicación a todas las personas que sufren diferentes formas de violencia y exclusión por su orientación sexual e identidad de género, y a quienes luchan por reivindicar sus derechos a una vida libre de violencia y discriminación.

Probablemente el aporte más significativo de estas páginas se centra en el análisis crítico que se realiza, desde un enfoque fundamentalmente jurídico, sobre la criminalización y las diversas formas de discriminación que afectan a estas poblaciones. Dicho análisis se nutre de algunos de los principales hallazgos evidenciados en la mencionada investigación realizada en América Latina y el Caribe, así como de las reflexiones y cuestionamientos de representantes de la sociedad civil, de la academia, de activistas, de representantes de organizaciones sociales y de instituciones públicas de la región, quienes participaron en diferentes etapas de este proyecto.

En los siguientes apartados también se hace un repaso en lo atinente a algunos avances en el ámbito del Sistema Interamericano, principalmente a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) sobre la orientación sexual y la identidad de género como categorías prohibidas de discriminación. Estos avances evidencian, por otra parte, que las transformaciones necesarias requieren de mayor voluntad política para garantizar el cumplimiento de dichas resoluciones judiciales, cuestión particularmente relevante si se tiene en cuenta que estas decisiones no sólo inciden en el caso concreto, sino que deben entenderse como referentes orientadores para los Estados en la región en materia de protección de derechos humanos. Al respecto, conviene destacar la importancia del fortalecimiento del control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los Estados de verificar la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte IDH.

Desde hace 45 años el ILANUD trabaja en América Latina y en el Caribe en áreas de prevención del delito y justicia penal, a través de actividades de capacitación, asistencia técnica y proyectos de investigación orientados hacia la aplicación del marco de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas en contextos complejos, desde un enfoque de derechos humanos. En desarrollo de nuestro mandato, esta publicación da cuenta de nuestro compromiso con la salvaguarda de derechos fundamentales de todas las poblaciones en contacto con los sistemas judiciales y llama la atención sobre la deuda histórica de la región en cuanto a la necesidad de ajustar los marcos jurídicos para eliminar las normas que criminalizan y discriminan de forma directa y velada a las poblaciones que no se ajustan a los estándares heteronormativos dominantes en nuestras sociedades.

Los desafíos no son pocos y desafortunadamente no basta con el reconocimiento de derechos fundamentales a través de instrumentos internacionales. Prevenir la violencia, la discriminación y la criminalización, que afecta a ciertos segmentos de la población de manera desproporcionada en nuestra región, exceden los meros cambios normativos y el alcance de una política criminal a nivel nacional. Estas son tareas imprescindibles sin duda, pero es necesario, además, articular una política social que atienda al mismo tiempo la profunda desigualdad que limita el desarrollo humano sostenible en nuestras sociedades y que afecta de manera grave a las poblaciones que se enfrentan a múltiples condiciones de vulnerabilidad. Superar la brecha entre el reconocimiento formal de derechos y su realización debe ser un compromiso que

debemos asumir desde nuestro rol en la sociedad y como ciudadanía. En definitiva, sólo la movilización social y democrática podrá lograr los cambios que requieren nuestros pueblos.

En definitiva, confiamos en que esta publicación ofrezca insumos para impulsar los cambios necesarios en nuestros países, para avanzar hacia sociedades más justas e incluyentes, en las que no dejemos a nadie atrás en la garantía de sus derechos fundamentales.

San José, Costa Rica, diciembre 2020

M.Sc. Douglas Durán Chavarría

DIRECTOR ILANUD

C. International Bar Association

Es un verdadero honor y privilegio para la International Bar Association (IBA) poder presentar la publicación del reporte final de la investigación “*El derecho humano de respeto a la orientación sexual e identidad de género en el Caribe y América Latina - Situación actual en la región y perspectivas*” Esta investigación y la publicación de sus resultados es el fruto de una alianza estratégica entre nuestra asociación, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD).

La IBA nació de la convicción de que una organización integrada por los colegios de abogados del mundo podía contribuir a la estabilidad y la paz global a través de la administración de justicia y el fortalecimiento del estado derecho. En los 70 años desde su creación, la IBA ha evolucionado, de una asociación compuesta exclusivamente por colegios de abogados y sociedades de abogados, a una que incorpora abogados internacionales individuales y bufetes de abogados completos. En la actualidad, la IBA está compuesta por 190 colegios y sociedades de abogados que abarcan más de 170 países que incluyen a 80.000 abogados de la mayoría de los principales bufetes de abogados del mundo. A lo largo de estas décadas, la IBA ha desarrollado una experiencia considerable en la prestación de asistencia a la comunidad jurídica global y, a través de sus miembros, ha influido en el desarrollo de la reforma del derecho

internacional. Es en este espíritu que el rol y decisión de la IBA de sumarse a la alianza que ha permitido llevar adelante con éxito esta investigación se encuadra.

En este marco, la investigación se lanzó en el 2017 con un objetivo específico que era contribuir a la eliminación en el continente americano de los resabios coloniales de legislación que criminaliza actividades sexuales consentidas entre dos adultos del mismo sexo. A tal fin la investigación buscó evidenciar dicha legislación y otros mecanismos institucionales de discriminación y violencia contra las personas LGBTI o personas percibidas como tales y evaluar el impacto social de estos mecanismos. El reporte final supera con creces este objetivo. El material colectado muestra graves violaciones a los derechos humanos que afectan a las personas LGTBI en la región. El reporte que aquí se publica evidencia que esta minoría de personas enfrenta no sólo situaciones de criminalización, concentradas en la región del Caribe, sino que también es víctima de discriminación estructural en toda América Latina incluyendo la región del Caribe. La IBA se enorgullece en poder presentar un reporte que sin duda se convertirá en una fuente de recursos para la lucha efectiva orientando acciones en el derecho interno y, eventualmente la vía internacional, no sólo contra la criminalización sino también la discriminación estructural que afecta a las personas LGTBI en la América Latina y el Caribe.

Este proyecto no hubiera sido posible sin la dedicación y trabajo de los dos coordinadores de la investigación, el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Eugenio Raúl Zaffaroni y el oficial de la IBA Leonardo J Raznovich. El esfuerzo en llevar a buen puerto un proyecto de semejante envergadura es un mérito que debe reconocérseles de la misma forma que a aquéllos que con su trabajo e intervención participaron y enriquecieron las diferentes etapas de este proyecto. En nombre de la IBA extendiendo el más sentido reconocimiento y agradecimiento a todos ellos.

Por último, quisiera compartir en nombre propio y de la IBA, el más afectivo saludo y transmitir nuestro apoyo a todas las personas LGTBI en la América Latina y el Caribe que aún sufren el horror de la criminalización de la mano de gobiernos que heredaron esas leyes de la época del Imperio Británico y que en el tercer milenio se resisten absurdamente a abolirlas. Nuestro saludo y apoyo también va dirigido a aquellas personas que sufren otras formas de violencia y exclusión debido a su orientación sexual e identidad de género, las cuales por ser menos arcaicas y violentas

no dejan de constituir una afrenta intolerable a la dignidad humana para toda nación que proclame regirse por el estado de derecho.

Sao Paulo, Brasil, diciembre 2020

Horacio Bernardes Neto

PRESIDENTE DE LA INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

2. INTRODUCCIÓN

Este informe recopila los resultados de una investigación realizada durante los años 2017 y 2019 en América Latina y el Caribe, a partir de un esfuerzo conjunto entre el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y la *International Bar Association* (IBA). La coordinación de la recolección de información proveniente de los países del Caribe angloparlante la asumió el Dr. Leonardo Raznovich,¹ mientras que la coordinación para los países de América Latina, así como la redacción del análisis de la información recopilada que se presenta en el Capítulo 2, estuvo a cargo del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.²

El propósito del proyecto consistió en relevar datos para establecer las modalidades que pueden asumir las violaciones al derecho a la igualdad y a los principios de no discriminación hacia personas BLGBTI³ en toda la región, y evidenciar algunas de las razones por las que revisten este carácter. Al mismo tiempo, el proyecto se propuso dar cuenta de los esfuerzos legislativos, administrativos, políticos y sociales que procuran evitar estas violaciones de Derechos Humanos y avanzar hacia la igualdad de las personas LGBTI, evaluando su eficacia, así como también las dificultades que

1 Dr Leonardo Raznovich fue docente y director de la carrera de derecho y resolución de disputas en el Reino Unido y docente de derecho en las Islas Caimán, vice-presidente del Comité de LGTBI de la IBA, y actualmente es abogado en Inglaterra y Gales y Rapporteur de la IBA en materia de LGTBI para el Caribe.

2 Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni fue director del ILANUD y Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). Actualmente es Juez de la Corte IDH y Profesor Emérito de la UBA. Ha recibido 45 títulos de Doctor Honoris Causa de Universidades europeas y americanas.

3 Sin perjuicio de las diferentes categorizaciones que existen para nombrar al colectivo de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, a efectos del presente Estudio se hará alusión en algunos apartados al acrónimo LGTBI al hacer referencia a estas poblaciones. Lo anterior, de conformidad con lo establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al crear la Unidad especial para los derechos de las personas lesbianas, los gays, las personas trans, bisexuales e intersex. Con ello no se pretende en absoluto homogenizar esas poblaciones o desconocer la multiplicidad de términos e identidades con que diferentes personas pueden sentirse reconocidas o identificadas.

enfrentan en esta parte del mundo. En el caso particular del Caribe angloparlante, la investigación buscó identificar las figuras legislativas que criminalizan las relaciones entre personas del mismo sexo y su eventual aplicación judicial o administrativa.

A través del análisis reflexivo del material recopilado a lo largo de la investigación se logró una aproximación a las graves violaciones a los derechos humanos que afectan a las personas LGBTI en la región. Así se pudo identificar algunos de los nudos críticos que restringen de manera desproporcionada la garantía de derechos de poblaciones que se enfrentan a situaciones de criminalización y discriminación estructural en América Latina y el Caribe, con el fin de aportar insumos para orientar eventuales acciones de incidencia que permitan eliminar las barreras que restringen el ejercicio pleno de derechos de estas personas.

Asimismo, se pudo dar cuenta de algunas de las contradicciones existentes entre las normas internas de algunos países y la jurisprudencia y recomendaciones de los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, como así también con el marco de derechos y obligaciones del Sistema de las Naciones Unidas. Y, por último, se logró sugerir algunos caminos o estrategias de superación de estas situaciones lamentables teniendo en cuenta las dificultades que podrían presentarse a la hora de su implementación.

Debe tenerse en cuenta que a lo largo de este informe se encontraran referencias a casos y países que se señalan siempre con valor de ejemplificación, no se pretende dar cuenta cuantitativamente de la totalidad de violaciones a derechos humanos de personas LGBTI en los países de la región. Por el contrario, este modo de ejemplificación utilizado a lo largo del informe, resultó suficiente para los objetivos de esta labor consistentes en reflexiones, conclusiones y recomendaciones para evitar o poner fin a esas violaciones y, más en general, contribuir a un cambio cultural que tienda a eliminar o, al menos, a evidenciar y tender a mitigar los prejuicios que alimentan la discriminación de sus víctimas, todavía fuertemente vigentes en la región.

3. ACERCA DE LOS AUTORES Y AUTORAS

Eugenio Raúl Zaffaroni:

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral y abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, ambas instituciones argentinas. Es Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires y ha recibido Doctorados *Honoris Causa* en 46 universidades europeas y americanas.

Fue nombrado Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2015 para el periodo 2016-2022, y comenzó sus funciones el 1º de enero de 2016. Fue Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2003-2014), y se desempeñó en la judicatura durante más de dos décadas. Fue elegido Diputado de la Ciudad de Buenos Aires y Presidente de Bloque del “Frepaso” (1997-2000), Presidente de la Comisión de Redacción de la Convención Constituyente (1996) y Vicepresidente tercero de la Comisión de Redacción de la Asamblea Nacional Constituyente.

Fungió como Director General del Instituto Latinoamericano de Prevención del Delito de las Naciones Unidas (ILANUD) y como Procurador General de Justicia de la provincia de San Luis. Asimismo, se desempeñó como Interventor del Instituto Nacional de Lucha contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo.

Miranda Cassino:

Licenciada en Ciencia Política de la Universidad de Buenos Aires, magister en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Tres de Febrero, Argentina, y doctoranda en Ciencias Sociales Universidad Nacional de Quilmes (Argentina). Se desempeña como docente de posgrado en temáticas de género y violencias en las Universidades Nacionales de Quilmes y Lanús. Es investigadora del Centro de Estudios en Historia, Cultura y Memoria (Observatorio de Memoria, Género y Derechos Humanos) de la Universidad Nacional de Quilmes.

Trabajó durante varios años en INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación), en particular en el proyecto de diseño e implementación del Plan Nacional contra la

Discriminación (OHCHR-PNUD-INADI). Es consultora especializada en materia de educación en derechos humanos y temas vinculados a las diversas formas de discriminación y racismo. Actualmente se desempeña como asesora en educación en la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

Lucas Ciarniello Ibañez:

Abogado de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), máster en Ciencias Forense por la Universidad de Valencia (España), y doctorando en Ciencias Penales en la Universidad de San Carlos de Guatemala. Se desempeña como asesor especializado en la Dirección Nacional de Investigación de la desaparición de niños como consecuencia del accionar del terrorismo de Estado, Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad, Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

Trabajó como asesor especializado en temas de Violencia Institucional y responsable de la Unidad de Registro de Hechos de Tortura, Desaparición Forzada de Personas y otras Graves Violaciones a los Derechos Humanos, de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos en Materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos de la Nación. Se ha desempeñado representando legalmente a la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, a la Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo y víctimas del terrorismo de Estado en Argentina, como querellante, en causas donde se investigaron y juzgaron delitos de lesa humanidad en las localidades de Rosario, San Nicolás y Paraná (Argentina).

Selene Pineda:

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), máster en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Autónoma de Madrid, España, becaria de la Fundación Carolina. Desde el año 2010 está vinculada al Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Actualmente se desempeña como investigadora y coordinadora de proyectos en dicha Institución, que tiene su sede en San José, Costa Rica. Sus líneas de trabajo se centran fundamentalmente en sistemas de justicia penal, sistemas penitenciarios y poblaciones que se enfrentan a particulares condiciones de vulnerabilidad, desde un enfoque de género y de derechos humanos.

En su trayectoria profesional cuenta con experiencia como consultora en diferentes instituciones, entre estas: el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), la Universidad para Paz, creada a instancias de las Naciones Unidas, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), particularmente en temas relacionados con derechos humanos y acceso a la justicia.

Leonardo Raznovich:

Abogado de la Universidad de Buenos Aires en 1995 (Argentina), obtuvo también una maestría en derecho (LL.M.) en la escuela de derecho de la Universidad de Harvard en 1997 y finalmente su doctorado en la Universidad de Oxford en 2003. En la actualidad ejerce como abogado en la barra de Inglaterra y Gales luego de haber sido llamado y admitido por el Colegio de Abogados de esas jurisdicciones (Honorable Sociedad del Inner Temple) en 2010. Desde 1995, ha adquirido experiencia en jurisdicciones de derecho civil y de derecho común en arbitrajes y litigios internacionales en las áreas de derecho público y privado con énfasis en derechos humanos y libertades civiles.

Fue Director de Derecho (2008-2010) y docente (hasta 2012) en la Universidad de Canterbury Christ Church en el Reino Unido y se desempeñó como docente en la Escuela de Derecho Truman Bodden de las Islas Caimán hasta 2015. También ha sido docente visitante Lovells de Derecho Angloamericano (2002-2003) en la Facultad de Derecho de la Heinrich Heine Universität, Düsseldorf, Alemania, de la Universidad Católica de Valparaíso en Chile (2007) y profesor invitado en universidades. en EE. UU., Francia y China. En la actualidad es miembro del Consejo de Diversidad e Inclusión de la International Bar Association, entidad en la que antes sirvió como vicepresidente del Comité de Derecho de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgénero e Intersex hasta el 2018.

4. AGRADECIMIENTOS INSTITUCIONALES

El equipo de autoras y autores de este trabajo quiere agradecer profundamente a todas las integrantes del Comité de Personas Expertas, quienes acompañaron las distintas etapas de esta investigación. Desde ya ninguno de las personas que integran ese Comité es responsable de los errores u opiniones de este Informe.

Asimismo, queremos hacer extensivo este agradecimiento a las instituciones que confiaron desde un inicio en esta investigación y en los aportes que brindó y que se encuentran explicitados en este texto. Creemos que nuestra labor no hubiese sido posible sin el compromiso de la International Bar Association, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. La contribución de las personas que integran y dirigen estas instituciones resultó decisiva para poder llevar adelante este trabajo. Esta investigación no hubiese sido posible sin el liderazgo de José Thompson J., Douglas Durán Chavarría y Horacio Bernardes Neto.

Especialmente deseamos agradecer a la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Elizabeth Odio Benito, por haber brindado su valioso aporte y compromiso que permitió llevar adelante las instancias finales de esta investigación. Asimismo, apreciamos profundamente la buena predisposición del personal de la Corte IDH para la organización de los Conversatorios y el Seminario Internacional.

Finalmente, nuestro profundo agradecimiento al director emérito del ILANUD, Elías Carranza, por haber apoyado este trabajo desde sus inicios. El apoyo y compromiso de Elías en el inicio de esta investigación fue imprescindible para poder avanzar y lograr nuestro objetivo.

5. NOTAS METODOLÓGICAS

A. Conformación del Comité de Personas Expertas

La investigación comenzó en mayo 2017 y se realizó en diferentes etapas. En una primera, se procedió a la conformación de un Comité de personas Expertas como estrategia que ofrece varias ventajas a la hora de confeccionar herramientas de recolección de datos y la elaboración de un informe final. Es decir, el Comité permitió una suerte de validación de las distintas instancias de la investigación al ser éstas evaluadas por personas de amplia trayectoria en la temática. Para ello se seleccionó personas conocedoras de la temática por su formación académica o su experiencia laboral.

Esta estrategia metodológica facilitó la obtención de opiniones con un nivel de profundidad en la valoración de los hechos y situaciones analizadas que posibilitó

recoger conocimientos, contenidos y juicios novedosos y complejos respecto a la temática. El juicio de expertos representa una opinión informada de personas no solamente con trayectoria en el tema, sino que son reconocidas por otras como “expertas” y que pueden dar evidencia, sustento y valoraciones informadas.

En este sentido, se pudo consultar al Comité de personas Expertas en dos instancias de la investigación, en un primer momento para el perfeccionamiento de la herramienta de recolección de datos, y en una segunda instancia para la revisión del informe preliminar. Asimismo, se pudo contar con su participación en las jornadas de discusión previas a la elaboración de este informe final.

El Comité de personas Expertas estuvo integrado por Daniel A. Borrillo⁴, Juan E. Méndez⁵, Myrta Morales Cruz⁶, Wendy Singh⁷, Maurice Tomlinson⁸ y Robert Wintemute⁹.

B. Eleboración de la herramienta de recolección de datos

Posteriormente, se procedió a la elaboración de una herramienta de recolección de datos consistente en un protocolo de preguntas mediante las que se pretendió abordar

-
- 4 Daniel Borrillo, profesor de derecho en la universidad de Paris Nanterre, investigador del CERSA Paris II y del centro pluridisciplinario de bioética de la universidad Federico II de Napoli. Autor de varios ensayos y estudios sobre el tema del congreso, actualmente realiza una investigación sobre el derecho de asilo para las minorías sexuales en la Unión Europea.
 - 5 Juan E. Méndez, abogado argentino, Profesor de Derechos Humanos, Washington College of Law, American University, ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Es Comisionado de la Comisión Internacional de Juristas. Tiene una amplia trayectoria a nivel internacional como académico y jurista en temas de justicia transicional, prevención del genocidio y crímenes atroces, derechos de las personas privadas de libertad y el derecho a la integridad persona.
 - 6 Myrta Morales Cruz, licenciada en Gobierno y Francés de la Univerdad de Georgetwon (EE.UU.) y en Derecho de la Universidad de Puerto Rico, con maestrías en derecho de la de la Facultad de Derecho de Harvard y de la Universidad de Oxford y en Sociología del Derecho del Instituto Internacional de Sociología del Derecho de Oñati, es en la actualidad profesora adjunta en la Universidad Interamericana de Puerto Rico donde dirige el Centro para la Educación y Participación del Ciudadano que ella fundara en el 2013.
 - 7 Wendy Singh, Licenciada en Letras de University of the West Indies, Licenciada en Derecho de la Universidad de Londres y cuenta con una maestría en Derecho y Diplomacia, con especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de Fletcher School of Law and Diplomacy.
 - 8 Maurice Tomlinson, abogado jamaquino y profesor de Derecho. Actualmente es analista Senior de Políticas de la Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA. Maurice es un destacado activista por los derechos de las personas LGBTI y de las personas que viven con VIH en el Caribe durante más de 20 años.
 - 9 Robert Wintemute, profesor de Derechos Humanos en el King’s College, sus áreas de investigación se centran derechos humanos, discriminación por orientación sexual y la ley y leyes antidiscriminatorias.

los diferentes puntos problemáticos de la temática. El cuestionario fue organizado en cinco segmentos:

- a. igualdad y no discriminación;
- b. criminalización;
- c. acceso a la justicia y sistema judicial;
- d. situaciones de violencia y/o discriminación;
- e. situación de personas trans e intersex.

Se procuró elaborar un protocolo sumamente amplio que abarque una multiplicidad de situaciones y problemáticas vinculadas a violaciones a derechos de personas LGBTI. Este cuestionario consta de cincuenta y cuatro preguntas orientadoras y se adjunta como anexo a al presente informe.

Las personas que conforman el Comité de Expertas recibieron el protocolo de preguntas para ser perfeccionado con sus aportes u observaciones. Las respuestas al protocolo fueron trabajadas en cada país de la región Caribe y América Latina por diferentes organismos no gubernamentales dedicados a la defensa y promoción de los derechos de personas LGBTI.

C. Recolección de datos y elaboración del informe preliminar

El procedimiento de recolección de datos comenzó en Octubre del 2017 y se extendió por 14 meses. Fue precedido por la realización de un relevamiento de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la temática con sede en los diferentes Estados de la región. Luego se estableció contacto con cada una de estas ONGs con el fin de invitarlas a participar de la investigación.

Aquellas organizaciones que aceptaron participar recibieron el protocolo de preguntas y fueron orientadas en el trabajo de respuesta del mismo. Sin entrar a particularizar en cada uno de los reportes recibidos, vale la pena destacar que en algunos Estados las ONGs se organizaron de manera tal que contestaron el protocolo en conjunto (Brasil, Nicaragua, Costa Rica).

En la región del Caribe se dispuso que, además de las investigaciones a distancia, en los países de Guyana, Jamaica y Barbados fueran enviadas investigadoras de campo que

realicen un trabajo en territorio. Sin ánimo de profundizar en las tareas realizadas por las investigadoras de campo, que pueden ser consultadas en sus respectivos reportes que como anexos forman parte de la versión digital del presente informe, el trabajo consistió en identificar diferentes organizaciones de la sociedad civil o referentes de ellas para poder realizar entrevistas semiestructuradas tomando como base el protocolo de cincuenta y cuatro preguntas. Las investigadoras fueron las siguientes:

- a. Selene Pineda¹⁰, que realizó su trabajo en Guyana.
- b. Carla Moore¹¹, que estuvo trabajando en Jamaica.
- c. Hilda Orsolya Szotyori¹², que desarrolló sus tareas en Barbados.

Respecto a la región de América Latina, la recolección de datos estuvo a cargo de Lucas Ciarniello Ibañez¹³. El trabajo fue realizado a distancia a través del contacto con diferentes organizaciones no gubernamentales con sede en los distintos Estados. Lamentablemente en algunos Estados no hubo respuesta por parte de las ONGs contactadas y recurrimos a datos obrantes en los informes de Homofobia de Estado de la Asociación Internacional de lesbiana, gays, bisexuales, trans e intersex (ILGA).

Teniendo en cuenta las particularidades mencionadas en la recolección de la información, el enfoque de este estudio es fundamentalmente cualitativo, en este sentido toma elementos del concepto de investigación-acción, en cuanto pretende llamar la atención sobre problemas sociales que afectan a ciertos segmentos de la población, con el fin de propiciar los cambios que se consideren necesarios. En cuanto a las técnicas de investigación utilizadas para la recopilación de información, se acudió a entrevistas semiestructuradas, encuestas enviadas a actores clave e investigación de escritorio y revisión documental. Las excepciones, como ya se señaló, fueron Jamaica, Barbados y Guyana donde se realizó una investigación de campo. Tanto

10 Selene Pineda, abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia y Máster en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Es investigadora en ILANUD.

11 Carla Moore, investigadora, activista y profesora adjunta del Instituto de Estudios sobre el Género y el Desarrollo, Unidad Mona, Universidad de las Indias Occidentales.

12 Hilda Orsolya Szotyori, licenciada en Derecho por la Universidad de Liverpool y actualmente está en proceso de convertirse en abogada en Canadá. Como ex refugiada rumana, posee una perspectiva única sobre la importancia de vivir en una nación donde los derechos básicos, las libertades y los derechos civiles están al alcance de todos por igual.

13 Lucas Ciarniello Ibañez, abogado de la Universidad Nacional de Rosario, Santa Fe, Argentina y Máster en Ciencias Forenses por la Universidad de Valencia, España.

para las investigaciones de campo como para las hechas a distancia el protocolo de preguntas fue la herramienta fundamentalmente utilizada.

En consecuencia, la elaboración del informe, tanto preliminar como el final, no pretendió ajustarse a las normas de un trabajo escolástico, y tampoco se propone documentar, ni realizar una revisión exhaustiva sobre las graves violaciones a los derechos humanos que afectaron a las personas LGBTI en la región durante el periodo de estudio. La aproximación a esta problemática se realizó a través de un análisis reflexivo del material recopilado, dirigido a identificar los nudos críticos que restringen de manera desproporcionada la garantía de derechos de poblaciones que se enfrentan a situaciones de criminalización y discriminación estructural en América Latina y el Caribe, con el fin de aportar insumos para orientar eventuales acciones de incidencia que permitan eliminar las barreras que restringen el ejercicio pleno de derechos de estos grupos.

D. Jornadas de discusión

Una vez clausurada la etapa de recolección de datos se procedió al análisis de los mismos y a la elaboración de un informe preliminar entre abril y diciembre de 2019. Elaborado el informe preliminar, y perfeccionado por las sugerencias y observaciones de quienes integran el Comité de personas Expertas, se proyectó la realización de la siguiente etapa. Ésta se llevó a cabo en tres jornadas, las cuales consistieron en dos Conversatorios cerrados y un Seminario Internacional abierto al público.

Durante los días 23 y 24 de octubre de 2020 se llevaron adelante los dos conversatorios, y el día 28 de octubre del mismo año se desarrolló el “Seminario Internacional sobre Diversidad Sexual y Derechos Humanos”, abierto al público en general y transmitido por redes sociales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los conversatorios fueron programados con el objetivo generar un intercambio de ideas entre personas académicas, expertas en la temática e integrantes de organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la promoción y defensa de los derechos de personas LGBTI. Con el fin de ordenar la discusión en los conversatorios, se envió a cada una de las personas participantes un listado de cinco preguntas orientadoras a partir de las cuales atravesar el documento de discusión. Este documento se trata del informe

preliminar de la investigación que fue observado y enriquecido previamente por los integrantes del Comité de personas Expertas.

Las personas participantes de los conversatorios fueron Juan E. Méndez, Carla Moore, Hilda Orsolya Szotyori, Edwin Cameron¹⁴, Joel Simpson¹⁵, Diana Maffia¹⁶, Pedro Paradiso Sottile¹⁷, Robert Wintemute, Margarita Salas¹⁸, Jean Wyllys¹⁹, Victoria Vasey²⁰, Maurice Tomlinson, Greta Pena²¹, Daniel Borrillo, Mauro Cabral²², Michael

14 Edwin Cameron fue juez en Sudáfrica entre los años 1994 y 2019, y juez de la Corte Constitucional durante once años. Es juez inspector de prisiones y rector de la Universidad de Stellenbosch. Ayudó a asegurar la inclusión de la orientación sexual en la Constitución de Sudáfrica en 1994.

15 Joel Simpson, Director General de SASOD - Sociedad contra la discriminación por orientación sexual con sede en Guyana. Joel es abogado, activista, defensor de derechos humanos, es máster en derechos humanos por la Universidad de Nottingham.

16 Diana Maffia, Doctora en filosofía (UBA) Docente de “Filosofía Feminista” en la Facultad de Filosofía UBA, Directora del posgrado en “Género y Derecho” en la Facultad de Derecho UBA, Directora del Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina.

17 Pedro Paradiso Sottile, Director Ejecutivo de ILGALAC. Abogado argentino, activista, defensor de derechos humanos de las personas LGBTI.

18 Margarita Salas, actual Comisionada LGBTIQ+ de Costa Rica. Margarita es Máster en Administración Pública por la Universidad de Harvard, Licenciada en Psicología por la Universidad de Costa Rica. Cuenta con amplia experiencia en organizaciones de desarrollo a nivel nacional e internacional en temas de género, tecnologías de la información y comunicación y economía social. Tiene una larga trayectoria como activista feminista LGBTI ha sido cofundadora de varias organizaciones LGBTI y cofundadora y presidenta del partido VAMOS en Costa Rica, desde el cual fue candidata a diputada en el año 2018.

19 Jean Wyllys, Profesor e investigador del Instituto de Investigación Afrolatinoamericano del Centro Hutchins de la Universidad de Harvard. Periodista y político brasileño. Es un activo defensor de los derechos de las poblaciones LGBTI.

20 Victoria Vasey, Directora del Departamento Legal de la organización Humand Dignity Trust. Graduada de Oxford tiene un Máster en derechos humanos y derecho internacional humanitario de la Universidad de Paris II (Panthéon-Assas). Victoria tiene una amplia experiencia en casos de litigio estratégico en materia de derechos humanos en diferentes jurisdicciones europeas, ante la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité Europeo de Derechos Sociales y ante órganos de tratados de las Naciones Unidas.

21 Greta Pena, Presidenta de la organización 100% Diversidad y Derechos. Estudió derecho y periodismo, es militante por la igualdad en la política y en la organización que dirige. Ha desarrollado su trabajo en cuestiones penales y de familia. Sus áreas de trabajo se vinculan a los derechos humanos, género, diversidad, niñez, discapacidad y libertad de expresión.

22 Mauro Cabral, es un activista transgénero argentino por los derechos de las personas intersex y trans. Es codirector de GATE (Acción Global para la Igualdad Trans y signatario de los Principios de Yogyakarta).

Kirby²³, Adrian Saunders²⁴, Jason Jones²⁵ e integrantes de organizaciones de la sociedad civil. Respecto al Seminario, el panel estuvo conformado por personas de alto perfil institucional, estas fueron: la Baronesa Helena Kennedy²⁶, Ana Helena Chacón Echeverría, Flavia Piovesan, Víctor Madrigal Borloz y Adrian Saunders y Eugenio Raúl Zaffaroni.

Estas actividades fueron programadas con el fin de poner en discusión los principales hallazgos de la investigación y así enriquecer el informe preliminar.

Como ya se mencionó, las intervenciones tanto en los conversatorios como en el seminario, estuvieron orientadas por cinco preguntas que de forma general atraviesan los grandes nudos problemáticos de este informe. Las personas participantes de las distintas jornadas eligieron profundizar algunos de los ejes propuestos y eso permitió enriquecer las conclusiones y reflexiones a las que el informe arriba a partir de los datos recolectados. Esas preguntas fueron las siguientes:

- a. ¿Es posible pensar en una agenda regional común (América Latina y el Caribe) desde las organizaciones de la sociedad civil para procurar la defensa y garantía de derechos de las personas LGBTI? De ser viable, ¿cuáles deberían ser los temas centrales? ¿Qué estrategias de acción se deberían priorizar tanto en instancias nacionales como regionales y cómo deberían coordinarse?
- b. ¿Es posible pensar estrategias de acción para incidir en el accionar de las fuerzas de seguridad de los países de la región? ¿Qué estrategias de acción se podrían proponer para contener las formas de violencia que ejerce la policía sobre las personas LGBTI? ¿Considera viable el diseño de áreas especializadas dentro de las fuerzas de seguridad, poderes judiciales o ministerios públicos?
- c. Una de las mayores preocupaciones planteadas por las organizaciones de la sociedad civil refiere a la ausencia de datos o estadísticas oficiales respecto a los crímenes cometidos contra personas LGBTI. ¿Qué iniciativas considera usted que deberían impulsarse para mejorar la recopilación de estadísticas

23 Michale Kirby, jurista y académico australiano, fue juez del Tribunal Superior de Australia.

24 Adrian Saunders es Presidente del Tribunal de Justicia del Caribe. Nacido en Vicente y las Granadinas, Licenciado en derecho por la Universidad West Indies (Cave Hill) y obtuvo su certificado en Formación Jurídica en el Hugh Wooding Law School en Trinidad y Tobago.

25 Jason Jones, activista gay de Trinidad y Tobago, demandó con éxito la constitucionalidad de los artículos 13 y 16 de la Ley de delitos sexuales que prohibía las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo.

26 La Baronesa Helena Kennedy se retiró unos minutos antes de su intervención aduciendo problemas de agenda.

a nivel nacional y regional? ¿Es viable pensar el diseño de un sistema de información administrativo y judicial que establezca criterios de convergencia y comparabilidad de datos respecto a los crímenes cometidos en los países de la región?

- d. La criminalización es una reliquia dejada por el imperio británico en los países que formaron parte él. La permanencia de estos tipos penales también recae sobre la corona británica particularmente desde el caso *Boyce* decidido por el Consejo Privado del Reino Unido (UKPC (por sus siglas en inglés) en el año 2003. En efecto, la corona británica con el consejo de su Consejo Privado, es uno de los obstáculos legales para el cambio en los países que la retienen como corte final de apelaciones. ¿Qué responsabilidad le cabe a la Corona británica bajo el derecho internacional por estas acciones y cuál sería la vía más idónea para determinarla y visibilizarla?
- e. Con relación a los Estados que se resisten a derogar estos tipos penales o implementar decisiones de la Corte Interamericana tales como la OC-24/17, ¿qué responsabilidad les cabe bajo el derecho internacional por tal negativa y cuál es la vía más idónea para determinar tal responsabilidad? ¿Sería importante otra opinión/decisión de la Corte Interamericana en relación con criminalización luego de la OC-24/17?

A continuación, se detallan puntos de acuerdo nodales sobre los que se articularon los intercambios y reflexiones:

1. Se coincidió en que la investigación constituye un aporte fundamental para la comprensión y visibilización de las situaciones de violación de derechos humanos que atraviesa el colectivo LGBTI, así como una herramienta clave para diseñar agendas de trabajo y lineamientos de políticas públicas.
2. También hubo coincidencia en que el abordaje de acuerdo a tipos de criminalización (primaria y secundaria) constituye un aporte fundamental para la conceptualización, análisis y adecuado tratamiento de la situación de los derechos humanos del colectivo LGBTI.
3. Se coincidió en que las diferentes formas de discriminación, malos tratos, torturas y otras negaciones de derechos del colectivo LGBTI pueden considerarse herencias culturales, administrativas y legales de los colonialismos.
4. Respecto de este punto, algunos de los países del Caribe anglófono que fueron colonias británicas continúan estando sujetos a la resolución última

de ciertas cuestiones por parte de la Corona Británica y su Privy Council la cual se empeña en mantener la validez de las leyes coloniales por sobre las constituciones de naciones independientes y dificulta el progreso de los derechos del colectivo LGTBI. Algunas personas participantes aportaron su visión respecto de qué hacer ante esta situación en particular indagar sobre la posible violación del derecho internacional.

5. Finalmente se coincidió en que las diferentes formas de discriminación, malos tratos, torturas y otras negaciones de derechos del colectivo LGBTI son expresiones de violencia naturalizada e institucionalizada que impactan de forma diferenciada sobre personas con diversa orientación sexual y sobre personas con identidades y expresiones de género no hegemónicas.

Durante las tres jornadas se utilizó un servicio de Relatoría a cargo de Miranda Cassino²⁷. Así se pudo recoger y sistematizar los aportes realizados por parte de las personas participantes a lo largo de estos encuentros. Muchos de los aportes realizados se encuentran incorporados al presente documento final, y otros forman parte de las conclusiones, a modo de propuestas para la realización de una agenda de estrategias de incidencia en los países de la región.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN DE ESTE CAPÍTULO INTRODUCTORIO

Como ya se explicó, la presente investigación se ha llevado a cabo mediante consultas, informes y entrevistas, orientadas por un protocolo de preguntas a organizaciones no gubernamentales y personas, pero desde su origen no ha sido programada con el objetivo de producir un *survey* que agote los datos sobre la situación de las personas LGBTI en Latinoamérica y el Caribe.

El objetivo principal ha sido detectar las diversas formas y modalidades de las diferentes violaciones de Derechos Humanos que lesionan a las personas LGBTI, de la magnitud de los daños que de ellas se derivan o pueden derivarse. Se trata de una investigación de *hechos* y de su *valoración jurídica*, lo que nos obliga a desplazarnos

27 Miranda Cassino es Licenciada en ciencia política y magister en derechos humanos. Es docente de posgrado en temas de género y violencias (UNLa-UNQ). Trabajó varios años en INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación), en particular en el proyecto Plan Nacional contra la Discriminación (OHCHR-PNUD-INADI). Desde 2010 es Coordinadora de Contenidos de Formación de la Secretaría de DDDHH de la Nación (Argentina).

constantemente de la realidad social a lo normativo y viceversa, lo que, si bien debería ser regla constante en todo el derecho, en materia de Derechos Humanos se vuelve absolutamente inexcusable, con la consiguiente dificultad que esta metodología realista impone.

En consecuencia, toda contribución que permita profundizar la reflexión, mejorar nuestras conclusiones y recomendaciones, será bienvenida por la totalidad de los participantes en la investigación. La naturaleza -a la vez compleja y dinámica- de la cuestión tratada, nos impone ser extremadamente conscientes de las limitaciones de nuestro conocimiento y de la necesidad de su constante enriquecimiento con nuevos datos y reflexiones.

Debe tenerse presente que el principal objetivo de esta investigación se vincula directamente con la elaboración de una agenda regional de acciones de incidencia, es decir, con la planificación de propuestas contextualizadas para el abordaje de los nudos problemáticos evidenciados a lo largo del informe. Cuando hablamos de contextualizar las propuestas, nos referimos a que somos conscientes de la existencia de diferencias sociales, políticas y culturales que se manifiestan en las distintas prácticas de violación de derechos a personas LGBTI. A partir de la información recolectada a lo largo de la investigación, puede observarse que, aunque exista cierta transversalidad en las prácticas discriminatorias, estas se llevan a cabo siguiendo ciertos patrones estructurales según las diferentes regiones e incluso los diferentes Estados.

Por último, es de destacar que este informe ha recibido aportes del Comité de personas Expertas de esta investigación. Muchos de sus comentarios han sido agregados al texto final y también han sido debatidos durante las jornadas

Capítulo 2

1. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL AMERICANA

El presente informe comienza con una selección de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidos a la temática que tuvo por objeto esta investigación. El propósito de este primer segmento es poder dejar referenciados los principales pronunciamientos de éste órgano jurisdiccional de gran influencia en la región, para luego abordar el análisis de los datos obtenidos en los diferentes Estados.

A. Panorama jurisprudencial y contexto OEA

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) referida a la igualdad y no discriminación por razones de diversidad sexual, en forma específica, se concreta en -al menos- cuatro sentencias en casos contenciosos y una Opinión Consultiva: los casos Atala Riffo y niñas Vs. Chile (2012), Duque Vs. Colombia (2016), Flor Freire Vs. Ecuador (2016) y Azul Rojas Marín Vs. Perú (2020), y la Opinión Consultiva OC-24/17 (2017).

Debe observarse con extrañeza que hasta el año 2012 solamente un caso contencioso específicamente referido a esta materia hubiese llegado a la CorteIDH. Sin duda, que el planteo de esta cuestión ante el órgano jurisdiccional regional de Derechos humanos se debe en gran medida a la labor constante de las ONGs dedicadas al tema, cuya creciente organización permitió que sus luchas se traduzcan en políticas de Estado.

Sin embargo, las medidas de reconocimiento y protección de la población LGBTI aún resultan incipientes y recientes, puesto que apenas en el año 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió el primer informe con interés y alcance para los Estados miembros de la OEA sobre violencia a personas LGBTI. A este respecto, debe tenerse presente la particularidad de nuestro sistema regional de protección, en el cual los casos contenciosos llegan a la jurisdicción de la Corte IDH luego de un largo proceso de selección realizado por la CIDH.

De toda forma, existen decisiones previas de la Corte IDH referidos a la no discriminación en general, que deben considerarse como antecedentes de la jurisprudencia particularizada sobre esta forma de discriminación. En este sentido, es menester mencionar las Opiniones Consultivas N° 04/1984 y N° 18/2003, donde el Tribunal reafirma que la igualdad es una condición esencial de la dignidad de la persona, prohibiendo cualquier medida que considere a un grupo de personas superior a otro. Además, la Corte establece una relación directa entre las obligaciones contempladas en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), pues en el primero se prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos consagrados en el texto legal internacional, mientras que la segunda disposición establece la prohibición de la discriminación en lo que se refiere no sólo a los derechos enumerados en la CADH, sino también en todas las normas aprobadas por los Estados y en su aplicación.

Respecto a las obligaciones impuestas por los derechos a la igualdad y a la no discriminación, la Corte IDH fijó ciertas reglas generales para los Estados: abstenerse de incluir en su ordenamiento jurídico normas discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en diferentes grupos; revocar las normas de carácter discriminatorio; combatir las prácticas discriminatorias y adoptar normas y acciones necesarias para reconocer y asegurar la efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

La incorporación de la discriminación por orientación sexual a la agenda del órgano jurisdiccional regional fue precedida por su incorporación a los órganos políticos regionales, que se inició el 3 de junio de 2008, cuando la Asamblea General de la OEA aprobó la Resolución N° 2435 (XXXVIII-0/08), titulada *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. En 2009, la Asamblea General insistió en el tema mediante la Res. N° 2504 (XXXIX-0/09) que, con el mismo título, solicitaba a los Estados la adopción de medidas para responsabilizar penalmente a quienes perpetraran actos de violencia contra las personas, en razón de su orientación sexual o identidad de género.

En 2010 se volvió sobre el tema con la Resolución AG/RES. 2600 (XL-0/10), que reiteró las anteriores y, además, determina que los Estados deben adoptar garantías de no repetición y de acceso a la justicia y decide que la CIDH estudie la posibilidad de elaborar un informe temático e incluya la cuestión en su sesión ordinaria.

En 2011 se emitió la Res. N° 2653 (XLI-0/11) que determina que los Estados implementen políticas públicas contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Al mismo tiempo determinó que la CIDH incluya el tema en su plan de trabajo, que presente un informe sobre la materia elaborado con la ayuda de los Estados y que, en cooperación con el Comité Jurídico, lleve a cabo un estudio sobre las implicaciones jurídicas y los aspectos conceptuales y terminológicos que hacen a la cuestión.

La Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Asamblea General de la OEA presentó un proyecto de resolución en mayo de 2013 reiterando las previsiones de las anteriores resoluciones y solicitando que la CIDH hiciese un estudio de las leyes y disposiciones vigentes en los Estados miembros de la OEA que limiten los Derechos humanos de las personas en razón de su orientación sexual o identidad de género, con el objeto de que, en base a ese estudio, se elaborase una guía.

Finalmente, el 5 de junio de 2013, la Asamblea General de la OEA aprobó la *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, en la que se incluye una clara referencia a la orientación sexual, identidad y expresión de género, como formas prohibidas de discriminación. En esta Convención se insta a los Estados adheridos a la adopción de políticas públicas especiales y acciones afirmativas para promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades; a tomar medidas legislativas que prohíban la discriminación y la intolerancia; a establecer sistemas políticos y legales que contemplen la diversidad; y a adoptar medidas judiciales que promuevan el acceso a la justicia para las víctimas de la discriminación.

En este contexto generado en los órganos políticos regionales, la CorteIDH inauguró su jurisprudencia, acorde con la tendencia claramente marcada por la Asamblea General de la OEA.

B. El caso contencioso Atala Riffo y niñas Vs. Chile (Sentencia de 24 de febrero de 2012)

Este caso se relaciona con el proceso de tuición y custodia de tres niñas que se tramitó en la justicia chilena, promovido por el padre de las niñas con el objeto de negar a su madre la patria potestad, en razón de que ésta convivía con su pareja del mismo sexo, pretendiendo que eso provocaría un grave daño en la salud psíquica de

sus hijas. El caso fue objeto de un intenso litigio que llegó a la Corte Suprema de Justicia de Chile, la que decidió otorgar la custodia al padre de las tres niñas en un fallo dividido 3 a 2, dado que, después del divorcio, la esposa y madre de las niñas convivía con una persona del mismo sexo.

Los argumentos de la justicia chilena (en sus distintas instancias) pueden resumirse en los siguientes puntos:

- La convivencia de la madre con su pareja del mismo sexo alteraría la normalidad de la rutina familiar, privilegiando los intereses y bienestar personal de la madre, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de las hijas. La madre habría privilegiado entonces su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento del rol materno, en condiciones susceptibles de afectar el desarrollo posterior de las niñas. Los argumentos del padre resultan más favorables al interés superior de las niñas, puesto que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia.
- La eventual confusión de roles sexuales que puede producirse en las niñas, debida a la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores de edad respecto de la cual deben ser protegidas.
- Es evidente que el entorno familiar excepcional de las niñas se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de estudios y sus relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal.

Ante la Corte IDH se planteó que la decisión de la justicia chilena y los anteriores argumentos hacían responsable al Estado por trato discriminatorio e interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de la madre y de las niñas. Fue opinión unánime de la Corte IDH en el caso, que el Estado de Chile violó de ese modo el principio de igualdad y la prohibición de discriminación enunciados en los artículos 1.1 y 24 de la Convención.

Respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la CADH con la expresión *otra condición social*, establecida en el artículo 1.1 de la Convención. En razón de eso, la CADH proscribe cualquier norma, acto o práctica discriminatoria

basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, debe disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona en razón de su orientación sexual.

La Corte IDH observó que si bien el *interés superior del niño* es un fin legítimo, la sola referencia al mismo en abstracto, sin probar en concreto los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de argumento idóneo para la restricción del ejercicio de todos los Derechos Humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual, sea que, el interés superior del niño en abstracto no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

La Corte constató que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales, encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, de madres o padres solteros o de parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el derecho y los Estados deben ayudar al avance social, pues de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los Derechos Humanos.

La Corte IDH expresó que la orientación sexual de una persona se halla ligada al concepto de libertad y a la consiguiente posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, la vida afectiva con cónyuge o compañero/a permanente, que involucra -lógicamente- las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad.

Por último, cabe señalar que al mencionar que la interpretación del artículo 1.1 de la CADH, que en *otra condición* abarca también la orientación sexual, a partir de este caso sirvió para que la jurisprudencia del tribunal abordase los otros casos y también lo expresado en la OC 24/2017.

C. El caso contencioso Duque Vs. Colombia (Sentencia de 26 de febrero de 2016)

La CorteIDH condenó al Estado de Colombia por vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación de Ángel Duque, por no permitirle acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia luego de la muerte de su pareja el año 2001, por tratarse de una pareja del mismo sexo.

El señor Duque convivió con su pareja del mismo sexo hasta que este último falleció el 15 de septiembre de 2001. La pareja del señor Duque, el señor J.O.J.G, estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A.). Al año siguiente del fallecimiento del señor J.O.J.G, exactamente en marzo de 2002, el señor Duque solicitó por medio de un escrito que se le indicaran los requisitos para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero. El 3 de abril de 2002, COLFONDOS respondió indicándole que no ostentaba la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable para acceder a la pensión de sobrevivencia.

El 26 de abril de 2002, ante la respuesta negativa proporcionada por COLFONDOS, el señor Duque ejerció una acción de tutela a efectos de que se le reconociese su derecho y se pagara la sustitución de la pensión a su favor como mecanismo transitorio mientras se iniciaba la acción judicial respectiva. El 5 de junio de 2002, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela promovida, entendiendo que *el accionante, no reúne las calidades que la ley exige para entrar a sustituir en pensión al causante y que ninguna normatividad ni por vía jurisdiccional ha reconocido en este sentido, algún derecho a las parejas homosexuales*. La misma sentencia agregó que *la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 3 de Abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución, para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le conozca dicho derecho*. La resolución anterior fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá.

La normativa colombiana vigente al momento de la ocurrencia de los hechos indicaba que eran beneficiarios de la pensión de sobrevivientes *en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite* (Ley 100 de 23 de diciembre de 1993) y que, *para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, (...) se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho* (Ley 54 de 289 de diciembre de 1990).

Apenas a partir del año 2007, la instancia judicial suprema de Colombia reconoció jurisprudencialmente el derecho de pensión a las parejas del mismo sexo, al igual que el seguro social y los derechos de propiedad, declarando que la Ley 54 de 1990, al regular la unión marital de hecho, también es aplicable a las parejas del mismo sexo. Posteriormente, determinó lo mismo para la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo. Asimismo, la jurisprudencia colombiana decidió aun cuando la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo hubiese acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336, no por eso podía negarse la pensión de sobrevivencia y que, además, debían esas parejas disponer los mismos medios de acreditar su unión permanente que los idóneos para las parejas heterosexuales.

Al resolver el caso, la Corte IDH estimó que negar el acceso en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia constituyó un hecho ilícito internacional, por lo que declaró al Estado responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, estableciendo las medidas de reparación y no repetición correspondientes y habituales en sus sentencias condenatorias.

En este caso la Corte IDH ratificó que la expresión *cualquier otra condición social* del art. 1.1 de la CADH incluye la discriminación por orientación sexual.

Cabe hacer notar que también aquí precisó el concepto de *discriminación*, entendiendo que una diferencia de trato tiene ese carácter cuando carece de justificación objetiva razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Esto implica que la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa,

debiendo ser particularmente serias las razones que un Estado esgrima para limitar un derecho.

Dado que en el caso el Estado no brindó ninguna explicación satisfactoria sobre la necesidad de establecer la diferencia de trato, el tribunal concluyó que la diferenciación establecida en los artículos 1° de la Ley 54 de 1990 y 10° del decreto 19.889 de 1994, que excluía a las parejas de un mismo sexo de la pensión por sobrevivencia era discriminatoria y violatoria del artículo 24 de la CADH.

Por último, cabe mencionar que este no ha sido un fallo mediante el cual la Corte IDH haya profundizado o avanzado demasiado en los derechos de igualdad y no discriminación en materia de diversidad sexual, puesto que prácticamente reafirmó la jurisprudencia que había adoptado en el caso Atala Riffo antes comentado.

Tampoco la Corte IDH entró en esta sentencia en la consideración de los complejos elementos contextuales de discriminación existentes en la sociedad y en la jurisprudencia colombiana, sino que se limitó a un análisis normativo de la problemática. Los patrones sociales de exclusión estructural que podrían haber sido objeto de análisis en esta jurisprudencia, para así avanzar más en la defensa de la población LGBTI, aparecieron posteriormente, con la OC/24 de 2017.

D. El caso contencioso Flor Freire Vs. Ecuador (Sentencia de 31 de agosto de 2016)

Homero Flor Freire ingresó a la Fuerza Terrestre ecuatoriana con el grado de Subteniente de Caballería Blindada el 7 de agosto de 1992. Al momento de su separación de las fuerzas terrestres tenía el grado de Teniente y prestaba servicios en la Cuarta Zona Militar.

El caso tiene su origen en los hechos que tuvieron lugar el 19 de noviembre de 2000, en las instalaciones del Fuerte Militar Amazonas, ubicado en la ciudad de Shell en la Provincia de Pastaza, que dieron lugar a un proceso disciplinario en la jurisdicción militar. Respecto de esos hechos se han sostenido dos versiones incompatibles, respecto de lo cual la Corte IDH determinó que no disponía de elementos probatorios suficientes que le permitiesen descartar alguna de ellas.

En efecto, respecto de esos hechos, varios funcionarios militares afirmaron que ese día habrían visto al peticionante Flor Freire y a un soldado teniendo relaciones sexuales en la habitación del Teniente en el Fuerte Militar. Esta versión fue la acogida en las decisiones que posteriormente fueron adoptadas por los diversos órganos que intervinieron en el caso.

Por su parte, el señor Flor Freire negó terminantemente la anterior versión, explicando que el 19 de noviembre de 2000 se encontraba cumpliendo con sus funciones de Oficial de la Policía Militar. Según su relato, alrededor de las 5:20 a.m. de ese día, en las afueras del Coliseo Mayor de la ciudad de Shell Mera notó que un soldado se encontraba en estado de embriaguez y habría tenido problemas con algunas personas que asistían al baile que se realizaba en dicho lugar *poniendo en riesgo su integridad física y también el honor y prestigio de su función armada*. Por tal razón, habría decidido trasladarlo desde las afueras del Coliseo hasta el Fuerte Amazonas. Al ingresar al recinto militar, el señor Flor Freire dice haberlo dejado en la Prevención Militar a cargo de los oficiales de guardia. Sin embargo, en ese momento el soldado habría tratado de regresar al lugar en donde se realizaba la fiesta, por lo que el señor Flor Freire habría optado por trasladarle hasta su habitación donde existía una cama adicional para que durmiera allí. El señor Flor Freire ha manifestado que, al poco tiempo de haber ingresado a su cuarto, un Mayor habría entrado sin autorización *en forma arbitraria y violenta*, para informarle que *se encontraba en problemas* y ordenarle la entrega de su arma. Al solicitar una explicación, el Mayor le habría informado que *“había testigos que [lo] ha[bían] visto en situación de homosexualismo.”*

De acuerdo con la versión del peticionante, su baja se debió a una venganza por sus decisiones de reducir los gastos indebidos y corruptos en la fuerza, puesto que era el encargado de las compras de alimentos y otros bienes en el fuerte militar donde trabajaba.

El peticionante rindió una declaración libre el 19 de noviembre de 2000 ante al Grupo de Inteligencia No. 4 sobre lo ocurrido, donde se recoge su versión de los hechos. De acuerdo a la presunta víctima, poco después comenzó a recibir presiones para que solicitara la baja o el retiro voluntario.

El reglamento entonces vigente contemplaba una sanción menos grave para los *actos sexuales ilegítimos* y más grave para los *actos de homosexualidad*, por lo que la CIDH alegó ante la Corte IDH el carácter discriminatorio de esa diferencia de

trato. Además, sostuvo la CIDH que, *en el proceso específico, tanto en la actividad probatoria como en la motivación judicial, estuvieron presentes sesgos y prejuicios discriminatorios respecto de la aptitud de una persona para ejercer sus funciones dentro de una institución militar en razón de su orientación sexual real o percibida.*

En síntesis, en ese caso se discute la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de decisiones que dieron lugar a la separación del señor Homero Flor Freire como funcionario militar de la Fuerza Terrestre ecuatoriana, basadas en el entonces vigente Reglamento de Disciplina Militar y, especialmente, en la norma que sancionaba con la separación del servicio los actos sexuales entre personas del mismo sexo.

La CIDH alegó que en el proceso seguido el peticionante habría violado la garantía de imparcialidad y que la demanda de tutela presentada no habría constituido un recurso efectivo para proteger sus derechos. Durante el proceso el peticionante no sólo negó la veracidad del acto sexual con otro hombre, sino también afirmó de manera insistente consistente que no se identifica como homosexual.

Resulta importante destacar que la Corte IDH ratificó en esta sentencia que la orientación sexual se encuentra ligada al concepto de libertad y a la consiguiente posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este sentido, la orientación sexual de una persona dependerá de cómo esta se autoidentifique y, por tanto, para el tribunal lo único relevante al momento de definir su orientación sexual es la forma en que el peticionante se identifica. No obstante, para la decisión del caso, lo que era determinante para la Corte IDH era si el peticionante había sido separado de la fuerza en virtud de una orientación sexual diversa, sin importar si ésta era real o percibida por terceros.

En ese sentido, la Corte señaló que es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima. Al igual que otras formas de discriminación, la discriminación por percepción tiene por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona que es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales.

En su defensa el Estado alegó que al tiempo de los hechos no existía una obligación internacional de considerar a la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación. La Corte IDH se hizo cargo de este argumento respondiendo que las obligaciones consagradas en la CADH -entre ellas la prohibición de discriminación- deben cumplirse por los Estados que son parte desde el momento en que ratifican el tratado, reafirmando que la prohibición de discriminación y el acatamiento del principio de igualdad ante la ley, son obligaciones de cumplimiento inmediato.

En particular respecto de la discriminación por orientación sexual, la Corte IDH reiteró en esta sentencia que la presunta falta de consenso en el interior de algunos países al momento de los hechos en cuanto al respeto pleno de los derechos de las minorías sexuales, no puede ser tomada en cuenta como argumento válido para negarles o restringirles sus derechos a las personas afectadas ni para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. Además, la Corte observó también que, al tiempo de los hechos, esta forma de discriminación estaba prohibida constitucionalmente en el derecho interno del Estado.

En consecuencia, la Corte IDH concluyó que la separación del peticionante de las Fuerzas Armadas constituyó un acto discriminatorio en la medida en que se basó en la aplicación de normas internas que sancionaban en forma más gravosa los *actos de homosexualismo* en comparación con los *actos sexuales no homosexuales*. Por consiguiente, declaró internacionalmente responsable al Estado del Ecuador por la violación del derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación establecidos en el artículo 24 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de ésta.

E. Opinión Consultiva OC-24/17 (24 de noviembre de 2017): *identidad de género*

Al tratar del matrimonio igualitario (VIII,2) y del derecho a la identidad autopercebida (IX,9) nos hemos referido a esta Opinión Consultiva de la Corte IDH de noviembre de 2017, notificada el 9 de enero de 2018, sobre *identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, emitida en respuesta a una solicitud presentada por el Estado de Costa Rica que buscaba responder a cinco preguntas en torno a estos dos temas.

Dada la trascendencia que para toda la cuestión de discriminación por orientación sexual tiene este documento, nos detenemos en exponer de modo sintético sus principales consideraciones, más allá de las breves referencias anteriores.

En esta OC la Corte IDH se refirió al contexto relacionado con los derechos de las personas LGBTI, precisando que constituyen una minoría que ha sido históricamente víctima de discriminación estructural, estigmatización, de diversas formas de violencia y de violaciones a sus derechos fundamentales. Este reconocimiento jurisprudencial por la instancia jurisdiccional regional significó un avance cualitativo respecto a las decisiones en los anteriores casos contenciosos, puesto que formuló una conceptualización general de la situación de hecho de todo este extenso grupo de personas.

Para responder a los puntos de la consulta, el tribunal también formuló consideraciones generales acerca del principio de igualdad y no discriminación, del derecho a la identidad de género, del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, del derecho al nombre y de los procedimientos de cambio de nombre y demás datos de identidad por razones de género, a la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo, como también a los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas.

Sobre el principio de igualdad y no discriminación, la Corte reiteró que de conformidad con las obligaciones generales de respeto y de garantía establecidas en el artículo 1.1 de la CADH, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA y de los organismos de Naciones Unidas, que la orientación sexual y la identidad y la expresión de género, son categorías protegidas por la Convención.

De allí -insistió con más detalle- resulta prohibida por la CADH cualquier norma, acto o práctica discriminatoria por orientación sexual, identidad o expresión de género. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, proveniente de autoridades y funcionarios estatales o de particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona en razón de su orientación sexual, su identidad o expresión de género.

En lo que respecta la *expresión de género*, el Tribunal reiteró lo señalado en el caso Flore Freyre vs. Ecuador, en el sentido de que es posible que una persona sea

discriminada por la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello se corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima, en razón de que en este supuesto también la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales.

Esta insistencia y perfección conceptual es de gran importancia práctica (como se evidencis en esta investigación), pues los prejuicios paranoides y sus consiguientes fobias son con demasiada frecuencia utilizados para descalificar a personas en su aptitud laboral o profesional, como recurso perverso en el marco de las actuales sociedades extremadamente *competitivas*, más allá de que la imputación de sexualidad no convencional responda a la realidad.

En otro orden de ideas, específicamente con respecto al alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual, la Corte indicó que ésta no se limitaba a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En este sentido, por ejemplo, los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual.

El tribunal también afirmó que la vida afectiva con el cónyuge o compañero/a permanente, incluyendo las relaciones sexuales, es un aspecto central del ámbito o círculo de la intimidad, sobre el que opera la orientación sexual de la persona, dependiente de la identidad establecida conforme a cómo la persona se autoidentifique.

Para la Corte IDH el reconocimiento de la identidad de género se vincula necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben percibirse como parte de una construcción identitaria que resulta de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad.

Por otra parte, el Tribunal consideró que el derecho a la identidad, y en particular la manifestación de la identidad, también se encuentra protegido por el artículo 13 de la CADH, que reconoce el derecho a la libertad de expresión. Desde esta perspectiva, interferir arbitrariamente en la expresión de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho.

En este sentido, la falta de reconocimiento de la identidad de género o sexual podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares heteronormativos, lo que implicaría el envío de un mensaje generalizado advirtiendo a las personas que se aparten de dichos estándares *tradicionales*, que no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de quienes respondan a ellos.

Toda vez que la identidad de género es un elemento constitutivo de la identidad de las personas, su reconocimiento por el Estado es de vital importancia para garantizar el pleno goce de los Derechos Humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión y de asociación.

En este punto la Corte IDH señaló que *el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios [que] facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana.*

Añadió que el derecho a la identidad posee *un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales*, por todo lo cual se erige en *un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades.*

De conformidad con lo anterior, el Tribunal concluyó que el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad, sean acordes o correspondan a la definición que tuviere de sí misma, se encuentran protegidos por la CADH en las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18).

En respuesta a la primer pregunta planteada por Costa Rica, la Corte concluyó que el cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad -para que sean acordes a la identidad de género autopercebida-, es un derecho protegido por las siguientes normas de la CADH: el artículo 18 (derecho al nombre), y también los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad) y 11.2 (derecho a la vida privada).

Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), la Corte IDH afirmó que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.

**F. Opinión Consultiva OC-24/17 (24 de noviembre de 2017):
*parejas del mismo sexo***

En lo que respecta a la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo, la Corte IDH señala que la CADH protege el vínculo familiar derivado de una relación de pareja del mismo sexo, conforme al art. 11.2 (derecho a la protección de la vida privada y familiar) y al artículo 17 (derecho a la protección de la familia).

En función de los artículos 1.1 y 24 (derecho a la igualdad y a la no discriminación), el Tribunal también entiende que los derechos patrimoniales derivados del vínculo familiar, deben ser tutelados sin discriminación alguna con respecto a las parejas de personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24).

Sin perjuicio de lo anterior, entiende esta jurisprudencia que la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se extiende a todos los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones consagrados en el derecho interno de cada Estado, surgidos de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

Sobre los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas, la Corte observó que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas de

diversa índole que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo.

La Corte IDH insiste en que los artículos 11.2 y 17 de la CADH no protegen únicamente un modelo particular de familia, por lo que ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera excluyente de los derechos allí establecidos para ningún grupo de personas.

Agregó el Tribunal que si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo -incluyendo el matrimonio-, de conformidad con el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 de la CADH, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal consideró que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.

Por otra parte, la Corte reiteró su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales, no puede ser considerado como argumento válido para negar o restringir los derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.

En lo que se refiere al instituto del matrimonio, la Corte IDH señaló que establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en cuanto a la forma en que puedan fundar una familia -sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil- no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para imponer esta distinción.

En consecuencia, la Corte IDH indicó que no era convencionalmente admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, puesto que de ese modo quedaría configurada una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana. El tribunal dejó a salvo las situaciones transitorias a que hicimos referencia antes.

G. Caso Azul Marín y otra Vs. Perú (Sentencia de 12 de marzo de 2020)

Azul Rojas Marín nació el 30 de noviembre de 1981. El 25 de febrero de 2008 fue detenida ilegalmente. En ese momento se autopercibía como varón gay. Actualmente se autopercibe como mujer.

El 25 de febrero de 2008, en horas de la madrugada, la señora Rojas Marín se encontraba caminando sola a su casa cuando se acercó un vehículo policial, uno de sus ocupantes le preguntó a dónde se dirigía y le dijo: -¿a éstas horas? Ten cuidado porque es tarde-. Unos minutos más tarde los agentes estatales regresaron, la registraron, la golpearon, y la obligaron a subir al vehículo policial mientras le gritaban “cabro concha de tu madre”. Los insultos y palabras despectivas con clara referencia a su identidad de género continuaron mientras estuvo detenida. Fue conducida a la Comisaría de Casa Grande, donde fue desnudada forzosamente, golpeada en varias oportunidades, y fue víctima de tortura y violación sexual ya que en dos oportunidades los agentes estatales le introdujeron una vara policial en el ano.

La Corte determinó que la detención de Azul Rojas Marín fue ilegal a la luz del artículo 7 de la Convención Americana ya que no se cumplieron los requisitos que establece el Código Procesal Penal peruano para las detenciones con fines de identificación. Asimismo, indicó que ante la ausencia de un motivo conforme a la ley por el cual la señora Rojas Marín fue sujeta a un control de identidad y la existencia de elementos que apuntan hacia un trato discriminatorio por razones de orientación sexual o expresión de género, la Corte debe presumir que la detención de la señora Rojas Marín fue realizada por razones discriminatorias. Por tanto, fue una detención manifiestamente arbitraria. Por último, la Corte señaló que no le comunicaron a la señora Rojas Marín las razones de su detención.

Tras un análisis de las declaraciones de la víctima, del examen médico legal, de los dictámenes periciales psicológicos, del análisis de sangre y vestimenta de la víctima, así como de varios indicios de un trato discriminatorio contra la víctima, la Corte concluyó que la señora Rojas Marín fue desnudada forzosamente, golpeada en varias oportunidades, los agentes estatales realizaron comentarios despectivos sobre su orientación sexual, y fue víctima de violación sexual. La Corte examinó la intencionalidad, la severidad del sufrimiento y la finalidad del acto, y concluyó que

el conjunto de abusos y agresiones sufridas por Azul Rojas Marín, incluyendo la violación sexual, constituyó un acto de tortura por parte de agentes estatales.

2. CRIMINALIZACIÓN EN LA EUROPA COLONIZADORA

Los países de la región abarcada sufrieron colonizaciones desde hace quinientos años, la mayor parte española y portuguesa y, en menor extensión, inglesa francesa y holandesa. Una importante corriente antropológica e histórica precolonial informa -incluyendo testimonios de los colonizadores tales como la *Apologética Historia Sumaria* por Fray Bartolomé de las Casas (o Casaus) - que las personas con orientación sexual que hoy identificamos como LGBTI no eran reprimidas ni estigmatizadas en las culturas originarias, sino incluso valoradas positivamente. Estas prácticas chocaron frontalmente con la cultura y legislación de los países colonizadores, que a lo largo de la historia europea se había vuelto brutal y sádica con respecto a estas personas.

En *España* las leyes V y VI del Título V del Libro III del *Fuero Juzgo* penaba la sodomía con castración y muerte; no menos crueles era la Ley II del Título XXI de la Partida Séptima, arrastrando esas penas hasta las Leyes I y II del Título XXX del Libro XII de la *Novísima Recopilación*. En *Portugal*, el Título XIX del Libro V de las *Ordenações Manuelinas* contenía reglas análogas, además de penar al hombre que vistiese de mujer y a la mujer que lo hiciese de hombre (Título XXI del Libro V), lo que reprodujeron las *Ordenações Alfonsinas* (Título XVII del Libro V).

En Inglaterra la punición a ser enterrado vivo por actos sexuales con judíos de ambos géneros, animales y sodomitas se remonta a un tratado de autor dudoso, al parecer del siglo XIV, que se conoce como *Fleta* y cuyo título es *Commentarius juris Anglicani*, en que otro autor de poco después -también dudoso- se inspiró para escribir su tratado, conocido como *Britton* (*Summa de legibus Anglie que vocatur Breitone*), estableciendo la punición a ser quemado vivos para los sodomitas, hechiceros, renegados y no creyentes. En 1533 una ley estableció la pena de muerte para los sodomitas, *buggery* en inglés que incluía la penetración anal de un hombre a una mujer, a otro hombre o, a un animal, derogada durante el reinado de la Reina María y reimplantada en 1563 y que quedó vigente hasta la ley de los *delitos contra las personas* de 1861, que estableció la pena de diez años a reclusión perpetua. Entre 1800 y 1836, fueron ejecutadas en función de esta ley unas 58 personas.

A. Descriminalización iluminista europea continental

El Código Penal revolucionario francés de 1791 inauguró en Europa continental la despenalización de la sodomía, lo que fue seguido por el Código Napoleón de 1810 y, al igual que éste, por otros códigos europeos continentales, que se limitaron a conminar penalmente el escándalo público, a diferencia de Inglaterra y Gales, que mantuvieron la incriminación hasta 1967.

B. Descriminalización en los códigos independientes

Estas dos líneas legislativas europeas tuvieron su claro efecto sobre las legislaciones de la región. Con excepciones, el modelo francés fue adoptado en la mayor parte de la región de colonización española, portuguesa y francesa; así, los dos primeros códigos penales latinoamericanos se referían siempre a la *moral pública*, pero no a actos privados. El Código del Imperio del Brasil de 1831, tipificaba en el art. 280 las acciones contrarias a la moral, pero sólo cometidas *en lugar público*. El código Santa-Cruz para Bolivia de 1830 seguía el mismo criterio en su art. 484, y su art. 487 tipificaba el exhibicionismo público, pero solo ante personas de distinto sexo. Haití directamente sancionó el código Napoleón. En la Argentina, desde el Estatuto de 1817, todas sus constituciones contienen una norma que sólo admite la injerencia estatal en la *moral pública*.

En la legislación independiente, nunca se criminalizó la sodomía en Argentina, Brasil, El Salvador, Haití, México (federal), Paraguay, República Dominicana y Venezuela, es decir, que *la mayor parte de la población de la región* de colonización no inglesa, desde la independencia vivió bajo la tradición de códigos penales que no criminalizaban la sodomía.

C. Excepciones históricas en la región

Si bien no desde la independencia, sino en el proceso de codificación posterior, despenalización estas conductas Guatemala (en 1871), Honduras (1899) y Perú (1924), Uruguay (1934). Las despenalizaciones últimas son las de Colombia (1980), Ecuador (1997), Chile (1999), Costa Rica (2002), Nicaragua (2007) y Panamá (2008). En Cuba, la referencia a *actos homosexuales* fue derogada en 1987. Sólo

se mantiene la criminalización en algunos códigos militares (Brasil, Venezuela y República Dominicana). De toda forma, en el presente, no están penalmente tipificados actos sexuales o manifestaciones de orientación sexual y/o identidad de género no hegemónica en ninguno de estos países.

No obstante, es menester precisar que cundió por la región en tiempos del positivismo reduccionista -biologista y racista- la llamada cuestión de la *mala vida*, traída de Italia y de España, que derivó luego en las leyes y proyectos de *estado peligroso sin delito o predelictual*, más tarde concretado en legislaciones copiadas del lamentable ejemplo de la *Ley de Vagos y Maleantes* española de 1933 (luego reemplazada en España por la *Ley de peligrosidad* franquista), que permitía criminalizar a las personas LGBTI al margen de la legislación penal codificada (así, Venezuela desde 1936 hasta 1997).

Tampoco debe creerse que las personas LGBTI no han sido punidas materialmente y sometidas a vejámenes en función de legislaciones en los países que no conocían la criminalización primaria ni la *peligrosidad sin delito*, porque muchos se han valido hasta fines del siglo pasado de una normativa que no llama mucho la atención de los académicos del derecho en razón de una supuesta y falsa incidencia punitiva -y también porque recae de preferencia sobre personas consideradas *marginales* y de estamentos pobres de nuestras sociedades, que es la *legislación contravencional*.

En cierto sentido, esta legislación es más violatoria de las garantías individuales que la criminalización penal o por *peligrosidad*, porque se la deja librada a las decisiones policiales, abriendo un campo enorme a la arbitrariedad y discrecionalidad selectiva, al tiempo que habilita la generación de *cajas* o fuentes de recaudación autónoma de las agencias ejecutivas del sistema penal, por vía extorsiva o de pago de *impunidad* (así, Argentina hasta 1994).

En los últimos años cunde en el penalismo académico la idea de que el derecho penal debe manejarse por *velocidades*, correspondiendo las mayores limitaciones y garantías a las amenazas de penas más graves y viceversa. Esta tesis pasa por alto que las legislaciones contravencionales tienen mucha mayor importancia como configuradoras de los comportamientos sociales que las leyes penales por crímenes graves, puesto que éstos últimos son excepcionales y el público se entera de ellos por los medios de comunicación, en tanto que la legislación de pequeños ilícitos es la que abre el espacio para el ejercicio del poder punitivo que se ejerce y vivencia cotidianamente en forma directa y sin publicidad.

D. Criminalización colonial británica

A diferencia de las leyes propiamente penales de los países de colonización española, portuguesa, francesa u holandesa, la tipificación de la sodomía se mantiene en los países del Caribe de lengua inglesa, que recibieron la legislación colonial británica.

Como es sabido, la población de los países del Caribe es en gran parte resultado del crimen de lesa humanidad conocido como tráfico esclavista, es decir, del montaje colonial de un sistema de producción *esclavócrata*. En esta línea, Moore²⁸ aporta que debe tenerse en cuenta el paradigma de “anti-blackness” como problema basal de los Estados con población mayoritariamente negra, así como hipermasculinización, las masculinidades tóxicas y la misoginia que están en la raíz de la violencia contra el colectivo LGBTI.

Suele argumentarse por parte de funcionarios de estos países que una de las dificultades para la despenalización de la sodomía es que ésta era condenada por los propios ancestros africanos de las poblaciones actuales, lo que parece ser falso a estar al testimonio de antropólogos de la talla de Evans-Pritchard en cuanto a los hábitos sexuales de guerreros africanos. Todo indicaría que esas prácticas desaparecieron en África en las primeras décadas del siglo pasado, cuando los europeos tomaron el control del interior del continente, es decir, que la persecución penal de estas conductas, también sería el producto de la irrupción de las brutales leyes coloniales.

En efecto: casi toda la codificación penal colonial inglesa se inspiró en el código de la India de 1860 (original de Thomas Babington Macaulay) que tipificó la sodomía del siguiente modo en el artículo 377: *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.*

Este tipo penal es claramente violatorio del principio de legalidad por su extrema generalidad, llamado *atentado a la honestidad* -aunque también registra otros nombres-

28 Intervención en el Conversatorio del día 22 de octubre de 2020.

difusamente conceptualizado como *relaciones sexuales antinaturales por parte de una persona que utilice el órgano sexual para despertar o satisfacer el deseo sexual*.

En esta materia, el código de Macaulay finalmente adoptado siguió el modelo de la metrópoli que -como vimos- a partir de 1861, derogó la pena de muerte en Inglaterra y Gales para los sodomitas, reemplazándola por prisión. Esta ley fue reformada en 1885 por la Criminal Law Amendment Act, que amplió el tipo penal a cualquier práctica sexual entre varones y no sólo al sexo anal. Estas leyes rigieron en la metrópoli inglesa hasta 1967 y son las que legitimaron la condena de Oscar Wilde y, mucho después, la prisión y castración del científico Alan Turing, padre de la computación, a quien se torturó hasta provocar su suicidio en 1954.

Esta es la matriz que -con variables menores- hasta la actualidad mantiene la tipificación de actos sexuales o manifestaciones de orientación sexual no hegemónica en los países caribeños, pese a las reiteradas observaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

La vigencia de estas leyes coloniales en esos países -que llevan más de medio siglo de vida independiente- se explica en su derecho positivo, en razón de una compleja cuestión de orden constitucional, que se remonta a las condiciones de su independencia y que merece ser mencionada.

E. Las constituciones y las leyes coloniales intangibles

Las independencias de los cuatro primeros países (Jamaica, Trinidad y Tobago, Guyana y Barbados) fueron otorgadas en los años sesenta del siglo pasado por el Reino Unido. Al hacerlo, el Parlamento británico delegó en la Corona y en el Consejo Privado la promulgación de las constituciones de estos países (por oposición a lo ocurrido con Australia, Cánada y Nueva Zelanda), es decir, que el poder constituyente no surgió de sus pueblos, sino de la Corona. En ejercicio del poder constituyente delegado por el Parlamento británico, la Corona mantuvo la vigencia de todas las leyes coloniales, pero siempre que fuesen compatibles con las nuevas constituciones.

Hasta allí todo resulta comprensible, pero en los propios textos constitucionales se incluyó una cláusula (*saving clause* o *cláusula de exención general*) que prohíbe toda impugnación constitucional a las leyes coloniales vigentes en el momento de

la independencia, aunque fuesen contrarias a la declaración de derechos y garantías de las nuevas constituciones.

Es obvio que esta *cláusula*, entendida a la letra, entra en abierta contradicción con la disposición según la cual esas leyes coloniales mantienen vigencia siempre que sean compatibles con la constitución. Claramente, se impone compatibilizar ambas normas para darles un alcance racional.

F. La Corona como última instancia judicial del Caribe

Pero otra curiosidad de los procesos de independencia de los países del Caribe es que, mientras no renunciaban a ella, la última de sus instancias judiciales seguía siendo la Corona con el consejo del Comité Judicial del Consejo Privado de la Corona con sede en Londres. Es relevante notar, siguiendo a Raznovich²⁹, que estos jueces británicos no usan el tipo de interpretación constitucional restrictiva de los derechos fundamentales cuando abordan y toman decisiones como miembros de la Suprema Corte del Reino Unido pero si en los casos del Caribe, como se ilustra con la decisión en *Suratt* del 2007. Por estos motivos se requiere un estudio en profundidad de la responsabilidad de la Corona Británica por estas decisiones.

Al plantearse a éste en el 2003 que la pena de muerte como pena mandatoria para el homicidio revestía el carácter de cruel, inhumana y degradante, siendo incompatible con la constitución Trinidad y Tobago, primero admitió el planteo, pero al año siguiente en *Boyce* (2004) resolvió lo contrario, reafirmando que la ley colonial (a menos que haya sido modificada luego de la independencia de acuerdo al precedente establecido en el caso *Lambert Watson*) era intangible pese a su incompatibilidad constitucional. Respecto de esta cuestión, Saunders³⁰ agregó que decisiones tales como las mencionadas en *Suratt* y *Boyce*, se pueden dilucidar en razón de que los jueces que las toman no viven en las jurisdicciones sobre las que juzgan, y en muchos casos nunca en sus vidas han puesto un pie en las mismas; ergo miran a sus ciudadanos en lontananza con los que nunca se han de cruzar ni a los que nunca deberán dar explicaciones de sus decisiones. En este sentido, el juez británico Hoffmann, reconoció este dilema de legitimidad ilustrando con su propia experiencia al decir públicamente cuan

29 Intervención en el Conversatorio del día 23 de octubre de 2020.

30 Intervención en el Conversatorio del día 23 de octubre de 2020.

extraordinario ha sido que su primera visita a Trinidad y Tobago en 2003, fuera nueve años después de que comenzara a servir como miembro del Consejo Privado.

En 2001 se creó la *Corte de Justicia del Caribe* entre doce países (Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Granada, Guayana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, Surinam y Trinidad y Tobago, Dominica y San Vicente y las Granadinas) y seguidamente Barbados, Belize, Guyana y Dominica renunciaron a la jurisdicción del Consejo Privado, para reconocer a esa Corte como última instancia. De este modo, la justicia caribeña comenzó a independizarse finalmente de Gran Bretaña al menos en relación a estas naciones. No obstante este rompimiento con la corte imperial en Londres, el *derecho común*, mantiene aún su autoridad y detiene el avance de los derechos humanos en algunos casos.

En 2018 en el caso *Nervais*, la Corte de Justicia del Caribe volvió a conocer la cuestión de la pena de muerte como condena obligatoria, resolviendo en el sentido correcto -contrario al anterior del Consejo Privado británico-, entendiendo que las dos normas no serían contradictorias, pero siempre que se diese prioridad al mandato que condiciona la vigencia de las leyes coloniales a su compatibilidad con la constitución, puesto que, de lo contrario, se privaría de derechos a los ciudadanos perpetuamente. En este sentido, el voto mayoritario del juez Saunders precisa: *Este no puede ser el significado que se le atribuya a esa disposición, ya que frustraría para siempre los principios básicos subyacentes de que la Constitución es la ley suprema y que el poder judicial es independiente.* La Corte de Justicia del Caribe confirma esta decisión en *McEwan v Guyana* dando así por terminada finalmente en las naciones sobre las que tiene jurisdicción el efecto de la *cláusula de exención general* (particularmente en Barbados y Guyana) que prohibía toda impugnación constitucional a las leyes coloniales. Ello en contraste con el Consejo Privado británico para quien de acuerdo a *Boyce* las leyes sancionadas durante el imperio por la corona están por encima de las constituciones y por ello mantienen vigencia aun cuando sean compatibles con la constitución en virtud de la *cláusula de exención general*, ello hasta que sean modificadas.

La sentencia en *McEwan et al v Guyana* establece que:

Al blindar las leyes pre-independencia del escrutinio judicial, las Savings Clauses conllevan severos desafíos para las Cortes y para el constitucionalismo. El consagrado concepto de la supremacía constitucional es gravemente

erosionado por la noción de que una Corte se vea imposibilitada de sopesar si una ley pre-independencia, o cualquier ley, es inconsistente con un derecho humano fundamental.

Esta sentencia que deja sin efecto la interpretación de las “savings clause” de *Boyce* para las cuatro jurisdicciones sobre las que el Tribunal de Justicia del Caribe es la última instancia declaró que la ley colonial respecto de la inadecuación de vestimenta (*cross-dressing*) era inconstitucional ya que, entre otras cosas, transgredía el principio de igualdad ante la ley a la par que negaba a las personas trans el derecho de expresión y funcionaba como una herramienta útil para justificar el acoso a la comunidad trans. Tal conclusión se sustenta, de acuerdo a su primer párrafo en que “las diferencias son tan naturales como respirar. () La sociedad civilizada tiene la responsabilidad de dar lugar a las diferencias entre los seres humanos. Sólo de esta forma podemos respetar adecuadamente la humanidad de cada persona”.

G. Declaraciones de inconstitucionalidad

La vigencia de las leyes coloniales que tipifican la sodomía y el atentado a la honestidad son también incompatibles con las constituciones, de modo que deberían correr el mismo destino que la previsión de la pena de muerte fija, aunque hasta el presente esto sólo parece haberse producido en 2016 en Belice y en Trinidad y Tobago en 2018 (éste fallo de primera instancia ha sido apelado por el gobierno).

El fallo de primera instancia de Belice que declaró inconstitucional la criminalización ordenó agregar el siguiente párrafo: *Esta sección no se aplicará a los actos sexuales consentidos entre adultos en privado.* El gobierno de Belice apeló el fallo y en diciembre de 2019 la corte de apelaciones de Belice rechazó la apelación del Gobierno y declaró la criminalización inconstitucional y nula de nulidad absoluta e insanable. En su voto, el juez Samuel Lungole-Awich dijo que la prohibición constitucional de la discriminación en razón del sexo incluye la discriminación por orientación sexual, y que esto da a la palabra *sexo* un significado *amplio y liberal*. El tribunal determinó que la expresión sexual es parte del derecho constitucional a la libertad de expresión y por lo tanto también protege la orientación sexual.

La justicia en primera instancia en Trinidad y Tobago declaró *inconstitucionales, ilegales, nulas, de nulidad absoluta, inválidas y sin efecto alguno en la medida en*

que criminalizan cualquier acto que constituya una conducta sexual consensuada entre adultos. Esta última sentencia se halla en revisión ante la Corte de Apelaciones y eventualmente llegará al Consejo Privado, que si la confirma tendrá consecuencias para el Caribe angloparlante que aún mantiene a este Consejo imperial como última corte de apelaciones.

Respecto de esta cuestión Wintemute³¹ sostuvo que para la eliminación de estas criminalizaciones en el Caribe parecen existir tres posibilidades, a saber: 1) modificar la legislación; 2) litigar en tribunales nacionales o en la Corte de Justicia del Caribe o ante el Privy Council (un pronunciamiento por parte del Privy Council podría tener influencia en el Caribe que permanece bajo su jurisdicción); y/o 3) llevar algún caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En relación a la vía parlamentaria sostuvo que “no ha ocurrido que se aprueben leyes reconociendo el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo sin haber abolido leyes antisodomía o sin tener leyes antidiscriminatorias. Ningún país reconoció el amor de una pareja de un mismo sexo mientras a la vez prohibía la expresión sexual de esa pareja”.

En consecuencia, hasta el presente se mantiene en el Caribe la tipificación de la sodomía y del *atentado a la honestidad* (aunque registra varias denominaciones diferentes) conforme a la matriz colonial antes señalada.

Entre otras particularidades, en Antigua y Barbuda un procurador se confesó homófobo; otro estimó que precisa un tiempo para que se pueda llegar a la despenalización; en Grenada se realizó un *referendum* en 2016, en que la mayoría se pronunció contra la igualdad de género, lo que se atribuye a las *iglesias* que argumentaron que tal igualdad llevaría a la desincriminación y eventualmente al matrimonio igualitario. No obstante, cabe advertir que en Dominica el obispo católico instó públicamente a la despenalización entre adultos. Igual en Guyana algunos líderes religiosos y en particular el líder de la iglesia católica ha rechazado públicamente la discriminación hacia las personas LGBTI.

Con relación al *referéndum*, bueno es observar que los Derechos Humanos no pueden estar sometidos a la opinión mayoritaria: ninguna duda cabe que, si hubiese habido

31 Intervención en el Conversatorio del día 22 de octubre de 2020.

un *referéndum* en tiempos inquisitoriales, la mayoría se hubiese pronunciado por que se siguiesen quemando *brujas*, y si la hubiese habido en la Alemania nazi acerca de la discriminación de los judíos, el resultado hubiese sido favorable a ella.

Ha circulado por los países del Caribe una racionalización -falsa razón- verdaderamente curiosa para pretender que la punición de la sodomía no era discriminatoria. Así, se ha dicho que, si la definición de este tipo consiste en la penetración *per anum*, ésta puede tener lugar tanto de un hombre para otro hombre como también para una mujer, por lo cual no se trataría de una norma dirigida contra las personas LGBTI. Esta lógica perversa pretende pasar por alto que la criminalización de un acto sexual privado entre personas adultas, viola derechos humanos sin distinción de género ni orientación sexual.

Como es obvio, estos falsos razonamientos pertenecen a la categoría de los que, en tiempos de punición de matrimonios mixtos en Estados Unidos, se sostenía que no afectaban la libertad de celebrar matrimonios, porque los blancos y los afroamericanos podían casarse entre ellos.

Tal como lo planteara Kirby³² consideramos que “las cortes nacionales de todos los países del Caribe llegarán eventualmente a aceptar que la criminalización es incompatible con cualquier principio relativo a derechos humanos fundamentales y que los estados deben eliminar esta criminalización. Pero se trata de una cuestión urgente”.

H. La Corte Interamericana y la criminalización primaria

Al considerar la cuestión de los Estados que se resisten a derogar estos tipos penales, las personas participantes manifestaron la importancia de contar con una instancia regional de protección de derechos humanos de tanta jerarquía. Méndez³³ considera que “es muy destacable la gran legitimidad, especialmente en ámbitos judiciales, que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestro continente. Esa es una ventaja que otras regiones no tienen”. Aun cuándo algunas personas participantes de los Conversatorios señalaron como un problema evidente la extrema lentitud

32 Intervención en el Conversatorio del día 23 de octubre 2020.

33 Intervención en el Conversatorio del día 22 de octubre 2020.

del procesamiento de los casos en el sistema interamericano, se reconoce de forma unánime su lugar fundamental e, incluso, instaron por la implementación de reformas que puedan agilizar estas tramitaciones y evaluar la posibilidad de elevar una solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH, sobre el tema de la criminalización de relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo en las jurisdicciones del Caribe anglófono que aún las tipifican.

Respecto de la factibilidad del pronunciamiento de la Corte Interamericana en la materia, Wintemute³⁴ señaló que es difícil porque algunos países no se han sometido a la competencia jurisdiccional. El experto propuso considerar la factibilidad de buscar algún momento oportuno para que la Corte se exprese en sentido de que la Convención no permite la existencia de leyes de penalización. Desde su perspectiva resultaría valioso contar con una sentencia sobre una ley penal que fuera clara y que fuera vinculante.

Respecto de la pregunta de si debemos usar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Kirby³⁵ consideró que “debemos usar todo lo que esté al alcance” y que nada es fútil en tanto algunos países siguen teniendo leyes de criminalización contra personas LGBTI. El experto consideró que al tratarse de leyes que responden a una categoría legal separada, deben recibir un tratamiento separado y específico. En palabras de Kirby:

“El derecho se construye sobre la base de categorías, por ende, si un país penaliza las relaciones sexual homosexuales no puede tener a la vez una ley contra la discriminación de personas homosexuales. () La cuestión es que los abogados piensan en categorías y la categoría de la antidiscriminación o del matrimonio igualitario es diferente de la de criminalización. Si no hay una decisión específica de la Corte Interamericana respecto de la ilegalidad ante la Convención Americana de la existencia de estas leyes penales, es algo que valdría la pena hacer.”

A su vez, sostuvo que una sentencia de este tipo influenciaría a los jueces (aunque no implique obligatoriedad sobre el modo en que deben interpretar sus Constituciones) en tanto es un principio fundamental que los jueces tratarán en la medida de sus posibilidades de adaptar la expresión e interpretación de las leyes locales de forma

34 Intervención en el Conversatorio del día 22 de octubre 2020.

35 Intervención en el Conversatorio del día 23 de octubre 2020.

de armonizar ambos sistemas, la Constitución nacional y el sistema de protección internacional o regional.

I. Derecho constitucional comparado latinoamericano

A diferencia de los mencionados casos de los países del Caribe, en el resto de la región, se considera -por parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional- que las constituciones, al establecer el principio de igualdad, prohíben las discriminaciones por orientación sexual, aunque en sus textos no se la mencione en forma particularizada. Dado que la creatividad jerarquizante de los seres humanos no conoce límite, cuando las constituciones mencionan las diferentes formas de discriminación que condenan, no suelen tener más remedio que apelar a la analogía y, por ende, cuando no se especifica la prohibición de discriminación por orientación sexual, los intérpretes la consideran abarcada por referencia a otras causales de discriminación prohibidas en razón del principio de igualdad.

En esta materia Piovesan³⁶ remarcó que el derecho a una vida libre de violencia en base de la orientación sexual e identidad de género asigna al “estado responsabilidades jurídicas, tales como debidas diligencias para prevenir, investigar, punir y reparar”. Y destacó: “hay una correlación muy directa entre las normas que criminalizan y la violencia contra las personas LGBTI. Las normas promueven un mensaje social de hostilidad, de discriminación de violencia y de tolerancia a estas violaciones de derechos”.

En la Argentina, si bien no la menciona expresamente la Constitución Nacional, entra en el derecho constitucional por vía de la incorporación de los tratados de Derechos Humanos con la misma jerarquía normativa que la Constitución (inc. 22° del art. 75, conforme a la reforma de 1994) y de acuerdo con la interpretación que señala la Corte Interamericana. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996) la menciona en forma expresa (art.11).

En Brasil, si bien no está expresamente mencionada en la Constitución Federal, se encuentra expresamente enumerada en las constituciones de los Estados de Alagoas de 2001 (art.2,1), del Distrito Federal de 1993 (art.2,5), de Mato Grosso de 1989 (art.

36 Intervención en el Seminario Internacional del día 28 de octubre 2020.

10,3), de Pará de 2007 (art. 3,4), de Santa Catarina de 2002 (art. 4,4) y de Sergipe de 1989 (art. 3,2).

El artículo 14 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 prohíbe expresamente la discriminación por orientación sexual, al igual que la el art. 11.2 de la Constitución de Ecuador. Este último texto contiene también varias disposiciones que son relevantes para esta materia: consagra el derecho a tomar decisiones libres, informadas, responsables y voluntarias con respecto a su sexualidad, vida y orientación sexual (art. 66,9), protege la confidencialidad respecto de la vida sexual (art. 66,11), establece el deber para todo ecuatoriano de respetar y reconocer las diversas orientaciones sexuales (art. 83,14).

El art. 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la discriminación basada en preferencias sexuales. Esta misma prohibición está consagrada en las siguientes constituciones de los Estados mexicanos: Campeche de 2005 (art. 7), Chihuahua de 2013 (art. 4), Coahuila de 2013 (art. 7), Colima de 1012 (art. 1), Durango de 2013 (art. 5), Guanajuato de 2015 (art. 1), Michoacán de 2012 (art. 1), Morelos de 2016 (art. 1 bis), Nuevo León de 2016 (art. 1), Oaxaca de 2016 (art. 4), Puebla de 2011 (art. 11), Querétaro de 2016 (art. 2), Quintana Roo de 2010 (art. 13), San Luis Potosí de 2014 (art. 8), Sinaloa de 2013 (art. 4 bis), Sonora de 2013 (art. 1), Tlaxcala de 2012 (art. 14), Veracruz de 2016 (art. 4), Yucatán de 2014 (art. 2) y Zacatecas de 2012 (art. 21).

3. CAPACIDAD ETARIA Y SEXUALIDAD NO HEGEMÓNICA

A. La capacidad etaria de ejercicio de la sexualidad

La obvia necesidad de proteger a niños, niñas y adolescentes de conductas criminales de pedófilos y semejantes, impone y legitima la tipificación de esas conductas delictivas. No obstante, deben observarse cuidadosamente estas tipificaciones racionales, para evitar que so pretexto de esa criminalización, no se filtren en las leyes penales nuevas -o viejas- formas de criminalizar conductas de personas LGBTI o de limitar su sexualidad.

El derecho se ve precisado a *habilitar* el ejercicio de la sexualidad humana por razones etarias, estableciendo límites en forma objetiva, lo que tiene consecuencias en el campo del derecho penal. El derecho penal es una rama jurídica especialmente reacia a las ficciones o presunciones *juris et de jure* (que no admiten prueba en contrario), pero que no puede evitar establecer límites etarios fijos en sus tipos, por elementales razones de seguridad jurídica.

El propio régimen de la responsabilidad penal de niños, niñas y adolescentes se ve precisado a fijar una edad mínima, que varía en la legislación comparada y sabemos que la demagogia punitivista hace que cuando un politicastro pretenda obtener votos postule límites etarios más bajos como un medio de satisfacer el deseo punitivo del ciudadano común. En definitiva, el derecho penal comparado se encontró en esta materia frente a la disyuntiva de establecer una difusa y arbitraria *prueba de madurez emocional*, o bien, de fijar una edad mínima de responsabilidad y, en consecuencia, hoy se inclina en nuestra región por el segundo camino.

Algo análogo sucede con la capacidad de la persona para decidir acerca de su conducta sexual, pese a que la fijación de una edad mínima de capacidad para la práctica de la sexualidad significa que para el derecho una persona, desde el primer minuto del día de su aniversario de nacimiento, es capaz de decidir acerca de su cuerpo, pero dos minutos antes no lo era, lo que no resulta demasiado racional. Simplemente, se trata de una *ficción forzosa* en la que debe incurrir el derecho penal, pese a su general rechazo a este género de recursos, dado que otras soluciones serían mucho más complejas y lesivas de la legalidad estricta y de la consiguiente previsibilidad de la población en general acerca de la calidad lícita o ilícita de sus conductas.

B. ¿Protección o prohibición?

Como toda *ficción jurídica*, tampoco es posible negar sus inconvenientes. Ante todo, debe cuidarse que, so pretexto de tutela, no se prive a una persona de su derecho a la sexualidad, cualquiera sea su orientación y/o identidad y/o expresión de género.

Pero, además, también con frecuencia el derecho incurre en una discriminación peligrosa entre la edad de la capacidad para decidir la práctica de la sexualidad héteronormativa y la propia de las personas LGBTI, lo que excede el marco de la *ficción necesaria para la tutela*, con consecuencias *discriminatorias* que, en definitiva, no hacen otra

cosa que prohibir la sexualidad adolescente de orientación sexual no hegemónica, mediante la amenaza de pena a la persona que la comparta, permitiéndole sólo la práctica de la sexualidad que no corresponde a su orientación.

Es irracional que algunas legislaciones sometan a pena a los adolescentes desde los 16 años, por ejemplo, que les permitan contraer matrimonio o celebrar contratos desde esa edad (algunas con habilitación de padres o judiciales), que les permitan votar, pero que los consideren inhabilitados para decidir acerca de su sexualidad hasta los 18 o más años cuando su orientación sexual no sea heteronormativa.

C. Problemas de la capacidad etaria en las legislaciones

La legislación comparada en la región es altamente dispar. En los países del Caribe, la circunstancia de mantener la tipificación de la sodomía y del tipo difuso que por regla la acompaña, complica más las cosas, porque en principio no hay límite etario para el consentimiento de relaciones homosexuales, puesto que siempre son delictivas (Guyana, Barbados, Dominica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía).

Además, en algunos países si se practica entre un mayor de 18 y un menor de esa edad, la pena puede llegar a ser perpetua (Antigua y Barbuda). En cuanto a las relaciones sexuales entre niños, la eventual despenalización no incluye las practicadas por niños del mismo sexo (Trinidad y Tobago). De toda forma, contribuye a agravar el problema que, conforme al derecho de vertiente anglosajona, la edad de responsabilidad penal de los niños y adolescentes es muchas veces difusa.

En la mayoría de los países, donde no se criminalizan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, no por eso la cuestión deja de ser compleja en varios sentidos.

La edad de consentimiento pleno para relaciones sexuales en general oscila entre los 14 años (Brasil) y los 18 años (República Dominicana) y la intermedia de 16 años (Nicaragua). Pero si bien no se formulan distinciones respecto de la orientación sexual, en algunos de ellos se tipifica la *corrupción de menores* de un modo difuso, sin precisar en qué consisten concretamente los actos de corrupción, lo que deja un enorme ámbito de arbitrariedad jurisprudencial, que posibilita que se consideren típicos de *corrupción* todos los actos sexuales entre personas del mismo sexo, lo que ha ocurrido con demasiada frecuencia.

Así, en alguno de nuestros países (Argentina), si bien la edad de consentimiento relevante es de 13 años, se considera que es delito la relación sexual con una persona menor de 16 años sólo si mediare aprovechamiento de su inmadurez, pero seguidamente, el difuso tipo de *corrupción* se extiende hasta los 18 años (antes de 1999 hasta los 22 años), lo que dio lugar a la criminalización de actos simplemente homosexuales e incluso heterosexuales considerados *prematuros* por una vacilante jurisprudencia. Ante la falta de precisión típica se consideraron indeterminados actos *prematuros* e incluso el sexo oral con pleno consentimiento. En Chile sucede algo semejante, porque el consentimiento de relaciones sexuales se fija en 14 años, pero la sodomía se pena hasta los 18 años.

D. Relaciones sexuales entre *mayores y menores*

Por otra parte, en los referidos casos en que las relaciones LGBTI no se admitan hasta los 18 o más años, se plantea el caso en que los dos partícipes fuesen menores, siendo absurdo que se penase a ambos como víctimas y victimarios al mismo tiempo.

Para resolver esto, algún código sólo tipifica estas relaciones cuando una persona fuese menor de esas edades y otra mayor. En Paraguay, por ejemplo, el artículo 138 del Código Penal establece que será penado con pena privativa de libertad o multa quien siendo mayor de edad realizará actos sexuales con una persona del mismo sexo menor de dieciséis años. Esto no resuelve el problema, porque en el caso de una relación de pareja continuada que hubiese comenzado siendo ambos menores de esa edad, si una de las personas alcanzase la edad límite, teóricamente debiera dejar de tener relaciones sexuales con la otra persona, hasta que ésta también alcanzase la misma edad. Es obvio que esta solución no es razonable.

Frente a esta curiosa cuestión, el no menos curioso ingenio legislativo ha incurrido a veces en nuevas ficciones: se penan las relaciones con menores de 15 años si la persona mayor supera la edad de la menor en cinco años o más, pero también la de una persona entre entre 15 y 18 años, si la diferencia de edad de la mayor es de siete años o más, es decir, que son típicas las relaciones sexuales entre hombre o mujer de 17 años con hombre o mujer de 24 años (Costa Rica).

4. CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA

A. La ley y la realidad del ejercicio del poder punitivo

Si llamamos *poder punitivo* al que ejerce un castigo sobre una persona, cabe advertir que la ley penal impone un *deber ser* que habilita su ejercicio para todos los casos de conductas humanas que tipifica, lo que se denomina *criminalización primaria*.

Pero esta habilitación no sólo puede surgir de leyes penales formales (cuyo objetivo manifiesto es la punición), sino también de otras leyes que sólo son punitivas *tácitamente*, es decir, que hay leyes que manifiestamente tienen otros objetivos (sanitarios, fiscales, preventivos, etc.), pero que el poder que habilitan puede ser usado punitivamente.

Por consiguiente, si queremos considerar todo el ejercicio real o posible de poder punitivo en una sociedad -y no quedarnos en el formal y expreso legalmente-, no podemos hacer otra cosa que proceder por exclusión. Dado que la coerción estatal no es únicamente punitiva, *poder punitivo será el que no encuadre en las otras formas de coerción estatal*.

Estas formas de coerción, presentes en toda sociedad -incluso en las pre-estatales-, y que no son poder punitivo, son la *reparadora* (derecho civil, laboral, etc.) y la *coerción directa administrativa* (que se ejerce ante un peligro inminente o en curso).

En síntesis, desde la realidad social, es decir, desde lo que cualquier ciudadano siente como amenaza limitadora de su espacio de libertad social, podemos decir que toda conminación o ejercicio efectivo de poder que no encuadre en la *reparación* ni responda a necesidades de *coerción administrativa directa*, es poder punitivo.

Pero el poder punitivo no se ejerce mecánicamente ni podría serlo, es decir, que las leyes lo habilitan en lo que se llama *criminalización primaria*, pero como ésta es siempre un proyecto -un deber ser- amplísimo que nunca puede ejercerse por completo en la forma en que lo proyecta la criminalización primaria, por lo que las agencias policiales deben necesariamente *seleccionar* a las personas sobre las que efectivamente habrá de recaer y que, en ningún caso, pueden ser todas las que pretende abarcar el desorbitado proyecto de la criminalización primaria.

Por ende, el poder punitivo, por razones estructurales -es decir, no por razones coyunturales de simples defectos de los sistemas penales en particular- siempre se ejerce *selectivamente* por las agencias ejecutivas (policías), que son las que *seleccionan* a las personas vulnerables a su poder; esto es lo que se llama *criminalización secundaria*.

Si bien la selectividad puede ser mayor o menor -y a veces francamente irritante- en razón de los caracteres particulares de cada sistema penal, debe quedar claro a este respecto, que la criminalización secundaria siempre es policial, pues no son los jueces -y menos los legisladores- los que ejercen el poder punitivo: los últimos sólo habilitan su ejercicio, y los jueces -si cumplen bien su función- pueden acotarlo o contenerlo, pero no salen a la calle a buscar personas para criminalizarlas.

En consecuencia, es claro que no debe entenderse que, por el hecho de que en los países de la región cuyas leyes nunca tipificaron -o ya no tipifican- la sexualidad que no sea cis-heteronormativa, no se ejerza poder punitivo sobre ésta, por acción u omisión de funcionarios estatales, haciendo uso de otros pretextos normativos.

En toda la región, quien quiera conocer la realidad del ejercicio del poder punitivo en general, no puede quedarse en el mero nivel de análisis de las normas -que no hacen más que abrir un espacio de selección-, sin observar cómo ésta se lleva a cabo, puesto que, en general, puede afirmarse que, en todo orden, *la ley y la realidad suelen -con demasiada frecuencia- distanciarse escandalosamente en la región*.

B. Criminalización secundaria arbitraria en toda la región

En la realidad social de la región, si bien se registran importantes diferencias de grado en el comportamiento de las agencias ejecutivas (policías) respecto de la población LGBTI, éstas ni siquiera se deben a las habilitaciones legales para que las agencias policiales ejerzan poder punitivo.

La información reunida muestra que la persecución policial a las personas LGBTI -en especial a personas trans, aunque no sólo de ellas- no requiere ninguna base legal determinada que la habilite, puesto que la circunstancia de que no haya tipos penales ni contravencionales no la impide. Esta es la experiencia que se recoge de varios países de la región, sin mucha distinción entre los de tradición jurídica continental e inglesa.

Así, las leyes sobre *vagabundaje* se emplean como pretexto en varios países (Barbados, Trinidad y Tobago), en otros se apela a los tipos penales de exhibiciones obscenas para hostigar a parejas del mismo sexo que tienen demostraciones amorosas en plazas y otros lugares, incluso por parte de los guardias municipales o de *serenazgo* (Perú), disposiciones referentes a escándalo público, orden público o ataques a la moral y protección a la niñez (Paraguay), facultades de detención policial preventivas (Jamaica), habilitación para detenciones por *averiguación de antecedentes* (Argentina), etc.

No es en modo alguno necesario que una ley formal criminalice la conducta de las personas LGBTI o cualquier sexualidad no convencional, para que estas personas sean objeto de un ejercicio de poder punitivo.

Si bien en muchas ocasiones se valen de legislación contravencional, a la que -como hemos dicho- por regla se presta poca atención en la doctrina y en la jurisprudencia, ni siquiera son necesarias esas leyes, sino que cualquier norma que habilite a las policías a detener a personas, cualquiera sea la función manifiesta de esa norma, es usada en la región para victimizar con privaciones de libertad, molestias, vejámenes y extorsiones a esas personas.

Incluso parece que en algún país ni siquiera existe esta base legal, o sea que sólo se procede por resabio de legislación derogada, pero que se ha convertido en costumbre policial (Venezuela, cuya ley de vagos se derogó en 1997).

En otro país (Argentina) la policía tuvo durante más de un siglo la facultad de legislar y juzgar contravenciones, existiendo incluso una sección especial de *moralidad* en el organigrama policial. Estas facultades arbitrarias fueron derogadas en 1997, pero ahora se utilizan las disposiciones de la ley de drogas -que pena la simple tenencia para consumo- y la ya mencionada habilitación para detener por supuesta *averiguación de antecedentes*. Mucho peor resultan tipos contravencionales como *oferta y demanda de sexo en la vía pública*, la indefinida conducta de *merodear* (Argentina), o facultades de detención por sospecha de delito aun no cometido (Jamaica).

Cualquier disposición legal más o menos *abierta* o indefinida es provechada para ejercer poder punitivo sobre personas LGBTI, como por ejemplo las disposiciones que prohíben vestir ropas del *otro sexo*, lo que en principio no sería delito, salvo que tuviera un *propósito impropio*, indefinición que fue usado incluso por los jueces para

rechazar la presencia de una persona trans en la sala del tribunal, cuando se estaba juzgando precisamente su caso (Guyana).

C. La criminalización primaria formal en el Caribe

En general no se registran casos -o son muy pocos- de criminalización primaria formal, o sea, de condenas por relaciones consentidas entre adultos, al menos por la información oficial brindada y corroborada por algunas organizaciones no gubernamentales (Antigua y Barbuda; Barbados; Belice; Grenada; Dominica; Guyana; San Cristobal y Nieves; Santa Lucía; Trinidad y Tobago).

De toda forma, como el mismo tipo es aplicable a casos que en el derecho continental son de violación (acceso carnal con niños) y las estadísticas no distinguen, sólo están disponibles datos absolutos. De toda forma, al parecer no se registra alta frecuencia y en algunos podría afirmarse que no se criminaliza formalmente, aunque queda alguna duda (Jamaica).

El desuso de estas leyes suele ser un argumento esgrimido por los Estados caribeños ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU (Antigua y Barbuda; Granada; St. Lucia), aunque una persona fue condenada en Granada a seis años de prisión en 2011. De toda forma, se reconoce que esas leyes sirven para que las policías persigan a las personas LGBTI, en algunos casos extorsionen (Belice; Dominica) o se las someta a vejámenes o ridiculización en las oficinas policiales (San Vicente y las Granadinas, Antigua y Barbuda, Trinidad y Tobago), aunque luego suelen retirarse los cargos. En Dominica se produjo un escándalo con motivo de la detención de dos hombres que llegaban en un crucero.

Sobre esta temática Borrillo³⁷ considera relevante la experiencia europea de pasar de la penalización de la homosexualidad a la penalización de la homofobia. En esta línea recupera diversas fuentes jurisprudenciales, entre ellas la sentencia en el caso *Dudgeon v. Reino Unido*. En el caso, el Gobierno sostuvo que no había discriminación en el Reino Unido porque se trataba de una legislación que no se aplicaba. El Tribunal Europeo consideró que independientemente de la eficacia de la norma, la existencia

37 Intervención en el Conversatorio del día 23 de octubre 2020.

misma de una legislación represiva constituye una violación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre protección de la vida privada.

D. La criminalización secundaria policial

Al margen de toda habilitación legal, las policías suelen imponer penas ilícitas a las personas LGBTI. Se trata de un fenómeno generalizado que se trata de reducir mediante cursos e instrucción especial a las policías, pero éstos se llevan a cabo insistiendo insuficientemente en el tema en Argentina, Costa Rica, Brasil, Paraguay, sin que en otros países se tenga conocimiento de esta instrucción en particular. Al parecer, hay algunos esfuerzos en Jamaica, Antigua y Barbuda, Barbados, Granada, Dominica, Guyana, San Cristobal y Niueves y Santa Lucía.

En cuanto a protocolos especiales para supuestos de requisas personales, salvo en Costa Rica no parece haberlos y, por ende, éstas suelen resultar vejatorias, en particular para mujeres trans, requisadas por varones.

Los abusos policiales sobre personas LGBTI recogidos en la investigación son numerosos e indican la enorme frecuencia de estos hechos, que parecen estar normalizados. Un caso de detención arbitraria y maltrato a golpes fue llevado ante la CIDH (Perú). Al parecer se molesta a mujeres lesbianas y trans en Costa Rica y se reconocen actos de hostigamiento policial, al igual que en Nicaragua. Las policías cometen tratos crueles en Venezuela, especialmente en los estados de Carabobo, Aragua y Mérida, que las víctimas no denuncian, por ignorancia y por la demora e ineficacia de los trámites. Se registran casos de violaciones, acoso verbal y amenazas en Jamaica. Se hostiga a parejas de mujeres en la Argentina, donde se condenó a una mujer por besar a su esposa, aduciendo posterior resistencia a la autoridad. Se denuncia hostigamiento a mujeres trans, detenciones arbitrarias y la violación de un hombre en una estación policial, en Guyana. El hostigamiento verbal parece generalizado en San Vicente y las Granadinas y Granada. En Barbados una persona trans fue obligada a desnudarse frente a varones y ridiculizada porque tenía genitales masculinos y senos; luego fue conducida al tribunal y los oficiales usaban guantes para evitar tocar su cuerpo. En Belice, policías desnudaron a dos hombres gays y los llevaron a la estación policial, donde les devolvieron las ropas. En Antigua y Barbuda dos personas fueron golpeadas y una perdió la vista de un ojo, pero también un alto jefe policial está procesado por acosar a sexualmente a sus jóvenes subordinados. También hubo violencia policial

en Jamaica, donde se denunció la golpiza a un hombre que acabó falleciendo al día siguiente.

Si bien no se registran muertes en locales policiales, tuvieron lugar motines de presos con multiplicidad de muertos (68 en Carabobo, Venezuela; 14 en Nicaragua), entre los que se sospecha que había gays. En Jamaica hubo algunos disturbios conocidos como “disturbios de los condones” en 1997. Ocurrió después de que se sugirió que deberían distribuirse condones en las cárceles debido a las altas tasas de propagación del VIH-Sida. Los guardias abandonaron el trabajo dejando a los presos alborotados. Los sospechosos de ser homosexuales fueron asesinados. También se sospecha que los guardias permitieron que los demás internos mataran a sus amantes para que no hubiera evidencia de su actividad homosexual. Al final, 16 reclusos murieron, ciertamente varios homosexuales, y 20 reclusos resultaron heridos.

E. ¿LGBTI fobia u otras razones?

La reiterada experiencia criminológica regional no permite compartir la opinión vertida por algunos de los informantes, según la cual estas actitudes policiales responderían únicamente a *LGBTI fobias*, pese a reconocer que ésta desempeña un papel motivacional importante.

Es en general muy difícil que un fenómeno complejo, como el abuso y el ejercicio ilegal de poder punitivo por las policías de la región, sea abordable como producto de un único factor.

El problema más grave de los Estados de la región es su creciente debilitamiento, como consecuencia de que se les pluraliza la recaudación, es decir que surgen entes diferentes que recaudan por su cuenta y, como es natural, requieren de un poder coactivo que escapa a los deseos de la propia cúpula política de los Estados. Esto suele ser definido como *corrupción* y, por ende, minimizado en su significación política, porque al reducirlo a una *cuestión penal*, se pasa por alto que, en la realidad, es un debilitamiento de la propia soberanía estatal.

Así, las primeras en autonomizarse son las policías, que recaudan por cuenta propia y amenazan con el ejercicio de un poder punitivo también propio. Este es el primer paso de un deterioro del poder estatal que, lamentablemente, padecen en diferente grado la

mayoría de los países de la región. Cuando el debilitamiento de los Estados se acentúa por efecto de la fragmentación de la recaudación, y se va degradando su poder en mayor medida, surgen otros entes recaudadores que también ejercen poder punitivo: la llamada *criminalidad organizada*, grupos de autodefensa, parapoliciales, etc.

Las personas LGBTI, por el particular estado de vulnerabilidad en el que se encuentran, son una fuente de beneficios, en especial las que ejercen la prostitución, a quienes se les suele obligar a pagar un *canon* -lo que sucede con las prostitución callejera incluso heterosexual-, pero también a otras, a las que se puede extorsionar con facilidad: el mero hecho de detener a una persona le puede ocasionar un gravísimo conflicto familiar, un desprestigio profesional, poner en riesgo su fuente de trabajo, etc.

A todo esto debe agregarse que existe una difundida cultura policial impuesta reglamentaria o consuetudinariamente, que obliga al personal a realizar y registrar un número mínimo de procedimientos, aunque no tengan ningún sentido práctico ni preventivo del delito, pero cuyas cifras se computan para justificar su actividad ante los superiores, para que éstos den prueba de una supuesta eficacia ante las cúpulas políticas y también para ser tomadas en cuenta como méritos para los ascensos de sus jefes. Esta actividad policial sin objetivo práctico social, en varios países se la conoce -en la jerga policial- como *hacer números o estadística*.

Por otra parte, la *LGBTI fobia* está muchas veces desmentida como motivación única, entre otras cosas porque muchas veces se registran conductas bisexuales o de sexualidad no hegemónica, por parte de los propios funcionarios policiales. Así, se registran en algunos países actos sexuales no heteronormativos -en particular sexo oral- con personas trans detenidas, y también casos de violación de hombres gays.

Estas consideraciones no descartan por completo, ni mucho menos, el factor *LGBTI fobia* porque -como es sabido- la práctica de actos sexuales no hegemónicos no la excluye, sino que en ocasiones la potencia para reforzar la identidad sexual *machista* del perpetrador o como rechazo de su propia orientación sexual. De todos modos, obligan a reconocer que no puede ser considerado como el único factor determinante de las agresiones policiales a las personas con orientación sexual e identidad de género diferentes de la cis-heteronormatividad.

Es recomendable tener en cuenta esta circunstancia, porque pone de manifiesto que este género de agresiones no se eliminará únicamente con instrucción especializada al

personal policial, sino que demanda soluciones más integrales, como la recuperación del monopolio de la recaudación y del ejercicio del poder punitivo por parte de nuestros Estados, lo que no es nada sencillo, porque se trata de un problema que abarca toda la política criminal estatal e incluso cuestiones de soberanía territorial.

F. Los Derechos Humanos del personal policial

Con lo dicho antes queda claro que la conducta policial respecto de las personas LGBTI no es un problema sencillo de resolver. No se trata únicamente de erradicar fobias, pero tampoco unilateralmente del problema general de debilitamiento del Estado, sino que en esta plurifactorialidad también concurren cuestiones que hacen a la salud del propio personal policial, dado que algunas de las conductas que se registran en los informes no pueden menos que considerarse errores de conducta graves o incluso abiertamente patológicos.

Aquí entran en juego otras violaciones de Derechos Humanos que repercuten y condicionan en buena parte no sólo las discriminaciones que nos ocupan aquí, sino un abanico mucho más amplio de conductas violatorias de Derechos Humanos. Por paradójal que parezca, *nuestros Estados suelen violar Derechos Humanos mediante violaciones de Derechos Humanos*, y una de ellas es la de los que corresponden a los trabajadores policiales.

En casi todos nuestros países se violan los más elementales Derechos Humanos laborales de los trabajadores policiales. Así, se les prohíbe la sindicalización, se les impide formular peticiones colectivas, siendo un servicio civil se pretende imponerle un orden militar, están sometidos a un sistema de sanciones arbitrario, no pueden discutir horizontalmente sus condiciones laborales ni su salario, es decir, carecen de todos los derechos inherentes a los trabajadores y a los restantes funcionarios públicos.

Pero además de sus derechos laborales, se le afecta el derecho a la salud, puesto que no se les reconocen enfermedades profesionales y, por lo general, deben enfrentar situaciones de riesgo y traumáticas sin la debida asistencia psicológica posterior, no siendo infrecuente que la demanda de esta atención se considere un signo de debilidad, contrario al *machismo* imperante en la cultura corporativa.

La responsabilidad de las cadenas de mando por los delitos cometidos por el personal policial no puede presumirse ni convertirse en responsabilidad objetiva incompatible con las garantías penales, pero no puede descartarse la posible *responsabilidad culposa de las cúpulas políticas*, cuando se valen de cuerpos policiales que por su autonomización, por su falta de preparación profesional, por inadecuación de su equipo o por su bajo nivel de salud mental, stress o experiencias traumáticas no tratadas, más bien parecen hordas y no cuerpos de seguridad. En tal caso la responsabilidad penal por la conducta negligente de las cúpulas corporativas y políticas no puede descartarse.

5. AGRESIONES A PERSONAS LGBTI

A. Homicidios de odio

En toda la región se choca con la dificultad de la falta de estadísticas y de registros completos respecto de homicidios en que son victimizadas personas LGBTI, pese a que varios son los organismos internacionales que observaron esta indiferencia oficial bastante generalizada y exigieron o aconsejaron poner en marcha sistemas de recopilación de datos, lo que ha dado algunos resultados aislados hasta el presente (Guyana puso en marcha un registro a partir de 2017).

Cabe aclarar que la falta de estadísticas y -más aún- de investigación de campo en materia de homicidios, no es exclusiva de las victimizaciones de personas LGBTI, sino un defecto compartido por todos nuestros países, donde la poca información oficial disponible es siempre de dudosa fidelidad y recogida sin objetivo preventivo. Se sabe que ninguna estadística es *ingenua*, sino que toda presupone cierta hipótesis o, por lo menos, cierto objetivo práctico que, en el caso de los homicidios, se supone que será tratar de evitarlos o reducirlos.

Por ende, si se pretende que esta información sirva a ese objetivo, no se debe reducir a una contabilidad numérica, sino que debiera llevarse a cabo con criterio técnico y conforme al saber social. No deja de ser llamativo el descuido en este sentido, que configura una importante omisión de nuestros Estados -y una lesión a la vida por omisión-, ante los altos índices de homicidios dolosos de algunos de nuestros países.

De toda forma, si bien no es posible verificar con exactitud la frecuencia de estos hechos en cada país, los reportes de ONGs, algunas estadísticas oficiales de homicidios que introducen unos pocos datos diferenciales, las noticias periodísticas y los testimonios de víctimas y militantes de Derechos Humanos permiten aproximarse a esta luctuosa realidad en la región, revelando su alta frecuencia.

En el caso de Brasil, entre 2016 y 2017 los homicidios que victimizaron a personas LGTBI aumentaron un 40%, dado que en este último año se informan 445 muertes (43% hombres gays, 42% personas trans y 43% mujeres lesbianas). El 37% fueron cometidos en residencias privadas, el 56% en la vía pública y el 6% en establecimientos de acceso público. En menos del 25% de los casos se identificó al homicida y en menos del 10% de condenó penalmente. La mayor parte de los homicidios se cometieron entre desconocidos o relaciones eventuales, y sólo un 4% entre parejas estables.

En Colombia se informan 109 muertes en 2017, con un aumento sobre el año anterior y también cometidas por grupos armados. Entre las víctimas 45 gays y 35 mujeres trans.

En Perú entre 2015 y 2016 se registraron al menos 8 homicidios, pero también se han informado 43 casos de tortura y malos tratos físicos. Otra información indica en 2015 un aumento de homicidios, señalando 14 muertes y 65 casos de violencia.

En Venezuela se indica que fueron 18 los homicidios de personas de la comunidad LGBTI en razón de su orientación sexual, identidad de género y expresión de género entre junio de 2015 a mayo de 2016.

En México se reportaron oficialmente 137 homicidios de personas de la comunidad LGBTI entre 1995 y 2005; en el último tiempo se siguen cometiendo homicidios de gays y personas trans que, según las ONGs quedan impunes y la policía atribuye las muertes a las víctimas.

En Costa Rica –aunque (¿no?) se consigna el período que abarca, se mencionan 23 homicidios de hombres gay y ocho de personas trans. Al parecer, en este último país se han detectado más a los autores, señalándose la frecuencia de menores, con los que las víctimas mantenían relaciones de confianza.

Otros datos parciales de diferentes países no dejan de ser particularmente alarmantes, como por ejemplo el de cuatro homicidios, uno con empleo de gasolina (Belice), se

denuncia otro homicidio que la policía no considera de odio (Belice), tres homicidios, entre ellos el de un joven de 18 años (St. Lucia) y se calcula, según una fuente, una muerte mensual en Jamaica.

Si bien por cierto en todos estos casos las víctimas son personas LGBTI, no es posible establecer cuántos de estos homicidios configuran lo que se conoce criminológicamente como *crímenes de odio*, según el concepto más aceptado en el campo académico. De toda forma, la alta victimización de personas con orientación sexual no cis-heteronormativa es alarmante.

En cuanto a la victimización letal de personas LGBTI, la jurisprudencia de algunos países del Caribe ha admitido una eximente que denominan *pánico gay* (St. Lucia, Jamaica, Dominica y Guyana), que no queda claro si en el derecho continental equivale a una legítima defensa *incompleta* o con *exceso* o a una pretendida inimputabilidad por miedo. De toda forma, al parecer sobrepasa los límites de la legítima defensa del derecho penal continental (en particular la estricta necesidad del medio defensivo), en función de un supuesto miedo extremo.

B. Precisión del concepto de *crimen de odio*

La señalada carencia de información oficial, producto de que en las estadísticas no se registran o señalizan todos los casos de victimización fatal de personas del grupo LGBTI, hace que nos resulte todavía más imposible una caracterización de las diferentes modalidades de cada caso. De allí que no podamos saber con exactitud cuáles son verdaderos supuestos de crímenes de odio *stricto sensu*, para diferenciarlos de los que responden a otras motivaciones o características.

Se entiende -conforme al criterio criminológico más corriente- que el crimen de odio es el que se comete sobre cualquier persona del grupo *odiado*, sin que el autor tome en cuenta o le interese su identidad o individualización, como modo de amedrentar a todo el colectivo del que la persona forma parte (cualquier gay o persona trans por el hecho de serlo, por lo general, aunque no necesariamente desconocida para la persona homicida). El crimen de odio puede servir como mensaje a cualquier colectivo discriminado, según las sociedades y sus particulares prejuicios: inmigrante, extracomunitario europeo, judío, gitano, etc.).

En consecuencia, en nuestro caso se excluyen del concepto los homicidios resultantes de violencia entre parejas, como también los que se cometen con exclusivo dolo de robo, aprovechando situaciones de vulnerabilidad de la víctima. En estos últimos supuestos, en el deseable caso de un registro minucioso de hechos, cabe aclarar que tampoco sería fácil distinguirlos de los puros *crímenes de odio*, porque también en ellos, por *ocasión del homicidio* puede surgir la *ocasión del robo*, a diferencia de lo que sucede cuando se comete un homicidio *en ocasión del robo*, es decir que en muchos casos será complicado establecer si la motivación determinante fue el robo o el homicidio.

La pista de la frecuencia de *homicidios de odio* en sentido estricto la proporciona la circunstancia de que en la mayor parte de estos crímenes los sujetos activos hubiesen sido desconocidos o relacionados en forma eventual -sin conocimiento previo- con las personas que resultan víctimas. Pese a que este dato no es determinante para permitir una cuantificación relativamente precisa, se trata de un buen indicador de tendencia.

En algún país se señaló el *ensañamiento* como indicador de los *crímenes de odio* (Costa Rica), lo que consideramos más lejano como indicador: el *ensañamiento* suele ser una calificante que revela *odio*, pero no todo crimen de odio se comete con *ensañamiento* ni mucho menos.

Es así que entre los aspectos fundamentales a trabajar en pos de la protección de los derechos del colectivo LGBTI aparece la cuestión de la tipificación de los crímenes de odio. Se sostuvo que hay pocas investigaciones que definan qué es crimen de odio, que no existe consenso respecto de sus características. En este sentido Maffia³⁸ señaló la relevancia de la producción de datos con inclusión de la comunidad travesti/trans al momento de definir indicadores para la recolección de datos ya que, por ejemplo, en el caso del transfemicidio sus características difieren notoriamente de las características de otros crímenes violentos (lugar del hecho, características, etc). A su vez señaló que estos indicadores deben ser unificados para permitir la comparación y la medición del impacto de las políticas públicas.

38 Intervención en el Conversatorio del día 22 de octubre 2020.

C. Otras agresiones contra personas LGBTI

La frecuencia de *agresiones físicas* a personas del grupo LGBTI suele ser muy alta en la región y, prácticamente, no hay país en que no se reporten. En este caso es bastante más común que provengan de personas desconocidas, lo que revela que son penalmente lesiones como verdaderos *delitos de odio*, siendo de todo tipo: botellazos, ladrillazos, lesiones con arma blanca, ataques por enmascarados, incluso violaciones y tentativas de violación, etc.

Las más comunes y de menor gravedad lesiva son las *agresiones verbales* en lugares públicos, incluyendo amenazas, proferidas recientemente por un presidente de la República (Brasil). En algún país se estima que el 33% de hombres gay recibe mensualmente este tipo de agresiones (Antigua y Barbuda), señalándose la mayor vulnerabilidad de personas trans y gays y menos de lesbianas (Belice). En otro se registran denuncias de vulneración de derechos de personas gays y lesbianas, entre febrero de 2013 y 2014, en 97 casos (Perú), lo que claramente es demostrativo de mucha mayor frecuencia, dada la *cifra* no denunciada.

Cabe observar que la cifra no denunciada es mayor porque no es raro que las policías se nieguen a tomar las denuncias (Antigua y Barbuda), que no presten la debida atención a los reportes de agresiones físicas contra personas LGBTI o que no sean investigadas (San Cristobal y Nieves, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Dominica). De toda forma, es bastante común que no se denuncien, teniendo en cuenta que por lo general las personas LGBTI temen a la policía. Es obvio, por tanto, que las agresiones que se registran son sólo una parte ínfima de las que tienen lugar, o sea, que el número de denuncias está lejos de reflejar la frecuencia real de estos hechos.

Para precisar un poco más los conceptos y las dificultades de las investigaciones con propósitos preventivos, debemos aclarar que los homicidios, por lo general y cuando no hay una profusión de ellos y de desapariciones de personas, son lo que la criminología llama *cifras duras*, porque casi todos los que se producen son registrados, aunque no sean esclarecidos. En lugar, las lesiones -y más aún los delitos contra la propiedad- tienen lo que aquí mencionamos antes, que es una *cifra oscura* (*dark figure* o *schwarze Figur*), de hechos no registrados, que usualmente son la gran mayoría de los casos. Las estadísticas en estos últimos casos -como también cuando los homicidios dejan de ser *cifras duras*- son indicadoras de la actividad del sistema penal, pero no de la frecuencia de infracciones en la realidad social.

D. Agresiones de grupos homofóbicos

Si bien se han registrado numerosas agresiones brutales, como la mencionada de quemar a un joven con gasolina en Venezuela y otras no menos criminales en Brasil, Perú, Argentina, Paraguay, Costa Rica, Nicaragua. No obstante, estas agresiones no siempre -ni mucho menos- provienen de grupos organizados violentos que, en general, no existen o son difíciles de detectar.

No obstante, en todos los países las campañas de algunos grupos religiosos asumen lenguaje violento y de incitación a la violencia (Jamaica, Paraguay, Costa Rica), en ocasiones abierta. En Jamaica, se ha llegado a propiciar el incendio del local de una ONG y en Guyana un líder religioso cristiano ha llegado a sostener públicamente que como la homosexualidad *es un vicio aprendido*, sería necesario meter a todos los gays en una isla para evitar el contagio. Estas organizaciones están penetrando la política (Brasil, Caribe, Costa Rica) amparándose en la libertad religiosa. No obstante, en Jamaica se prohibió la entrada de un pastor *anti-gay* en 2018. En países donde no tiene fuerza esa penetración, actúan algunos grupos *skinheads* que se pretenden *neonazis*, pero que en general operan por imitación y tiene poca formación política (Argentina).

Se ha señalado que la escalada para la instalación de una política de Estado de exterminio comienza con manifestaciones aisladas e inorgánicas, alcanza un grado mayor de avance cuando surgen y se difunden grupos organizados, con publicaciones y propaganda y van cooptando políticos y personalidades de la cultura, proponen en un paso siguiente políticas de exterminio al Estado, hasta que, finalmente el Estado las adopta.

En cuanto a la discriminación que nos ocupa, hasta el presente no hay grupos demasiado orgánicos, puesto que los propios grupos religiosos no penetran a toda la sociedad, tampoco participan todos los religiosos -ni mucho menos- de esa actitud y quienes lo hacen no suelen pasar de invocaciones pretendidamente dogmáticas. Se diría que estamos lejos de transitar el camino hacia una política de Estado de exterminio.

Más bien, en nuestra región, la lucha por los derechos de las personas LGBTI no afronta -por lo menos hasta el presente- movimientos orgánicos que quieran imponer una *política de Estado de exterminio*, sino que, por el contrario, se trata de luchar por desmontar una política de Estado de discriminación y, en consecuencia, el daño

que proviene de los grupos homófobos existentes consiste en que éstos tengan la posibilidad de contener o postergar el desbaratamiento de la discriminación en curso.

De cualquier manera, se impone prestar atención a su comportamiento y en especial a su penetración política, puesto que el riesgo de una futura dinámica desfavorable de las relaciones de poder en nuestras sociedades no debe descartarse, aunque de producirse implicaría necesariamente la quiebra de nuestras estructuras democráticas, es decir, que excedería con mucho la mera cuestión de la discriminación por orientación sexual o identidad de género, para proyectarse sobre todo el panorama político democrático de la región.

Queda no obstante una duda respecto de si Jamaica no estaría dando señales de estar dando pasos que van más allá de la contención o postergación del desbaratamiento de la discriminación en curso. Su clase política muestra un alto grado de permeabilidad a la presión de grupos religiosos lo que se ilustra con la reforma constitucional del 2011 cuyo nuevo artículo 13(12) establece que nada de lo contenido en la Ley de Delitos contra las Personas (siglas en inglés OAPA) relacionado con sodomía, abortos o publicaciones obscenas se considerará incompatible con las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Constitución o en contravención de ella. Esta reforma en efecto elimina la cláusula general a la que se hiciera mención antes (ver *saving clause* en Cap. 2 punto 2.F), lo cual es positivo, pero lamentablemente la mantiene para los delitos sexuales. Esto último es alarmante en tanto se le impide al poder judicial velar por la supremacía de los derechos y garantías de la Constitución sólo en esta materia lo cual en si marca un quiebre con dos principios básicos y fundamentales del sistema democrático: supremacía de la Constitución y separación de poderes en tanto las leyes contra la sodomía solo pueden ser anuladas por otra ley del parlamento de Jamaica sin el debido contralor de constitucionalidad por el poder judicial.

E. Agresiones del grupo familiar y suicidio adolescente

En general, las discriminaciones como la racista o la religiosa se perciben desde la infancia y las familias -que comparten la victimización discriminante- suelen preparar desde esa edad a las personas y servirles de escudo protector emocional.

La discriminación por orientación sexual o identidad de género tiene la particularidad de que por lo general se manifiesta mucho más tarde, apenas cuando en la adolescencia

o pubertad se revela la orientación sexual de la persona, que carece de toda preparación previa para rechazarla.

Las y los adolescentes que se hallan en esa situación en una sociedad con profundos prejuicios contra las personas LGBTI, a lo largo de su niñez han receptado y hasta interiorizado la estigmatización de su orientación sexual o identidad de género por parte de su propio entorno familiar y también de su pequeño entorno (escolar, barrial, etc.), lo que hace su situación particularmente traumática -en un difícil momento psicológico evolutivo- y, precisamente por eso, se hallan con mayor necesidad -y a la vez carencia- de un escudo emocional que posibilite su resiliencia.

Lamentablemente, muchas veces la reacción familiar, en lugar de proveer a esta necesidad, reacciona agresivamente, provocando rechazo y mortificación e incluso forzando el sometimiento a las absurdas terapias de conversión, de las que nos ocupamos luego.

En contextos culturales prejuiciosos, la familia reacciona con reproches que privan a la persona de un desarrollo o maduración relativamente normal de su afectividad, generando fuertes sentimientos de culpa y traumas de difícil superación posterior, lo que hace que la familia con frecuencia diste de ser un lugar seguro, pues pasa a ser una grave amenaza para el o la adolescente en desarrollo de su orientación sexual o identidad de género.

En casos sumamente graves, la discriminación y el rechazo familiar llega a generar situaciones de abandono, como expulsión de la casa paterna o materna (Jamaica), a amenazas de muerte a hijos gay o hijas lesbianas, incluso de filicidio por ser el hijo gay (Perú, en enero de 2019), de lesiones a hijos (Trinidad y Tobago), de sometimiento a violaciones supuestamente *correctivas* a mujeres lesbianas (Antigua y Barbuda), todo lo cual hace que con frecuencia, en sociedades o círculos altamente prejuiciosos, deba considerarse a la familia como un verdadero entorno de riesgo para estas personas (Paraguay, Guyana).

En esta línea Madrigal³⁹ refiere al proceso de despatologización que se inició hace cuatro décadas, que ha ido deconstruyendo esas nociones, pero ha sido un proceso lento. Recuerda que únicamente en 2019 se retira la disforia de género del capítulo de

39 Intervención en el Seminario Internacional del día 28 de octubre 2020.

enfermedades mentales y lo pasa a condiciones sexuales, asegurando que se permita el apoyo de los sistemas públicos en todos los procesos de afirmación identitaria. Considera que el problema es que todas estas clasificaciones marcan surcos profundos en la mentalidad de la profesión médica y la psicología y disciplinas relacionadas. El experto sostiene que se trata de situaciones muy extendidas, incluso respecto de prácticas terribles de trato cruel inhumano degradante como las llamadas terapias de conversión y considera que es una labor de largo aliento que exige una labor sustentada de parte de la política pública, la labor judicial y la legislación para asegurar la desconstrucción.

Por su parte Cabral⁴⁰ sostiene que, aunque la Opinión Consultiva 24/17 no incluye específicamente referencias a la intersexualidad, si incluye la protección contra toda forma de patologización que no sea consentida por la propia persona y considera posible hacer interpretaciones progresistas de la Opinión Consultiva. Así, destaca que en el 1° Foro Regional Intersex, en la Declaración de San José de Costa Rica, se usa la Opinión Consultiva dando por sentado que incluye a la población intersex en la medida en que habla de población LGBTI, aunque no mencione específicamente la prohibición de las intervenciones. Este tipo de prácticas fueron consideradas como formas de tortura, malos tratos, penas crueles, inhumanas y degradantes en el informe del Relator contra la Tortura, Juan Mendez, de 2013. Respecto de esta cuestión, Cabral sostiene que las intervenciones normalizadoras en menores intersex se realizan en todos los países de la región: -lo que vemos en relación tanto a personas trans como a personas intersex como a menores que expresan su sexualidad su identidad y su expresión de género de manera diversa respecto del estándar, es que hay una guerra contra la niñez y que esa guerra está afectando gravemente la salud y el bienestar, pero también el acceso a derechos de menores en distintos países-.

Es muy difícil establecer en qué medida estas agresiones del entorno familiar, combinado con el hostigamiento entre pares en el ámbito escolar y el rechazo del entorno barrial o de los grupos habituales de jóvenes, son determinantes de suicidios adolescentes, aunque se reconoce la existencia de estos finales luctuosos en Perú, Venezuela, Guyana, Colombia y Jamaica y se investiga algún caso en Costa Rica.

40 Intervención en el Conversatorio del día 23 de octubre 2020.

La circunstancia de que no se reporten casos en otros países no significa en modo alguno que no se produzcan, porque la investigación del suicidio en general, siempre tiene dificultades, entre otras cosas porque no todos los suicidios son conscientes, dado que ciertos juegos o la exposición a riesgos altos suele ocultar suicidios inconscientes. Estas dificultades se ven aumentadas en los casos de suicidios adolescentes por dificultades creadas en el desarrollo de la orientación sexual o la identidad de género, dado que por lo general estas motivaciones se invisibilizan, incluso por acción de los propios deudos, que los consideran vergonzantes y prefieren dejarlos como *inexplicables*.

Pese a estas dificultades, alguna investigación empírica se ha llevado a cabo en Brasil, revelando una mayor tendencia a pensar alguna vez en el suicidio entre los adolescentes en etapa de desarrollo de su orientación sexual o identidad de género.

6. LA INCIDENCIA DE LA DISCRIMINACIÓN SOCIAL PARANOIDE

A. La discriminación paranoide y la salud pública

Aunque la discriminación de las personas por su orientación sexual o identidad de género no siempre se traduzca en agresiones de la entidad de algunas de las mencionadas, de todos modos, ejerce un grave efecto perturbador en la esfera afectiva de quienes las padecen.

El ser humano no es un ente que se desarrolla y salta a la vida adulta por partes, o sea que, si bien hay una esfera afectiva y otra intelectual, la perturbación del desarrollo emocional de alguien a quien se cuestiona, rechaza y estigmatiza su orientación sexual o identidad de género, no puede menos que lesionar su personalidad en forma integral. La eventual baja del rendimiento escolar por perturbaciones emocionales, las conflictivas relaciones con el entorno, en casos más graves la victimización por acoso escolar entre pares, el rechazo y hasta la agresión abierta o tácita en la familia, interfieren y privan al adolescente de la posibilidad de aproximación y comunicación humana con que usualmente tiene lugar la socialización en esta etapa de la vida.

La salud pública, en definitiva, no es más que la de las personas que integran una sociedad. Cuando buena parte de esas personas consideran que la orientación sexual o la identidad de género de otros constituye un peligro para su existencia, es bastante

claro que adoptan una actitud paranoide que indica cierto deterioro del estándar de salud mental general. Pero cuando esos prejuicios paranoides se traducen en la discriminación de adolescentes con orientación sexual no heteronormativa o por su identidad de género, se tiene la sensación de que la parte paranoide de la sociedad discriminadora se empeña en preparar personas para que se comporten neuróticamente en su interacción social. En síntesis: quien tome alguna distancia del fenómeno, no puede menos que observar que *la parte menos sana de esa sociedad se empeña en impedir la evolución saludable de otros*.

No se trata de un fenómeno que afecte a un pequeño grupo, porque desde los famosos informes *Kinsey* de mediados del siglo pasado, se sabe que se trata de un porcentaje importante de personas, por mucho que se discutan las cifras precisas. En consecuencia, el impacto que tengan las actitudes paranoides discriminatorias y las reacciones que provoquen, necesariamente repercuten sobre la interacción social en general, o sea, que operan sobre el nivel de salud mental de toda la sociedad. No es nada bueno el grado de salud mental de una sociedad en que un alto porcentaje se conduce neuróticamente en forma discriminatoria acerca de otro porcentaje, al que a su vez condiciona para reacciones también neuróticas.

B. Prácticas discriminatorias de funcionarias y funcionarios

Es obvio que las agresiones de todo tipo a las personas del grupo LGBTI se hallan *en relación directa con el grado de discriminación prejuiciosa o paranoide de cada sociedad*, lo que habrá de proyectarse también en el plano institucional, pues las personas que se dedican a la política sucia muchas veces se pliegan a los prejuicios para obtener más votos -al igual que las personas mercenarias que en los medios de comunicación buscan sólo *rating*-, lo que refuerza las actitudes sociales paranoides, repercutiendo en el funcionariado o, al menos, dificultando que éste tome consciencia de la naturaleza discriminatoria de sus comportamientos. Bueno es tener presente que las prácticas discriminatorias son *mores o costumbres* sociales, que se deben desmontar para introducir otras de coexistencia no lesiva ni conflictiva, lo que requiere un llamado a la reflexión -por así decir-, que se ve dificultado por la reiteración de los discursos paranoides, a veces de las cúpulas políticas del Estado (Brasil, Venezuela, Caribe).

Esto provoca que en toda la región se observen numerosas conductas discriminatorias de funcionarias/os en ámbitos que nada tienen que ver con las policías.

Así, llamar a las personas por su nombre sin atender a su identidad de género o desconocer a las parejas del mismo sexo (países del Caribe anglo-parlante, Paraguay, Perú, Venezuela, Guatemala, Nicaragua, etc.); negar a las personas LGBTI el derecho a donar sangre, por considerarlos *grupos de riesgo* (así Colombia hasta la sentencia del Tribunal Constitucional de 2012; hasta las nuevas regulaciones de México en 2012, de Chile en 2013, de Perú en 2018); oponer dificultades en los registros civiles para inscribir familias con personas de identidad trans exigiendo ilegalmente órdenes judiciales (Argentina); y, lo que es más frecuente, que son los comentarios y opiniones homófobas de personas funcionarias, incluso por los medios de comunicación, muchas veces invocando supuestos valores cristianos (Antigua y Barbuda; Barbados, Jamaica). Todas estas conductas del funcionariado no son en general materia de ninguna sanción, especialmente en países en que no están previstas en disposiciones antidiscriminatorias y, menos aún, en los que conservan la criminalización primaria de las conductas sexuales no heteronormativas (Santa Lucía, San Cristobal y Nieves, Jamaica, Guyana). En otros países estos hechos comienzan a ser objeto de denuncias (Costa Rica ante la Defensoría de los Habitantes), aunque, también en Costa Rica, se evidencia una creciente tendencia a invocar el principio de objeción de conciencia para negarse a llevar adelante casamientos entre personas del mismo sexo, práctica a la que se le estaría dando cobertura por parte de la Sala Constitucional.

C. Discriminación judicial

Fuera de la discriminación expresa y abierta por parte de personas funcionarias, debe cuidarse en forma especial la que pueden practicar jueces y fiscales, cuya conducta puede ser -después de la policial- la más peligrosa para cualquier grupo estigmatizado y ni siquiera siempre en forma consciente.

Al margen de cualquier alucinación que pretenda que los magistrados carecen de ideologías y de valores personales que inciden en sus decisiones, lo cierto es que en cualquier magistratura de un Estado de derecho conviven personas con diferentes ideologías, formación, procedencia social y también con sus respectivas experiencias de vida. Del mismo modo, estas personas no son ajenas a los prejuicios que haya en la respectiva sociedad.

En este sentido -y sin incurrir en abiertas discriminaciones (aunque éstas se han observado en Guyana)- no deja de observarse que en demasiadas sentencias condenatorias

se tienen en cuenta los hábitos y formas de vida de las personas que son juzgadas, por lo menos como criterio para cuantificar la pena, pero en algunos casos -más problemáticos- como supuestas pruebas de cargo en cuanto a la responsabilidad de delitos, que bien pueden ser homicidios, robos, etc.

Así como se tiende a alejar toda sospecha -y línea de investigación- respecto de quien aparece como el *buen padre de familia*, sucede lo contrario con quien carece de hábitos de trabajo, no queda claro cómo provee a sus necesidades o lleva una vida que se aparta de las pautas corrientes.

En este segundo sentido, la vinculación estereotípica enemiga de las personas LGBTI con lo lóbrego, sucio, marginal, hasta esotérico, tiende a hacerlas *sospechosas* cuando aparecen en el entorno de cualquier delito. No es verdad que este riesgo sea más acentuado en el caso de jueces *populares* (jurados) que en el de los jueces técnicos, porque -como se ha señalado antes- estos también forman parte de la misma sociedad y no están exentos a sus prejuicios, aunque ni siquiera sea necesario que estos prejuicios lleguen a su plano consciente.

D. Agresiones y cultura prejuiciosa paranoide

Pese a lo anteriormente expuesto, es innegable que nuestras sociedades han avanzado en este sentido, o sea, que el movimiento que se estaba preparando, pero que se precipitó a partir de *Stonewall* en 1969, cundió por el mundo y también llegó a la región.

Este avance se pone de manifiesto en la región en especial con los numerosos casos de personas cuya orientación sexual y/o identidad de género no hegemónicas es públicamente conocida y -no obstante- avanzan en sus carreras y en la propia función política, lo que no se reduce exclusivamente a militantes o activistas de derechos de las personas LGBTI: la alcaldesa de Bogotá electa hace poco está casada con una mujer que, a su vez, es diputada nacional; en 2012 ocupó el ministerio de salud una activista LGBTI en Ecuador; en México, en 1997, fue electa primera legisladora LGBTI; en Chile en 2013, un diputado gay; en Uruguay en 2017 la primera legisladora trans; en Brasil un diputado gay y el presidente Lula da Silva asistió a una conferencia LGBTI. En Antigua y Barbuda, el Primer Ministro designó senadora a una mujer lesbiana.

Es saludable en términos de coexistencia social plural y democrática, que haya cada vez más personas que valoren al otro u otra por la capacidad de servicio, dejando de lado su orientación sexual o identidad de género.

Pese a todo esto, no puede dejar de observarse que Brasil eligió luego a un presidente homófobo y, además, estos progresos no son de igual nivel en todos los países y ni siquiera en todo el territorio en países extensos (suelen ser mayores en las grandes ciudades), como tampoco en todos los órdenes. Los cambios culturales son lentos, la erradicación de los componentes sociales paranoides requiere tiempo y las pulsiones saludables van permeando las sociedades en forma despareja, según sus diferentes estamentos y corporaciones.

Por regla general, en toda sociedad saludable, la agresión a una persona en situación de vulnerabilidad provoca indignación y rechazo, como sucede con las agresiones a personas mayores o a personas con discapacidad, pues se desvaloran como actos de crueldad intolerables, lo que se expresa en las propias leyes, que conminan con penas más graves los actos contra personas que están en situación de vulnerabilidad.

En el caso de las personas LGBTI los prejuicios neutralizan en la cultura local la vivencia de esta crueldad, mediante la difusión del supuesto peligro que representa ese sector social, que se estigmatiza como *enemigo* al que es menester destruir para preservar los valores sociales dominantes.

E. Reforzamiento de los prejuicios fóbicos

Los prejuicios de *odio* se mantienen y fortalecen socialmente de varias maneras, como ser la simbolización de la orientación sexual no cis-heteronormativa como delito (aunque la pena no se aplique o no se lo haga con frecuencia), la identificación o confusión mediática de esta sexualidad con la *pedofilia* (aunque la mayoría de los pedófilos no sean gays ni lesbianas), la difusión impune de expresiones, burlas, estereotipos, espectáculos y música *antigay* (“*aplasten a los gays*” dice una canción popular en Jamaica y canciones con letras similares en St. Vincent y Grenadines), la impunidad del acoso entre pares en las escuelas o de tratos ridiculizantes o vejatorios por policías y demás funcionarias y funcionarios, la indiferencia institucional frente a las agresiones, etc.

En los últimos tiempos se observan en la región campañas religiosas de odio (Costa Rica, Jamaica) o que postulan supuestas *terapias de reorientación sexual* que incluso se han pretendido aplicar a presos en un proyecto de ley en 2016 (Brasil). Si bien la Iglesia Católica en los últimos años ha manifestado desde su cúpula eclesial una apertura considerable y positiva -que coincide con varias manifestaciones sincréticas de religiosidad popular de la región-, no sucede lo mismo con algunos de los grupos pentecostales, que las consideran *diabólicas* o patológicas en discursos fóbicos que, en ocasiones, por razones electoralistas, pasan a formar parte de campañas políticas con alta incidencia legislativa (Brasil, Costa Rica).

En los países en que se ha avanzado más en la disminución de los prejuicios fóbicos, de toda forma éstos permanecen en la sociedad y, si bien la frecuencia de agresiones abiertas es menor, no por eso las personas dejan de sufrir discriminaciones por su orientación sexual o identidad de género en los ámbitos laborales, educativos, habitacionales y de salud (Argentina, Perú, Paraguay, Nicaragua, etc.). Estas agresiones se manifiestan en el rechazo para empleos, en la postergación en ascensos, en el despido de docentes, en la molestia o intolerancia en ciertos barrios, en conjuntos habitacionales, en el trato diferencial en los centros públicos de salud, etc.

Por supuesto que la discriminación en materia de salud llega al máximo cuando crea dificultades a las campañas contra el VIH-Sida, dado que nadie quiere admitir la práctica de una orientación sexual no heteronormativa en países en que -al menos formalmente- está criminalizada (Santa Lucía), donde ni siquiera ha sido posible la organización de ONGs dedicadas al tema (San Cristóbal y Nieves) y el odio poblacional alcanza niveles altos: 17% frente a 28% de aceptación y 39% de meramente tolerantes (Barbados).

F. El feminismo como impulso igualitario positivo

Es innegable que en los últimos tiempos se ha producido un notorio avance en la lucha de las mujeres por la igualdad de derechos.

Esta lucha, llevada adelante en toda la región, es el resultado de un largo proceso que comenzó con la consagración de los derechos civiles primero, electorales luego, y ahora se corona buscando la eliminación del *patriarcado* vigente en nuestras sociedades. En nuestros días, su empeñosa lucha procura llegar, finalmente, a obtener

la completa igualdad de derechos, que le fue negada por el saber patriarcal, que dominó en todos los campos, sobreviviendo a todos los cambios de paradigmas, por radicales que pareciesen.

Cuando el mundo dejó de lado el paradigma teocrático y pasó al positivista científicista del reduccionismo biológico y racista, la situación de la mujer no se alteró en ese nuevo paradigma. Recuérdese que, desde el origen mismo del positivismo, Augusto Comte consideraba a la familia como la *célula social* de su sociedad *científica*, manteniendo a la mujer subordinada al varón como garantía de su particular concepto de *orden*.

Con posterioridad, los *científicos* siguieron considerando a la mujer como un ser humano *inferior* e incluso su menor incidencia en el delito era atribuida a que esa inferioridad, pues lo que en el varón se manifestaba en el crimen, en la mujer lo hacía en la prostitución (Lombroso). La idea de la mujer como un *hombre incompleto* pasó de la *costilla de Adán* al reduccionismo biologista sin mayores cambios.

Hasta hace menos de un siglo, en gran parte de la región, las mujeres no podían disponer libremente de su patrimonio sin el control o autorización de un varón, es decir que ni siquiera se le reconocían los derechos civiles en forma plena, resabio de su ancestral consideración como ser humano no pleno. Hasta hace menos de setenta años, tampoco las mujeres de toda nuestra región tenían derecho a votar ni a ser electas, o sea, que se las privaba de los derechos políticos.

Como es obvio -y reiteramos- no basta la ley positiva para cambiar la realidad, cuando el poder real queda en manos de quienes pueden ejercerlo discriminatoriamente. La ley no es omnipotente y, si se prescinde de los datos de la realidad, el derecho se convierte en un discurso hipócrita. La igualdad formal de la mujer no se traducía en una igualdad real, porque seguía imperando el patriarcado; la igualdad formal -legal- sólo facilitó el camino para su lucha por la igualdad real, que ahora se halla en plena difusión.

Más allá de todas las discusiones teóricas que puedan producirse -dada la disparidad de discursos propia de todo movimiento complejo-, la lucha de las mujeres no puede separarse de la lucha de las personas LGBTI por sus respectivos derechos. Esta inescindibilidad se impone por elementales razones históricas y hasta antropológicas, dado que ambas discriminaciones provienen de una misma fuente: el *patriarcado*.

Nuestros colonizadores impusieron el estricto verticalismo de sus sociedades europeas empoderando a los varones como agentes de la ortodoxia de orden y del honor y para eso, trayendo con su poder colonial las pautas de *ortodoxia sexual* que habían fijado en Europa alrededor del siglo X y que penaban a la mujer que se apartaba de su rol quemándola, pero haciendo arder en la misma hoguera al varón que desdeñaba su rol dominador al practicar una sexualidad *heterodoxa*.

La verticalización corporativa de las sociedades europeas, con su imperativa ortodoxia sexual -la sociedad ordenada en forma de ejército- fue la condición necesaria para que las potencias europeas se lanzasen genocidamente sobre América y África. De allí que en el mismo fuego ardieran las brujas y los heterodoxos religiosos y sexuales europeos, y ese fuego fue también el combustible de los genocidios colonialistas americanos y africanos.

Desde entonces y hasta el presente, el mundo no ha conocido ninguna ideología negadora de Derechos Humanos que no fuese simultáneamente sometidora de la mujer y de todas las personas sexualmente *heterodoxas*.

Las luchas antidiscriminatorias suelen parcializarse por cuestiones menores, pero quienes imponen las discriminaciones lo hacen siempre en bloque, no se dividen, porque son conscientes de que su objetivo es la sociedad jerarquizada verticalmente, no igualitaria, sino homogeneizante. Por eso, todo movimiento reaccionario y retrógrado se empeña en legitimar todas las discriminaciones imaginables y, en lo que a nuestro tema concierne, esto se verifica a lo largo de toda la historia, desde la más remota hasta la relativamente más reciente: el nazismo perseguía *gays* pero también subestimaba a la mujer como *reproductora*.

Esta *macroperspetiva* no puede pasarse por alto a la hora de dimensionar la lucha por los Derechos Humanos tanto de las mujeres como de las personas LGBTI, pues ambas forman parte -nada menos- que de una verdadera transformación civilizatoria de incuestionable carácter político democrático. Bueno es siempre dimensionar la magnitud de cualquier lucha, más allá de las reivindicaciones particulares y urgentes de cada sector, para tener consciencia de la naturaleza del poder que se está enfrentando.

G. Discursos fóbicos o *coetaneidad de lo no coetáneo*

Como hemos visto, toda ideología discriminatoria requiere un componente paranoide que identifica a un *enemigo*, al que desvalora atribuyéndole características negativas que lo hacen *extremadamente peligroso* y que se concretan en un estereotipo *odioso*, que sirve para neutralizar cualquier gesto de conmiseración o piedad. Este estereotipo niega a la persona del *otro* estereotipado: deja de ser la persona concreta, para pasar a ser visto únicamente como un ente que forma parte de un grupo enemigo y peligroso y, por ende, necesitado de ser neutralizado y, en caso extremo, eliminado.

Al igual que en el caso de la pretendida inferioridad de la mujer, el estereotipo negativo o *enemigo* de la persona con orientación sexual o identidad de género no hegemónicas fue alimentado con diferentes elementos, conforme al paradigma propio de cada época histórica, es decir, conforme a los diferentes momentos culturales que fueron proporcionando elementos discursivos de variada naturaleza para la desvaloración humana de estas personas.

En el caso de Barbados, por ejemplo, Szotyori⁴¹ sostiene que -existe una ideología fundamentalista cristiana respetada por la mayoría de la población- y que las personas se sienten autorizadas cuando discriminan y llevan adelante acciones contra el colectivo LGBTI. Cabral⁴² considera que en el caso de personas trans e intersex se encuentran en una situación de profundo peligro, entre otras cosas por los llamados movimientos antigénero conservadores que incluyen a las iglesias (católicas y diferentes iglesias evangélicas), partidos y grupos de derecha. Estos grupos religiosos tienen en común la voluntad de no reconocer derechos para el colectivo LGBTI e instan a sus Estados y comunidades (a través de muchas estrategias) a sostener dicha convicción.

Lo cierto es que hoy, en nuestras sociedades, no hay un único discurso que alimente los prejuicios paranoides contra las personas LGBTI, sino que aparecen diferentes y contradictorias argumentaciones en forma que, a primera vista, parece por completo desorganizada e inorgánica.

Profundizando más en la cuestión, si bien se verifica el desorden y la inorganicidad apuntada, se observa que sus contenidos no son nuevos ni mucho menos, sino que,

41 Intervención en el Conversatorio de fecha 22 de octubre 2020.

42 Intervención en el Conversatorio de fecha 23 de octubre 2020.

lo curioso es que provienen de todos los momentos históricos previos en que, con diferentes bases, se estigmatizó y penalizó la sexualidad no cis-heteronormativa.

Frente a esta heterogenidad discursiva que se concreta en un amontonamiento de discursos de diferentes momentos del pasado, no puede negarse la impresión de que, a la hora de volverse innegables los contenidos absurdos de los anteriores discursos discriminatorios y, a falta de un nuevo discurso, se apela a la mezcla y superposición desordenada de todos los anteriores.

En este sentido es sumamente curioso que hoy resurja como discurso la apelación a lo religioso por algunos grupos de pastores y algún sector retardatario de la Iglesia Católica, aunque no ya su cúpula. Prácticamente, se trata de un retorno al medioevo, cuando se consideraba a la sexualidad no convencional como un *vicio* y, por ende, como la elección por un pecado que, de extenderse, haría que todos fuesen homosexuales o algo parecido y, de ese, modo se extinguiese la humanidad.

Este argumento -que hoy suena ridículo- no deja de yacer en el fondo en las invocaciones religiosas ortodoxas de práctica sólo reproductiva de la sexualidad, pero la amenaza que esgrime está presuponiendo -inevitablemente- la *plurisexualidad* de todos los seres humanos: si la homosexualidad fuese un vicio adoptado por elección, todos los seres humanos serían potencialmente homosexuales y estarían tentados a incurrir en la sodomía y abandonar la sexualidad cis-heteronormativa. Es curioso y extremadamente paradójal, pero esta argumentación -que proviene de tiempos más antiguos- coincide en este sentido con algunas teorías contemporáneas, que desde perspectivas radicales afirman hoy la *pansexualidad humana*.

Cabe aclarar respecto de la condena bíblica a *Sodoma y Gomorra* que, en el campo teológico y desde hace muchos años, se viene sosteniendo por algunos estudiosos de la materia, que la sanción bíblica no se debe a la práctica de la sodomía, sino a la violación de las reglas de hospitalidad, es decir, de atención y respeto a los huéspedes, transgredida por los habitantes al pretender llevar a cabo una agresión sexual contra huéspedes.

Pero al cambiar la cultura a partir del siglo XVIII, se pasó al *cientificismo* y las conductas sexuales no convencionales fueron *patologizadas* en forma tan ridícula a nuestros ojos como los anteriores argumentos contra la sodomía.

Para verificar la coherencia discursiva de cada momento, bueno es recordar que la superioridad racial y la legitimación del patriarcado pasaron por iguales etapas: primero los fundaron en la verdad de fe, pero luego en la superioridad *científica* de la raza colonizadora más evolucionada y del varón sobre la mujer.

Ambroise Tardieu, uno de los máximos exponentes de la medicina legal francesa, sostenía en 1880 que se detectaba la homosexualidad masculina por signos anales en los *pasivos* y *forma de pera* en la cabeza del pene de los *activos*. La teoría de la degeneración de Morel hizo su contribución, el biologismo lombrosiano le dio popularidad y, así fue como se consideraron inferiores a los colonizados y a las mujeres, degenerados a los mestizos y enfermos a los que practicaban sexualidades no convencionales.

Estas aberraciones fueron sostenidas por los académicos de nuestra región hasta pasada la mitad del siglo pasado, incluso en enjundiosos tratados difundidos en nuestras universidades. Nuestros *científicos* -y especialmente nuestros criminólogos- no fueron menos homófobos que los inquisidores. Con cierto sentido del humor, un historiador uruguayo sostuvo que, en esta materia, coincidirían por completo la mujer de comunión diaria con su marido médico positivista ateo.

En la segunda parte del siglo pasado, el mencionado *informe Kinsey* corrió el velo de la realidad, *Stonewell* hizo perder el miedo y, en 1974, la *American Psychiatric Association* se desprendió del control social médico de los homosexuales, seguida por la *American Psychological Association* y, finalmente, en 1993 la OMS eliminó la orientación sexual de su lista de enfermedades. Sumado a ello, sólo en 2019 se despatologizó a las identidades trans y de género diverso con la adopción oficial de la Clasificación Internacional de Enfermedades, 11º revisión (CIE-11).

Pero hoy la argumentación fóbica de nuestra región amontona el discurso pretendidamente *teológico* con el pretendidamente *científico* y, de este modo, son algunos grupos cristianos homófobos los que propugnan las terapias pseudocientíficas de conversión sexual. Se pretende con eso la existencia de tratamientos *científicos sanadores* del *pecado*, o sea, una verdadera *coetaneidad de lo no coetáneo*, que mezcla la edad media teocrática con el reduccionismo científicista ateo del siglo XIX.

H. Terapias de conversión

Al margen de lo que se ofrece como “terapia”, se han registrado algunos casos curiosos, como el de un pastor que fue condenado por violación al pretender sacarles un *espíritu homosexual* a jóvenes, aduciendo que lo hacía por el bien de las víctimas (Grenada).

Fuera de estos supuestos de fraude sexual, en general –como acabamos de ver- estas pretendidas *terapias* se ofrecen por algunos grupos religiosos, aunque no oficialmente (Barbados, Grenada, Jamaica).

Los anuncios de esos grupos ocasionaron reacciones del Colegio de Psicólogos en Costa Rica, en tanto que los organismos públicos de salud se manifestaron en contra en Paraguay.

En la Argentina, la ley 26.657 (ley de salud mental) prohíbe esta clase de tratamientos. En Brasil la resolución 1/99 del Consejo Federal de Psicología prohibió las llamadas *curas gay*, pero en 2013 la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados -presidida por un pastor homófobo- aprobó un proyecto para revocar esa resolución, que luego fue abandonado.

En Ecuador se prohíben por el Acuerdo Ministerial n° 767, y se consideran como tortura los actos que tiendan a modificar la orientación sexual.

En 2019 se estaba tramitando en México un proyecto de ley para prohibir estas terapias y penar hasta tres años de prisión a quien las practique.

Al margen de estas pretendidas “terapias”, al parecer algunas personas jóvenes *trans* fueron psiquiatrizadas e internadas por sus familias en el hospital psiquiátrico en Nicaragua, lo que constituye una total supervivencia de la vieja patologización.

La patologización de la orientación sexual e identidad y expresión de género heterodoxas y el sometimiento a estas *torturas* tiene gravísimas consecuencias psicológicas, haciendo introyectar la idea de una inferioridad biológica, de una enfermedad crónica que impide concretar vínculos afectivos y que, aunque luego puedan superarse los graves traumas que quedan como secuela de estas manipulaciones, casi siempre la persona sentirá la cicatriz emocional de haber sido privada de una etapa afectiva importante de su vida.

7. LA DISCRIMINACIÓN EN LA MARGINACIÓN: PRISIONES

A. Doble selectividad discriminatoria

La criminalización secundaria en la región es altamente selectiva, pues salvo algunos delitos muy graves contra la vida o sexuales que bordean la patología y casos de persecución política -producto de la nueva variable llamada *lawfare*-, la prisionización recae sobre personas de los segmentos sociales más pobres que, por su precario entrenamiento, sólo suelen cometer delitos groseros contra la propiedad (buena parte sin ninguna fuerza ni violencia) o sobrevivir con el comercio minorista de tóxicos prohibidos o semejantes.

Además, la mayor parte de la población penal de la región no está condenada, sino sometida a prisión preventiva. En estas condiciones, las cárceles tienden a convertirse en campos de concentración, con una sobrepoblación penal que en ocasiones duplica la capacidad celular.

Por otra parte, la desproporción entre personal penitenciario y presos suele ser enorme, lo que denota que los funcionarios pierden el control interno de los establecimientos, cuyo orden jerárquico muros adentro pasa a las manos de los propios presos, con las bandas que dominan al resto.

Si bien se registran diferencias entre los diversos países, esta tendencia general es manifiesta, movida por un punitivismo mediático sobre el que se montan políticos inescrupulosos que lo traducen en leyes irracionales e intimidación de linchamiento mediático a los jueces.

En el caso de Brasil, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha debido disponer medidas provisionales para resolver la situación gravísima de las prisiones de Rio de Janeiro y Recife. Respecto de la Argentina, también ha insistido en su jurisprudencia sobre el término y las condiciones de procedencia de la prisión preventiva.

En consecuencia, en lo que hace a la situación de las personas LGBTI en las prisiones, debe tenerse en cuenta que nos hallamos frente a supuestos de discriminación plural o múltiple: (a) por un lado, la selectividad penal, que se ejerce a través de la selección policial de personas conforme a *estereotipos criminales*, que configuran los medios de comunicación resumiendo en ellos los prejuicios discriminatorias de

toda sociedad y, en particular en nuestra región, los de naturaleza clasista y racista; (b) por otro lado, la discriminación que sufren estas personas una vez seleccionadas en la criminalización secundaria, como discriminación en la prisionización en razón de su orientación sexual e identidad de género.

B. La sexualidad en las prisiones

Al margen de la situación anterior, la prisión es una *institución total*, al igual que el manicomio y otras.

Institución total es aquella en que se obliga a las personas a realizar dentro de ella todas las actividades que en la vida libre llevan a cabo en diferentes lugares (trabajo, esparcimiento, educación, etc.).

La internación en estas instituciones tiene siempre un *efecto deteriorante de carácter regresivo*, puesto que retrotrae a los adultos a las etapas superadas de su vida -a la niñez o a la adolescencia-, porque todo lo que la persona adulta hacía más o menos libremente en su vida libre, en la institución total lo vuelve a tener reglamentado, controlado o prohibido como en su infancia o adolescencia.

Dado que la población penal es casi exclusivamente joven, un aspecto de su vida libre fundamental es la sexualidad, que en la prisión se vuelve controlada o se la priva de oportunidades, lo que se ha presentado siempre como problema, al menos desde el momento mismo en que, a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, las penas privativas de la libertad pasaron a ser el eje de todos los sistemas de penas en el mundo.

Es muy difícil penetrar la enorme cantidad de formas conflictivas -a veces de consecuencias graves- que asume la sexualidad prisional, tanto porque la mayoría de los protagonistas prefieren guardar silencio acerca de sus prácticas, como por las leyendas que circulan al respecto.

De toda forma, se conocen casos de violaciones y también de formación de parejas. En cuanto a las primeras, no suelen registrarse las denuncias, sea porque los funcionarios son cómplices, porque no las reciben o porque las víctimas temen represalias (Antigua y Barbuda, Barbados, Belice). Se reconoce que las violaciones anales son frecuentes

en prisiones con superpoblación y hacinamiento (Grenada, Guyana), recayendo especialmente sobre presos jóvenes. En ocasiones los propios funcionarios omiten cualquier medida, porque temen represalias de los presos cuando éstos son liberados (Jamaica).

Estas son algunas de las pocas informaciones que logran filtrarse, aunque en general se sabe de estos hechos en otros países (Nicaragua, Venezuela), señalándose también *peleas de parejas por celos* (Venezuela), pero -como se dijo- rige a este respecto una general norma de silencio. En los pocos casos en que algunos funcionarios acceden a hablar muy confidencialmente, formulan insólitas explicaciones en cuanto a su inoperancia, como que *hay presos que se acostumbra y les gusta* (Costa Rica).

C. Las personas LGBTI en la prisión

El hacinamiento, producto de la superpoblación de las prisiones, hace que las condiciones de las personas LGBTI, al alojarse junto al resto de la población, sean vulnerables a los abusos sexuales.

En algunos países casi no hay alojamiento separado (Venezuela, Perú, Brasil, Nicaragua, Paraguay, Trinidad y Tobago, Antigua y Barbuda, Barbados, Guyana). Una interna trans preguntada por su situación en la prisión de Rio de Janeiro, se limitó a responder que no tenía problemas con los varones porque usaba *camisinha* (preservativo).

En los pocos casos en que se aloja a las personas LGBTI en pabellones separados, en Jamaica en forma oficiosa, son discriminadas por el resto de los presos, que se resisten a tener cualquier contacto con la población aislada, por lo que estas personas se ven privadas de los beneficios que se otorgan a los otros presos (Jamaica), razón por la que muchas de ellas rechazan la posibilidad del trato diferencial o la separación de pabellones. En la audiencia reciente ante la CIDH sobre situación de derechos de personas LGBTI privadas de libertad en América Latina, la representante de Almas Cautivas, Ani Vera, señaló cómo muchas mujeres trans prefieren estar en centros de detención masculinos debido a que por su situación de vulnerabilidad el trabajo sexual es la única fuente de ingreso y sustento en la cárcel.

Es sabido que uno de los problemas más serios de la vida prisional -como generador de conflictividad- son las llamadas *requisas*, en que los funcionarios irrumpen en los

pabellones y no sólo intervienen y desordenan las pocas pertenencias de los presos, sino que incurren en revisiones corporales, incluso anales. En pocos países existen protocolos diferenciados y normas diferentes para requisas de personas trans (Costa Rica, el Servicio Penitenciario Federal Argentino), aunque también en ellos parece haber algunas dificultades para respetar la identidad de género (Argentina).

D. Las llamadas *visitas íntimas*

Una de las medidas que se adoptaron desde hace más de medio siglo en las administraciones penitenciarias para paliar los problemas de sexualidad en las prisiones y para sostener los vínculos afectivos de los presos, fueron las llamadas *visitas íntimas*, originariamente proyectadas en dependencias especiales y con reserva y privacidad.

Cabe observar que, en los casos de matrimonio o parejas estables, la prohibición de la sexualidad del preso en general, viola el principio de intrascendencia o personalidad de la pena, puesto que priva del ejercicio de su sexualidad a la otra persona, que no está penada.

No obstante, esta medida no está autorizada en todos los países, puesto que no existen ni siquiera para parejas de distinto sexo en varios de ellos (Venezuela, Perú, Nicaragua, Guyana, Antigua y Barbuda, Trinidad y Tobago, Jamaica y se supone que en los otros países del Caribe tampoco). Además, la privación de estas visitas donde se las admite, como la admisión irregular de ellas donde no están autorizadas, se convierte en una fuente de corrupción en algunas prisiones.

Las visitas íntimas con personas del mismo sexo se admiten en Argentina, aunque a veces en la práctica se oponen algunas dificultades y demoras. En Costa Rica no se permitían, hasta que en 2011 la Sala Constitucional de la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de esa prohibición. En la práctica se señala que tienen lugar algunas discriminaciones en las filas para acceder a las visitas.

Sobre el particular Méndez⁴³ destaca la importancia de la implementación efectiva y completa de las Reglas de Bangkok sobre detención de mujeres y, más ampliamente, las Reglas Nelson Mandela. Considera que es muy importante que el estado asegure

43 Intervención en el Conversatorio de fecha 22 de octubre 2020.

asistencia médica incondicional a las mujeres detenidas y a las personas LGBTI detenidas: así aun cuando en el derecho interno pueda prohibir, por ejemplo, la terminación del embarazo debe darse lugar a esa opción a la mujer detenida, especialmente si ha sido víctima de violación.

Finalmente agrega que -el derecho a la salud de las personas privadas de libertad incluye no sólo el derecho a la salud sino también a la prevención de la enfermedad-, lo que incluye situaciones en que se suspenden tratamientos hormonales a personas trans al ingreso a un establecimiento penitenciario y que puede tener consecuencias muy graves para su salud; situaciones de aislamiento en solitario de personas LGBTI en casos de detención migratoria; o por ejemplo de deterioro permanente de la salud por falta de atención médica (como en el reciente caso de una persona trans que sufrió secuelas permanentes en Argentina).

8. OTRAS VARIABLES DE LA DISCRIMINACIÓN

A. Discriminación laboral

La orientación sexual o la identidad de género no es una causa de despido ni de obstaculización de acceso o ascenso en el trabajo o en la función pública, de modo que no debería ser formalmente esgrimida para discriminar. Dado que no podría ser abiertamente usada, en toda la región se informa que se practica de modo encubierto, aduciendo otras razones (así Argentina, Costa Rica, Paraguay, Venezuela, Perú, Brasil, México, los países del Caribe).

La primera dificultad es la de acceso al empleo, pero luego la de ascender o progresar en el trabajo elegido. En sociedades cada vez más competitivas y problemáticas en cuanto a la demanda de trabajo, con altos índices de desempleo y nutrida y machacona difusión de valores *meritocráticos*, es perfectamente imaginable que para progresar o *trepár* laboralmente se proceda a denigrar a cualquiera que se considere competidor, siendo la orientación sexual o la identidad de género no heteronormativa uno de los blancos preferidos de los inescrupulosos. Piénsese que incluso se sugieren *sospechas* acerca de la sexualidad entre los propios heterosexuales, tratando de adosarse etiquetas de orientación sexual no hegemónica entre ellos mismos en cualquier competencia laboral o profesional.

Es claro que cuanto más profundos y arraigados sean los prejuicios paranoides que hubiere en una sociedad, las mencionadas dificultades -y otras- se acrecentarán, obligando a muchas personas a ocultar su orientación sexual y/o identidad de género y a otras a padecer el estigma y la postergación.

Por lo general, se observa como violatoria de la dignidad y de los Derechos Humanos a la segunda variable, pero no puede dejar de anotarse que también lo es la primera, puesto que la necesidad de ocultar la orientación sexual, disimularla e incluso muchas veces simular una sexualidad que no es la propia, es una abierta lesión al desarrollo pleno de la personalidad y, siempre, una base falsa en la relación e interacción con las otras personas que, en alguna medida, se traduce en cierto grado de inautenticidad en todos los vínculos personales (de compañerismo, amistad, camaradería, etc.).

B. Docentes con dificultades

Un caso particular de discriminación laboral es el de los docentes de escuelas primarias y secundarias -menos en lo universitario-, que se ven obligados a ocultar su orientación sexual, en especial en establecimientos religiosos -aunque no sólo en éstos-, so pena de ser expulsados o fuertemente postergados en la carrera y en la asignación de tareas y horas de clases, que repercuten sobre su salario y reconocimiento profesional.

En ocasiones, los docentes suelen ser también fuertemente criticados por su orientación sexual por autoridades y colegas, e incluso muchas veces objeto de burlas por los propios alumnos. Se han dado casos de protestas y exigencia de separación de su tarea por parte de familias que consideran que ponen a sus hijos e hijas en *peligro moral*, etc.

Hechos de esta naturaleza se reportan en casi todos los países (Argentina, Perú, Venezuela, Brasil, Nicaragua, Paraguay, las naciones de la región del Caribe, etc.). Esta forma de discriminación laboral que afecta a los docentes con orientación sexual LGBTI es una variante de la discriminación del grupo y, por ende, su intensidad está en relación directa con el grado de penetración del componente prejuicioso en cada sociedad.

No obstante, en algún país donde al parecer se ha avanzado bastante en la reducción de los prejuicios paranoides, no dejaron de registrarse episodios de insólita y

contradictoria exigencia *moral*, incluso fuera de la cuestión de discriminación por orientación sexual, porque en algún establecimiento religioso se expulsó a una docente por ser madre soltera (Argentina), lo que provocó fuertes rechazos que llegaron a los medios de comunicación.

C. Medidas contra la discriminación laboral

Las medidas contra la discriminación laboral son casi siempre de relativa eficacia, dada la naturaleza oculta de ella. No obstante, es importante al menos disponer de una base normativa que la prohíba, rechace o condene, siendo tarea propia de la casuística judicial descubrirla debajo de los múltiples pretextos que la encubren.

En este sentido, en varios países existen disposiciones legislativas de diferente jerarquía normativa que la condenan, desde resoluciones ministeriales a decretos ejecutivos y leyes formales.

Así, en la Argentina y en cuanto a la administración pública, se considera prohibida esta discriminación por decreto de 2006, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por disposición de 2015, en la Ciudad de Rosario por ordenanza de 1996. En Bolivia queda abarcada por la ley contra el racismo de 2010. Brasil registra leyes de casi todos los Estados que expresamente prohíben la discriminación laboral por orientación sexual (consideran que está vigente al principio 12° de Yogyakarta y la convención n° 111 de la OIT incorporada a la legislación interna). En Costa Rica se emitieron varios decretos en igual sentido, en tanto que en Cuba y Ecuador la prohíbe el Código del Trabajo y en Venezuela la ley orgánica del trabajo. En El Salvador se emitieron varios decretos en cuanto a empleo público. México la prohíbe en la ley federal contra la discriminación y, además, la pena el código penal federal al igual que el de Nicaragua.

En otros países se considera que la prohibición se halla comprendida en las disposiciones y puniciones de la discriminación por orientación sexual en general, aunque no mencione expresamente la discriminación laboral. La jurisprudencia también la consideró prohibida en algunos países, como Colombia.

Una medida interesante y útil para intentar prevenir esta forma de discriminación, es la adoptada por el Ministerio de Trabajo de Brasil, que prohibió a los empleadores solicitar documentos o información sobre la sexualidad de sus empleados o aspirantes.

La situación de los países del Caribe contrasta con las normativas y esfuerzos antes señalados, porque no sólo no se sanciona la discriminación laboral por orientación sexual, sino que ni siquiera se la prohíbe expresamente e, incluso, en algunos casos se la excluye expresamente de la protección legal contra discriminación laboral (Trinidad y Tobago). Esto no es de extrañar, teniendo en cuenta que se mantiene la criminalización primaria de la orientación sexual no hegemónica. Excepciones a este cuadro de situación se pueden constatar en Jamaica cuya ley prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual pero sólo para el sector público y en Barbados donde una ley sancionada en agosto del 2020 (Employment (Prevention of Discrimination) Act 2020) prohíbe discriminación en el empleo incluido el sexo y género del empleado.

Sin embargo, sí es de extrañar que la Corona británica, cuyo Consejo Privado actúa como última instancia judicial del Caribe en varias jurisdicciones y cuyos jueces son casi los mismo que integran la Corte Suprema del Reino Unido, se ha empeinado en mantener la discriminación por orientación sexual en decisiones que se han tomado este milenio. Por ejemplo, en el 2007 en el caso de la exclusión legislativa de protección legal contra la discriminación por orientación sexual en Trinidad y Tobago, la corte de apelaciones había fallado que tal exclusión violaba el principio de igualdad de la constitución. No obstante, el Consejo Privado de la Corona en *Suratt*, en una decisión preocupante, revirtió ese fallo y declaró tal exclusión constitucionalmente válida. Pese a ello, parece haber algunas iniciativas positivas en Antigua y Barbuda.

En la Argentina se adoptaron algunas medidas aisladas de carácter positivo, pues una ley en la provincia de Buenos Aires y también varias ordenanzas municipales, establecen cupos laborales de empleo para personas *trans*. Es importante notar que recientemente se estableció el Cupo Laboral Travesti Trans en el sector público, que garantiza un mínimo del 1% de la totalidad de cargos y contratos para personas travestis, transexuales y transgénero.

Cabe entender que, apoyada en la base normativa de todos estos países, la casuística jurisprudencial en la justicia laboral estaría en mejores condiciones de desenmascarar los pretextos con que se la quiera ocultar, especialmente en los supuestos de despidos, pero de todos modos esto no impide su práctica en el caso de discriminación en el acceso al empleo.

En este último supuesto, no deja de ser útil alguna limitación a las condiciones que se anuncien en la publicidad de demanda de empleo, con el uso de diferentes eufemismos

que sirven para excluir a cualquier candidato que manifieste o del que se sospeche una orientación sexual heterodoxa (*varonil, buena presencia, trato delicado, etc.*).

D. Controles psicotécnicos de ingreso

Con frecuencia, el ingreso a la administración pública se encuentra sometido a exámenes de carácter psicológico de diferente intensidad, con el riesgo de posibles intromisiones indebidas en la orientación sexual de las personas y en otros datos de su privacidad.

Si bien es correcto que un Estado quiera tener una burocracia con buen nivel de salud mental y que ésta sea condición de capacidad o idoneidad para el desempeño de una función pública, no por eso se pueden legitimar intromisiones en la privacidad de los candidatos que, muchas veces, lesionan su dignidad humana.

Cabe tener presente que incluso se ha difundido el empleo de evaluaciones de más que discutible valor científico, como los casos en que se somete a los aspirantes a la prueba del llamado *polígrafo* o *detector de mentiras*. Estos procedimientos se llevan a cabo en algunos países incluso para el nombramiento de jueces y fiscales, obligando al futuro magistrado a someterse a esta degradación de su autoestima. Mal habrá de respetar la dignidad de los ciudadanos, quien para acceder a su difícil función debe someterse un procedimiento que -aparte de su más que dudoso valor- lesiona su propia dignidad.

No basta con prohibir las preguntas o los datos directamente vinculados con la orientación sexual de la persona en los tests o informes psicológicos, para que ésta no resulte -de hecho- un obstáculo para que el perito la indague, cuando se le permite hacerlo bordeando el tema, mediante la apelación a conceptos nebulosos que permiten inferirla.

Es sabido que la psicología y la psiquiatría en modo alguno son ciencias exactas, y que mucho se discute en sus ámbitos y depende de las escuelas y corrientes del respectivo campo del saber. El impacto de la relatividad de las opiniones periciales es mucho menor cuando el examen se limita a descartar patologías graves -lo que es racional, puesto que no es recomendable que una administración se nutra de magistrados o funcionarios psicóticos-, pero el terreno se vuelve extremadamente más resbaladizo

cuando se pretende establecer perfiles de personalidad como condición de idoneidad para la función.

Por ende, no es posible otorgar al perito encargado de los exámenes psicotécnicos de ingreso a la administración un poder omnímodo en cuanto a la intromisión en la privacidad de las personas.

Este es un recurso por el que se puede filtrar una discriminación *de hecho* por orientación sexual, al margen de lo que dispongan las leyes y reglamentos, por lo que se debe estar particularmente atento a la forma en que se lo practica y a los límites que deben imponérsele a esta actividad.

Cabe observar que la actividad pericial en sede judicial está controlada por los peritos de parte que puede designar la defensa, pero en este género de intervenciones para establecer la idoneidad de una persona para el desempeño de una función, no hay peritos de parte y, por ende, la persona queda en manos exclusivas de un perito único, sin que quepa descartar incluso la posibilidad de que sea una persona consciente o inconscientemente *LGBTIfóbica*.

E. La educación antidiscriminatoria

Es bien sabida la importancia que tiene la difusión de valores igualitarios en la educación primaria y secundaria para la formación de las nuevas generaciones en el respeto a los Derechos Humanos y a la sana coexistencia social.

Es bastante claro que la lucha por la igualdad tiene carácter cultural; el derecho sólo es una manifestación que puede orientar una cultura, pero en el fondo, todos sabemos que ésta no habrá de descartar sus prejuicios paranoides sino a través de un proceso educativo de esclarecimiento y de incorporación de valores igualitarios. De allí que sea básico cuidar la educación en valores de la niñez y de la adolescencia.

Pese a que lo anterior es una obviedad o verdad de Perogrullo, quienes sustentan criterios discriminatorios paranoides y sus respectivas fobias, también conscientes de su importancia para el futuro, no dejan de obstaculizar el avance de la difusión de los valores igualitarios, creando dificultades y generando diferentes tipos de conflictividades en los establecimientos educativos.

A estas dificultades se agrega que muchas veces el apoyo oficial es retaceado, aunque no siempre, pesa el interés de algunas autoridades por ahorrarse conflictos que superficialmente consideran innecesarios.

En tanto, suelen registrarse episodios de acoso escolar entre pares que se reportan en diferentes países (Venezuela, Perú, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Grenada, Guyana, Jamaica). La falta de entrenamiento y adecuada preparación de sectores de la propia docencia -que también son producto de una previa defectuosa educación en derechos humanos-, hace que éstos no sean conscientes del enorme daño que estas conductas producen en la personalidad de los niños y niñas o adolescentes victimizados.

Tampoco es extraño que en ocasiones se choque con políticas públicas incoherentes o contradictorias. En Paraguay en 2017 se prohibió la circulación de materiales impresos que difundían en instituciones educativas lo que los movimientos que se oponen a la igualdad llaman *ideología de género*, lo que entra en contradicción con la ley contra el acoso escolar, pese a que ésta tampoco se refiera específicamente al género ni a la identidad sexual.

En 2012, en Belice y Jamaica se hicieron algunos intentos para introducir la enseñanza sexual, pero fueron derogados por presión de algunos grupos evangélicos. En Barbados se obliga a los niños a usar pantalones y a las niñas vestidos.

Existen en otros países algunos programas (Costa Rica), en tanto que en la Argentina se introduce más por iniciativa de los propios docentes, impulsados por sus propias organizaciones gremiales, donde predomina una clara consciencia al respecto. Existe en Argentina desde el año 2006 la Ley que creó el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, que como uno de sus tantos objetivos tiene el de identificar las diversas interpretaciones históricas sobre la sexualidad y sus correlatos en las prácticas pedagógicas para promover la permanente reflexión sobre las propias interpretaciones y concepciones de la sexualidad. La aplicación de esta ley ha sido sumamente difícil desde su sanción a lo largo del país.

F. Discriminación migratoria y de refugiados

En general, no suelen registrarse discriminaciones que por la orientación sexual dificulten el derecho a transitar entre los países de la región. Hacen excepción algunas

circunstancias -más bien curiosas- en algunos países del Caribe, como Trinidad y Tobago, cuya ley de inmigración prohíbe el ingreso de homosexuales al país, con motivo de lo cual una organización religiosa pentecostal impetró en 2007 que se impidiese el ingreso de Elton John's, aunque sin éxito. En Belice rige una ley semejante y sus funcionarios migratorios, en 2007, deportaron a un grupo de rusos, tiempo después detuvieron a dos hombres y en 2011 a dos mujeres.

La Comunidad del Caribe (CARICOM, sigla en inglés que significa *Comunidad del Caribe y Mercado Común*), fundada originariamente por cuatro Estados (Barbados, Jamaica, Guyana y Trinidad y Tobago), establecida por el *Tratado de Chaguaramas*, vigente desde el 1º de agosto de 1973. Cabe pensar que estas discriminaciones migratorias cesaron también en la región caribeña, puesto que en 2016 la Corte de Justicia del Caribe interpretó que a los Estados de la Comunidad del Caribe (CARICOM), precisamente en razón del tratado de Charaguaramas, les está prohibido impedir la entrada de personas LGBTI sólo por su orientación sexual.

En materia de refugiados, en general los países de la región se rigen por la Convención de 1951 sobre *estatuto de los refugiados* y su *protocolo* de 1967. La ley argentina 26.165 de 2006, contempla especialmente como posibles refugiados a los perseguidos por orientación sexual. Aunque en Brasil no incluye expresamente esta persecución en la ley, por interpretación jurisprudencial se la incorporó y en 2002 se concedió refugio a dos ciudadanos colombianos amenazados de muerte en su país.

En Costa Rica y otros países no se menciona tampoco expresamente esta forma de persecución, pero lo cierto es que tampoco se reportan casos de rechazo de refugio por ella.

G. Discriminación en fuerzas armadas

En general, se puso siempre de manifiesto un fuerte rechazo a la admisión de personas LGBTI en las fuerzas armadas, no sólo de la región. Se mantiene en buena medida la idea de que la cultura profesional militar es incompatible con las orientaciones sexuales e identidades de género no cis-heteronormativas, pese a que en todos los países se conocen prácticas de esta naturaleza en estos cuerpos. Más allá de las leyendas, cabe recordar que en tiempos en que dominaban valores paranoides se produjeron grandes *escándalos*. Uno en los Estados Unidos en la escuela de la marina

en Newport, Rhode Island, que llevó al entonces Sub-secretario de la Marina y luego presidente Franklin Roosevelt a iniciar una caza de brujas de marineros y oficiales homosexuales a principio del siglo pasado y que sólo vio la luz pública más de medio siglo después en la década del 80. Otro en Alemania, que envolvía al propio heredero de la corona y luego Kaiser alemán y, años después, en 1942, otro en la Argentina, conocido como el caso de los cadetes, que incluso incluyó trágicamente una instigación al suicidio de uno de los cadetes, llevada a cabo por el propio padre.

Se admite ahora la presencia de personal militar de orientación sexual no heteronormativa en la Argentina, en Colombia (sentencia de 1999 y luego, en el ejército, desde 2015), en Chile desde 2012, en Brasil, Costa Rica la admite en sus policías (no tiene fuerzas armadas), lo que no significa que estas personas no tengan algunas dificultades en el desarrollo de sus carreras.

En Bolivia y Venezuela aún no se las admite y en este último país se han registrado algunas expulsiones y tratos degradantes. En Perú se declaró inconstitucional la punición de la homosexualidad en las fuerzas armadas.

México mantiene una posición ambivalente, porque si bien no la prohíbe ni sanciona, lo cierto es que se registraron algunas expulsiones por razones de orientación sexual.

En Paraguay no hay una disposición que expresamente permita la incorporación de personas con orientación sexual no heteronormativa, pero en 2010 el Legislativo rechazó por amplia mayoría un proyecto que prohibía el ingreso de personas LGBTI a las fuerzas armadas y de seguridad, y en 2011 se modificó el reglamento que prohibía la homosexualidad en la policía.

En los países del Caribe, si bien no existen prohibiciones expresas, en general se piensa que las personas LGBTI ocultan su condición cuando se hallan incorporadas a las fuerzas armadas, lo que parece muy probable, dada la criminalización de esas conductas en sus leyes penales.

H. Privacidad de las víctimas de delitos

En general, no se cuida la privacidad de las víctimas de delitos cuando éstas son de orientación sexual LGBTI. Los medios de comunicación -y no necesariamente los

amarillos o sensacionalistas- suelen emplear lenguaje discriminatorio, más o menos encubierto según el país y el grado de difusión de prejuicios paranoides y *LGBTIfobias*, puesto que muchas veces prima el sensacionalismo en busca de *rating*.

En homenaje a la libertad de expresión, no hay normas que limiten estas estigmatizaciones públicas de las víctimas de delitos y las actitudes varían según los intereses de los medios de comunicación, las decisiones de los editores y el perfil de los periodistas y directores de servicios de noticias.

En alguna medida, estas violaciones de privacidad contribuyen a reforzar el estereotipo negativo del imaginario paranoide, que pretende que la sexualidad no convencional se inserta en un submundo lóbrego y marginal, incluso peligroso y patológico, muchas veces con el resultado de criminalizar mediáticamente a la víctima, aunque no persigan específicamente esa finalidad, sino que respondan a objetivos preferentemente crematísticos por vía del *rating* escandaloso.

En algún país se observa que en los últimos tiempos las historias referidas a personas LGBTI parecen haber perdido interés (Jamaica), lo que no es extraño, puesto que en la medida en que los prejuicios paranoides van perdiendo fuerza, estas noticias despiertan menos interés morboso, aunque éste nunca desaparecerá del todo cuando está referido a la sexualidad, sin estar limitado a la sexualidad no heterosexual, porque los delitos de esta naturaleza cometidos o victimizando a heterosexuales siguen despertando la curiosidad pública y los medios inescrupulosos la siguen explotando.

I. Discriminación en materia de identidad

Toda persona tiene derecho a que el Estado le reconozca la identidad de género que corresponde a su *autopercepción* y a que, en consecuencia, así lo haga constar en su documentación.

Contra la *aberración ideológica* que pretende considerar al *género* como una *ideología*, no puede dejar de advertirse que lo *ideológico* es en definitiva la negación de su realidad. El *sexo* es biológico, pero el *género* es una construcción social; su negación responde claramente a una *ideología* según la cual *no habría más que dos géneros, correspondientes exactamente a los dos sexos*. Quienes discursen negando la realidad social del *género*, no pretenden otra cosa que la imposición de su ideología *binaria*.

Cabral⁴⁴ aporta una perspectiva de suma relevancia al proponer introducir un análisis desagregado sobre la situación de derechos humanos de las distintas comunidades: es decir, un análisis que sea capaz de identificar las situaciones de derechos humanos y violaciones a los derechos humanos sobre la base de la orientación sexual y aquellas que tienen como base la identidad y la expresión de género y aquellas que tienen como base las características sexuales. Esa desagregación requiere además de otros instrumentos de análisis. Por ejemplo, la introducción de un término como es “cisgénero” que permita distinguir situaciones. Señala la importancia de poder distinguir entre personas trans que son heterosexuales o que son homosexuales y personas cis que son heterosexuales o que son homosexuales ya que de esa manera nos aproximamos a lo que tiene que ver con la discriminación estructural que afecta a las personas trans.

En relación con el movimiento intersex, la introducción de categorías específicas es fundamental para conocer cuál es la situación de la comunidad intersex en Latinoamérica y el Caribe (como por ejemplo tomar las características sexuales como una base sobre la cual se producen un conjunto de violaciones a los derechos humanos). Y agrega que si identificamos a la comunidad intersex con la comunidad LGTBI todo aquello que tiene que ver con las demandas específicas del movimiento intersex resultan excluidas o minimizadas de manera sistemática. Por lo tanto, cuando se trata de personas trans o personas intersex las violaciones a los derechos humanos que se producen en la intersección entre los sistemas jurídico-normativos y psico-médico son una preocupación de primer orden para nuestros movimientos.

Por su parte, Maffia⁴⁵ considera que hay muchas cuestiones que se aplican a las identidades de género que se vinculan con no estar fijas, con cambiar a través del tiempo, con ser exploradas, con depender del reconocimiento en los medios sociales en los cuales se desarrollan. Y que de esas definiciones dependen muchas de las soluciones que después ofrezcamos. Desde su perspectiva, la condición travesti-trans es la que disputa el pensamiento binario cis-heteronormativo de una forma que no la disputan gays y lesbianas, donde se revela que el binarismo es una deficiencia de las políticas donde se institucionalizan y determinan la carencia de otros tipos de

44 Intervención en el Conversatorio de fecha 23 de octubre 2020.

45 Intervención en el Conversatorio de fecha 22 de octubre 2020.

políticas. Finalmente, en concordancia con estos planteos, Madrigal⁴⁶ sostiene la importancia de una perspectiva interseccional, dando cuenta de procesos dinámicos en los que ocurren las experiencias de vida distintivas y únicas de personas en un lugar determinado, en un momento determinado y que varían en relación con el tiempo. Así resalta la situación de personas mayores género diversas que han construido vidas libres e iguales dentro de sus comunidades y están enfrentando el día de hoy sistemas de atención y de retiro que no están preparados y que son insensibles a sus necesidades.

Una vez dejada de lado la ideología binaria y, por ende, reconocida la realidad del género como construcción social, corresponde que cada persona asuma su identidad de género conforme al modo en que la percibe y la identifica, es decir, según su autopercepción de género, con la cual interactúa en la sociedad.

Conforme a este criterio, algunos países siguen los lineamientos trazados en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos humanos (OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017), que entiende que las disposiciones de la Convención Americana exigen que las rectificaciones de documentación deban tener lugar mediante trámites rápidos, sin costo, de ser posible directamente en sede administrativa y sin exigencia de pruebas médicas o semejantes, sino sólo conforme a la *identidad autopercebida* (Costa Rica, Argentina).

Sin embargo, no por ello debe entenderse que en estos países se hayan suprimido todas las dificultades prácticas. Así, por ejemplo, en la Argentina, donde la ley es prácticamente modelo en esta materia, cuando se trata de rectificar nombres en partidas de nacimiento de hijos menores o en partidas de matrimonio, se exige orden judicial, lo que complica el trámite.

Es obvio que la situación es aún peor donde ni siquiera existe una ley que garantice este derecho (Nicaragua, Paraguay, los países del Caribe), o donde se exige un trámite judicial complicado y, además, certificación médica (Venezuela). En alguno se registran sentencias en favor de este derecho elemental de las personas *trans*, pero que no son demasiado precisas en cuanto a los requisitos (Perú).

46 Intervención en el Seminario Internacional del día 28 de octubre 2020.

La preferencia por los trámites administrativos y no judiciales, obedece a que ésta -como todas las discriminaciones- las padecen en mayor medida quienes son víctimas de una discriminación múltiple, por lo general clasista, producto de la alta estratificación social y polarización de riqueza de nuestras sociedades.

Es claro que las personas que disponen de mayores recursos pueden acceder a las instancias judiciales sin dificultad, en tanto que a las de menores recursos se les dificulta muchísimo, no sólo por hacerse cargo de honorarios profesionales, sino también por el tiempo que requieren las tramitaciones y que deben sustraerlo a sus actividades laborales, muchas veces de subsistencia.

Hay varias iniciativas para resolver problemas propios de todas las personas que requieren que su cuerpo y documentación coincidan con su identidad de género autopercibida, pero que no han sido receptadas en la región.

Así, existen casos en que al momento de inscribir el nacimiento se presentan dudas en cuanto a la conformación de la genitalidad, variable primordial para la inscripción del género en la documentación oficial, no obstante, lo cual, conforme a la legislación vigente, se hace necesario hacerlo con un nombre masculino o femenino. Más tarde, cuando se disipan las dudas, muchas veces se debe rectificar el nombre, trámite que bien podría ahorrarse de permitirse que, en esos casos, se pudiese inscribir al recién nacido con un nombre *neutro*. En ningún país de la región se admite esta posibilidad.

Otra de las dificultades es que casi no se registra en la región que en los servicios de salud se ofrezcan tratamientos e intervenciones de reasignación de sexo, razón por la cual los casos que se conocen tienen lugar como prácticas de medicina privada, con el consiguiente costo que, por supuesto, no pueden solventar las personas de menores recursos. En similar medida se presentan problemas para el acceso a terapias hormonales.

Cabe agregar que esta carencia de servicios públicos genera otro riesgo, que es el de algunas prácticas irresponsables, fuera de todas las reglas del arte médico, intervenciones practicadas en lugares inidóneos y hasta a algunos casos de curanderismo, con resultados altamente lesivos y a veces letales.

9. MEDIDAS POSITIVAS PÚBLICAS

A. Políticas públicas contra la homofobia

Los gobiernos de los diferentes países no han permanecido indiferentes frente a las presiones de las ONGs, de la sociedad civil y de buena parte de la población. Por consiguiente, se han implementado una serie de medidas políticas de diferente importancia y trascendencia práctica contra las discriminaciones por orientación sexual, que no se pueden ignorar y que, obviamente, es menester potenciar.

Así, en Brasil se creó en 2001 el *Consejo Nacional de combate a la discriminación* y en 2011 se especificó que incluía a las personas LGBTI, puesto que la ley antidiscriminatoria 7.716 de 1989 no incluía la discriminación por orientación sexual. Por otra parte, los jueces de Rio Grande do Sul crearon un *Observatorio contra la homofobia*.

En Costa Rica se instituyó el *Día Nacional contra la Homofobia* y se encuentra en trámite un proyecto de ley antidiscriminatoria que agrava los delitos por odio. En la Argentina se creó el *Instituto Nacional de lucha contra la discriminación, la xenofobia y el racismo*, que se ocupa del tema. En Paraguay se está tramitando un proyecto de ley antidiscriminatoria. Brasil establece sanciones para conductas discriminatorias en varios estados: Sao Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Puauí, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, DF, Alagoas, Bahia, Pará, Paraiba. Ecuador multó e inhabilitó a un candidato en 2013 por conducta discriminatoria.

Se agravan las penas de los delitos de odio en Argentina, en algunos códigos mexicanos, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Perú, Uruguay. En Brasil hay un proyecto de penalización de crímenes de odio desde 2014. En la Argentina, la ley antidiscriminatoria 23.592 de 1988 no incluía expresamente el crimen de odio por orientación sexual en la agravante, pero se incluyeron por la ley 26791 de 2012. En Venezuela, pese a las dificultades muchas veces señaladas, en 2017 se sancionó la *Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia*, aunque se la ha cuestionado mucho.

En el Caribe no hay disposiciones análogas, aunque se observa que sería posible encuadrarlas en otras normativas (Trinidad y Tobago). En Belice parece haber algún proyecto de ley. En Grenada se propuso incluir la orientación sexual entre las conductas discriminatorias en 2014, y un pastor escribió en un diario de gran circulación que ese

proyecto era obra de Satanás. No obstante, las constituciones, aunque no mencionen estas discriminaciones, a tenor de sus letras las prohíben (Dominica; Guyana), lo que presenta el problema constitucional antes mencionado.

St. Lucia fue el único país de América que en 2008 se opuso a la declaración de la Asamblea general que afirmó la protección internacional de los DDHH para personas LGBTI. Pese a ello su ley laboral prohíbe despedir por motivo de orientación sexual. *La Ley de igualdad de oportunidades* de Trinidad y Tobago excluye la orientación sexual de entre las categorías protegidas contra la discriminación. No obstante, ello, en Jamaica la legislación prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual pero sólo para el sector público y en Barbados una ley sancionada en agosto del 2020 (Employment (Prevention of Discrimination Act 2020) prohíbe discriminación en el empleo incluyendo la discriminación en razón del sexo o el género de la persona.

B. Objeciones a la calificación de los delitos de odio

Cabe observar que la tipificación penal de los discursos discriminatorios y la agravante en los crímenes de odio fue criticada por cierta parte de la doctrina, aduciendo que se trataba de criminalización de ideas políticas.

El mismo problema se planteó en varios países y continentes con motivo del delito de *negacionismo*, en particular de la Shoá. Con igual criterio se pretendió considerar contrario a los principios de un derecho penal de garantías la calificación de agravación de los delitos de odio, especialmente los que lesionan la vida y la integridad física de las personas.

No entramos aquí a la discusión del *negacionismo*, porque no es el objetivo de la presente investigación, pero respecto de los crímenes de odio la crítica carece de fundamento, puesto que no se trata de una simple agravación de la culpabilidad por la mera motivación, sino de una lesión objetivamente mayor que la del puro tipo de homicidio y lesiones que no sea de odio.

El contenido injusto de un delito se mide por el grado de afectación de bienes jurídicos. Así, resulta que un delito es más contrario al orden jurídico cuando lesiona dos bienes jurídicos, que cuando sólo lesiona uno.

Por esta razón es que el injusto del delito de odio es mayor que el de un homicidio o lesión del tipo básico, porque precisamente, en estos delitos se lesionan dos bienes jurídicos, a saber: la vida o la integridad física de la víctima, pero también, como al autor le es en principio indiferente la identidad de ésta y la elige sólo para enviar un mensaje a todo el grupo al que ella pertenece, suma a la anterior lesión la afectación a la libertad que todas las personas que integran ese colectivo y que perciben el homicidio o las lesiones como un delito de amenazas, es decir, como un mensaje de fuerte y sangriento poder limitador de su ámbitos de libertad social.

C. Organismos estatales de lucha contra la discriminación

Son diversos los organismos que en la región han creado los Estados para garantizar la igualdad de oportunidades y sancionar las discriminaciones, aunque no todos otorgan la misma importancia a la discriminación por orientación sexual.

En la Argentina el organismo encargado es el mencionado INADI, creado en 1988 y potenciado en la década pasada. En Costa Rica, la *Defensoría de los habitantes de la República* y el *Comisionado Especial para personas LGBTI*. En Nicaragua, la *Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos*. En Brasil, el *Consejo Federal de Combate a la Discriminación y Promoción de los derechos de lésbicas, gays, bisexuales, travestis y transexuales*, dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, además de numerosas comisiones estatales y municipales. En Perú, el *Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables* y la *Defensoría del Pueblo*. En Venezuela, la *Defensoría del Pueblo*. En México, el *Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación*, creado por ley en 2003.

Si bien no todas estas instituciones tienen igual eficacia, puesto que muchas dependen de los poderes ejecutivos y, por ende, sufren las consecuencias de los diversos e inevitables avatares políticos, su mera existencia indica cierto grado de consciencia oficial de los problemas y -al menos- el reconocimiento de sus fallas y omisiones en la materia.

En el Caribe prácticamente no existen organismos de esta naturaleza. En Jamaica se mencionan como cercanos a esos objetivos, la *Defensoría Pública* y el *Mecanismo de Denuncias de Clientes del Ministerio de Salud*. Cabe acotar que aunque la *Defensoría Pública* no se creó con este propósito en mente, ésta se ha estado interesando en estos

temas. Por ejemplo, hizo importantes presentaciones, lamentablemente sin éxito, a los efectos de ser admitida como parte interesada en el planteo de inconstitucionalidad de los tipos penales contra la sodomía; demanda que se encuentra en curso en Jamaica presentada por Maurice Tomlinson. Como se vio, en Trinidad y Tobago la orientación sexual y la identidad de género no están incluidas en la *Ley de Igualdad de Oportunidades*.

10. DERECHOS DE PAREJAS DIVERSAS

A. El matrimonio igualitario

Es sabido que el estereotipo negativo construido cultural y mediáticamente -y sostenido por los discursos paranoides, últimamente de algunos grupos religiosos- pretende que todas las personas con orientación sexual no hegemónica son enfermas promiscuas, incapaces de estabilizar relaciones afectivas.

Al margen de la obvia falsedad de este estereotipo fóbico inherente al prejuicio paranoide antes mencionado, lo cierto es que toda persona tiene el derecho a que su afectividad sea respetada y protegida por los Estados, sea cual fuere su orientación sexual. Todo Estado tiene el elemental deber de proteger la salud mental de sus habitantes y, en ésta juega un papel fundamental la garantía legal de estabilidad de sus vínculos afectivos.

Un paso enorme se está dando en la región con la introducción del llamado *matrimonio igualitario* en varios países. Además de proveer a la antedicha tutela, el efecto simbólico de esta institución es mucho mayor que el de otras medidas, puesto que prioriza los vínculos afectivos sin distinción de orientación sexual y, por ende, no sólo desbarata los prejuicios paranoides, sino que difunde -en especial entre los adolescentes en el proceso de desarrollo de su identidad- la perspectiva de una existencia plena, con el reconocimiento de su pertinente afectividad, facilitando culturalmente el desarrollo de su esfera afectiva sin retaceos irracionales.

El matrimonio entre personas del mismo sexo, en igualdad de condiciones al de las personas cis-heterosexuales, ha sido establecido en la *Argentina* en 2010, en *México* en 2010 en la Ciudad de México y seguido luego por 18 Estados (por ley en Baja

California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca y San Luis Potosí; por decisión administrativa se inscriben estos matrimonios en Baja California, Chihuahua y Quintana Roo y, en función de sentencia de la Corte Suprema en Aguascalientes, Chiapas, Jalisco, Nuevo León y Puebla); en *Uruguay* desde 2012; en *Ecuador* desde 2019; Costa Rica desde 2020; en *Brasil* por sentencia constitucional desde 2011; y en *Colombia*, también por sentencia constitucional desde 2016. En síntesis: la mayor parte de la población de la región se halla amparada con la institución del matrimonio igualitario.

Un amplio debate se abrió también con la discusión acerca de la posibilidad de que estos matrimonios o incluso personas LGBTI solteras pudiesen adoptar niños o niñas, cuestión acerca de la cual surgieron nuevos brotes paranoides que, si bien eran en absoluto desmentidos por la ciencia, no dejaron de ser reiterados en los medios masivos de comunicación. De toda forma, se admite la adopción en todos los países que reconocen el matrimonio igualitario (Argentina, Colombia, México, Uruguay y Brasil), con excepción de Ecuador, por impedimento constitucional.

En Chile existe la unión civil entre personas del mismo sexo desde 2015, desde 2019 se admite la adopción y hay un proyecto de matrimonio en discusión. En Costa Rica la situación de incertidumbre que generó la Corte Suprema al declarar inconstitucional la limitación del matrimonio del código civil a las personas de distinto sexo, pero concediendo diez y ocho meses al legislativo para que lo regule legalmente se dio por terminada con la puesta en vigencia del matrimonio igualitario en mayo del 2020.

En los restantes países no se ha avanzado en esta materia (entre ellos Paraguay, Perú, Venezuela, Guatemala, Nicaragua, etc.). Venezuela rechazó la inscripción de un matrimonio igualitario de venezolanas casadas en la Argentina. Dada la criminalización primaria en el Caribe, no existe ningún atisbo en este sentido en ninguno de sus países. No obstante, se debe mencionar que hay una petición ante el Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la falta de legislación para parejas de un mismo sexo en Jamaica y recientemente la primer ministro de Barbados anunció un referendun sobre este tema.

La ausencia de matrimonio igualitario también suele crear graves problemas de índole patrimonial, puesto que fuera de los países que lo establecen -y por ende, resuelven el régimen de bienes de la misma forma que en el matrimonio heterosexual-, en los restantes de debe echar mano de instituciones diferentes como testamentos,

distintos tipos de sociedades, etc., sin perjuicio de que los derechos hereditarios se ven afectados por la parte indisponible de los bienes o *legítima* que corresponde a los herederos forzosos.

B. El matrimonio y la Opinión Consultiva de la Corte IDH

Cabe observar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, estableció que la única institución no discriminadora en esta materia es el matrimonio en iguales condiciones que para las parejas heterosexuales.

La Corte entendió que si bien el art. 17.2 de la Convención Americana *de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”*, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Para la Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.

La Corte agregó que *una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna.*

La Corte dejó abierta la posibilidad de que Estados que tengan obstáculos constitucionales, puedan adoptar otras formas de estabilizar relaciones afectivas entre personas del mismo sexo, como la unión civil: *esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se*

recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

De toda forma “y por tratarse de una situación transitoria- la Corte advirtió que esas instituciones deben garantizar los mismos derechos que el matrimonio: *los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.*

C. Reconocimiento de uniones de hecho

Desde hace tiempo se reconocen en toda la región derechos a los convivientes de hecho no unidos en matrimonio, lo que evitó muchísimas situaciones de palmaria injusticia y desamparo.

No hay razones para desconocer los mismos derechos a las parejas de convivientes de igual sexo que a las de distinto sexo tampoco unidas en matrimonio, lo que se hace efectivamente en algunos países, como Costa Rica y Argentina, pero no en otros (Venezuela, Nicaragua, Paraguay) y menos aún en el Caribe donde las relaciones entre personas del mismo sexo se criminalizan. Es de destacar que en varios de estos últimos países la legislación y la jurisprudencia ha dotado de una serie de derechos a las parejas heterosexuales que viven en concubinato. No hay razón para que tales derechos no se extiendan a las parejas de convivientes de igual sexo que también viven en concubinato (Barbados, Belize, Jamaica).

Esta discriminación tiene notorias consecuencias en cuanto a la seguridad social, especialmente en lo que hace a la atención de la salud. Por ende, si bien en algunos países se reconoce con bastante amplitud el derecho a la seguridad social en igual forma que para las parejas de distinto sexo, casi plenamente (Argentina, Brasil, Costa Rica), en otros de niegan estos derechos (Venezuela, Perú, Nicaragua, Paraguay, en todo el Caribe).

En consonancia con lo anterior, los mismos países que reconocen derechos a las parejas del mismo sexo (Costa Rica, Argentina, Brasil), en caso de fallecimiento respetan el derecho a pensión del supérstite, en tanto que los otros lo niegan (Venezuela, Nicaragua, Paraguay, todos los países del Caribe). En Perú, desde agosto del 2020 se reconoce seguridad social al sobreviviente de una pareja del mismo sexo, pero sólo para casos de trabajadores de la salud fallecidos por COVID-19.

Cabe observar que el desamparo de las personas en pareja con otra del mismo sexo en algunas partes de la región es total: no tienen acceso a la posibilidad de matrimonio, por ende, no se les reconoce ningún régimen de bienes del tipo de sociedad conyugal o análogo, su relación estable es absolutamente ignorada por el Estado, carecen de cualquier derecho de seguridad social, no está garantizada la atención a la salud del conviviente y que el otro conviviente paga y, en caso de fallecimiento, quedan totalmente desvalidas porque no se les concede la pensión que se otorga a los convivientes heterosexuales.

No cabe descartar que, en algunos casos, esta brutal discriminación obedezca a motivaciones económicas de las administraciones, que se ahorran mediante ella en pago de servicios y pensiones, lo que no se expresa o manifiesta públicamente, pero que no puede dejar de tenerse en cuenta como motivación en el fondo verdadera y decisiva.

A estas discriminaciones, en ocasiones suele agregarse otra más aberrante: la vida en pareja con otra persona del mismo sexo se ha pretendido desvalorarla en sentencias, al punto de considerar que el padre o madre divorciado que mantiene una relación con otra persona del mismo sexo es indigno para obtener la tenencia de los hijos menores y aún para visitarlos (Chile, Jamaica). En éste último aún se aplican precedentes de la década del 70, 80 y 90 de decisiones judiciales de las cortes de apelaciones de Inglaterra⁴⁷ que ya no tienen más valor jurídico dentro del Reino Unido, pues el Parlamento Británico cambió la leyes de familia justamente para corregir la aberrante desvaloración de estas sentencias judiciales. Por ejemplo, ello se ilustra con la sanción de la Human Fertilisation and Embryology Act 2006, la cual permite a parejas de mujeres de un mismo sexo ser consideradas ambas legalmente madres

47 Por ejemplo: *In re D (An Infant) (Adoption: Parent's Consent)* [1977] AC 602, 629; *S v S (Custody of Children)* (1980) 1 FLR 143; *In re P (A Minor) (Custody)* (1983) 4 FLR 401; *C v C (A Minor) (Custody Appeal)* [1991] 1 FLR 223).

de una criatura con exclusión del padre biológico o donante de esperma. Esta ley refleja la clara intención del Parlamento Británico de reconocer la paternidad a las parejas de un mismo sexo, aunque la reforma se quedó corta en tanto no incluye a parejas de hombres de un mismo sexo. Aun así, los precedentes judiciales anteriores a la reforma legislativa⁴⁸ se siguen usando como precedentes legales en Jamaica pues nunca fueron formalmente revisados por la Cámara de los Lores o la Corte Suprema del Reino Unido. Aún cuando en Chile no había impedimentos de esta naturaleza en las legislaciones, ha habido casos en que las sentencias judiciales han acogido este criterio de extrema discriminación, que ha debido enfrentar incluso la jurisprudencia internacional⁴⁹.

11. DISPOSICIONES LEGALES DE MUY DIVERSA NATURALEZA

A. Visión sobre el conjunto legislativo

Sería injusto desconocer otras normativas de muy diversa jerarquía y referidas a materias muy diferentes, pero que contribuyen a neutralizar los prejuicios fóbicos y paranoides de nuestras sociedades.

Así como es menester llamar la atención de los Estados cuando fallan u omiten las necesarias medidas de protección y garantías de los Derechos Humanos, también es de elemental equidad reconocer los esfuerzos positivos realizados.

Dado que las disposiciones son de muy diferente jerarquía y -sobre todo- referidas a múltiples materias, es difícil clasificarlas y dotarlas de cierta unidad, pues no tienen otra que la mira de superar normativas discriminatorias y, en ocasiones, potenciar el avance de la consciencia igualitaria. Debido a esta dificultad sistemática, las mencionaremos por países.

48 Por ejemplo, *In re D (An Infant) (Adoption: Parent's Consent)* [1977] AC 602, 629.

49 *Atala Riffo v. Chile*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

B. Argentina, Bolivia, Brasil

Argentina: (a) El artículo 2° de la ley 25.529 de 2009 sobre *Derechos del paciente en relación a los profesionales e instituciones médicas*, prohíbe la discriminación por orientación sexual en la asistencia a los profesionales de la salud. (b) El art- 8 de la ley 26.862 *-Ley de reproducción médicamente asistida-* de 2013, prohíbe la discriminación por orientación sexual en el acceso a las técnicas de reproducción asistida. (c) La resolución 1507/2015 del Ministerio de Salud derogó la prohibición de donar sangre para los hombres gay, con efecto para todo el país.

Bolivia: (a) El art. 7° de la ley 2.298 *-Ley de Ejecución Penal-* de 2001 prohíbe la discriminación por orientación sexual en la ejecución de las penas. (b) El art. 1° de la resolución ministerial 668/2006 prohíbe esta discriminación en el acceso a la atención médica.

Brasil: (a) El art. 1° de la ley 10.216 de 2001 prohíbe la discriminación por orientación sexual contra las personas con discapacidad mental. (b) El art. 2 de la ley 11.340 de 2006 (conocida como *lei Maria da Penha*) consagra el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, independientemente de su orientación sexual. (c) El art. 4 de la Orden Ejecutiva 7272/2010 establece el desarrollo de acciones respetuosas de la diversidad sexual entre los objetivos del *Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional* (PNSAN). (d) El art. 3 de la ley 12414 de 2011 incluya la orientación sexual entre los datos sensibles que las bases de datos de créditos comerciales no están autorizadas a registrar. (e) El art. 17 de la ley 12.852 de 2013 *-Estatuto de la Juventud-* protege a los jóvenes de 18 a 29 años de la discriminación por orientación sexual. (f) El art. 18 de la ley 13.146 de 2015 *-Estatuto de las personas con discapacidad-* dispone que los servicios de salud pública para estas personas deben garantizar el debido respeto a su orientación sexual. (g) El art. 6 de la ley 13.344 prevé la protección a víctimas de la trata de personas, atendiendo a sus necesidades, entre otras razones, en razón de su orientación sexual.

C. Chile, Perú, Ecuador, Colombia, Panamá

Chile: (a) El art. 3 de la ley 20.418 de 2010 establece que toda persona tiene derecho a la confidencialidad de sus *preferencias sexuales* y de su *conducta sexual*. (b) El art. 2 de la ley 20.609 de 2012 (*Ley de medidas contra la discriminación*) incluye

la orientación sexual en la definición de discriminación arbitraria. (c) La Regla General Técnica n° 146 del Ministerio de Salud, que regula los procedimientos para donación de sangre, establece que la selección de donantes deberá hacerse sin ninguna discriminación basada en la orientación sexual. (d) El art. 1° de la ley 18.838 modificada por la ley 20.750 de 2014, que crea el *Consejo Nacional de televisión*, define el pluralismo incluyendo el respeto a las diversas orientaciones sexuales. (e) El art. 150 del Código penal en 2016, tipificó como delito todo acto de tortura sobre la base de la orientación sexual de la víctima, entre otros motivos. (f) El art. 7 de la ley 20.845 de 2006 (*Ley de inclusión escolar*) incluye la orientación sexual entre los motivos de discriminación que prohíbe en las escuelas, haciendo referencia a todos los grupos en el ámbito de la ley n° 20.609 (*de medidas contra la discriminación*).

Perú: (a) El art. 19 de la Orden Ejecutiva n° 027/2015 prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual en el acceso a los servicios de salud y tratamiento. (b) Numerosas jurisdicciones, distritos, provincias y regiones promulgaron normativas locales contra la discriminación basada en orientación sexual: así, Amazonas, Ancon, Apurimac, Ayacucho, Castilla, Chiclayo, Chancamallo, Cutervo, Huamanga, Huancavelica, Huancayo, Huánuco, Ica, Jesus María, Jesús Nazareno, Junín, La Libertad, Lamas, Loreto, Madre de Dios, Matahualsi, Miraflores, Moquegua, Moropó, Nueva Requeña, Pachacamac, Picota, San Martín, San Miguel, Santa Anita, Santa María del Mar, Santiago del Surco, Ucayali, entre otros.

Ecuador: (a) El art. 6 de la ley 100/2003 (*Código de la Juventud y la Adolescencia*) prohíbe la discriminación por orientación sexual, entre otras razones. (b) El art. 27 de la ley 67/2006 (*Ley orgánica de la salud*) prohíbe la discriminación por orientación sexual en relación con la difusión de información de salud sexual y reproductiva. (c) El art. 61 de la *Ley Orgánica de Comunicaciones* de 2013 define como contenido discriminatorio toda discriminación por orientación sexual. (d) El art. 12 del código penal, desde 2014, prohíbe cualquier forma de violencia por orientación sexual contra las personas privadas de libertad. (e) El art. 151 del código penal tipifica como delito todo acto de tortura definido en términos amplios, perpetrado con la intención de modificar la orientación sexual de una persona, es decir, las llamadas *terapias de conversión*.

Colombia: (a) Entre 1993 y 2016, gran parte de los progresos alcanzados por las personas LGBTI se obtuvieron por vía de la Corte Constitucional. (b) La Alcaldía

de la Ciudad de Bogotá resumió la mayor parte de las decisiones de la Corte en un diagrama actualizado hasta el año 2016. La Ciudad de Bogotá implementó regulaciones de políticas públicas para promover la igualdad en el ámbito local, entre las cuales se encuentra el acuerdo 371/2009.

Panamá: (a) El art. 3 de la ley 820 (*ley sobre el VIH y el SIDA*) de 2012 prohíbe la discriminación por orientación sexual. (b) El art. 1 de la resolución ministerial 671/2014 prohíbe esta discriminación en el acceso a los servicios de salud.

D. Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Estados de la región

Costa Rica: (a) El art. 123 del código penal, modificado por la ley 8189 (2001) penaliza la tortura sobre la base de *opción sexual*. (b) El decreto n° 33877 de 2007 derogó la orden ejecutiva n° 1993 que prohibía a los hombres gays y bisexuales donar sangre. (c) El art. 5 de la orden ejecutiva n° 38999 de 2015 establece que los organismos competentes del Poder Ejecutivo deben reconocer las uniones de personas del mismo sexo, asegurando que gocen de licencias para cuidar de su pareja por enfermedad o asistir a sus funerales.

El Salvador: (a) Los art. 3 y 6 del decreto n° 40/2004, que regula la ley de VIH prohíbe la discriminación por orientación sexual en asuntos de salud pública. (b) El acuerdo 202/2009, del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social establece medidas para erradicar todas las formas de discriminación por orientación sexual en los servicios de salud pública.

Guatemala: El art. 10 del *Código de la Niñez y la Juventud* de 1996 prohíbe la discriminación de los niños por su orientación sexual o la de sus padres.

Nicaragua: (a) El art. 3 de la ley 830/2012 sobre VIH y el SIDA, prohíbe la discriminación por orientación sexual. (b) El art. 1 de la resolución ministerial 671/2014 prohíbe esta discriminación en el acceso a los servicios de salud.

República Dominicana: (a) El art. 2 de la ley 49/2000 (*Ley general de juventud*) prohíbe la discriminación por orientación sexual. (b) El art. 11 del código de procedimiento penal (2007) establece que los jueces y los fiscales deben tener en cuenta las circunstancias particulares de cada persona involucrada en cada caso, pero

no pueden basar sus decisiones en base a su orientación sexual. (c) El art. 2 de la ley 135/2011 (*Ley sobre el VIH-SIDA*) prohíbe esta discriminación.

México: (a) El art. 1 de la *Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación* (2013) incluye las *preferencias sexuales* como uno de los motivos prohibidos de discriminación. Esto hace que todas las disposiciones de la legislación federal aplicable a los actos de discriminación contemplen esta motivación. (b) El art. 9 fue modificado en 2014 para prohibir cualquier tipo de violencia basada en la forma de vestir, hablar o gesticulaciones o asumir públicamente sus *preferencias sexuales*. (c) La normativa 253/2012, emitida por la Secretaría de Salud, levantó la prohibición de donar sangre para hombres gays y sisexuales. (d) El art. 5 de la *Ley general de víctimas* (2013) establece un enfoque diferencial especializado en cuanto a las reparaciones concedidas a las víctimas de crímenes motivados en su orientación sexual.

Jamaica: la legislación prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual pero sólo para el sector y desde principios del nuevo siglo, la policía en Jamaica tiene protocolos contra la discriminación en razón de la orientación sexual en relación a las víctimas de crímenes aunque ninguna de estas medidas se han implementado en forma efectiva en la práctica cotidiana.

Barbados: una ley sancionada en agosto del 2020 (Employment (Prevention of Discrimination) Act 2020) prohíbe discriminación en el empleo incluyendo la discriminación en razón del sexo o el género de la persona.

12. IMPULSOS DE LA SOCIEDAD CIVIL

A. Avances y dificultades

Desde fines del siglo XIX surgieron en el hemisferio norte varias organizaciones de la sociedad civil en defensa de los derechos inherentes a la sexualidad, siendo una de las pioneras una sociedad secreta inglesa llamada Orden de Chaeronea. Estos esfuerzos cobraron incipiente carácter internacional europeo con la *World League for Social Reform* en 1928.

En tanto, en Estados Unidos se había organizado la *Society for Human Rights* en 1924.

En Alemania, la lucha de Magnus Hirschfeld y su *Wissenschaftlich-humanitäres Komitee* (WhK, 1897) por los derechos de homosexuales (varones y mujeres) y personas transgénero y por la derogación del parágrafo 150 del código penal alemán, fue brutalmente desbaratada con el genocidio nazi y su criminal *triángulo rosa* (*rosa Winkel*), aunque se mantuvo vigente la criminalización alemana hasta treinta años después del fin de la guerra, para evitar pagar indemnizaciones a las víctimas del genocidio *rosa*.

A partir de los años sesenta del siglo pasado fueron apareciendo en Estados Unidos diferentes movimientos sociales contra la discriminación por orientación sexual que, con cierta aproximación, podría decirse que se distinguían entre quienes pretendían que las personas con orientación sexual diferente a la héteronormativa podían ser admitidas con igualdad de derechos en las actuales y vigentes estructuras sociales -por lo general caracterizados como *reformistas*- y quienes se identificaban con otras minorías discriminadas -especialmente los afroamericanos- y que postulaban un cambio social profundo, considerados *revolucionarios*.

Esta última vertiente tuvo expresión mundial al repercutir en el movimiento europeo de 1968, contemporáneo a los hechos del *Stonewall Riot* de Greenwich Village, que dio lugar al *New York Gay Liberation Front* (1969).

Como era de esperar, estos movimientos influyeron en diferente medida en nuestra región, pero no mecánicamente. El movimiento europeo de 1968, por ejemplo, dio lugar al luctuoso *68 mexicano*, que tuvo otro sentido local por entero diferente.

Sin embargo –y pese a las dictaduras de *seguridad nacional* de la década siguiente- los activistas latinoamericanos no cesaron y comenzaron a aparecer organizaciones locales, algunas esporádicas, pero que fueron abriendo paso a una actitud más positiva de nuestras sociedades contra las discriminaciones por orientación sexual.

Las propias dictaduras genocidas de nuestros países, si bien eran todas *LGBTI fóbicas*, adoptaron diferentes grados de actitudes represivas respecto de la orientación sexual no hegemónica, siendo algunas más *intolerantes* que otras: allanamientos de locales, detenciones arbitrarias masivas, criminalización contravencional, etc. Pero aún en los peores casos, siempre hubo resistencia por parte de grupos con la precaria organización que las circunstancias permitían, cuyo valor militante y pionero debe ser destacado. Hay ahora bastante literatura al respecto en las librerías especializadas.

En el hemisferio norte es interesante apuntar que en buena medida contribuyó al progreso social en este sentido el marco de las sociedades de consumo, que pronto se percató del considerable mercado que ofrecían las personas de orientación sexual no hegemónica, a las que hicieron visibles mediáticamente, aunque algunas veces con desafortunados caracteres estereotípicos.

En nuestro hemisferio sur, si bien no llegamos a configurar verdaderas sociedades de consumo -y consiguientes Estados de bienestar- la ampliación de la base de ciudadanía real provocó en algunos períodos de desarrollo considerables aumentos del consumo y, por ende, nuestro capitalismo periférico imitó en lo que pudo al del norte.

Pese a lo dicho, no puede dejar de observarse que también se producen algunos retrocesos en nuestra región, dado que el avance de la igualdad para las personas LGBTI choca con resistencias.

Tradicionalmente, las resistencias provenían de la Iglesia Católica y de algunos grupos resabios del reduccionismo biologista enquistados en la medicina. Pero en la actualidad, la cúpula de la Iglesia Católica marca una tónica diferente (el Papa Francisco invitó al equipo de investigadores a presentarle las conclusiones preliminares de la investigación en una audiencia privada en el Vaticano en abril del 2019), en tanto que los profesionales acólitos del reduccionismo biologista -pese a algunos rebrotes- no tienen mayor crédito en el campo académico. De la tradicional resistencia retardataria quedan grupos católicos de extrema derecha, algunos grupos evangelistas y algunos enclaves racistas desprestigiados académicamente. Estos últimos se ven incluso obligados a encubrir su ideología originaria.

La mayor resistencia que se registra en la actualidad contra la igualdad de derechos para las personas con orientación sexual no hegemónica procede de algunos grupos religiosos que -en coincidencia con la variable financiera del capitalismo mundial- profesan una concepción abiertamente *meritocrática* a la que otorgan una dimensión teológica, según la cual el bienestar físico y financiero es un premio divino y, por consiguiente, la pobreza un castigo por los pecados (la llamada *teología de la prosperidad*).

No es exagerado pensar que -paradójicamente- esta resistencia participa de un fondo ideológico común con la vertiente *revolucionaria* de reivindicación de derechos de los años sesenta del siglo pasado, puesto que ambas coincidirían en que no es

posible incorporar socialmente a las personas con orientación o identidad sexual no hegemónica a la vida social con las actuales estructuras de poder. Sobre esa base común, los *revolucionarios* del siglo pasado proponían desbaratar esas estructuras para incorporar a esas personas, en tanto que los *teólogos de la prosperidad* proponen reafirmarlas, criminalizando a esas personas.

B. ONGs en la región

En la actualidad existen múltiples organizaciones no gubernamentales en toda la región, que se ocupan de los derechos de las personas LGBTI. Al margen de las que tienen ese objetivo específico, otras ONGs de Derechos Humanos se muestran sensibles al tema y abren programas de actividades o participan en los de las especializadas.

Algunas de las ONGs que en la región centran su actividad en estos derechos y abarcan a la totalidad de la población LGBTI, en tanto que también las hay más precisamente dedicadas a alguno de los subgrupos de la población afectada. Las hay también que de preferencia dedican su atención a las personas afectadas por VIH-Sida.

En algunos países extensos existen ONGs provinciales, estatales y regionales. Respecto de la situación en los países del Caribe, debe señalarse que existe una *red del Caribe Oriental*.

Estas ONGs funcionan sin mayores dificultades en varios países, no obstante, algunos episodios más bien curiosos. Así, en la Argentina, la ONG más antigua fue condenada por la justicia a indemnizar a un hombre que sufrió lesiones en un acto convocado por ella, tergiversando jurisprudencia de la Corte Suprema, la que se vio en la necesidad de revocar la sentencia civil condenatoria. También en 2017, se detuvo a mujeres por escribir en las paredes con aerosol, lo que es común en las calles de la ciudad.

Por lo general, no se registran hostigamientos a las ONGs en Paraguay, Nicaragua, Costa Rica, Uruguay, Brasil, aunque en este último país se denuncia alguna amenaza aislada. Al parecer, sufren más dificultades en Venezuela y Perú.

En otros tiempos se las hostigó en algunos países (Argentina) al negarles la inscripción y el reconocimiento como personas jurídicas, lo que obviamente es una forma de

censura. Fuera de estos episodios lejanos, no parecen tener lugar otros de similar naturaleza en la región.

Las mayores dificultades se registran en el Caribe, donde suele haber hostigamientos, por lo que las ONGs prefieren no ser muy públicas, no llamar la atención con anuncios en los frentes (Barbados) o no insistir en temas demasiado polémicos (Antigua y Barbuda). En alguno de los medios de comunicación las descalifican (Dominica) y también tiene lugar la llamada *descalificación por afiliación* (Jamaica, Guyana), estigmatizando a las personas que cooperan o trabajan en ellas. En alguno de estos países se producen episodios de descalificación pública por parte de organizaciones reaccionarias, que no son prohibidas (Santa Lucía).

C. Festivales y marcha del orgullo

En Costa Rica (San José) se organizan marchas y festivales en los que se premia a personas que han contribuido al avance de los derechos igualitarios, eligiéndolas *mariscales o mariscalas*. También el 17 de mayo -día internacional de lucha contra la homofobia, bifobia y transfobia-, se iluminan los edificios públicos.

En Perú tiene lugar la marcha anual del orgullo LGBTI y también un festival de cinematógrafo, como también otro de arte escénica. En Venezuela la marcha del orgullo LGBTI se organiza en Caracas, pero también en otras varias ciudades del país; también se lleva a cabo un ciclo de cine y una exposición de la diversidad sexual, con participación de muchos artistas.

En Brasil es sumamente conocido el *pride* de Sao Paulo, que se replica en muchos Estados y municipios a lo largo del país; también el 17 de mayo es reconocido como día nacional contra la homofobia.

En Argentina tiene también unos cuantos años la marcha del orgullo y el festival *Asterisco* de cine, lo que suele complementarse con actividades en diferentes centros culturales.

En el Caribe no hay este tipo de demostraciones públicas en Antigua y Bermuda, Grenada, San Vicente y las Granadinas, aunque parece que se realizan en Belice, Trinidad y Tobago, pero en lugares cerrados o con acceso restringido (e.g. Montego

Bay, Jamaica since 2018). Más público es la marcha del orgullo organizada por JFLAG o deportes en la playa organizados por la Universidad de West Indies. En Barbados hay también eventos públicos y en Guyana y Suriname se celebra la marcha del orgullo en marzo de cada año.

Estas actividades, como también la difusión de literatura acerca del tema, tienen un importante papel simbólico. Hay librerías especializadas en algunos de nuestros países (por ejemplo, en Brasil y Argentina). La literatura sobre el tema es en los últimos años muy abundante, sobre todo en materia de derecho y de historia. La difusión de este material es indispensable para impulsar el cambio cultural que se propugna.

1. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

A. Abanico de situaciones

Al cabo del recorrido de los informes suministrados, aparece una diversidad de situaciones que van desde la criminalización formal de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo hasta el reconocimiento pleno de la condición discriminante de privación de cualquier derecho con este pretexto.

No faltan opiniones superficiales que atribuyen este mosaico normativo y social a diferencias *culturales* que, además se esgrimen como argumento para legitimar la propia discriminación por orientación sexual.

Además del convencimiento de que las diferencias culturales en América Latina y el Caribe no son tan profundas como se pretende, con toda razón la Corte IDH expresó claramente que la circunstancia de que grupos o sectores internos de un país resisten el avance del principio de igualdad, este no puede ser un argumento válido para impedir, detener u obstaculizar su vigencia. Este razonamiento es de elemental racionalidad, puesto que si de la existencia de una corriente de opinión en un país -o incluso de una mayoría- dependiese la vigencia de los Derechos Humanos, esto significaría directamente su derogación total. Justamente, los Derechos Humanos son consagrados en la Declaración Universal de 1948, ante el pánico suscitado por gravísimos y masivos crímenes cometidos con aprobación o indiferencia de mayorías.

B. Criminalización primaria

En este sentido -y en el primer extremo de las situaciones reseñadas- no cabe duda de que se impone llevar adelante una campaña por la despenalización de la sodomía en los países del Caribe. Ésta se debe centrar, aunque no exclusivamente, en el plano

jurídico y no debe cesar hasta la total abolición de todo tipo penal que en forma directa o indirecta criminalice la intimidad sexual consentida entre adultos de un mismo sexo en el continente americano. A tal efecto se sugiere emplear todos los recursos rápidos de los derechos internos para obtener tal abolición hasta dejar abierta la vía internacional.

En el plano internacional, la CIDH ha tenido la oportunidad de celebrar una audiencia con relación a Jamaica y al cierre de la misma la Comisión, a forma de informe preliminar, hizo un llamado para la derogación de estos tipos penales. Se espera la publicación del informe final en estos meses. Por ello, en atención a la negativa de Jamaica a derogar estas normas y los elementos recogidos por esta investigación, se sugiere que la CIDH en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 64 de la CADH solicite de la Corte IDH una opinión consultiva sobre:

- La convencionalidad de estos tipos penales a la luz de la CADH y otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos aplicables en el continente americano.
- La responsabilidad internacional con consecuencias legales que le cupiere a los distintos sujetos del derecho internacional responsable por el origen y la mantención de la validez en el derecho interno de estos tipos penales.

C. Criminalización secundaria

Mucho más difícil es proponer medidas para eliminar la criminalización secundaria de las sexualidades no convencionales, aunque no por eso se deben bajar los brazos. Ante todo, se impone llevar a cabo una compleja pero no imposible investigación de las normas que la legitiman, sea de carácter contravencional, como las que se encubren con otras finalidades manifiestas, pero que resultan útiles para criminalizar, con el objeto de impulsar su derogación o reforma.

De igual manera, a efectos de evitar su criminalización formal incluso en los países en que no la tipifican, sería necesario revisar las leyes que señalan diferentes límites etarios para la sexualidad heterosexual y para las que responden a orientaciones sexuales no convencionales, con el objeto de propugnar una igualación que impida el ejercicio de la sexualidad penando al mayor. En los casos de relaciones entre personas que exceden el límite etario y las que no lo exceden, es necesario incorporar un elemento subjetivo del tipo de aprovechamiento de la persona menor para evitar

punir la sexualidad que se parte de relaciones afectivas que deben ser protegidas por el derecho.

Mucho más arduo resulta tomar medidas que prevengan la criminalización policial arbitraria, con poca o ninguna base legal, puesto que eso depende del grado de autonomización de las agencias policiales y de sus respectivos intereses de recaudación propia. Este es un problema que requiere medidas de más amplio espectro político, no siendo objetivo de esta investigación proponer soluciones de esta naturaleza.

De toda forma -y no en este único aspecto- es siempre saludable que el Estado recupere el monopolio del poder punitivo donde lo haya perdido, que no lo pierda en los países en que lo conserva y, en general, que se reconozcan los Derechos Humanos laborales de los trabajadores policiales y se perfeccione la formación de éstos. Como es obvio, se trata de recomendaciones que tienen carácter político criminal general, que exceden en mucho el propósito del presente trabajo, porque redundarían en el perfeccionamiento mismo de los Estados de derecho y de la calidad de las democracias de nuestros países.

No obstante, es posible tomar algunas medidas más directamente vinculadas al tema que, si bien no podrán proporcionar una solución total a estas violaciones de Derechos Humanos, al menos pueden contribuir a paliarlas, como impartir cursos al personal policial, establecer protocolos para los casos de detención de personas LGBTI y, fundamentalmente, reforzar los servicios jurídicos a los que estas personas puedan acudir en los supuestos de detenciones arbitrarias y abusos, como también dotar de eficacia a las instituciones receptoras de las correspondientes denuncias.

En esta línea, Méndez⁵⁰ sostiene que el Estado tiene la obligación de protección de personas marginalizadas o vulnerables y por ello debe examinar y reforzar todo el marco legal, normativo y socioeconómico que profundiza el daño y perpetua la discriminación. Así, es necesario que se adopten medidas de capacitación y sensibilización del personal penitenciario, policial, así como de jueces, fiscales y defensores oficiales que deben realizarse en forma periódica de acuerdo a lo establecido por la Convención contra la Tortura en sentido de revisión periódica de las prácticas de las instituciones como medidas de prevención de la tortura.

50 Intervención en el Conversatorio de fecha 22 de octubre 2020.

D. Prevención de agresiones

La prevención de los homicidios y otros delitos de odio demandan, ante todo, establecer en cada país el cuadro de situación, o sea, emprender investigaciones criminológicas de campo y perfeccionar el sistema de estadísticas oficiales que sirva de base para el diseño e implementación de políticas públicas que tomen en cuentas las necesidades y características propias de las personas con diversa orientación sexual e identidad de género. Esto permitiría establecer su frecuencia, las zonas geográficas en que se concentren, las características de los victimarios, las circunstancias que aumentan los riesgos de victimización y otras que, en conjunto, indicarán en cada país las medidas concretas de prevención. Esta responde a una regla elemental: no es posible prevenir algo que se desconoce.

Por ende, el primer paso debe ser investigar el fenómeno y poder establecer con certeza cuáles son los verdaderos crímenes de odio y las victimizaciones que responden a delincuencia común que sólo se aprovecha del estado de vulnerabilidad de las personas LGBTI. Esta distinción es fundamental, porque la prevención de homicidios y lesiones por odio debe ser materia de medidas preventivas diferentes de las que deben tomarse para evitar la vulnerabilidad victimizante de las personas LGBTI frente al delito común contra la propiedad, por ejemplo.

Méndez⁵¹ destacó la necesidad de crear las herramientas metodológicas que permitan que la información estadística que se vaya recopilando resulte útil a los fines de la lucha por la igualdad, incluyendo la importancia de garantizar la participación de las organizaciones y personas afectadas por la discriminación anti LGBTI.

La construcción de sistemas de información sensibles a la vivencia de las víctimas, su recopilación fidedigna y la comparabilidad de los resultados debe guiar un proceso de convergencia regional para la prevención de estas prácticas violatorias de derechos.

E. La calificación de los delitos de odio

Si bien no creemos que tenga efecto preventivo, sino más bien simbólico- es perfectamente justificable por la doble lesión de bienes jurídicos que implica. De

51 Intervención en el Conversatorio de fecha 22 de octubre 2020.

hecho, tiene efecto preventivo y es recomendable por eso, la tipificación de los discursos que incitan al odio y a la violencia.

En caso de individualizarse grupos homofóbicos violentos, es necesario, además de la prevención y en su caso inteligencia policial, prever que el sistema penal no se limite a la prisionización, sino que incluya trabajos sociales y cursos de concientización social. Es particularmente difícil desarmar estos grupos cuando se combina la homofobia con grupos políticos autonomizados (parapoliciales, etc.). En tales caos, escapa a las medidas concretas y limitadas a la homofobia, para formar parte de un problema político mucho mayor.

Las agresiones familiares y el eventual suicidio adolescente deben ser investigados con recursos más técnicos, pero es fundamental potenciar y apoyar financieramente a las ONGs que provean asistencia y orientación psicológica a los adolescentes y, a su vez, alertar a los docentes.

La relevancia del cambio cultural, la educación en derechos humanos y la capacitación de agentes públicos es considerada fundamental por el conjunto de las personas que aportaron a esta investigación. Un problema importante en relación a esta cuestión fue planeado por Jones⁵², quien señaló los límites de trabajar con la comunidad -cuando somos delincuentes que andamos sueltos, de acuerdo a la ley- (en referencia a la situación del Caribe anglófono). En similar sentido se expresó Wyllys⁵³ quien enfatizó que -la visibilidad en si misma tiene un impacto importante pero principalmente lograr abrir espacios en el tejido legislativo. Tenemos que lograr que esa visibilidad no vaya a aumentar la violencia y estar preparados para las reacciones de los reaccionarios a medida que ganemos visibilidad y espacios de poder-.

En la misma línea debe profundizarse la reflexión sobre los modos de desarrollar capacitaciones de calidad e impacto para agentes públicos, centradas la educación en derechos humanos y derechos LGBTI en línea con la perspectiva de Saunders⁵⁴: -los jueces acceden a sus magistraturas portando los mismos prejuicios y pensamientos estereotipados que prevalecen en el resto de la población. Es por ello que cuando reciben casos y se les presentan datos objetivos, análisis científicos y buenas prácticas

52 Intervención en el Conversatorio de fecha 23 de octubre 2020.

53 Intervención en el Conversatorio de fecha 23 de octubre 2020.

54 Intervención en el Seminario Internacional de fecha 28 de octubre 2020.

internacionales lo valoran mucho-. Refiere que para sacar el mayor provecho de los programas de educación judicial es recomendable hacerlo en alianza con las academias de capacitación de los jueces o con asociaciones judiciales, y enfatiza que “hay que tener mucho cuidado para estructurar los programas y que los participantes deben tener una relación directa entre el tema de interés y sus propios deseos personales para mejorar su competencia como jueces, para perfeccionarse como jueces”.

Todo lo que se pueda hacer mediáticamente para esclarecer a la población en general y contrarrestar el efecto de los prejuicios paranoicos y sus consiguientes fobias será poco. Se trata de una lucha cultural en la que es menester formar grupos de comunicadores sociales que permitan operar con estrategias más finas que las habituales. Los funcionarios que adoptan actitudes discriminatorias y los propios jueces en que se filtran los prejuicios antes señalados -incluso inconscientemente- no son productos individuales espontáneos, sino personas que los incorporan como resultado de la construcción social de la realidad que se produce a través de los medios de comunicación.

En este sentido, no puede dejar de resaltarse la importancia del trabajo realizado por la Corte de Justicia del Caribe, los tribunales de Belice y la Alta Corte de Trinidad y Tobago cuyas decisiones durante el último lustro consagran preceptos internacionales de respecto de la dignidad humana, igualdad y no discriminación de las personas de este grupo. Lamentablemente, con ellos hay que contrastar las decisiones del Consejo Privado de la Corona Británica. Éste último se ha convertido en un cancerbero de las normas coloniales imponiendo la validez de las viejas leyes coloniales por sobre las constituciones de los nuevos estados independientes. Ello no sólo es puro neo-colonialismo judicial a países independientes, sino que ni siquiera se ajustan al sistema constitucional colonial que el otrora imperio británico diseñara y aplicara por siglos a sus colonias y, por, sobre todo, al momento de otorgarles independencia.

En relación a la temática de esta investigación, el Consejo Privado a diferencia de los avances de la Corte de Justicia del Caribe, retrasa el avance de los derechos del colectivo LGBTI en el caribe angloparlante que aún lo tienen como Corte final de apelaciones interpretando los derechos y garantías de las constituciones locales en forma restrictiva. Esta interpretación restrictiva de derechos constitucionales va inexplicablemente en contra de las decisiones de las cortes locales que se apelan ante el Consejo Privado, de otras Cortes supremas de Estados que forman parte de

la mancomunidad de naciones, pero más preocupante es que también es contraria a la que los miembros del consejo privado toman a nivel interno como jueces de las Corte Suprema del Reino Unido. Por todo esto, sería recomendable un estudio en profundidad de la responsabilidad internacional que le cabría a la Corona Británica por estas decisiones siendo que es el monarca de turno el juez final de toda apelación quien sólo por costumbre constitucional adopta el consejo legal del Consejo Privado.

Finalmente debe tenerse en cuenta que la importancia que en este momento se otorga a los reclamos de derechos igualitarios por parte de las mujeres puede ofrecer una alianza muy interesante, si se la sabe encarar con inteligencia.

En definitiva, toda lucha antidiscriminatoria registra el fondo común de la igualdad, por lo que es muy importante la comunicación entre los diferentes grupos de personas discriminadas: la táctica común entre discriminados permite ofrecer una resistencia mayor a las pulsiones discriminatorias, que por cierto siempre operan como frente.

Es importante para desbaratar el discurso paranoide poner de relieve su debilidad argumentativa, producto de que carece de una renovación discursiva: debe señalarse en la comunicación que se trata de discursos contradictorios y todos provenientes de un pasado desacreditado no sólo científica sino también filosófica y teológicamente. En este sentido, la investigación histórica puede aportar una importante contribución.

Desde las ciencias de la conducta es importante insistir en las consecuencias lesivas de las llamadas terapias de conversión y normativizar su prohibición.

El problema de la discriminación y agresiones en las prisiones tiene diferentes niveles de gravedad. El primero -y que excede el marco de nuestro tema- es resolver la superpoblación carcelaria, puesto que no hay forma de prevenir ningún abuso ni de evitar atrocidades en una cárcel que supere su capacidad en más del 50%. Resuelto este problema -por cierto, difícil- es importante consultar a las personas LGBTI acerca de las dificultades que tienen y si prefieren ser alojadas en pabellones separados o no. No hay regla para decidir esta medida, pues en gran medida depende de las características de cada establecimiento penitenciario en particular. En el caso de las visitas íntimas, es menester potenciarlas respetando el principio de igualdad con parejas heterosexuales.

F. Parejas diversas

En el plano internacional y en el del derecho constitucional interno, como en la jurisprudencia de los tribunales supremos de la región, y especialmente desde el sector académico jurídico, debe impulsarse la extensión del matrimonio entre personas del mismo sexo, hasta que se generalice en todos los países de la región. Deben serle reconocidos los mismos derechos que al matrimonio heterosexual, incluyendo el de adopción.

Se trata de una lucha en el plano jurídico que no debe cesar hasta la obtención de la generalización y normalización de esta institución. Deberá considerarse que cualquier diferencia de derecho o régimen en este orden es discriminatoria.

Lo mismo vale para el reconocimiento de las parejas estables del mismo sexo, respecto de lo cual deben usarse todos los recursos rápidos de los derechos internos para reclamarla, hasta dejar abierta la vía internacional.

G. Otras discriminaciones

Las dificultades para luchar contra la discriminación laboral, dado su carácter encubierto, deben vencerse por lo general bordeando el tema desde diferentes ángulos. Uno práctico sería el establecimiento de cupos para personas trans.

En cuanto a la discriminación de docentes debería concientizar a los sindicatos para que apoyen a sus colegas discriminados. En cuanto al ingreso laboral, prohibir que se recaben datos acerca de la orientación sexual para seleccionar empleados. En la administración pública, vigilar los exámenes psicotécnicos y permitir que asistan peritos propios de los candidatos.

Los sindicatos de docentes pueden cumplir un papel importante en la educación en valores igualitarios, los cursos y entrenamiento del personal docente son fundamentales.

Los Estados deberían procurar legislar el derecho a la Educación Sexual Integral a implementarse en los establecimientos escolares desde la temprana infancia. La Educación Sexual Integral no refiere al contenido de una asignatura o materia específica sino a un plan o proyecto educativo que requiere un trabajo interdisciplinario, y que responde a las distintas etapas del desarrollo de niños, niñas y adolescentes.

La discriminación en las fuerzas armadas debe eliminarse de leyes y reglamentos, que deben ser cuestionados en los tribunales nacionales. En lo fáctico, es importante introducir valores igualitarios en la formación de la oficialidad.

La publicidad de la orientación sexual de las víctimas de delitos debe ser controlada, lo que no significa coartar la libertad de información. Las víctimas de delitos son personas inocentes y su privacidad merece una protección análoga a la que se dispensa a los menores, lo que no obsta a la información sobre el hecho.

En materia de identidad deben impulsarse leyes y reglamentos en la línea señalada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24 ya comentada.

En general y respecto de todas las discriminaciones es recomendable potenciar y –de ser posible– cooperar materialmente con las ONGs que se especialicen en interponer los recursos y ejercer las acciones en el derecho interno hasta agotar las instancias, dejando abierta la vía internacional, para acudir a esta jurisdicción o a las ONU, etc.

H. Acciones de la sociedad civil

El apoyo oficial a las iniciativas de la sociedad civil como marchas, festivales, actos culturales y artísticos debe fomentarse en nuestros países, en especial el apoyo y la protección a las ONGs que se dedican a promover los derechos de las personas LGBTI.

La indagación respecto de la relevancia que las ONGs atribuyen a una posible agenda regional común resultó en que la totalidad de las personas participantes de los Conversatorios consideraron de gran importancia la articulación y trabajo entre organizaciones de diverso tipo que se encuentren trabajando en estas temáticas. Algunas personas participantes de los Conversatorios destacaron la importancia de retomar las redes existentes, a la par que reflexionaron sobre las limitantes (materiales y simbólicos) para ese tipo de intercambios. Con relación a las limitaciones materiales se destacó que el trabajo por derechos humanos sufre de falta de recursos monetarios.

Maffia⁵⁵ consideró que no sólo es posible sino necesario realizar una agenda regional interseccional (racial, lingüística, condición de pobreza, migrante, de estar o no en

55 Intervención en el Conversatorio de fecha 22 de octubre 2020.

prostitución, de tener o no discapacidad, todos estos aspectos son muy relevantes). A su vez destacó que ya existen múltiples espacios de colaboración, tanto a nivel de la sociedad civil como de espacios estatales de exigibilidad de derechos (como las Defensorías del Pueblo) y lo mismo en la justicia, y que sería muy importante recuperarlos y/o dinamizarlos. Madrigal destacó la importancia de construir una agenda de trabajo centrada en la inclusión social (incluyendo la educación, el empleo, la vivienda y el acceso a la salud). A su vez, advirtió sobre la importancia de tener presente que existen otras vivencias además de las de poblaciones blancas y urbanas.

Moore⁵⁶ remarcó que el acceso diferencial al financiamiento por parte de las organizaciones conlleva un ajuste de las prioridades de las organizaciones que trabajan en el terreno en función de las líneas de financiamiento ofrecidas, y destacó la escasa coordinación existente entre América Latina y el Caribe (tratándose de experiencias bien diferenciadas de la interseccionalidad raza-género en cada espacio geográfico).

Pese a todas las resistencias y a la larguísima tradición de discriminación, persecución, estigmatización y, en general, violación de los más elementales derechos de las personas con orientación sexual no hegemónica, es innegable que nuestras sociedades han dado pasos muy positivos de cambio cultural en las últimas décadas. Se trata de un proceso que debe continuar y profundizarse. Reflexión, inteligencia en las estrategias de cambio, esclarecimiento de la realidad, información y promoción de principios de respeto *al otro*, son los elementos de esta lucha por los Derechos Humanos en esta materia que, de momento, no puede tener *conclusiones porque no ha concluido ni debe concluir*.

56 Intervención en el Conversatorio de fecha 22 de octubre 2020.

Los/as autores/as agradecen la participación en esta investigación de una gran cantidad de personas, funcionarios y organizaciones de la sociedad civil. Este trabajo no hubiese sido posible sin su colaboración en la recolección de la información.

Alberto Nieves – Acción Ciudadana Contra el SIDA – Venezuela.

Alex Aguirre – Red Ideas – Nicaragua.

Alexa Zamora – Nicaragua.

Ananda Hadah Rodrigues Puchta – Brasil.

Antonio Emmanuel – Victoria Chambers – Trinidad y Tobago.

Argenis Mondragón – Acción Ciudadana Contra el SIDA – Venezuela.

Ariana – Paraguay.

Asociacion Ciudadana ACCEDER – Costa Rica.

Beretta Godoy Abogados – Estudio Jurídico – Argentina.

Centro Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos
PROMSEX – Perú.

CIPAC – Costa Rica.

Colectivo 100 % Diversidad y Derechos – Argentina.

Cracey Fernandes - Guyana Sex Work Coalition – Guyana.

David Ryken- IBA – Nueva Zelanda.

Diputado Enrique Sánchez Carballo – Partido Acción Ciudadana - Costa Rica.

DLA Piper LLP – Estudio Jurídico - EE.UU.

Federico Godoy – IBA – Argentina.

Frente por los Derechos Igualitarios – Costa Rica.

Fundación Diversencia – Bolivia.

Fundación Igualitos Costa Rica.

Grupo Dignidade e da Aliança Nacional LGBTI+ - Brasil.

Grupo Gay Da Bahia – Brasil.

Hellen Chinchilla Serrano – Costa Rica.

Hombres Trans Costa Rica – Costa Rica.

Jason Jones – Trinidad y Tobago.

Jessica Rose - United and Strong LGBTQI – Santa Lucía.

Joel Simpson y Valini Leitch - Society Against Sexual Orientation Discrimination – Guyana.

Karen de Souza - Red Thread Women: Crossroads Women’s Centre – Guyana.

Larissa Arroyo Navarrete – Costa Rica.

Laura Valenciano Arrieta – Costa Rica.

Manodiversa – Bolivia.

Matthias Stupp – IBA – Alemania.

Megan Hernández Angulo – Costa Rica.

Melissa Martins Casagrande – Brasil.

Morrison Foerster – Estudio Jurídico – EE.UU.

Noerr – Estudio Jurídico – Alemania.

Patricia Sheerattan-Bisnauth - Guyana Responsible Parenthood Association.
Guyana.

Peter Low & Choo LLC, Advocates and Solicitors – Estudio Jurídico - Singapur.

Quincy McEwen - Guyana Trans United – Guyana.

Quiteira Franco – Unión Afirmativa Venezuela – Venezuela.

Randy Bullard - IBA – EE.UU.

Remy Zheng Xi Choo – IBA – Singapore.

Rishi Dass - Victoria Chambers – Trinidad y Tobago.

Royston Savory - Family Awareness Consciousness Togetherness - Guyana.

Ryan Coyle – IBA – EE.UU.

Ryken & Associates, Barristers & Solicitors – Estudio Jurídico - Nueva Zelanda.

Sherlina Nageer – Guybow – Guyana.

Siwo Alar – Costa Rica.

SomosGay – Paraguay.

Toni Reis – Brasil.

Transvida – Costa Rica.

En esta obra se recogen los resultados de una investigación sobre la persistencia de tipos penales criminalizadores de las relaciones entre personas del mismo sexo en el Caribe angloparlante, otras figuras penales (o relacionadas con ellas) y las prácticas y procedimientos que atentan contra los derechos de las personas sexualmente diversas, quienes siguen sufriendo discriminación, persecución y violencia en América Latina.

El proceso académico fue dirigido por Eugenio Raúl Zaffaroni y Leonardo Raznovich junto con un magnífico equipo integrado por Lucas Ciarniello Ibáñez y Selene Pineda, una labor a la que unieron sus aportes numerosas personas y colectivos implicados en la defensa y protección de los derechos de las personas LGBTI.

Además, se destacan la participación del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) en la realización de la pesquisa, así como el apoyo recibido de parte de la International Bar Association y la contribución de personas expertas en las actividades virtuales que acompañaron el análisis de los hallazgos.

