

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Internacional Público

Los Principios de Yogyakarta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Internacional Público

AUTOR:

Carlos Alfonso Canevaro Montesinos

ASESORA:

Elvira Méndez Chang

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20112497

2019

RESUMEN

El presente artículo trata acerca de los Principios de Yogyakarta sobre la protección de los derechos humanos de la comunidad de personas lesbianas, gay, bisexuales, transexuales e intersexuales (comunidad LGBTI) y su contribución al sistema interamericano de derechos humanos. Tomando en consideración la discutida naturaleza jurídica de dichos principios y la discriminación histórica contra la comunidad LGBTI, esta investigación se cuestiona principalmente si es que tiene alguna consecuencia jurídica su aplicación por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En tal sentido, se recuerda la historia de estos principios y se analiza su naturaleza jurídica. De esta manera, se justifica que los Principios de Yogyakarta, a pesar de su no vinculatoriedad, se han convertido en parámetro de interpretación del principio de igualdad y no discriminación, de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y de otras obligaciones del sistema interamericano de derechos humanos que guardan relación con temas de diversidad de género. Así pues, como conclusión de esta investigación vamos a verificar que estos principios no son utilizados para crear nuevas obligaciones a los estados, sino que contribuyen en explicitar el contenido de derechos –convencionalmente ya establecidos– correspondientes a la comunidad LGBTI en el sistema interamericano de derechos humanos.

ÍNDICE:

CONTENIDO.....	4
1. Introducción.....	4
2. Principios de Yogyakarta: orígenes y naturaleza jurídica.....	5
2.1. Antecedentes.....	5
2.2. Historia de los Principios de Yogyakarta.....	6
2.3. Naturaleza jurídica.....	9
2.3.1. Principios generales del derecho.....	9
2.3.2. Doctrina.....	11
2.3.3. Soft law.....	12
2.3.4. Posición personal.....	14
3. Los Principios de Yogyakarta en el sistema interamericano de derechos humanos.17	
3.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	17
3.1.1. Caso Duque versus Colombia.....	17
3.2. Opinión Consultiva Nro. 24.....	19
3.3. Documentos internacionales.....	23
3.3.1. Estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género por la CIDH.....	23
3.3.2. Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América.....	24
4. Consecuencia jurídica de la aplicación de los Principios de Yogyakarta en el sistema interamericano: parámetro de interpretación.....	26
4.1. Parámetro para una interpretación convencional.....	26
4.1.1. Parámetro de contenido de obligaciones internacionales.....	28
4.1.1. Parámetro de conceptos especializados.....	30
5. Reflexión.....	30
BIBLIOGRAFÍA.....	31

CONTENIDO

1. Introducción
2. Principios de Yogyakarta: orígenes y naturaleza jurídica
3. Los Principios de Yogyakarta en el sistema interamericano de derechos humanos
4. Consecuencia jurídica de la aplicación de los Principios de Yogyakarta en el sistema interamericano: parámetro de interpretación
5. Reflexión
6. Bibliografía

LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Introducción

El presente artículo trata acerca de los Principios de Yogyakarta (PDY), sobre la protección de los derechos humanos de la comunidad de personas lesbianas, gay, bisexuales, transexuales e intersexuales (comunidad LGBTI¹) y su contribución al sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).

Tomando en consideración la discutida naturaleza jurídica de dichos principios y la discriminación histórica contra la comunidad LGBTI, esta investigación se cuestiona principalmente si es que tiene alguna consecuencia jurídica su aplicación por los órganos del SIDH.

En tal sentido, este artículo sostiene que los PDY, a pesar de su no vinculatoriedad, se han convertido en parámetro de interpretación del principio de igualdad y no discriminación, de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y de otras obligaciones del SIDH que guardan relación con temas de diversidad de género. Así

¹ El presente artículo toma como referencia a las iniciales LGBTI correspondientes a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales. Sin embargo, nos acogemos a lo dispuesto en la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH con respecto a que dicha terminología no es una lista cerrada y evoluciona constantemente. Así, existen otras formulaciones que no se mencionan como las personas asexuales, queers, entre otras.

pues, vamos a verificar que los PDY no son utilizados para crear nuevas obligaciones a los estados, sino que contribuyen en explicitar el contenido de derechos –convencionalmente ya establecidos– correspondientes a la comunidad LGBTI.

Para ello, de acuerdo a la estructura de este artículo, se inicia recordando los antecedentes y la historia de los PDY, para luego abordar la primera gran discusión: cuál es su naturaleza jurídica. En la segunda parte, se realiza un recuento de su aplicación por los órganos del SIDH. Finalmente, en la tercera parte, analizaremos la consecuencia jurídica de su utilización y cómo es que ello ha contribuido en la especificación de los derechos de la comunidad LGBTI.

2. Principios de Yogyakarta: orígenes y naturaleza jurídica

2.1. Antecedentes

Los Principios de Yogyakarta surgen en un contexto en que muchos estados no reconocían los derechos de las personas de la comunidad LGBTI y que –incluso– algunos de ellos criminalizaba a este colectivo. Así tenemos que en Uganda, en Estados Unidos, en Honduras, en Colombia, en la India y en muchos otros países, un enorme número de personas no podía experimentar lo que significa el ejercicio de sus derechos debido a su orientación sexual o identidad de género; en algunos de los estados ejercer la libertad de pensamiento, actuar de forma autónoma sobre sus cuerpos o convivir con quien deseen, podría acarrearles la muerte, el rechazo e incluso la expulsión del sistema educativo, laboral y de salud (Pulecio Pulgarin 2011: 255).

Uno de los intentos más cercanos sobre protección de los derechos de la comunidad LGBTI surgió en la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos LGBTI como parte de los primeros *World Out Games* –evento deportivo organizado por diferentes agrupaciones de la comunidad LGBTI–. En ella se elaboró la “Declaración de Montreal sobre lesbianas,

gays, bisexuales y transgéneros”, la cual fue adoptada el 29 de julio del 2006 en Montreal, Canadá, por un grupo de juristas, académicos, y activistas de derechos humanos².

Luego de ello, muchos fueron los esfuerzos de las ONG’s con respecto a realizar un documento internacional que explicita los derechos de la comunidad LGBTI en el marco de las Naciones Unidas, lo que no tuvo algún resultado. Es así que, en el 2005, una nueva visión del proyecto surgió de unas discusiones en Ginebra, impulsadas por la visión estratégica y habilidad diplomáticas del Servicio Internacional de Derechos Humanos con sede en Ginebra. El proceso se convirtió en un proyecto conjunto entre esta organización sin fines de lucro y la Comisión Internacional de Juristas con sede en Ginebra, dos grupos que no pertenecían a la comunidad LGBTI. El profesor Michael O’Flaherty sirvió como relator, teniendo a expertos en la elaboración del documento (Park 2019: 237-238).

2.2. Historia de los Principios de Yogyakarta

Luego de reunirse en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre del año 2006, 29 especialistas procedentes de 25 países, de diversas disciplinas y con experiencia especialmente en derechos humanos y humanitario, adoptaron los “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”. Dicho grupo fue elegido cuidadosamente con una persona de cada región del mundo y de cada uno de los principales órganos de las Naciones Unidas³. Este documento fue elaborado a petición de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008), 16 expertos en derecho internacional de los derechos humanos de diversos países, entre ellos miembros de la Comisión Internacional de Juristas, del Servicio Internacional para los Derechos Humanos, académicos y activistas (Human Rights Watch 2008: 36).

² Entre ellos estuvieron la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour; la ex jueza de la Corte Suprema de Canadá, Claire L’Heureux-Dubé; entre otros.

³ Entre los firmantes se encuentran Mary Robinson, Manfred Nowak, Mauro Cabral, Martin Scheinin, Elizabeth Evatt, Philip Alston, Edwin Cameron, Asma Jahangir, Paul Hunt, Sanji Mmasenono Monageng, Sunil Babu Pant, Stephen Whittle y Wan Yanhai.

De acuerdo a lo anterior, es necesario resaltar que los PDY son el encuentro de voces académicas, expertos en sexualidad y género, de ONG's e importantes representantes de Naciones Unidas. Esta triple dimensión intelectual, activista e internacional de los PDY le da legitimidad a dicho documento. Es así que estos principios ratifican estándares legales de derechos internacionales de derechos humanos ya existentes, jurídicamente vinculantes y exigibles por parte de los Estados. De esta manera, se debe resaltar que los PDY no crean nuevas clasificaciones, generaciones o categorías de derechos humanos (Pulecio Pulgarín 2011: 247-248).

Ahora bien, con respecto al contenido del documento de los PDY podemos identificar el preámbulo, los mismos principios y las recomendaciones correspondientes a cada principio. En el Preámbulo se explican las razones por las que es necesario un instrumento jurídico para proteger a la comunidad LGBTI. Asimismo, en esta primera parte se explican las definiciones de “orientación sexual” e “identidad de género”. Por un lado, la orientación sexual se refiere a la capacidad de las personas de sentir una atracción emocional, afectiva y sexual por persona de un género diferente o igual al suyo, o de más de un género, lo que incluye a la capacidad de mantener relaciones sexuales con dichas personas. Mientras que la identidad de género se refiere a la vivencia interna del género de acuerdo a cómo cada persona la siente profundamente, aquello que incluye a la vivencia personal del cuerpo –que podría involucrar modificación de la apariencia a través de medios quirúrgicos o de otra índole– y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Luego, cada principio es acompañado por un número de recomendaciones a los estados, que proporcionan detalles sobre su implementación. En resumen, estos se podrían dividir de la siguiente manera: principios del 1 al 3 sobre universalidad de los derechos humanos y su aplicabilidad; principios del 4 al 11 sobre los derechos y libertades fundamentales, el derecho a la vida, libertad de violencia, privacidad, acceso a la justicia y juicio justo, libertad de detención arbitraria; principios del 12 al 18 sobre el deber de no discriminar con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales: empleo, seguridad social, vivienda, salud y educación; principios del 19 al 21 sobre la libertad de expresión, asociación, asamblea y religión; principios del 22 al 23 sobre migración y asilo; principios del 24 al 26 sobre el derecho a la participación en la familia, vida pública y cultural sin

discriminación; y principios del 27 al 29 sobre la promoción de los derechos humanos, recursos y responsabilidad.

Es importante resaltar que la fuente de los PDY se basa en los instrumentos convencionales del sistema universal y los sistemas regionales de derechos humanos, aquellos que sí son vinculantes. A manera de ejemplo, el principio 3 de los PDY encuentran respaldo legal en el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; en el Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en el Artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y en el artículo 5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Así, vemos que este principio –como los demás– solo adapta los derechos ya reconocidos por el derecho internacional al contexto de la diversidad sexual y no pretende un nuevo tipo de derechos que exija poner en marcha una creación legal por parte de los estados (Weggen 2009: 23).

Sin embargo, los PDY no se agotaron con su adopción, sino que se actualizaron en setiembre del año 2017 (10 años después de la primera versión). Un grupo de expertos se reunieron en Ginebra con la finalidad de establecer principios complementarios, aquellos que fueron denominados Principios de Yogyakarta Plus 10. Así tenemos el principio 30 sobre el derecho a la protección del Estado contra la violencia y discriminación; el principio 31 sobre el derecho al reconocimiento legal; el principio 32 sobre el derecho a la integridad corporal; el principio 33 sobre el derecho a no ser criminalizado; el principio 34 sobre el derecho a la protección contra la pobreza; el principio 36 sobre el derecho al saneamiento; el principio 36 sobre derechos relacionados con la información y tecnologías de la comunicación; el principio 37 sobre el derecho a la verdad; y el principio 38 sobre el derecho a la diversidad cultural⁴. Cabe precisar que estos principios también tienen un sustento jurídico en las normas convencionales de protección de derechos humanos.

⁴ Los Principios suplementarios también contienen recomendaciones adicionales relativas a la implementación de los primeros principios, habiendo recomendaciones estatales adicionales para los principios 2, 6, 9, 10, 16, 17, 19, 20, 23, 24, 25 y 27.

2.3. Naturaleza jurídica

En el presente acápite ahondaremos con respecto a la cuestionada naturaleza jurídica de los PDY. En tal sentido, queda claro que no nos encontramos ante algún tratado internacional ni podríamos adelantarnos en sostener que los PDY son costumbre internacional. Tampoco podría ser parte de la jurisprudencia al no haber sido resultado de una controversia por un tribunal internacional. En tal sentido, queda preguntarnos si es que los PDY podrían ser principios generales del derecho, ser parte de la doctrina, o de alguna otra fuente no tradicionalmente reconocida, como lo sería la categoría de *soft law* o derecho blando en el derecho internacional.

2.3.1. Principios generales del derecho

Un primer acercamiento sobre la naturaleza jurídica de los PDY podría ser considerarlos como principios generales del derecho. Además de la nomenclatura de principios de este instrumento, estos han servido como medios de interpretación –o contenido, como veremos más adelante– en el derecho internacional de los derechos humanos. Si tomamos en consideración la definición de principio jurídico de Ronald Dworkin, esto es, un estándar que busca la justicia o equidad y que sirva de pautas de interpretación del derecho, las cuales determinan la inclinación del operador jurídico en algún sentido determinado (Dworkin 1995: 77), ello podría llevar a la confusión de tomar en consideración a los PDY como esta fuente.

Sin embargo, es necesario ahondar más en la definición de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional. Para los profesores Novak y García-Corrochano, ello se refiere a las normas generalmente no escritas de orden superior que están en la consciencia jurídica de los hombres con aceptación universal, los cuales pueden provenir del derecho interno de los estados o del derecho internacional. Estos preceptos orientan la interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional (Novak y García-Corrochano 2016: 363).

Asimismo, entre las características de los principios generales del derecho, encontramos a su carácter autónomo, subsidiario, apodíctico y universal y categórico. Es

importante mencionar que con respecto al carácter universal y categórico, estos principios no consisten en reglas específicas formuladas para propósitos prácticos, sino en proposiciones generales que yacen en todas las normas de derecho y que expresan las cualidades esenciales de la verdad jurídica misma (Belaúnde 1983: 91).

De esta manera, sin ahondar más en la definición de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, tenemos razones suficientes para inferir que los PDY no forman parte de esta fuente. Los PDY han sido creados con la finalidad que los estados implementen medidas que eviten vulnerar el principio de la igualdad y no discriminación en perjuicio de un colectivo específico: la comunidad LGBTI; es decir, nos encontramos ante un instrumento de propósitos prácticos y no de proposiciones generales que irradian en todo el derecho como la referida fuente del derecho internacional.

Cabe mencionar la explicación de Acosta Alvarado sobre la definición de las normas tipo principio que conforman el ordenamiento internacional. De acuerdo a dicho autor, estos son un tipo de norma específica cuya estructura abierta y contenido teleológico les dotan de una particular fundamentalidad que les permite fungir como base del desarrollo de importantes sectores del ordenamiento internacional. En este escenario las normas tipo principio encuentran su origen tanto en los tratados internacionales y las demás fuentes del ordenamiento internacional, como lo podrían ser los principios generales del derecho propiamente (Alvarado 2010: 210-211).

En tal sentido, los PDY podrían considerarse como normas tipo principio de acuerdo a la acepción del párrafo anterior, toda vez que permiten el desarrollo de todo un sector del ordenamiento internacional: los derechos humanos. Asimismo, como vamos a explicar más adelante, los PDY se respaldan y dan contenido a derechos establecidos convencionalmente por la CADH, otros tratados de los derechos humanos, como al principio de igualdad y no discriminación.

Ahora bien, de acuerdo al concepto esgrimido en los párrafos anteriores, el principio de igualdad y no discriminación sí podría calificar como una fuente general del derecho debido su aceptación universal en el derecho interno e internacional y su cercanía con la

teoría general del derecho. En tal sentido, los PDY son una especificación del principio de igualdad y no discriminación para propósitos prácticos de implementación.

2.3.2. Doctrina

La doctrina es una de las fuentes del derecho internacional, y en su definición no ha habido mucha discusión. Así tenemos que ella trata sobre la opinión de los publicistas en esta materia, la cual se manifiesta en forma individual, mediante sus trabajos, y ya en forma colectiva a través de discusiones, acuerdos y resoluciones de institutos científicos (Castro Novoa 2014: 68).

De igual modo, la doctrina puede ser definida como la actividad académico-científica de interpretación y sistematización por medio de la cual puede clarificarse contenido de las normas jurídicas internacionales. En ese sentido, se compone de un conjunto de opiniones vertidas por los estudiosos del derecho internacional, sobre el contenido de las normas jurídicas internacionales, buscando definir sus propósitos, alcances y limitaciones (Novak y García-Corrochano 2016: 497). Así pues, su función se limita a determinar las normas vigentes, comentándolas o sistematizándolas, y formular cuando corresponda una crítica a ellas, que permita posteriormente su modificación (Vargas 1979: 111).

Sobre esta fuente, es menester prestar atención a lo que señala O’Flaherty –quien fue el relator en la creación de los principios– sobre su naturaleza jurídica. Dicho autor considera que los PDY son un instrumento meramente doctrinal. Ello debido a que cumplen una función importante en el proceso de interpretación de normas y dado que fueron creados por expertos en los temas correspondientes a la diversidad sexual. Además, fueron veinticinco expertos de todas las regiones del mundo que acudieron a su creación, por lo que simbólicamente tuvieron una representación universal lo que incrementaría su valor (O’Flaherty & Fisher, 2008, 233).

A pesar de que considero acertado las características que menciona O’Flaherty con respecto a los PDY y su conceptualización como doctrina, mantengo mis reparos en que dicha respuesta sea absoluta y no exista mayor complejidad en el asunto. Como hemos mencionado anteriormente, más que una opinión fundamentada, los PDY tienen una

estructura normativa sobre derechos de la comunidad LGBTI. Por otro lado, a pesar de que se pueda señalar que al inicio de los PDY se sostenga una justificación de los principios, la estructura de dicho documento es similar a la de un tratado: título, preámbulo, parte dispositiva, fecha de adopción, entre otros, características que no son propias de la doctrina. En efecto, ambos factores complejizarían la discusión con respecto a que se pueden encajar en esta fuente.

2.3.3. *Soft law*

Antes de entrar a la tan discutida noción de *soft law*, es necesario recordar el impacto de la fragmentación en el derecho internacional, especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos. Esto es la diversificación del derecho internacional –en general– mediante la proliferación de instituciones y regímenes normativos que gozan de un alto grado de autonomía, así como los conflictos que surgen entre dichos regímenes e instituciones, y con el derecho internacional general y sus instituciones (Rodiles 2009: pp. 377). Así pues, debido a este fenómeno no solo tenemos un conjunto de contradicciones que se presentan en las normas del derecho internacional –tratados en el informe de la Comisión de Derecho Internacional dirigido por el profesor Koskenniemi⁵, sino que se incluye el gran incremento de otros parámetros normativos y que, dado a sus características de creación, no son susceptibles de ser catalogados dentro de las fuentes establecidas en el artículo 38° del Estatuto Internacional de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)⁶: el *soft law* (Castro Novoa 2014: 43).

Ahora bien, es necesario considerar que el *soft law* aparece ante una diversidad de formas que dificulta su sistematización y, por ello mismo, resulta una complicada tarea la construcción de un concepto claro y unívoco en el que se encuentren los diferentes textos que se encuentran en esta categoría (Chinkin 2000: 25). Para Luis Castro Novoa, los documentos de *soft law* son aquellos que, en primer lugar, no reúnen las condiciones estructurales en sus

⁵ El derecho internacional se ha ido desarrollando desde las perspectivas de cada uno de sus actores y de acuerdo a sus intereses. Este desarrollo no se ha dado de modo uniforme sino que se han ido originando nuevas “especializaciones como el ‘derecho económico’, ‘derecho de los derechos humanos’, ‘derecho ambiental’, ‘derecho penal’, ‘derecho de la seguridad’, ‘derecho europeo’, y demás” (Koskenniemi 2010: pág. 6).

⁶ Cabe precisar que el listado del artículo 38 del Estatuto de la CIJ es enumerativo y no taxativo, por lo que no puede considerarse una lista cerrada.

procesos de formación y contenido para ser considerados como una de las fuentes descritas en el artículo 38° del Estatuto de la CIJ. Además, como segunda característica, dichos documentos han sido proferidos por organismos internacionales, resultan de acuerdos no vinculantes entre estados, surgen del trabajo de organizaciones internacionales no estatales o doctrinarios expertos sobre una materia específica. Finalmente, como última característica, señala que tienen una relevancia jurídica y se representan en una clara e inequívoca axiológica o normativa general (Castro Novoa 2014: 69).

Un concepto complementario con el anterior es la de Mazuelos Bellido quien afirma que la calificación de ciertos instrumentos como *soft law* solo puede hacerse *ex post facto*, ya que es la efectiva incidencia de ellos en la dinamización del derecho internacional lo que logra convertirlos en fuentes de derecho. Así, esta categoría engloba fenómenos heterogéneos en el que concurren las siguientes variables: falta de obligatoriedad y relevancia jurídica. Además, pueden surgir por actores distintos a los estatales y, lo especial, es que hacen participativo y no impuesto el derecho (Mazuelos Bellido 2004: 38).

Por su parte, en el plano comercial internacional, Calderón Marengo señala que el *soft law* debe entenderse como el conjunto de instrumentos normativos emanados por organismos internacionales que especialmente se determinan por carecer del efecto vinculante que tiene las normas de derecho imperativo pero sin restarle efecto jurídico, por configurar un nuevo orden de derecho proveniente del ámbito internacional. Como se puede apreciar, el *soft law* es una evidencia de la adaptación del Derecho a un nuevo contexto global, puesto que la realidad reclama con ímpetu efectividad inmediata y activismo en su adaptabilidad al nuevo entorno (Calderón Marengo 2018: 53)⁷.

De las referidas concepciones del *soft law*, es pertinente mencionar que no hay consenso respecto al argumento sobre a qué expertos pueden tener capacidad de la producción de estos instrumentos. Así, hay quienes creen que el referido derecho blando tiene que ser creado por sujetos de derecho internacional (Thur 2000: 454) con capacidad para

⁷ Boretto formula las siguientes categorías dentro del *soft law*: a) Resoluciones no obligatorias de los organismos internacionales, b) Resoluciones de actores no estatales, c) Acuerdos interestatales no normativos, d) Tratados concluidos que no han entrado en vigor (Boretto 2012: 81-144).

poder vincular a los estados, como lo serían las organizaciones internacionales o los mismos estados.

Además, hemos podido verificar que el *soft law* no está lejos de controversias jurídicas, dado que, de algún modo, este instrumento podría significar la pérdida de la soberanía de los estados, pero también una irremediable apertura a la internacionalización y democratización del Derecho Internacional. La creciente adopción de instrumentos del derecho suave de influencia internacional permite la participación de actores no estatales y adquieren más legitimidad que las leyes nacionales creadas para atender algunos asuntos (Calderón 2018: 56). Por ello, consideramos pertinente analizar si es que los PDY podrían ser parte de la categoría de *soft law*.

2.3.4. Posición personal

Dada la innegable fragmentada realidad del derecho internacional y el avance de los mecanismos denominados *soft law*, considero pertinente acoger el concepto explicado en el punto anterior del autor Luis Castro Novoa, quien sostiene que las tres principales características de esta categoría son: aquellos que no podrían ser algunas de las fuentes del artículo 38° de la CIJ; creadas por estados, organizaciones internacionales u expertos en la materia; y, finalmente, con relevancia jurídica. Cabe precisar que nos encontramos ante instrumentos que no establecen vinculatoriedad, lo que no implica necesariamente ausencia de efectos jurídicos (Galiana 2016: 305).

De esta manera, a lo largo de este artículo hemos podido verificar que los PDY no pueden ser principios generales del derecho ni evidentemente algún tratado o configuren como costumbre internacional. Ahora bien, cabe recordar que a partir de la opinión del relato de la primera versión de los PDY, varios autores lo consideran como parte de la doctrina, lo que podría ser válido dada algunas de sus características explicadas en el acápite correspondiente (Weggen 2009: 22). Es así que, salvo que el lector considere adecuado lo anterior, podemos afirmar que los PDY no reúnen las condiciones para ser considerados algunas de las fuentes del artículo 38° del Estatuto de la CIJ.

Siguiendo con el análisis, podemos observar que la definición acogida como *soft law* en el presente artículo supera la visión de que los expertos en la materia no podrían crear estos instrumentos. En tal sentido, tomando en consideración que en la creación de los PDY estuvieron varios intelectuales en los temas correspondientes a la diversidad sexual y que, además, simbólicamente tuvieron una representación universal (O’Flaherty & Fisher 2008: 233), podemos afirmar que el cuestionado documento ha sido adoptado por expertos en la materia. Es menester precisar que existen otros instrumentos similares adoptados como los PDY, tales como los “Principios de Limburgo sobre Derechos Sociales”⁸ y los “Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información”⁹.

Con respecto a la tercera característica, es indudable la vocación jurídica que tienen los PDY, toda vez que están estructuradas en forma similar a un tratado: con introducción, preámbulo y cuerpo jurídico. Así pues, si bien son instrumentos no vinculantes, sí son una declaración normativa de obligaciones que incluyen recomendaciones a los estados. De esta manera, sirvieron como guía para aquellos gobiernos que deseaban cumplir con los estándares de derechos humanos con respecto a las personas LGBTI (Park 2019: 240). Así pues, como señala Park sobre su cumplimiento:

“Within a few years of their issuance, many governments had adopted the first Principles in some way or another. To cite a few examples, national legislatures in Argentina, Brazil, Canada, Uruguay, the Netherlands, Germany, and Mexico¹⁰⁹ introduced or passed bills citing the first Principles. Brazil’s Ministry of Education, Bolivia’s Justice Ministry, Ecuador’s Ministry of Public Health, and several national human rights institutions in Asia have actively engaged in a process of examining whether the domestic law in their respective countries fulfills the standards set out by the Principles. The Dutch Senate referred to the Yogyakarta Principles when reforming their gender identity laws. The Australian

⁸ Creados por un grupo de expertos en derecho internacional y convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo, entre otros, en Masstricht en 1986.

⁹ Redactados por una comisión de expertos internacionales independientes sobre derechos humanos y leyes sobre medios de difusión.

Government issued Guidelines on the Recognition of Sex and Gender, which relied on the first Principles¹⁰” (Park 2019: 241).

De esta manera, como se ha podido verificar en la práctica internacional, la relevancia jurídica y los efectos de la misma, a pesar de su no vinculatoriedad, se han ido desplegando desde la adopción de los primeros principios de Yogyakarta el año 2006. Este éxito tal vez puede responder a la finalidad propia de los instrumentos del *soft law*. Y es que no tratan de obligar sino de convencer y crear un estado de opinión favorable a su cumplimiento. Estos motivos y otros hacen que la opción legislativa hacia este tipo de normas vaya en aumento, sea porque se emplea como un recurso normativo para intervenir en una materia en la cual se carece competencia para emplear una norma de *hard law*; o porque se trata de acudir a este tipo de normas de forma intencionada para regular la materia en cuestión cuando el *hard law* resulta inapropiado o incapaz de dar una respuesta adecuada (Galiana 2016: 318).

Por lo tanto, de acuerdo a la concepción acogida en este artículo, los PDY podrían considerarse como parte de lo denominado como *soft law*. Por lo que su aplicación debe ser tomada en consideración como un cuerpo normativo no vinculante, lo que con el pasar del tiempo ha sido recogido incluso por la jurisprudencia internacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Lo anterior nos lleva a reflexionar a si es que, los PDY al ser elaborados por un conjuntos de expertos en la materia o si en caso se sigan utilizando por algunos estados, se podría estar formando una *opinio iuris* relativo a una futura configuración de costumbre internacional. Sin embargo, este tema no será abordado en este artículo dado la extensión del mismo.

¹⁰ “A los pocos años de su emisión, muchos gobiernos adoptaron los primeros principios de una forma u otra. Para citar algunos ejemplos, parlamentos nacionales en Argentina, Brasil, Canadá, Uruguay, los Países Bajos, Alemania y México introdujeron o aprobaron proyectos de ley que citan los primeros Principios. El Ministerio de Educación en Brasil, el Ministerio de Justicia de Bolivia, el Ministerio de Público de Salud en Ecuador, y varias instituciones nacionales de derechos humanos en Asia se involucraron activamente en un proceso de examinar si la ley nacional en sus respectivos países cumplía con los estándares establecidos por los principios. El Senado holandés se refirió a los Principios de Yogyakarta al reformar sus leyes de identidad de género. El gobierno australiano emitió directrices sobre el reconocimiento de sexo y género, que se basaron en los primeros principios” (traducción propia).

3. Los Principios de Yogyakarta en el sistema interamericano de derechos humanos

Los PDY han sido recogidos por el sistema interamericano de derechos humanos mediante sus dos órganos: la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como veremos a continuación.

3.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las normas de *soft law* pueden ser utilizadas por los jueces a la hora de llevar a cabo la justificación externa de sus sentencias; es decir, cuando conforman la premisa mayor del silogismo judicial. Sin embargo, es necesario tomar en consideración que así como estos instrumentos pueden formar parte de la construcción de la decisión judicial, también puede suceder que el mismo juez las aparte de su decisión debido a su falta de vinculatoriedad (Escudero: 2012, 104-105). De esta manera, en el siguiente acápite explicaremos el caso en que la Corte IDH utiliza los PDY, el mismo que posteriormente ha sido reiterado en otros casos.

3.1.1. Caso Duque versus Colombia

El presente caso trata sobre una pareja conformada por dos varones, el señor Ángel Alberto Duque y su pareja, el señor J, quienes mantuvieron una convivencia de aproximadamente diez años. Luego de que ambos adquirieron el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) C3, el señor Duque tuvo que dejar de laborar para cuidar a su pareja, quien padeció con mayor dificultad el tratamiento. Es así que, con fecha 15 de setiembre del 2001, el señor J. falleció como consecuencia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).

Dado que el señor J. estuvo afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS), el señor Duque solicitó por medio de un escrito a esta entidad que se le indicara los requisitos para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero. No obstante, con fecha 3 de abril del 2002, mediante el Oficio Nro. OCI-E-P-1487-01, COLFONDOS le respondió al señor Duque que los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia solo podían ser aquellos reconocidos por la ley competente sobre seguridad social y, la misma normativa nacional no reconocía la unión entre dos personas del mismo

sexo¹¹. De esta manera, el señor Duque inicia su travesía legal en los tribunales colombianos internos, agotando la vía interna sin obtener la posibilidad de la solicitada pensión de sobrevivencia. Por ello, luego de los procedimientos correspondientes en la CIDH, la Corte se pronunció sobre el caso.

La Corte IDH sostiene que sí existía un ilícito internacional el año 2002 dado que la normatividad interna colombiana establecía una diferenciación injustificada en el trato de las parejas del mismo sexo con las heterosexuales, lo cual vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación. Asimismo, recuerda que el Comité de Derechos Humanos resolvió un caso sobre parejas del mismo sexo y su derecho a la pensión (Comité de Derechos Humanos 2003: párr. 10.4). Y es sobre el derecho a la seguridad social que la Corte IDH se menciona sobre los PDY de la siguiente manera:

“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, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte” (Corte IDH 2010: párr. 110).

Como hemos podido apreciar, en el presente caso, la Corte IDH por primera –y única vez hasta hoy– en su jurisprudencia cita al principio Nro. 13 relativo a la seguridad social y las recomendaciones del mismo documento. Este tribunal recoge este principio sin discutir sobre

¹¹ El artículo 74° de la Ley 100 sobre seguridad social en Colombia establecía que para obtener la pensión de sobrevivencia en caso del compañero supérstite, se deberá acreditar la vida marital con el causante por un periodo no menor de dos años. El artículo 11° de su reglamento establecía que se presumirá compañero permanente aquel que haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora u en otro lugar establecido por el mismo.

su naturaleza jurídica ni su vinculatoriedad. Por el contrario, lo presenta como respaldo de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación establecida en la misma CADH. En tal sentido, se infiere que en este caso la Corte utiliza los PDY para dar contenido y especificidad al principio de igualdad y no discriminación a las personas de la comunidad LGBTI. Ello sin crear nuevas obligaciones a los estados, solo aclarando que las personas de dicho colectivo también tienen el derecho a la seguridad social que reciben las personas heterosexuales.

3.2. Opinión Consultiva Nro. 24

La Corte IDH también ha utilizado los PDY para el ejercicio de su función consultiva. De esta manera, con fecha 18 de mayo del 2016, el estado de Costa Rica presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2¹², 18¹³ y 24¹⁴ de la CADH. En particular solicitó que la Corte se pronuncie sobre el reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una; la compatibilidad práctica de que una norma interna para las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género; y la protección de la CADH con respecto de los derechos patrimoniales de las parejas conformadas del mismo sexo. Ahora bien, más que responder a estas solicitudes de Costa Rica, a continuación vamos a analizar cuál fue la utilización de los PDY en esta opinión consultiva.

En el inicio, referida opinión consultiva –como consideraciones generales– desarrolla un glosario, puesto que reconoce que no existe consenso sobre algunos conceptos y definiciones en los temas vinculados a la comunidad LGBTI. En dicho glosario, la Corte reitera que no es primera vez que son utilizados por el tribunal y menciona que acoge los PDY adoptados en marzo del 2007 y los principios Yogyakarta “plus 10” como suplemento a los primeros principios (Corte IDH 2016: pág. 17). Es así que, recogen los conceptos de

¹² Artículo 11.2 de la Convención Americana: “Protección de la Honra y de la Dignidad. [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”

¹³ Artículo 18 de la Convención Americana: “Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

¹⁴ Artículo 24 de la Convención Americana: “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

identidad de género, expresión de género y orientación sexual dentro del glosario de la siguiente manera:

“Identidad de Género: la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (Corte IDH 2016: pág. 16-17).

“Expresión de género: Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida” (Corte IDH 2016: pág. 17).

“Orientación sexual: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas” (Corte IDH 2016: pág. 18).

De esta forma, observamos como la Corte IDH recoge los conceptos de postulados en los PDY, y juntos con otros instrumentos construye las citadas definiciones que son particularmente importantes en la protección de la comunidad LGBTI. Esto es particularmente importante debido a la amplia discusión sobre los conceptos de identidad y expresión de género, lo cual, como podemos verificar de la cita anterior, es superado por la Corte IDH mediante esta opinión consultiva.

Sin embargo, la comentada Opinión Consultiva retoma la utilización de los PDY para desarrollar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la identidad de género, específicamente al principio 6 sobre el derecho a la privacidad. Este precisa que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen derecho a gozar de su privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales,

inclusive en cuanto a su familia, su domicilio o su correspondencia. De esta manera, la Corte IDH interpreta que con relación a la identidad de género y sexual, el derecho a la personalidad jurídica implica que las personas en su diversidad de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género deben poder disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Ello por cuanto la orientación sexual o identidad de género que, cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, dignidad y libertad (Corte IDH 2016: pág. 50–51).

Asimismo, más adelante plantea una de las recomendaciones del principio Nro. 3, señalando que la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero. De esta manera, la recomendación que acoge de los PDY plantea la obligación de los Estados de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí. De igual manera, para que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el estado que indican el género o el sexo de una persona –incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos– reflejen la identidad de género que la persona define por y para sí (Corte IDH 2016: pág. 53).

Por otro lado, con respecto al procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, la Corte cita al principio 6 de los PDY que sostiene que ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal para impedir el reconocimiento legal de la identidad de género (Corte IDH 2016: pág. 59). De igual modo, sobre la confidencialidad de los procedimientos y cambios, correcciones, adecuaciones en los registros con la finalidad de que los documentos de identidad no reflejen los cambios de la identidad de género, la Corte señala que el carácter reservado de estos procedimientos de cambio de nombre de pila y, en su caso, género o sexo e imagen de acuerdo a la identidad de género auto-percibida, se encuentra en armonía con el mencionado principio 6 (Corte IDH 2016: pág. 62).

En esta línea, la Corte IDH señala que el procedimiento de solicitud de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y documentos de identidad, no podrán exigir que se lleven a cabo alguna intervención quirúrgica ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, otorgar lo solicitado o probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento. Así, ello podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la CADH. De esta manera, la Corte reitera que el principio 3 de los PDY estipula que ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo esterilización, cirugía de reasignación de sexo y terapia hormonal como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género (Corte IDH 2016: pág. 64-65).

Con respecto a los procedimientos referidos a los niños, la Corte IDH ha señalado que los niños y niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la CADH y, además, cuentan con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la referida convención. En tal sentido, en este caso, los derechos contenidos en instrumentos generales de derechos humanos deben ser interpretados tomando en consideración el *corpus juris* sobre derechos de infancia. Es así que la Corte ha tomado en consideración el preámbulo de los PDY señalando que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez” (Corte IDH 2016: págs. 66-68).

Ahora bien, con respecto a la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo, la Corte IDH reitera lo que ya había precisado en el caso Duque versus Colombia: el principio 13 sobre la seguridad social, lo cual se enmarca en la obligación del artículo 24° de la CADH. En tal sentido, la Corte IDH señala que los estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de

asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social. Ello incluye a los beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud –incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género–, otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte (Corte IDH 2016: 79).

Cabe precisar que, finalmente, con respecto a los aportes dados por los PDY, la Corte IDH opinó que el cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género auto-percibida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la CADH. Asimismo, la CADH, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. Finalmente, entre otras normas que menciona la Corte de la CADH, se establece que el Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de este cuerpo normativo.

3.3. Documentos internacionales

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha utilizado a los PDY en la elaboración de sus documentos. A pesar que sus informes no tengan fuerza de vinculatoriedad, es importante analizar su interpretación sobre el *corpus iuris* de los derechos humanos. De esta manera, a continuación veremos dos documentos elaborados por la CIDH, y cómo ha recogido los PDY en su elaboración.

3.3.1. Estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género por la CIDH

El primer documento emitido en el sistema interamericano que recoge los PDY fue elaborado por un estudio de la CIDH en cumplimiento de Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación, con fecha 23 de abril del 2012.

En principio, ya se recogía el concepto de identidad de género y orientación sexual del preámbulo de los PDY, para lo cual también se trae en consideración el principio Nro. 6. En este sentido, se resalta que los PDY ya constituían en la actualidad, una referencia relevante en relación a la comprensión jurídica de la población LGTBI, debido a que para su elaboración intervinieron expertos y expertas en la materia. En este sentido, algunas de las definiciones recogidas parten de dicho documento, a modo de referencia, que se nutre a su vez de otros pronunciamientos jurídicos relevantes en la materia (CIDH 2012: pág. 11).

3.3.2. Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América.

El Informe sobre violencia sobre personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América de la CIDH, fue adoptado el 12 de noviembre del 2015. Este documento surge debido a los altos índices de violencia que se registran contra personas de este colectivo en el continente americano, y la ausencia de una respuesta estatal eficiente frente a dicha problemática. A pesar que ha habido avances en algunos estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), aún se evidencia la falta de adopción de medidas efectivas para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia cometidos contra personas LGBTI de manera generalizada en todo el continente.

De esta manera, el informe intenta concentrarse en los actos de violencia física contra las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género diversas o no normativas, o cuyos cuerpos varían del estándar corporal femenino y masculino en América (CIDH 2015: pág. 11). Por lo que, como hemos revisado anteriormente por la Corte, la CIDH recoge las definiciones de orientación sexual e identidad de género de los PDY descritos en su preámbulo (CIDH 2015: 31-32).

La CIDH informa que ha recibido información sobre casos de violencia, tortura y tratos inhumanos y degradantes contra personas LGBT percibidas como tales en las cárceles,

comisarías de policía, centros de detención migratoria y otros lugares de detención¹⁵. En tal sentido, la CIDH cita al principio Nro. 9 que establece que toda persona será tratada humanamente con el respeto de su dignidad, sin que la identidad de género u orientación sexual exacerben dicho trato.

Por otro lado, la CIDH explica que para combatir el discurso de odio se requiere de un enfoque comprensivo y sostenido que vaya más allá de las medidas legales y que incluya la adopción de mecanismos preventivos y educativos. En tal sentido, entre esas medidas, la CIDH recoge una de las recomendaciones adicionales de los PDY sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, que recomiendan que “los medios de comunicación eviten el uso de estereotipos en cuanto a la orientación sexual y la identidad de género, promuevan la tolerancia y aceptación de la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género humanas y sensibilicen al público en torno a estas cuestiones” (CIDH 2015: 159-160).

En el presente informe, la CIDH se pronuncia sobre las personas que se encuentran en el contexto de la movilidad humana, como las personas migrantes y sus familias, quienes son vulnerables de violaciones a sus derechos humanos, lo que se ve agravado por ser una persona LGBTI. En tal sentido, la Comisión Interamericana establece que los Estados tienen la obligación de no devolver refugiados a lugares donde su vida o libertad personal puedan estar en peligro en razón de su orientación sexual e identidad de género real o percibido (CIDH 2015: 177) de acuerdo al principio Nro. 23. De esta manera, de acuerdo a las recomendaciones de este principio, los estados deben revisar sus leyes para garantizar que un temor fundado de persecución por motivos de orientación sexual o identidad de género sea aceptado como base para el reconocimiento de la condición de refugiado y del asilo; asegurarse que ninguna política discrimine a solicitantes de asilo por su orientación sexual o identidad de género; garantizar que ninguna persona sea removida, expulsada o extraditada a ningún estado en el que pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura o cualquier otra forma de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta conclusión es inferida de los

¹⁵ Un ejemplo claro son las mujeres trans que se encuentran en un riesgo mayor de sufrir violencia sexual debido a que rutinariamente son encarceladas en prisiones para hombres, sin que se tomen en cuenta las particularidades de la persona o del caso concreto.

artículo 22.7 y 22.8 de la CADH, los cuales establecen el derecho a buscar y recibir asilo y el principio de no devolución o *non-refoulement*, respectivamente (CIDH 2015: 178).

4. Consecuencia jurídica de la aplicación de los Principios de Yogyakarta en el sistema interamericano: parámetro de interpretación

Tomando en consideración la postura del presente artículo correspondiente a que los PDY son parte de lo que consideramos *soft law*, y habiendo verificado que los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han utilizado este instrumento, nos queda preguntarnos si es que estos tienen alguna consecuencia jurídica con respecto al sistema regional interamericano.

4.1. Parámetro para una interpretación convencional

Una de las principales consecuencias jurídicas que podemos verificar es que los PDY deberían ser considerados por parte de los estados, toda vez que han sido recogidos en reiteradas ocasiones por la Corte IDH como hemos verificado en el acápite anterior. De esta manera, los PDY se han convertido en parte del control convencional como explicaremos a continuación.

Para ello, es necesario recordar el concepto del *corpus iuris* interamericano, el cual ha sido establecido por la misma Corte IDH. Ello se define como el espectro normativo sobre el cual recae la obligación de ejercer el control interno de convencionalidad. Así pues, dicho control debe ejercerse respecto de la CADH y el resto de normas del sistema interamericano que le otorgan competencia contenciosa a la Corte IDH (el Protocolo de San Salvador en lo que respecta a los derechos de asociación laboral y de acceso a la educación: artículos 8.1.a y 13; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención contra la Desaparición Forzada de Personas y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belém do Pará) y la jurisprudencia de la Corte IDH, contenida en las sentencias, opiniones consultivas y los criterios derivados de las medidas provisionales y la supervisión del cumplimiento de sentencias (Rodas 2016: págs. 325-326).

Ahora bien, la Corte IDH ya ha señalado que dentro de este cuerpo normativo también encontramos a las fuentes de derecho internacional relevantes y a “un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente” (Corte IDH 2016: párr. 29). Cabe precisar que el concepto de *corpus iuris* que ha establecido la Corte es bien criticado debido a que puede suceder que se exija a algún estado el cumplimiento de alguna jurisprudencia elaborada por algún instrumento convencional no exigible a este tercero.

De esta manera, toda vez que consideramos a los PDY como *soft law*, al ser reiterados por la Corte IDH en sus pronunciamientos y ser persuadidas como cuerpos normativos, estos principios entran al espectro normativo denominado *corpus iuris* interamericano. Por lo tanto, los PDY entran como parte del estándar convencional que debería ser tomado en consideración por los estados al momento de interpretar sus obligaciones en derechos humanos.

Asimismo, también es necesario mencionar que los PDY se respaldan en obligaciones convencionales vinculantes. De esta manera, estos principios lo único que realizan es especificar determinados derechos a un colectivo en concreto, los cuales ya han sido atribuidos por algún instrumento vinculante a los estados, como el caso de la CADH. En otras palabras, el cumplimiento de los PDY debería darse en la medida que los principios y sus recomendaciones, a la vez, son parte del contenido de las normas convencionales del *corpus iuris* interamericano.

Ahora bien, ¿cómo hacer efectiva la aplicación de los PDY? Como hemos mencionado, ello podría darse mediante el control de convencionalidad que se respalda en el *corpus iuris* interamericano. Para ello, es preciso recordar el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile en el 2006, en el que se sustenta que este control es importante por su característica preventiva y con efecto útil para el sistema interamericano. Así, este control es la expresión del *pacta sunt servanda* y se refiere a que los estados, a través de sus operadores jurídicos, tienen la obligación de usar las fuentes del sistema interamericano para resolver sus casos internos; todos los funcionarios del estado deberían ejercer este control *ex officio*; y su

ejercicio no puede alterar el sistema de distribución de competencias que haya establecido cada estado en su ordenamiento jurídico (Salmón 2019: pág. 383).

En efecto, a pesar que es preciso reiterar la naturaleza no vinculante de los PDY, los estados, si no tienen medidas más favorables que propicien la igualdad de la comunidad LGBTI, deberían aplicar de buena fe sus principios y recomendaciones. De lo contrario, se podría incurrir en responsabilidad internacional al estar incumpliendo el principio de igualdad y no discriminación establecido en la CADH y sostenido ampliamente en su jurisprudencia, en específico para las personas LGBTI. Al ser un colectivo históricamente vulnerable, los PDY respaldan y reiteran el respeto de sus derechos.

4.1.1. Parámetro de contenido de obligaciones internacionales

Como ya ha quedado claro, especialmente los PDY mencionados en la jurisprudencia de la Corte IDH, deberían ser tomados en consideración por parte de los estados al ser parte del *corpus iuris* interamericano. Sin embargo, es preciso reiterar que una de las principales consecuencias jurídicas ha sido su aplicación como parámetro de contenido de obligaciones convencionales.

En tal sentido, como podremos observar en el siguiente cuadro, los PDY contribuyen en dar contenido a las obligaciones que ya han sido establecidos convencionalmente.

Principio Nro.	Contenido	Sistema Interamericano de derechos humanos
3	“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida (...)”.	- Artículos 3, 5.1, 5.1 y 19 de la CADH - Opinión Consultiva 24
6	“Todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen derecho a gozar de su privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales (...)”.	- Artículo 11 de la CADH - Opinión Consultiva 24

9	“Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona”.	- Artículo 7 de la CADH
13	“Todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”.	- Artículo 9 del Protocolo San Salvador - Caso Duque versus Colombia - Opinión Consultiva 24
23	“En caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país (...)”.	- Artículo 22.7 y 22.8 de la CADH

(Fuente: Principios de Yogyakarta / Elaboración propia)

En el cuadro anterior podemos verificar que los PDY persuaden obligaciones ya establecidas convencionalmente y, además, la mayoría han sido utilizados por la Corte IDH mediante la sentencia del Caso Duque versus Colombia o la Opinión Consultiva Nro. 24, siendo claro que son parte del *corpus iuris* interamericano. Asimismo, y aunque no se ha mencionado en el cuadro, de un análisis de los citados contenidos de los PDY se encuentran en el marco del artículo 24 de la CADH que establece el principio general de igualdad y no discriminación. De esta manera los PDY cumplen una función persuasiva de especificación para los derechos de la comunidad LGBTI.

En síntesis, si tomamos en consideración que el principio de igualdad y no discriminación está establecido como una obligación general y específica en la CADH observamos que ningún estado, en el ámbito práctico, podría objetar o justificar algún trato discriminatorio de su norma interna y que se encuentre definido en los PDY. Ello debido a que al ser parte del *corpus iuris* interamericano, los estados deben velar por el cumplimiento de estas recomendaciones. Lo que, al ser un instrumento *soft law* veremos matizados por cualquier otra medida pero que garantice el principio de igualdad y no discriminación.

4.1.2. Parámetro de conceptos especializados

De igual modo que en el anterior, uno de los aportes más importantes de los PDY ha sido la definición de identidad de género, expresión de género y orientación sexual establecidos en su preámbulo. En estos casos vemos cómo este instrumento no solo sirve por sus recomendaciones y principios sino como conceptos especializados.

Estas definiciones han sido emanadas de un grupo de juristas especializados en diversidad sexual. Asimismo, estas definiciones han sido reiteradas por la Corte IDH en su jurisprudencia y en la Opinión Consultiva 24. Además que ello ha tenido un papel esencial para la CIDH desde su primer documento en la materia.

En tal sentido, la aclaración sobre estos conceptos especializados rompe con el sistema binario masculino femenino establecido en los estados. Ello en la búsqueda de evitar alguna vulneración del principio de igualdad y no discriminación o algún otro derecho de las personas LGBTI.

5. Reflexión

De acuerdo al presente artículo, hemos podido analizar la naturaleza jurídica de los PDY y una vez que hemos descartado las fuentes tradicionales del artículo 38° del Estatuto de la CIJ, pasamos a analizar si podría ser parte de lo que denominamos como *soft law*. Así pues, hemos presentado algunas definiciones sobre *soft law*, debido a la constante discusión académica sobre ello.

En tal sentido, consideramos pertinente recoger la concepción de derecho blando del autor Luis Castro Novoa. Por lo que verificamos que los PDY no puedan ser algún tratado, doctrina, costumbre, jurisprudencia o principio general del derecho. Salvo que existen criterios válidos para considerarlos como doctrina, si afirmamos que aquellos doctrinarios expertos podrían ser creadores de *soft law* como sostiene la teoría de Castro Novoa, los PDY podrían pasar esta valla y ser considerados en esta categoría. Finalmente, la indudable relevancia jurídica que se ha verificado con la practicidad por los sujetos de derechos internacional de los PDY. Así, concluimos que estos eran parte de esta cuestionada categoría.

A continuación analizamos cómo los PDY habían sido recogidos por la jurisprudencia interamericana mediante el caso Duque vs. Colombia y a través de su función consultiva por la Opinión Consultiva Nro. 24. De igual modo, la CIDH ha recogido los PDY en la elaboración de algunos documentos internacionales. De esta manera, llegamos a la conclusión de que, como consecuencias jurídicas, a pesar de su no vinculatoriedad, los PDY sirven como parámetro para una interpretación convencional, como referencias de conceptos especializados.

Finalmente, tomando en consideración la discriminación estructural de la comunidad LGBTI en los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, es importante mencionar que los estados parte, y sobre todo quienes han ratificado a la CADH, deberían tomar en consideración los PDY en su obligación de adecuar su derecho interno. Ello en la medida de no vulnerar algún derecho de las personas LGBTI.

BIBLIOGRAFÍA:

A) DOCTRINA

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea

2010 “Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional”. En: Revista Derecho del Estado N° 25, diciembre de 2010, págs. 193-219

AGUILAR CONTRERAS, Marisol

2012 “La implementación del derecho internacional de derechos humanos como estrategia de litigio en el caso de la diversidad sexual”. En: Referencias Volumen 7, Julio 2012, págs. 47-51.

BELAUNDE MOREYRA, Antonio

1983 “Principios Generales y la Unidad del Derecho”. En: Revista Peruana de Derecho Internacional. Lima, Tomo XXXV, enero – marzo, págs. 89-91.

BORETTO, M. M.

2012 “Soft law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de la Propiedad Intelectual”. *Ars Boni Et Aequi*, págs. 81-144.

BROWN, David

2010 “Making Room for Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law: An Introduction to the Yogyakarta Principles”. En: *Michigan Journal of International Law*. Volumen 3, Tema 4, págs. 821-879.

CALDERON MARENCO, Eduardo

2018 “Los incoterms como instrumento de derecho suave (soft law)”. *Revista E-Mercatoria*. Volumen 17, Nro. 1, enero/junio 2018, págs. 47-85.

ESCUADERO, Rafael

2012 “El concepto de soft law”. En: VV. AA., Moreso, J. J. y Martí, J. L. (Eds.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons, Barcelona, págs. 127-148.

GLITZ, Frederico

2017 “Lex mercatoria: ¿orden jurídico autónomo?”. En: *Rev. Secr. Trib. Perm. Revis.* Año 5, Marzo 2017, págs. 196-223.

GUZMAN, Andrew T. y Meyer Timothy L

2010 “International Soft Law”. En: *Journal of Legal Analysis*, 2(1) Spring, págs. 171-225.

KOSKENNIEMI, Martti

2010 “El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política”. En: Revista de Derecho Público Nro. 24 de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, año 2010, págs. 1-31.

MAZUELOS, Ángeles

2004 “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, N° 8, págs. 1-40.

NOVAK TALAVERA Fabián y García-Corrochano Moyano, Luis

2016 “Derecho Internacional Público. Introducción y fuentes. Segunda Edición. Tomo I. Editorial Thomson Reuters.

RODILES, Alejandro

2009 “La fragmentación del derecho internacional ¿riesgos u oportunidades para México?”. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol. IX, año 2009. págs. 373-413.

GALIANA SAURA, Ángeles

2016 “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”. En: AFD, (xxxii), págs. 297-322.

SALMÓN, Elizabeth

2019 “Introducción al sistema interamericano de derechos humanos”. Fondo Editorial PUCP.

PULECIO P., Mauricio

2011 “Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos”. En: RAI – Revista Análisis Internacional. Número 3, págs. 239-259.

THÜRER Daniel

2000 "Soft Law". En: R. Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law, 2000, págs. 454-460.

VARGAS CARREÑO, Edmundo

1970 "Introducción al derecho internacional". San Jose. Editorial Juricentro.

WEGGEN, Ella

2009 "The Yogyakarta Principles Soft Law? Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law". Tesis de Magíster en Derecho Internacional Público, Universidad de Amsterdam. En: http://ypinaction.org/wp-content/uploads/2016/10/Thesis_Weggen_Yogyakarta_Principles_Soft_Law.pdf
Consultado el 13 de setiembre del 2019.

B) INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2017 Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica.
- 2015 Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América.
- 2012 Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

- 2003 Caso Edward Young versus Australia. Communication Nro. 941/2000. 18 de setiembre del 2003.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

- 2013 Estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género.

C) JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2017 Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- 2016 Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
- 2016 Caso Duque vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.
- 2016 Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero del 2016.
- 2012 Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- 2012 Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Sentencia del 26 de febrero del 2016.
- 1999 Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C 68.