

**XVI JORNADAS Y
VI INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2020
Corrientes -
Argentina

XVI Jornadas y VI Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Política-UNNE : 2020 Corrientes-Argentina / Mirian Beatriz Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed compendiada. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2020.
CD-ROM, PDF

ISBN 978-987-619-372-6

1. Comunicación Científica. I. Acosta, Mirian Beatriz. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.

CDD 340.115



ISBN Nº 978-987-619-372-6

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliaibros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2020

UNA AMPLIACIÓN DE LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS A PARTIR DEL PRINCIPIO PRO-PERSONA: IDENTIDAD DE GÉNERO Y ORIENTACIÓN SEXUAL

Nazaruka, Noelia S.

noelianazaruka@hotmail.com

Resumen

En el presente se analizan nociones relativas a la orientación sexual y a la identidad de género como criterios de diferenciación, la proyección de la perspectiva actual del SIDH, orientada a visibilizar el modo en el que estos juicios de valor que han conculcado derechos.

Palabras claves: Equidad; Desigualdad; LGTBIQ+

Introducción

Como venimos observando en las distintas Investigaciones Libres de cátedra, y refiriéndonos al principio de igualdad, aquí pondremos especial atención al sistema normativo y la interpretación jurisprudencial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos,

El art 1.1 de la CADH resulta ser una cláusula que detalla, en principio, una lista de “categorías sospechosas” por las cuales estaría prohibido efectuar diferencias irrazonables, por motivo de: “*raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

La Corte Interamericana interpretó este artículo en la mayoría de sus sentencias, desde la primera, Velásquez Rodríguez vs. Honduras de fecha 29 de julio de 1988, sosteniendo que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, al contrario, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que considerando la evolución del derecho internacional, actualmente el principio fundamental de igualdad y no discriminación se ha inscripto como mandato de *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

¿Por qué aparece el concepto de categorías sospechosas cuando nos referimos al principio de igualdad? Pues bien, porque son rasgos prohibidos que menoscaban la dignidad humana por medio de un trato diferenciado, y que producen desventaja hacia determinados grupos estereotipados sin que exista una razón que la ampare.

Cuando las distinciones se encuentran basadas en estas categorías, existe un consenso acerca de que el análisis que se utiliza para medir la razonabilidad de la diferencia de trato debe realizarse con criterio estricto. Y entonces, únicamente acreditando un interés estatal urgente o insoslayable, o una necesidad social imperiosa, podría derribar esa presunción de “inconveniencia” de la diferenciación, pasando de ser discriminación a distinción, por la razonabilidad de la medida.

En general, desde el punto de vista de igualdad real, las categorías se refieren a un grupo vulnerable o desaventajado, en tanto encuentran dificultades para ejercitar sus derechos, por motivos descriptos, que no con taxativos, sino enunciativos. Y es aquí, donde entra en escena el principio pro persona como pauta de hermenéutica.

Materiales y método

El presente trabajo se llevó a cabo, principalmente, a partir del análisis de informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de Sentencias y Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por motivos de sintaxis, no será expuesto el cúmulo jurisprudencial utilizado; lo que no será óbice para que, quienes se interesen por los avances y aportes de esta publicación, adviertan la discusión traída a debate.

Resultados y discusión

La orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención, por ello se protege a las personas que vean vulnerados sus derechos a través de cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en su orientación sexual. Es decir, que no pueden verse disminuidos o restringidos, los derechos de una persona a partir de sus elecciones o preferencias sexuales, siempre que no dañen a terceros.

La CADH, ratificada en 1984 por nuestro país, proscribire la discriminación, es decir que el Estado no puede sostener la negación, limitación o restricción derechos establecidos en ese cuerpo normativo interamericano.

En este sentido, la Corte interpretó que el término “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la CADH, debe siempre estar a la opción más favorable para la tutela de los derechos protegidos, según el principio de mayor favorabilidad.

En este sentido, recordemos –conforme desarrollo amplio en investigaciones libres de cátedra anteriores- que el principio *pro persona* obliga al intérprete de la norma a preferir siempre la opción normativa, jurídica y fácticamente posible que más proteja a la persona. En su vertiente normativa, opera como un criterio de solución de antinomias en virtud del cual se deberá aplicar al caso la norma más favorable para la persona, sin importar cuál sea su jerarquía o naturaleza (nacional o internacional).

La Corte IDH se refirió por primera vez a esta pauta rectora en su OC 5/85, como “*principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones*”.

También el Tribunal Cimero ha determinado, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, 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, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención (Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91; Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 105, y Caso Flor Freire Vs. Ecuador, párr. 118.)

En el Caso Duque vs. Colombia, también se expidió entendiendo que la Corte entendió los Estados “deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas” (párr. 92)

Aquí, la Corte también funda su sentencia en algunas reglas de *soft law*, haciendo referencia a los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Expresó que: “... la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre” (Párr. 120)

En su OC 24/17, la Corte Interamericana, se refirió a sus precedentes contenciosos en la materia y además señaló que en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha aprobado desde el año 2008 nueve resoluciones respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género (a partir de las resoluciones del año 2013 también se refieren a los tratos discriminatorios basados en la expresión de género), mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.

A su vez, la Comisión Interamericana, citando los argumentos de la sentencia de Atala Riffo, se refirió en su Informe N° 122/18, correspondiente al caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, indicando que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación “*bajo los criterios de no discriminación contenidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana, y en tanto, toda distinción basada en la misma debe ser examinada bajo un estándar de escrutinio estricto ... la garantía de que la distinción no se encuentra basada en los prejuicios y/o estereotipos que habitualmente rodean las categorías sospechosas de distinción.*” (Párr. 163)

Asimismo, es común que la determinación de estas categorías coincida con grupos o sectores de la población que han sido históricamente discriminados y/o sometidos a desigualdades estructurales en el ejercicio y goce de sus derechos (Párr. 164)

Conclusión

Las categorías sospechosas son rasgos prohibidos que menoscaban la dignidad humana por medio de un trato diferenciado y que producen desventaja hacia determinados grupos estereotipados sin que exista una razón que la justifique.

La presente investigación parcial que aborda la jurisprudencia en materia de identidad de género y orientación sexual del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, arroja como resultado muestras del progreso que ha tenido el principio de igualdad y no discriminación, a partir de su amplia interpretación con base en el principio por persona, motivo por el cual, la orientación sexual y la identidad de género constituyen criterios prohibidos de distinción dentro del concepto “otra condición social” bajo el artículo 1.1 de la Convención.

Deseamos finalizar estas conclusiones parciales, abriendo el debate acerca de cuáles serán las herramientas prácticas con las que nuestro país, efectuando el control de convencionalidad, alcanzará los lineamientos interamericanos sugeridos.

Referencias bibliográficas

1. Comisión IDH, Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, Informe 122/18.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Duque vs. Colombia (2016)
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo (2012)
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 24/17
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 05/85
6. Saba, R. (2007) *(Des)igualdad estructural*, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

Filiación

Nazaruka, Noelia S., Investigación Libre de cátedra, Derechos Humanos (Cát. “A”)