

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda
Especialidad en Derecho Internacional Público

Título:

Interpretación evolutiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Un estudio de casos de la comunidad LGTBIQ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación

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

Autor:

Miriam Estefanía Tovar Parada

Asesor:

Renato Antonio Constantino Caycho

Lima, 2023

Informe de Similitud

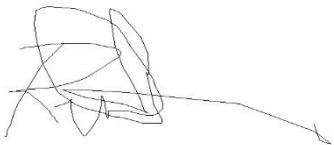
Yo, RENATO ANTONIO CONSTANTINO CAYCHO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "Interpretación evolutiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Un estudio de casos de la comunidad LGTBIQ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación", del autor(a) MIRIAM ESTEFANÍA TOVAR PARADA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 07 de febrero del 2024

CONSTANTINO CAYCHO, RENATO ANTONIO	
DNI: 46049208	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5721-1541	

Resumen

El presente ensayo busca determinar si la interpretación evolutiva es una interpretación válida a pesar de no estar reconocida explícitamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Ello con la finalidad de analizar como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho uso de la interpretación evolutiva en todos los casos referentes a la Comunidad LGTBIQ para posteriormente, examinar si este uso de la interpretación evolutiva se hace de manera correcta a efectos de determinar la responsabilidad internacional de los Estados o responder la interrogante de si la argumentación que utiliza la Corte IDH para responsabilizar a un Estado internacionalmente es la más estratégica o tiene otras formas más robustas de hacerlo.

El trabajo parte de la hipótesis de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica el estándar de que la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación de manera retroactiva a todos los casos de la comunidad LGTBIQ. Asimismo, parte de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce implícitamente la debilidad de su argumento, por lo que hace uso de argumentos auxiliares o complementarios a efectos de ir consolidando su estándar con el tiempo. Esta hipótesis fue finalmente corroborada, por lo que se propone como recomendaciones que la Corte Interamericana utilice, cuando en los casos en los que sea posible, la norma interna más protectora que su estándar retroactivo y como segunda recomendación que la aplicación de un estándar nuevo se aplique para resoluciones futuras lo que brinda seguridad jurídica a los Estados.

Palabras clave: orientación sexual, motivo prohibido, interpretación evolutiva.

Abstract

This essay seeks to determine the validity of evolutionary interpretation despite its lack of explicit recognition in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The aim is to analyze how the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) has employed evolutionary interpretation in cases involving the LGBTQ+ community. Subsequently, an examination is conducted to assess whether this use of evolutionary interpretation is carried out correctly in determining the international responsibility of states. Furthermore, the essay explores whether the IACHR's argumentation for holding a state accountable internationally is the most strategic or if alternative, more robust approaches exist.

The underlying hypothesis posits that the IACHR retroactively applies the standard that sexual orientation is a prohibited category of discrimination to all LGBTQ+ cases. Additionally, it posits that the IACHR implicitly acknowledges the weakness of its argument, resorting to auxiliary or complementary arguments to progressively solidify its standard over time. With the hypothesis validated, recommendations are proposed for the IACHR to utilize, when feasible, the most protective domestic norm rather than its retroactive standard. A secondary recommendation suggests that the application of a new standard be reserved for future resolutions, thereby enhancing legal certainty for states.

Keywords: *sexual orientation, prohibited ground, evolutionary interpretation.*

Índice

Contenido

Introducción.....	5
1. Los métodos de interpretación en la convención de Viena y en el DIDH.....	5
1.1. La interpretación en el contexto del DIDH: La interpretación evolutiva y el principio pro persona	8
1.2. ¿La interpretación evolutiva es una interpretación válida a pesar de no estar reconocida en la CVDT de 1969?.....	10
2. El derecho a la igualdad y no discriminación	12
2.1. ¿Qué es la discriminación y cómo la Corte IDH la ha entendido?	13
2.2. ¿Cómo la Corte IDH incorpora motivos prohibidos y cuál es su consecuencia práctica?.....	14
3. Aplicación de la interpretación evolutiva en casos representativos de la comunidad LGTBIQ por la Corte IDH	17
3.1. Análisis de los argumentos esgrimidos por la Corte IDH para declarar la responsabilidad Estatal	18
3.2. Selección de casos en los que la Corte IDH busca reforzar su estándar establecido por el Caso 1.....	23
4. Conclusiones y recomendaciones:.....	25
4.1. Conclusiones:.....	25
4.2. Recomendaciones:.....	26
4.2.1. Directrices para la motivación de sentencias: Considerando la normativa interna más protectora (Casos Olivera y Flor Freire)	26
4.2.2. Estableciendo el estándar para resoluciones futuras: Orientando la aplicación prospectiva del mismo de parte de tribunales internos	27
Bibliografía.....	28

Introducción

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la interpretación de los tratados es esencial para garantizar una efectiva protección de los individuos, especialmente aquellos que han sido históricamente discriminados, como es el caso de las minorías sexuales¹. Este ensayo tiene como punto de partida el análisis de los métodos de interpretación en la Convención de Viena y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, argumentando que una interpretación sólida y específica es crucial dada la naturaleza de los derechos humanos destinados a salvaguardar la dignidad y libertad de las personas.

En particular, se examina la inclusión de la orientación sexual como una categoría protegida de discriminación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Se sostiene que, dada la vulnerabilidad histórica de la comunidad LGTBIQ, la labor interpretativa de la Corte IDH debe ser más cuidadosa y fundamentada, evitando la aplicación retroactiva de estándares, para mantener la confianza de los Estados en su papel protector. Este ensayo explora críticamente la necesidad de una interpretación más rigurosa y detallada en el ámbito de los derechos humanos, con un enfoque especial en la protección de la comunidad LGTBIQ.

1. Los métodos de interpretación en la convención de Viena y en el DIDH

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es una de las ramas específicas del Derecho Internacional Público (DIP), por lo que tienen una relación de complementariedad en la que el primero se encuentra regulado por el marco de normas establecido por el DIP sobre tratados, principios generales, etc. Esto se ve plasmado en el ámbito de las relaciones internacionales, ya que los Estados están obligados a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos por ejemplo en el marco de los tratados que se firman entre Estados. Los Estados parte de los tratados que versan sobre derechos humanos se encuentran obligados a cumplir las disposiciones en él descritas, o de lo contrario, pueden ser responsables internacionalmente.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT) reconoce la vital importancia de los tratados como fuentes del derecho internacional y, en consecuencia, establece regulaciones y métodos de interpretación para asegurar que estos acuerdos sean comprendidos de acuerdo con los principios que establece. En términos de la CVDT, un tratado se define como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional” (Artículo 2). Dado que la Convención Americana sobre

¹ Párrafo 267 del Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012)

Derechos Humanos (CADH) cumple con ser un tratado, conforme a la definición que establece la CVDT, relacionado con la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, su interpretación debe realizarse a la luz de las normas de interpretación establecidas en él.

La interpretación de los tratados se define como “la operación intelectual consistente en determinar el sentido de un acto jurídico, precisar su alcance y aclarar los puntos oscuros o ambiguos” (Rousseau, 1969, p. 631, como se citó en Salmón, 2017). Normativamente, el artículo 31 de la CVDT establece que el tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, de acuerdo al contexto, y teniendo en cuenta su objeto y fin (Artículo 31). Después de esta regla general, el mismo instrumento establece los medios de interpretación complementarios en caso de ambigüedad o cuando se haya llegado a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (Artículo 32).

Primero es crucial destacar que las reglas de interpretación establecidas en el CVDT parten de tres principios fundamentales establecidos en el mismo instrumento: el principio de buena fe, el de *pacta sunt servanda* y la primacía del derecho internacional, que se encuentran tanto en la introducción como en los artículos 26 y 27 del tratado. El primero implica la obligación ineludible que tienen las partes de cumplir con el tratado, mientras que el segundo se refiere a las características que debe tener ese cumplimiento, destacando que debe ser llevado a cabo de “buena fe”. (Novak, 2013, p.75).

El principio de buena fe requiere que las partes sigan un patrón de comportamiento razonable, honesto, leal y ético en sus acciones, y que se comprometan a no llevar a cabo acciones que obstaculicen el propósito y objetivo del tratado, buscando activamente su implementación por todos los medios posibles. (Novak & Corrochano, 2000, p.192). En otras palabras, este principio busca que las partes del tratado cumplan de manera transparente y diligente el fin por el cual el tratado fue adoptado. Este principio guarda estrecha relación con la regla de interpretación según el objeto y fin del tratado, ya que busca asegurar el respeto y la no contradicción del objeto y fin del mismo. Finalmente, el principio de primacía del derecho internacional establece que no se puede recurrir a disposiciones del derecho interno para invalidar o desconocer el derecho internacional (Artículo 27). Esta premisa es perfectamente coherente, ya que al ratificar voluntariamente el tratado que puede estar en conflicto con tú derecho interno, se asume un compromiso que prevalece sobre las normas internas.

Además de los tres principios transversales a las reglas de interpretación de tratados mencionados anteriormente, es pertinente abordar las reglas específicas de interpretación establecidas por la CVDT. Dos de estas reglas, estrechamente relacionadas, son la interpretación conforme al sentido corriente de los términos y de acuerdo al contexto. Estas directrices establecen que los

términos de un tratado deben entenderse en su sentido ordinario y común, considerando el contexto en el que se utilizan regularmente. Este contexto abarca todos los documentos, declaraciones, etc., que se han emitido en el marco del tratado, no limitándose solo al texto del tratado en sí. Por ejemplo, Novak argumenta que “el contexto implica analizar dónde está ubicada o localizada la palabra o frase a ser interpretada”. (2013, pp. 77). Es importante destacar que, en el caso de términos jurídicos o complejos, se puede recurrir a un significado más técnico sin perder de vista el sentido general.

La tercera regla, vinculada al objeto y fin del tratado, también conocida como método teleológico tiene como objetivo determinar el propósito que los Estados partes pretendían lograr al celebrar el acuerdo. En otras palabras, busca comprender la razón que tuvieron en mente al redactar el texto del tratado. Por último, la regla de tomar en cuenta la conducta ulterior de las partes puede entenderse, entre otras cosas, como la práctica que adoptan los Estados en la aplicación de las disposiciones del tratado.

En este contexto, es relevante señalar que, inicialmente, se consideró la posibilidad de incorporar reglas adicionales distintas a las establecidas en la CVDT. Sin embargo, esta opción no se materializó. Dichas reglas propuestas como métodos complementarios, incluyen: i) *in dubio mitius* y la regla *contra proferentem* ii) la intertemporalidad, y iii) la contemporaneidad (Novak, 2013, pp. 86-87). Para los fines de este ensayo, nos detendremos en particular en la regla de la intertemporalidad.

Este método de interpretación establece que “un tratado debe ser interpretado a la luz del Derecho vigente en la época en que el mismo fue celebrado” (Novak, 2013, pp. 86). En otras palabras, sostiene que la situación en análisis debe ser evaluada, y la interpretación del tratado debe tener en cuenta las normas del Derecho Internacional de ese período específico, y no conforme a las normativas actuales. (Fitzmaurice en Novak, 2013, pp.86). De esta manera, se subraya que cualquier controversia surgida en un año específico pero resuelta posteriormente después de varios años debe ser abordada con base en el derecho vigente en el momento de su origen. Este enfoque temporal no solo resalta la importancia de contextualizar los tratados según el marco legal de la época de su celebración, sino que también enfatiza la necesidad de considerar las circunstancias y normas jurídicas existentes en ese momento para una interpretación precisa y justa.

A pesar de lo que normativamente se encuentra en la CVDT y los métodos de interpretación complementarios no contemplados en dicho instrumento, el DIDH incorpora enfoques adicionales que se ajustan a la naturaleza particular de esta rama del derecho. Mientras que el DIP se enfoca principalmente en conflictos entre Estados, el DIDH se concentra en salvaguardar los derechos individuales, asignando a la persona un papel central. Dada esta especificidad, la jurisprudencia ha desarrollado criterios interpretativos adicionales, como la

interpretación evolutiva o dinámica y el principio pro persona. Estos conceptos guardan una estrecha relación con lo establecido en la CADH en cuanto a las normas de interpretación (Artículo 29) y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Tribunal) para conocer de cualquier caso que abarque cuestiones vinculadas a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH (Artículo 62.3).

Con este trasfondo, resulta crucial explorar la interpretación en el contexto del DIDH y su interacción con las disposiciones de la CADH.

1.1. La interpretación en el contexto del DIDH: La interpretación evolutiva y el principio pro persona

Como se detalló anteriormente, la singularidad del DIDH exige la utilización de métodos de interpretación más allá de los establecidos en la CVDT, dado su enfoque específico en la protección de los derechos individuales. Para abordar esta necesidad, existen tres tribunales regionales dedicados a resguardar los derechos de los individuos. En este ensayo, nos enfocaremos en el tribunal responsable de proteger a las personas vinculadas a los Estados Americanos: la Corte IDH. Esta institución tiene la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de la CADH, así como de aplicarla e interpretarla, especialmente en el contexto de sus funciones contenciosas y consultivas (Corte IDH, 2019).

La Corte IDH, a través de su jurisprudencia y opiniones consultivas, y la doctrina han delineado métodos de interpretación complementarios, destacando especialmente la interpretación evolutiva y el principio pro persona. En primer lugar, exploraremos la interpretación evolutiva, según lo establecido por la Corte IDH. En este contexto, la Corte ha sostenido que la interpretación evolutiva implica considerar el desarrollo de la norma a lo largo del tiempo y rechazar la posibilidad de interpretar una norma exclusivamente a la luz de las circunstancias existentes en el momento de su creación, (Caso Artavia Murillo, párr. 245, 2012).

Además, la Corte ha subrayado la naturaleza dinámica y activa de los tratados de derechos humanos, enfatizando que su interpretación debe adaptarse a medida que evolucionan las condiciones sociales y la realidad contemporánea. Esta perspectiva, según la Corte, se alinea con las reglas de interpretación establecidas tanto en la CADH como en la CVDT. (Caso Atala Riffo, párr. 83, 2012). En su Opinión Consultiva 24/17, la Corte IDH añadió que la interpretación evolutiva parte del respeto a la intención inicial de los Estados, considerando que muchos Estados utilizan un lenguaje sin un significado estático, permitiendo así su evolución y desarrollo (párr. 88, 2017).

En términos doctrinales, la interpretación dinámica se define como aquella que se realiza “de acuerdo con el derecho vigente al momento en que la interpretación se lleva a cabo y no la que se aplicaba al momento en el que se concluyó el tratado” (Simma, 1993, p. 187, como se citó en Salmón, 2017). Este

enfoque conceptual atribuye un papel fundamental a los jueces, ya que en su labor interpretativa se destaca la necesidad de actuar con razonabilidad, teniendo como premisa la justicia y procurando su aplicación efectiva. En este contexto, se enfatiza que los jueces deben orientarse por las necesidades sociales de la época en la que se aplica el derecho, otorgándoles un papel crucial en la adaptación del marco normativo a la realidad y contexto contemporáneos (Castro, y otros, pp. 16-17, 2021).

En segundo lugar, sobre el principio *pro homine* o *pro persona*, la Corte IDH, ha establecido que, bajo este principio, ninguna parte del tratado puede ser interpretado de manera que restrinja o limite el disfrute y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido según las leyes de alguno de los Estados Parte o en virtud de otra convención de la cual uno de esos Estados sean parte (Caso Artavia Murillo, párr. 259, 2012). Este Tribunal también ha afirmado que, cuando existan varias opciones o interpretaciones posibles de una norma o contenido en un tratado, se debe dar preferencia a aquella más favorable a la persona cuya protección se busca (Caso Atala Riffo, párr. 84, 2012).

Desde el punto de vista doctrinal, el principio *pro persona*, tanto principio como regla de interpretación, ha sido definido como el criterio “según el cual las normas que protegen los derechos de los individuos deban siempre recibir la interpretación que más favorezca a estos” (Medina & Mera, 1996, como se citó en Salmón, 2017). Se argumenta que este principio tiene dos dimensiones. En primer lugar, la dimensión de *preferencia interpretativa* establece que, al interpretar cualquier contenido normativo, se debe optar por aquella interpretación que optimice mejor el derecho y le brinde una definición más expansiva. (Medellín, 2013, pp. 27) En segundo lugar, la dimensión de *preferencia normativa* sostiene que, en un caso específico donde se enfrenten dos normas que aborden la misma materia y estén vigentes en el tiempo, se debe aplicar la norma más favorable, sin importar su posición jerárquica (2013, pp. 27). En este contexto, Aparicio afirma que estas preferencias deben aplicarse cuando “se trate de reconocer derechos protegidos, y acudir a la interpretación más restringida cuando se trate de limitar estos derechos” (2019).

Hasta ahora, hemos explorado la necesidad de métodos de interpretación adicionales en el ámbito del DIDH, específicamente resaltando la interpretación evolutiva y el principio *pro persona* como enfoques fundamentales delineados por la Corte IDH y respaldados doctrinalmente. Estos métodos se han desarrollado para adaptarse a la singularidad del DIDH, que se centra en la protección de los derechos individuales. Al examinar la interpretación evolutiva, el Tribunal ha enfatizado la evolución dinámica de las normas a lo largo del tiempo, destacando la necesidad de considerar las circunstancias cambiantes de la realidad contemporánea. El principio *pro persona*, por otro lado, refleja un compromiso con la interpretación que maximiza los derechos individuales, evitando restricciones innecesarias. Este principio, respaldado tanto por la

jurisprudencia de la Corte IDH como por la doctrina, destaca la importancia de favorecer la interpretación que más beneficie a la persona en casos de conflictos normativos.

En resumen, el DIDH ha desarrollado estos criterios interpretativos adicionales para adaptarse a su contexto específico. La interpretación evolutiva y el principio pro persona, aunque no explícitamente reconocidos en la CVDT de 1969, han sido fundamentales en el desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina en el ámbito del DIDH. Ahora nos enfrentamos a la tarea de analizar la validez de la interpretación evolutiva en relación con los métodos establecidos en la CVDT, una cuestión que exploraremos en el siguiente subcapítulo.

1.2. ¿La interpretación evolutiva es una interpretación válida a pesar de no estar reconocida en la CVDT de 1969?

La propia CVDT establece reglas de interpretación específicas como han sido señaladas y definidas previamente; sin embargo, “[...] si bien es cierto que la Convención de Viena ilumina el derecho de los tratados, no lo es menos que ese cuerpo normativo apunta especialmente a los convenios entre países, y no específicamente a los atinentes a los derechos humanos” (Hitters, 2021 pp. 213). Esa es la razón, por la que se establecen métodos de interpretación complementarios, los cuales no conforman un listado cerrado, dado que establece el término “en particular” a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración (Artículo 32), dejando la posibilidad abierta a que se incluyan métodos de interpretación adicionales.

Ciertamente, los redactores de la CVDT se aseguraron de introducir flexibilidad controlada en el proceso interpretativo, utilizando expresiones como “cualquier práctica posterior”, “reglas pertinentes del derecho internacional”, “métodos complementarios”, etc. Este enfoque no solo busca adaptarse a las particularidades que pueden surgir en cada caso, sino también a la evolución de la comunidad internacional y a los cambios que se generan con el tiempo [Traducción propia] (Fitzmaurice & Merkouris, 2010, pp. 11). La última afirmación cobra especial relevancia, ya que la labor interpretativa persigue otorgar significado a las disposiciones. En el caso de que dichas disposiciones fueran excepcionalmente detalladas, precisas y cerradas, de tal manera que no permitieran interpretación alguna, se correría el riesgo de excluir numerosos supuestos.

Situación similar sucede con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que sin hacer mucha referencia a las reglas de interpretación de la CVDT, crea métodos de interpretación complementarios a los que le etiquetan como “derechos prácticos y efectivos”, “instrumento vivo”, “conceptos autónomos”, etc., todos estos métodos rechazan la idea de que los derechos establecidos en cierta época deban interpretarse tomando en cuenta su significado en esa

década, sino que por el contrario se debe priorizar una interpretación a la luz de su significado actual. [Traducción propia] (Fitzmaurice & Mekouris, 2010, pp. 257).

La fundamentación de la validez de la interpretación evolutiva, a pesar de carecer de un reconocimiento explícito en la CVDT, se sustenta en diversas razones. En primer lugar, la Corte IDH la emplea como parte inherente a su labor interpretativa, respaldándose en el mandato conferido por el artículo 62.3 de la CADH el cual le confiere competencia para conocer casos relativos a la interpretación del tratado. En segundo lugar, la interpretación evolutiva se incorpora como uno de los métodos de interpretación complementarios, según lo dispuesto en el artículo 32 de la CVDT. Como se ha explicado previamente, dicho artículo no establece una lista cerrada ni taxativa de métodos interpretativos, sino que permite la inclusión de nuevos enfoques interpretativos.

En tercer lugar, es crucial señalar que la interpretación evolutiva no constituye un método aislado que no converja con los métodos de interpretación enumerados en el artículo 31 de la CVDT. De hecho, la interpretación evolutiva guarda coherencia con el método interpretativo del objeto y fin del tratado. En este contexto, el propósito de la CADH es consolidar un régimen de libertad y justicia social en el continente americano, según establece su preámbulo, con un enfoque en la protección de los derechos humanos. En este sentido, la búsqueda de preservar y alinearse con la intención original del tratado encuentra sentido, ya que la interpretación evolutiva busca abordar nuevas amenazas a los derechos humanos consagrados en la CADH, alineándose así con su objetivo principal.

A pesar de las razones expuestas en respaldo de la interpretación evolutiva, es esencial resaltar que estos métodos adicionales de interpretación solo deben emplearse en circunstancias específicas. Como indica Novak, “si se quiere confirmar la interpretación obtenida de la aplicación de los principios principales o, si de la aplicación de los principios principales obtenemos un resultado ambiguo, oscuro, absurdo o irrazonable” (2013, p. 82). Es decir, se toma como premisa principal que los métodos de interpretación complementarios se usan de manera subsidiaria a la aplicación de las reglas de interpretación establecidas en el artículo 31 de la CVDT.

En conclusión, la interpretación evolutiva no solo es válida, sino también necesaria a pesar de no contar con reconocimiento expreso en la CVDT. Esta necesidad se fundamenta en la particularidad del DIDH, que demanda reglas interpretativas adicionales centradas en la protección del individuo, más allá de las reglas diseñadas predominantemente para resolver conflictos entre Estados. Esto no implica distorsionar el sentido de la norma o artículo, sino asegurar que se considere la evolución en la comprensión de los derechos humanos. Como indican Fitzmaurice y Merkouris, la interpretación de la normativa depende en

gran medida de con qué lentes se aborde. En el caso de un profesional del derecho especializado en derechos humanos, es probable que se adopte una visión centrada en esa rama en particular. Por otro lado, si el profesional del derecho proviene de otra especialidad, es factible que llegue a conclusiones diversas debido a las diferentes premisas y aspectos considerados. [Traducción propia] (2010, pp. 23)

Habiendo explorado la legitimidad de la interpretación evolutiva en el ámbito de los derechos humanos y su aplicabilidad a pesar de no estar expresamente reconocida en la CADH, nos adentramos ahora en un análisis más específico y detallado. Este subcapítulo se centra en un principio fundamental del DIDH: el derecho a la igualdad y no discriminación. En este contexto, examinaremos de qué manera la interpretación evolutiva, como método complementario, influye en la comprensión y aplicación de este derecho crucial. El principio de igualdad y no discriminación.

2. El derecho a la igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la Corte IDH se erige como un fundamento esencial y general en la protección de los derechos humanos, adquiriendo el estatus de *ius cogens*. Este principio se aplica de manera universal a todos los Estados, independientemente de su estatus como parte o no parte de un tratado, imponiendo la obligación estatal de asegurar, en todas sus manifestaciones, el respeto y la salvaguardia de los derechos humanos sin discriminación por ningún motivo (Opinión Consultiva 18/03, párr. 100). En este contexto, se proscribe cualquier acto jurídico que entre en conflicto con este principio.

Cabe destacar que la Corte IDH ha discernido entre la protección conferida por el artículo 1.1 y el artículo 24 de la CADH, a pesar de que ambos artículos recogen la noción de igualdad humana. La Corte IDH ha distinguido que el artículo 1.1 es una norma de carácter general cuyo contenido abarca todo el tratado, siendo responsabilidad de los Estados respetar y garantizar el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos sin discriminación alguna. Así, se establece un vínculo indisoluble entre el principio de igualdad y no discriminación y la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos (Caso Ramírez Escobar, párr. 271, 2018). En otras palabras, el incumplimiento por parte de un Estado de la obligación de no discriminar en el respeto o garantía de un derecho convencional constituiría una violación del artículo 1.1 y del derecho sustantivo correspondiente.

Por otro lado, el artículo 24 de la CADH se centra en garantizar una protección igualitaria ante la ley, extendiendo este mandato no solo a las disposiciones de

la CADH, sino también a todas las leyes promulgadas por el Estado apruebe y su subsiguiente aplicación. En el caso *Olivera Fuentes*, la Corte IDH detalló las dos dimensiones de este derecho. La dimensión formal implica una igualdad en la aplicación de la ley, sin diferenciaciones injustificadas basadas en categorías prohibidas; mientras que la dimensión material subraya la obligación estatal de adoptar medidas a favor de grupos históricamente discriminados para superar la desigualdad real (párr. 86, 2023). Por lo tanto, cualquier forma de discriminación en la protección desigual de la ley interna o en su aplicación diferenciada e injustificada debe analizarse a la luz del artículo 24 de la CADH, en relación con las categorías protegidas del artículo 1.1 del mismo instrumento.

En este contexto, el artículo 1.1 de la CADH se presenta como la cláusula específica de no discriminación, mientras que el artículo 24 constituye el mandato general dirigido al Estado para proporcionar un trato igual y una protección equitativa ante la ley a todos los ciudadanos. Además, esta obligación de igualdad y no discriminación se comprende desde dos perspectivas: la primera, como una concepción negativa que prohíbe las diferencias de trato arbitrarias; y la segunda, como una concepción positiva, que impone a los Estados la obligación de crear condiciones de igualdad real para grupos históricamente discriminados (*Caso Furlan y familiares*, párr. 267).

La importancia y la universalidad de este principio en relación con el disfrute y ejercicio de otros derechos subrayan la necesidad de examinar en detalle qué constituye discriminación y cómo pueden incorporarse nuevos motivos prohibidos, aspectos que serán abordados en los siguientes apartados.

2.1. ¿Qué es la discriminación y cómo la Corte IDH la ha entendido?

La Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (CIDI) define a la discriminación en términos generales como “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes” (Artículo 1.1, 2013). En términos más simples, la discriminación implica tratar de manera diferente a distintos grupos de personas al proveer un derecho reconocido, lo cual tiene un impacto significativo en el ejercicio de los derechos humanos. Lo particular de esto, es que el CIDI no hace una referencia explícita a la categoría de motivos prohibidos en lo que centra la definición que hace la Corte IDH.

La Corte IDH, ha señalado que ni la CADH ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proporcionan una definición explícita de discriminación. Por lo

tanto, la Corte construye su definición a partir de lo establecido en tratados como la CIDI, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y del Comité de Derechos Humanos (CDH). Según la Corte IDH, la discriminación implica cuatro elementos que deben suceder de manera concurrente: i) un trato diferente, ii) arbitrario, iii) basado en un motivo prohibido, y iv) que tenga por objeto el menoscabo de derechos (Caso Atala Riffo, párr. 81, 2012). En otras palabras, según la Corte IDH, la discriminación solo se configura cuando el trato diferenciado se basa en categorías prohibidas, como las establecidas en el artículo 1.1 de la CADH, como sexo, raza, religión, entre otras. En este contexto, si un trato diferente se percibe como arbitrario debido a un motivo no reconocido por la Corte IDH, ya sea explícitamente en el artículo mencionado previamente o en desarrollos posteriores, no se calificaría como discriminación.

Es crucial señalar que, incluso si no se clasifica como discriminación según esta definición, un trato diferenciado arbitrario que afecte algún derecho puede resultar en la violación de otros derechos, como el acceso a la educación o la salud. Además, podría significar una injerencia arbitraria en la vida privada de la persona o una violación a su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque realizar un tratamiento diferenciado sin basarse en una categoría prohibida también puede tener consecuencias, la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación se produce siempre que la distinción se fundamente en el motivo prohibido mencionado anteriormente.

Por tanto, es pertinente examinar cómo la Corte IDH ha interpretado este motivo prohibido, también conocido como categoría sospechosa, identificando sus elementos y explorando los nuevos motivos prohibidos añadidos a la terminología "otra condición social". Esta situación será abordada en detalle en la siguiente sección.

2.2. ¿Cómo la Corte IDH incorpora motivos prohibidos y cuál es su consecuencia práctica?

Los motivos prohibidos hacen referencia a atributos específicos asociados a grupos que han experimentado exclusión. En caso de encontrarnos frente a una disparidad de trato fundamentada en un motivo prohibido, se configuraría un escenario de discriminación. Aunque la Corte IDH no define de manera precisa el término "motivo prohibido", ha otorgado contenido a través de sus sentencias, otorgando especial atención a estos grupos y ampliando el alcance del término "otra condición social" del artículo 1.1 de la CADH. Uprimny y Sánchez identifican cuatro características que pueden configurar las categorías prohibidas:

“La primera es que tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no simplemente tangencial, tal como sucede, por ejemplo, con la raza, la convicción religiosa, el sexo o la orientación sexual. La segunda es que están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación. La tercera es que identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas en los órganos de representación. Y la cuarta es que no corresponden a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad.” (pp. 728, 2019)

Además, esta conceptualización puede derivarse de lo expuesto por la CIDH en su informe sobre las Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos. En este informe, la CIDH señala que diversos grupos han sufrido discriminación histórica y exclusión en base a diversas categorías tales como el sexo, raza, etnia, entre otras. Es por ello que los instrumentos internacionales e interamericanos buscan proteger a las personas que se encuentran en particular riesgo de violaciones de derechos humanos. (CIDH, párr. 62, 2014). En este contexto, la lista de categorías prohibidas busca brindar una protección más robusta frente a cualquier otra diferencia que no cumpla con estas características particulares y agravantes, las cuales han sido comúnmente utilizadas como fundamentos para la discriminación.

Antes de abordar la identificación de nuevos motivos prohibidos, es imperativo detenerse para enfocar una de las raíces de la discriminación abordada en este ensayo: la discriminación basada en la orientación sexual de la persona. Reconocer esto podría proporcionar *insights* esenciales para comprender el estigma latente en la actualidad. En el informe más reciente del experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Víctor Madrigal-Borloz se aborda la persistencia de repercusiones coloniales que impactan negativamente en la realización de los derechos humanos, especialmente en relación con la orientación sexual e identidad de género (2023). El informe destaca cómo prácticas y creencias arraigadas en el pasado, como la ley de sodomía de 1534 en el imperio británico, continúan influyendo en normativas actuales, penalizando la homosexualidad en colonias de Asia, África y Australia (párrs. 32-33).

El análisis de las raíces de la discriminación por orientación sexual resulta fundamental para comprender la persistencia de estigmatización y estereotipos en la sociedad contemporánea. El informe también subraya que la criminalización de las relaciones homosexuales valida prejuicios, exponiendo a las personas LGBTQ+ a violencia tanto a nivel institucional como en su entorno, propiciando la posibilidad de crímenes de odio (párr. 16, 2023). Por lo tanto, es crucial destacar que las categorías protegidas no constituyen una lista taxativa cerrada, como se ha explicado anteriormente, ya que la evolución de los tiempos

permite la inclusión de nuevas categorías en función de nuevos contextos de subordinación y discriminación.

Existen otros tratados internacionales que incorporan categorías adicionales y además, La Corte IDH, atendiendo a esta necesidad, ha decidido incluir nuevas categorías que ya no se limitan a las comprendidas en 1969, año en que la mayoría de los Estados se adhirieron y ratificaron el tratado. La forma en que la Corte IDH incorpora nuevas categorías es a través de su función consultiva y jurisprudencial, interpretando de manera evolutiva la cláusula “otra condición social” establecida en el artículo 1.1 de la CADH. Así, la Corte IDH, en 2003, sostuvo que la condición migratoria configura un motivo prohibido de discriminación, de modo que cualquier Estado que establezca una diferencia debe efectuar el test de escrutinio estricto para desvirtuar el principio de ilegitimidad al tratarse de una categoría protegida (pp. 77).

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte IDH sostuvo que la orientación sexual y la identidad de género formaban parte de las categorías prohibidas de discriminación bajo la cláusula abierta antes expuesta (párr., 91, 2012). Asimismo, en su Opinión Consultiva 24, añadió que la expresión de género es una de las categorías protegidas enunciadas en la CADH. (párr. 78, año 2017). Otro ejemplo en el que la Corte IDH incorpora otro motivo prohibido es el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, en este caso, la Corte IDH sostuvo que, atendiendo al corpus iuris existente sobre el tema, el VIH es un motivo prohibido de discriminación bajo la cláusula “otra condición social” (párr. 255, 2015).

Además, en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, la Corte IDH indicó que la edad es un motivo prohibido de discriminación cuando se trata de personas adultas mayores, por lo que los Estados deberían elaborar políticas inclusivas para todas las personas sin hacer diferenciación por edad. (párr. 122, 2017). Además de lo anterior, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece y define a la discriminación por motivos de discapacidad (Artículo 2). Por su parte, la CIDI configura otros motivos prohibidos de discriminación de manera explícita, como nivel de educación, la condición de refugiado, la característica genética, el desplazado interno, entre otros (Artículo 1).

En resumen, se observa que a lo largo del tiempo y con la evolución de las circunstancias, se han incorporado nuevas categorías de discriminación. En principio, esta evolución no presenta inconvenientes, ya que refleja la atención a las necesidades específicas y la mayor protección requerida por ciertos grupos de individuos. De hecho, la inclusión de nuevas categorías de motivos prohibidos es un desarrollo positivo, dado que cuando la transgresión del principio de igualdad se fundamenta en una categoría protegida, se configura discriminación y, por ende, implica responsabilidad internacional. Sin embargo, cuando la

infracción del principio de igualdad no se basa en una diferencia de trato motivada por un motivo prohibido, no se estaría hablando de discriminación, aunque, como se indicó anteriormente, se podría determinar la vulneración de otros derechos.

Las implicaciones prácticas de que algo constituya discriminación pueden analizarse desde dos perspectivas convergentes. En primer lugar, desde el punto de vista del Estado, al activarse la presunción de discriminación al encontrarse ante una categoría protegida, la responsabilidad de demostrar lo contrario recae sobre él. La Corte IDH ha establecido esto mediante lo que denomina "test de escrutinio estricto". En el caso *González Lluy vs. Ecuador*, la Corte IDH determinó que si la diferencia de trato está vinculada a una característica incluida en las categorías prohibidas del artículo 1.1, debe aplicarse un escrutinio judicial estricto, ya que se activa la presunción de discriminación al tratarse de un grupo dentro de una categoría prohibida. Es decir, las autoridades que realizaron la distinción deben probar la existencia de una necesidad apremiante, ya que solo en casos donde se pueda demostrar que esa diferencia es el único medio para satisfacer esa necesidad se podría justificar el trato diferenciado (párr. 256, 2015).

En específico, la Corte sostuvo que al estar presente una categoría sospechosa, el test requiere una fundamentación rigurosa y la inversión de la carga de la prueba (párr. 257). En otras palabras, a la autoridad le correspondería demostrar que tuvo razones serias y que realizar la diferencia de trato constituía el único medio para alcanzar la necesidad imperiosa, además de demostrar que su decisión no tenía propósito discriminatorio.

En segundo lugar, el tratamiento diferenciado, al no formar parte del *jus cogens*, otorga al Estado un margen más amplio para fundamentar la diferencia, ya que no se estaría tratando de discriminación y, por ende, no se activa la presunción. En este contexto, al incluir una nueva categoría prohibida, se amplía la protección hacia ese grupo, generando, a su vez, la obligación para los Estados de adoptar medidas internas que garanticen la prohibición de la discriminación respecto a ese colectivo, conforme a la obligación conferida en el artículo 2 de la CADH. Por consiguiente, utilizar la labor interpretativa para incluir una nueva categoría prohibida presupone la realización de una tarea sumamente detallada. En relación con este aspecto, en el siguiente apartado nos enfocaremos en una de las categorías protegidas por la CADH: la orientación sexual. Asimismo, se abordarán los casos en los que la Corte IDH aplicó la interpretación evolutiva en los casos de la comunidad LGTBIQ.

3. Aplicación de la interpretación evolutiva en casos representativos de la comunidad LGTBIQ por la Corte IDH

La Corte IDH ha aplicado la interpretación evolutiva en diversos casos, pero para los fines de este ensayo, nos hemos enfocado en el análisis de todos los casos relacionados con la comunidad LGTBIQ+. En el examen jurisprudencial de estos casos, observamos que, en todos ellos, el Estado demandado fue declarado responsable a nivel internacional. Además, es pertinente destacar que en cada uno de estos casos se cumplen al menos dos condiciones. En primer lugar, los eventos lesivos en todos estos casos tuvieron lugar antes del establecimiento del estándar en el caso Atala en 2012. En segundo lugar, a pesar de esta cronología, dicho estándar se utilizó como criterio interpretativo en la resolución de cada uno de estos casos. Por lo tanto, es apropiado revisar de manera sucinta los hechos de estos casos, posteriormente analizar los argumentos presentados por la Corte IDH para determinar la responsabilidad estatal, y finalmente, identificar los casos en los que la Corte IDH buscó fortalecer su estándar establecido por el caso Atala.

3.1. Análisis de los argumentos esgrimidos por la Corte IDH para declarar la responsabilidad Estatal

Los casos que se analizarán son los siguientes: Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012), Caso Flor Freire vs. Ecuador (2016), Caso Duque vs. Colombia (2016), Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú (2020), Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras (2021), Olivera Fuentes vs. Perú (2023).

El caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, al que nos referiremos como 'Caso 1', aborda la discriminación por orientación sexual sufrida por la señora Atala Riffo. La Corte Suprema de Justicia de Chile, bajo el argumento del interés superior del niño, le retiró la custodia de sus tres hijas a la señora Atala, alegando que su orientación sexual como lesbiana podría impactar negativamente en el desarrollo de las niñas. En este caso, la Corte IDH empleó la interpretación evolutiva para sostener que la expresión 'cualquier otra condición social' establecida en el artículo 1.1 de la CADH incluye la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación, y, por lo tanto, determinó que el Estado de Chile es responsable. Lo destacado y singular de este caso radica en que fue la primera vez que la Corte IDH incluyó esta categoría en sus decisiones.

El caso Flor Freire vs. Ecuador aborda la discriminación por orientación sexual, ya sea real o percibida. En noviembre de 2000, Flor Freire, quien era Oficial de la Policía Militar en la Fuerza Terrestre ecuatoriana, se vio envuelto en una situación donde ayudó a un compañero en estado de ebriedad después de salir de una reunión social. Esta acción fue interpretada como "mala conducta" y actos de homosexualismo, de acuerdo con el Reglamento de Disciplina Militar. Como consecuencia, se ordenó la baja de Flor Freire, basándose en una disposición discriminatoria que penalizaba las conductas sexuales entre personas del mismo sexo en instalaciones militares. La Corte IDH determinó que la decisión de dar

de baja a Flor Freire se basó en una discriminación por orientación sexual percibida, ya que, aunque el señor Freire no era homosexual, existía la percepción errónea de que sí lo era.

El caso Duque vs. Colombia se enfoca en la discriminación por orientación sexual experimentada por el señor Duque, quien fue privado de la pensión de sobrevivencia de su pareja del mismo sexo, fallecida a causa del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). Al solicitar la pensión para continuar su tratamiento antirretroviral, la entidad gestora de fondos de pensiones rechazó su solicitud, argumentando que la legislación no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo. La Corte IDH determinó que la existencia en 2002 de normativas internas que prohibían el pago de pensiones a parejas del mismo sexo violaba el derecho a la igualdad y no discriminación.

El caso Azul Rojas Marín vs. Perú aborda la violencia motivada por prejuicios hacia la orientación sexual y expresión de género de la señora Azul. Fue detenida de manera arbitraria por la Policía y posteriormente sufrió agresiones físicas, sexuales y verbales debido a su identificación, en ese momento, como hombre homosexual. A pesar de los intentos de la señora Azul por denunciar el caso en la comisaría correspondiente, su denuncia no fue aceptada. Más tarde, cuando la Fiscalía inició una investigación, esta fue archivada alegando supuesta falta de pruebas. La Corte IDH concluyó que una de las formas más extremas de discriminación hacia las personas LGBTI se manifiesta en situaciones de violencia (párr. 91). En consecuencia, sostuvo que, al no existir un motivo legal para el control de identidad al que Azul fue sometida y considerando la categoría sospechosa de la orientación sexual o expresión de género, se presume que la detención se basó en razones discriminatorias. Este caso es de particular importancia, siendo el cuarto caso relacionado con la comunidad LGTBI que la Corte IDH resolvió, el primero vinculado directamente a actos de violencia.

El caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras se centra en los eventos relacionados con Vicky, una mujer trans, trabajadora sexual y activista en un colectivo que defiende a personas trans en Honduras. Fue privada arbitrariamente en un contexto de violencia agravada por el golpe de Estado en Honduras. Vicky fue asesinada durante un toque de queda mientras caminaba por la zona en la que ejercía trabajo sexual. La Corte IDH determinó que, en el momento de su muerte, los espacios públicos en Honduras estaban bajo control estatal, existía violencia generalizada contra personas LGTBI, se registraba un aumento de muertes relacionadas con identidad y expresión de género, y se asociaba a la policía con actos violentos contra personas LGTBI. Vicky había sido previamente agredida por la policía, y las investigaciones habían sido inadecuadas, lo que generó un contexto de impunidad (párr. 100). En base a esto, la Corte IDH concluyó que existían suficientes indicios para determinar la

responsabilidad internacional de Honduras. Este caso es significativo porque es la primera condena de un Estado por un caso de trans feminicidio.

En el caso *Olivera Fuentes vs. Perú*, se aborda la discriminación sufrida por el señor Olivera debido a su orientación sexual y la revictimización experimentada en las instancias nacionales de Perú. Esta revictimización ocurrió al enfrentarse a estereotipos y prejuicios por parte de los tribunales administrativo y judicial del país. Aunque la discriminación inicial, que consistió en pedirle que se retirara de un lugar público por mostrar muestras de afecto con su pareja del mismo sexo, provenía de una empresa privada, la Corte IDH determinó que existía responsabilidad internacional porque el Estado peruano también lo discriminó durante el proceso interno de su caso y porque no fiscalizó correctamente la actividad empresarial. Perú utilizó argumentos como el "interés superior del niño", la "moral" y las "buenas costumbres" para denegarle justicia, además de imponerle una carga de prueba excesiva, obviando la obligación del Estado de refutar alegaciones de discriminación en casos basados en categorías sospechosas de la CADH. Como resultado, la Corte IDH declaró la responsabilidad estatal de Perú, incluyendo la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación. Este caso es significativo porque marca la primera vez que la Corte IDH ha emitido un fallo sobre la discriminación por orientación sexual sufrida por una persona, la cual provino de una empresa privada.

En este análisis, el Caso 1 establece el estándar inicial al reconocer que la orientación sexual es una categoría protegida según el artículo 1.1 de la CADH. En primer lugar, examinaremos los argumentos utilizados por la Corte IDH para incluir esta categoría entre los motivos prohibidos. Luego, presentaremos un cuadro con variables que se centrará en analizar: i) el año en que ocurrió la violación de derechos, para determinar si fue antes o después del Caso 1; ii) si la última decisión a nivel interno se produjo después del estándar establecido en el Caso 1, para evaluar la aplicación retroactiva de la Corte IDH; iii) si la Corte IDH aplicó la interpretación evolutiva utilizada en el Caso 1; y iv) finalmente, si la Corte IDH fortaleció su decisión con nuevos argumentos, para demostrar que la misma reconoce implícitamente las limitaciones de aplicar retroactivamente aquel estándar. Luego, en la siguiente sección, excluirémos los casos que i) tengan decisiones internas posteriores al establecimiento del estándar del Caso 1, ya que no cumplirían con una aplicación retroactiva; y ii) los casos en los que la Corte IDH no haya buscado reforzar el estándar establecido en el Caso 1.

En el Caso 1, la Corte IDH realizó una interpretación evolutiva del término "otra condición social" establecida en el artículo 1.1 de la CADH. Para ello, argumentó lo siguiente:

- I. La CADH no proporciona una definición explícita de discriminación

- II. De acuerdo con la interpretación evolutiva, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos y deben adaptarse a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales
- III. Se debe favorecer la opción más beneficiosa para la persona
- IV. El TEDH ha establecido que la orientación sexual es una categoría protegida, y el listado es ilustrativo y no exhaustivo
- V. El CDH ya expresó su preocupación casos de discriminación vinculados a la orientación sexual
- VI. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concluyó que la orientación sexual puede estar incluida dentro de la categoría "otra condición social"
- VII. Otros comités han hecho recomendaciones para incluir a la orientación sexual como uno de los motivos prohibidos, y
- VIII. Cuatro resoluciones de la Asamblea General de la OEA aprobadas desde 2008 abarcan la protección de las personas contra tratos discriminatorios vinculados a su orientación sexual e identidad de género (párrs. 83-89).

Con todos estos argumentos, y haciendo uso de la interpretación evolutiva, la Corte IDH determinó que la orientación sexual conforma una de las categorías sospechosas (párr. 91). En contraargumento, Chile señaló a la Corte que los Estados se comprometieron a cumplir las disposiciones específicas de la CADH en el momento de su firma, y que cualquier expansión en el alcance del tratado, en materias en las que no existe un consenso mínimo, se debe seguir el procedimiento para incorporar protocolos que protejan esos otros derechos. En el caso específico de la orientación sexual, argumentaron que no se consideraba una categoría sospechosa de discriminación en 2004, y que no existía un consenso pleno al respecto. (párrs. 74 - 75).

Como se puede observar, Chile enfatizó que no había consenso total sobre la inclusión de la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación, y que los Estados solo estaban comprometidos con las disposiciones específicas de la CADH que firmaron en el momento de hacerse parte. Dado que la consolidación de este estándar se produjo con la publicación de la primera sentencia en un caso LGTBIQ el 24 de febrero de 2012, es relevante examinar las variables anteriormente descritas en los casos resueltos con posterioridad al Caso 1 y sean referentes a comunidad LGTBIQ.

Sentencia de la Corte IDH	Año en el que sucedió el hecho vulnerador	¿La última decisión a nivel interno se produjo posterior al estándar establecido en el Caso 1?	¿Se utilizó la interpretación evolutiva, construída en el Caso 1?	¿Reforzó su decisión agregando nuevos argumentos distintos a los del Caso 1?
Flor Freire vs. Ecuador - 2016	2000	No	Sí	Sí
Duque vs. Colombia - 2016	2002	No	Sí	Sí
Azul Rojas Marín y otra vs. Perú - 2020	2008	No	Sí	No
Vicky Hernández y otras vs. Honduras - 2021	2009	Sí	Sí	No
Olivera Fuentes vs. Perú - 2023	2005	No	Sí	No

Fuente: Elaboración propia

Después de revisar los casos mencionados, se observa que la Corte IDH aplicó consistentemente el estándar establecido en el Caso 1 a todos los casos resueltos posteriormente, incluso cuando los eventos discriminatorios ocurrieron antes de su establecimiento. En particular, en el caso Azul, la Corte IDH aplicó adecuadamente el estándar, ya que, si bien los hechos vulneradores fueron previos, la última decisión interna ocurrió después del establecimiento del estándar del Caso 1. Sin embargo, en los casos de Vicky Hernández y Olivera Fuentes, la Corte IDH se basó principalmente en la interpretación evolutiva establecida en el Caso 1, sin realizar un análisis más detallado para la imposición de responsabilidad internacional en Honduras y Perú, respectivamente. Esto es cuestionable ya que ambos casos cumplen con las variables de tener eventos discriminatorios previos al establecimiento del estándar y que la última decisión interna ocurrió antes del establecimiento del estándar. Esta situación es criticable, ya que implica una aplicación retroactiva del estándar por parte de la Corte IDH.

Como se discutió en el primer capítulo, la interpretación de un tratado al cual un Estado es parte debe considerar el derecho existente en el momento de su celebración, aplicando el principio de "intertemporalidad". Sin embargo, la Corte IDH parece aplicar este principio de manera retroactiva. Curiosamente, el mismo Tribunal decide fortalecer su argumentación en dos de los cinco casos posteriores al "Caso 1", ambos del año 2016. Estos casos serán analizados en el próximo capítulo.

3.2. Selección de casos en los que la Corte IDH busca reforzar su estándar establecido por el Caso 1

En esta sección analizaremos los dos casos en los que la Corte IDH buscó reforzar el estándar establecido en el Caso 1. Es decir, buscó argumentar de mejor manera por qué la orientación sexual era considerada una categoría prohibida en los términos del 1.1 de la CADH. Un estándar es entendido como "el criterio de juicio por medio del cual se determina el significado de la cláusula general resolviendo la indeterminación" (Chiassoni, 2011, p. 100, como se citó en Molina, 2018). En ese sentido, como ya se ha mencionado, la Corte IDH ha determinado que el estándar aplicable para los casos que versen sobre trato diferente es considerar a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación y que por tanto al estar ante una categoría sospechosa debe aplicarse el test de escrutinio estricto.

Al haber establecido de manera previa la consecuencia práctica de ya no estar meramente ante un trato diferente, sino ante una discriminación, la Corte IDH pareciera buscar reforzar su estándar, situación que sucedió en dos casos particulares, los cuales analizaremos, estos son Duque vs. Colombia y Flor Freire vs. Ecuador, los cuales han sido explicados previamente. Primero es importante resaltar que ambos casos cumplen con los criterios de tener hechos vulneradores previos y última decisión interna previa al establecimiento del estándar y aun así se le aplica el estándar. En el caso Duque, tenemos centralmente que Colombia argumentó que no podían declarar la responsabilidad internacional del Estado, dado que desde el Derecho Internacional no existía una obligación, en ese tiempo, de aplicar estándares internacionales que le otorguen la pensión de sobrevivencia a la presunta víctima por el fallecimiento de su pareja del mismo sexo. (párr. 143). En su audiencia pública incluso el perito René Urueña sostuvo que, si bien no se podía negar que había un debate a nivel internacional sobre la orientación sexual, no se podía considerar que existiera un estándar cristalizado que signifique una obligación internacional para los Estados.

Parece que la Corte IDH reconociendo los argumentos del Estado colombiano y que, en efecto, al momento en el que se cometieron los hechos vulneradores no existía un estándar consolidado, como el establecido en el Caso 1, decide fundamentar su sentencia ya no solo haciendo referencia a la interpretación

evolutiva del Caso 1, sino citando Observaciones Generales como las del Consejo Económico y Social, la Observación General N° 20 del Comité DESC, los Principios de Yogyakarta, para hacer referencia que en todos ellos se incluye a la orientación sexual como un motivo prohibido (párrs. 108-111). Además de lo anterior, la Corte extrañamente hace referencia a casos regionales. Sin embargo, en este caso y en aras de reforzar su argumento, sostuvo que países como México, Uruguay, Argentina, Brasil y Chile tienen normas protectoras referidas a la orientación sexual de las personas.

Por ejemplo, sostuvo que, en México, se permite la “sociedad de convivencia” de parejas del mismo sexo y el matrimonio homosexual. Asimismo, señaló que Uruguay, tiene una ley sobre unión concubinaria que incluye una disposición específica de otorgar pensión de sobrevivencia a la pareja sobreviviente independientemente de su orientación sexual. Del mismo modo, la Corte IDH hizo referencia a los casos de Argentina, Brasil y Chile, señalando que todos estos países tienen leyes que autorizan la unión civil de parejas del mismo sexo. Lo sorprendente es que todos estos casos mencionados ocurrieron después del caso Duque, de sus hechos vulneradores y de su última decisión resuelta en sede nacional (párrs. 112-117).

Sin embargo, si lo anterior no fuera suficiente para demostrar que la Corte IDH implícitamente reconoce la debilidad de su estándar al aplicarlo a un caso con hechos anteriores a su establecimiento, cabe resaltar que en el caso del señor Duque, no solo se trata de que el acto de violación de derechos ocurrió antes de la creación del estándar de Atala en 2012, sino que la última decisión a nivel interno en Colombia se emitió el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, lo que demuestra aún más la inconsistencia en la actuación de la Corte. Teniendo en cuenta este contexto, la Corte IDH indicó que, a pesar de todos los argumentos expuestos, Colombia reconoció tanto en la audiencia como en los escritos que había existido un hecho ilícito internacional continuado durante el período en el que existieron las normas prohibitivas del reconocimiento de pensiones a parejas del mismo sexo (párr. 98).

Por otro lado, en el caso Flor Freire, Ecuador sostuvo que no podían declarar la responsabilidad internacional del Estado, dado que desde el Derecho Internacional no existía la obligación en ese tiempo, de considerar a la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación (párr. 124). La Corte IDH, por su parte, además de citar el estándar establecido en el Caso 1, sostuvo que el hecho de que el TEDH haya considerado que la criminalización de la homosexualidad es incorrecta, contraria y desproporcional a los fines que intenta alcanzar, demuestra que la discriminación por orientación sexual no era un tema desconocido para los Estados (párr. 123).

Como segundo argumento complementario sostuvo que al momento de los hechos Ecuador tenía en su legislación interna, en su Constitución, la prohibición

de la discriminación por orientación sexual. Su artículo 23.3 de la Constitución Política establecía que todas las personas son iguales y tienen los mismos derechos, sin discriminación por orientación sexual, religión, origen social, etc. La Corte consideró que esto era contradictorio con el Reglamento de Disciplina Militar de 1998 que Ecuador tenía, el cual establecía que, si un miembro de las Fuerzas Armadas era sorprendido en actos de homosexualismo, sería dado de baja (párr. 124). En otras palabras, la Corte sostuvo que Ecuador no podía alegar desconocimiento de su propia ley interna y por tanto no podía ampararse en que desde el Derecho Internacional no existía la obligación de no discriminar por orientación sexual.

Como se puede observar, la Corte IDH implícitamente es consciente de la debilidad de sus argumentos, por lo que en los dos casos resueltos en el año 2016, llevó a cabo sus mejores esfuerzos por argumentar sus sentencias de manera fuerte, desvirtuando los argumentos que los Estados planteaban para eximirse de la responsabilidad internacional. No obstante, a pesar de los esfuerzos, cabe resaltar que la Corte IDH ha utilizado estos argumentos de manera complementaria, ya que su argumento fuerte en todos los casos ha sido partir de que el estándar está establecido y no cabe argumento en contrario.

Por ello, sostengo que la Corte IDH ha tenido la oportunidad, en dos casos en particular, de argumentar sus sentencias señalando la normativa interna más protectora que tenían los Estados al momento de los hechos, y que esto pudo ser planteado como argumento principal, en virtud del artículo 29, incisos b y d, y no como argumentos complementarios, situación que será abordada en el próximo acápite.

4. Conclusiones y recomendaciones:

4.1. Conclusiones:

En conclusión, la interpretación evolutiva es una interpretación válida y complementaria a los métodos establecidos en la CVDT, dada la particularidad de la rama de los derechos humanos, se hace no solo válida, sino también necesaria a la luz de la especificidad de la protección del ser humano con fin último. Asimismo, hemos visto que la Corte IDH refuerza la idea de que la discriminación siempre se va a basar en un motivo prohibido, dado que si la diferencia no se encuentra fundamentada en una de estas categorías prohibidas del 1.1 de la CADH, entonces ello solo termina siendo una diferencia arbitraria, pero no llega a ser discriminación. Por lo anterior, se hace necesaria la labor tanto consultiva como jurisprudencial de la Corte IDH para incluir nuevas categorías. En esta tarea es donde la Corte IDH tiene el deber de llevar a cabo su tarea de manera sólida y con fundamento. Sin que quepa duda de que la categoría a incluir, es una categoría protegida, porque así los Estados lo

reconocen y porque se ha hecho necesaria la protección especial de cierto grupo, como lo es la comunidad LGTBIQ.

Asimismo, hemos notado que en los seis casos resueltos por la Corte IDH, siendo el primero el Caso Atala, la Corte IDH ha ido elaborando de distinta manera sus argumentos a efectos de fundamentar y consolidar que la orientación sexual es una categoría protegida por la CADH. En esta tarea, es donde hemos percibido que la Corte IDH ha tenido debilidad, dado que ha aplicado el estándar de manera retroactiva a situaciones con hechos vulneradores previos y con la última decisión interna dada de manea previa al establecimiento del estándar. En ese sentido, la Corte IDH ha intentado, implícitamente, reforzar sus argumentos trayendo a colación nuevos argumentos. En esta labor, ha seguido teniendo como argumento principal el estándar establecido en el Caso 1 y ha utilizado argumentos complementarios para reforzarlo. Cuando pudo, en al menos dos casos, utilizar esos argumentos complementarios como argumento principal. Por lo anterior, se hace necesario establecer recomendaciones.

4.2. Recomendaciones:

4.2.1. Directrices para la motivación de sentencias: Considerando la normativa interna más protectora (Casos Olivera y Flor Freire)

Considero que la Corte IDH debe considerar en su labor resolutive y jurisprudencial, utilizar la normativa interna más protectora como argumento principal, siempre que esta normativa exista en el Estado denunciado. Esto ha sucedido en al menos dos casos. El primero es el caso Flor Freire. En este, Ecuador tenía en su Constitución una prohibición expresa de discriminar por orientación sexual. Ello hacía que la Corte en virtud del artículo 29.b pueda utilizar ello como argumento principal para desvirtuar lo sostenido por Ecuador de señalar que no existía desde el Derecho Internacional una obligación clara de que la orientación sexual era una categoría prohibida de discriminación, ya que aunque para la fecha de los hechos no estaba cristalizada la orientación sexual como una de las categorías del 1.1 de la CADH, Ecuador ya lo había incluido por ende, al tener una valla interna más alta, debía cumplir ello. Sin embargo, la Corte IDH resolvió el caso principalmente desde el estándar establecido en el Caso 1, y complementariamente citó la normativa que tenía Ecuador en ese entonces.

Como segundo caso, se encuentra el caso Olivera Fuentes, en el que el Perú, se había comprometido voluntariamente a través de un acto internacional como es el firmar la Carta Andina de Promoción de Derechos Humanos en 2002, a no discriminar por motivos de orientación sexual. Es decir, al igual que Ecuador,

Perú tenía internamente una protección más amplia que la desarrollada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en esa fecha, lo que hacía que en virtud del artículo 29.d de la CADH, la Corte IDH haga uso de esa protección más amplia y lo utilice como argumento principal. Ello, ya que los hechos del caso Olivera fueron en 2004 y a ese entonces, Perú ya había suscrito la Carta Andina de Promoción de Derechos Humanos, firmada en el marco de la Comunidad Andina. Sin embargo, en este caso la Corte IDH utilizó como argumento primario el estándar establecido en el Caso 1.

4.2.2. Estableciendo el estándar para resoluciones futuras: Orientando la aplicación prospectiva del mismo de parte de tribunales internos

Como regla general, la CVDT sostiene que las reglas de un Tratado no impondrán obligaciones a una de las partes si se trata de eventos anteriores a la fecha en el que el Tratado entró en vigor para esa parte, a menos que en el tratado indique lo contrario (Artículo 28). Es decir, las disposiciones de los tratados no tienen, pero pueden tener efectos retroactivos, si es que el mismo Tratado así lo dispone. A esto se le conoce como el principio de irretroactividad. Idealmente, este principio marco debería regir a todos los tratados, a sus disposiciones e interpretaciones que de ellos emanen. Sin embargo, en la práctica, las interpretaciones sostenidas de disposiciones específicas son comúnmente aplicadas por la Corte IDH a eventos anteriores al establecimiento del estándar, como se vio en el capítulo anterior.

En el ámbito del DIP, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el caso de los *Ambiatelos*, concluyó que no era posible aplicar retroactivamente una disposición específica de un tratado. La CIJ, también señaló que esta limitación podría ser superada si el propio tratado incluyera una disposición que permitiera la interpretación retroactiva, tal y como lo establece la propia CVDT. Sin embargo, dado que en el tratado en cuestión no existía tal disposición que permitiera la interpretación retroactiva, se consideró inviable aceptarla (Corte Internacional de Justicia, 1952, como se citó en Novak & Corrochano, 2000, p.155).

Otro escenario el que esta limitación podría ser superada, es cuando nos referimos a eventos que ocurrieron antes de la instauración del estándar, pero que, en el momento de establecerse, la situación o el evento aún persiste y no ha cesado, como es el caso de las desapariciones forzadas. En esta situación, se aplica el estándar establecido en virtud de una disposición del tratado, no como una excepción al principio de irretroactividad, sino porque el evento sigue vigente y no ha concluido, y dado que el estándar ya está establecido, puede aplicarse.

Contrariamente, la situación expuesta en este artículo difiere de los escenarios anteriormente mencionados: el establecimiento del estándar sobre la orientación

sexual como una categoría prohibida que puede constituir discriminación. Dado que no nos encontramos en ninguno de los dos casos previamente explicados: i) una disposición específica establecida por el mismo tratado que permite la aplicación retroactiva, ni ii) estamos frente a una violación continua. Por ello es que se propone el establecimiento de estándares para resoluciones futuras, que sirvan para orientar la aplicación prospectiva del mismo por parte de tribunales internos.

Se recomienda que la Corte IDH adopte una práctica deliberada al establecer nuevos estándares, enfocándose en su aplicación prospectiva. Esta sugerencia surge de la necesidad de proporcionar coherencia y certeza al sistema jurídico, al mismo tiempo que busca promover la uniformidad en las decisiones de los tribunales internos. Al optar por una aplicación prospectiva de los estándares, se recomienda que la Corte IDH oriente a los tribunales nacionales en su interpretación y aplicación de la norma recién establecida. Este enfoque reduciría el riesgo de que en casos futuros se alegue desconocimiento o falta de aplicación del nuevo estándar, ya que su implementación se limitaría a situaciones que surgieran después de su formulación.

Esta recomendación busca fortalecer no solo la coherencia del sistema legal, sino también proporcionar claridad a las autoridades judiciales internas sobre la temporalidad de los estándares recién establecidos. Al adoptar una perspectiva prospectiva, se recomienda fomentar la previsibilidad en aras de una protección efectiva de los derechos humanos, al mismo tiempo que se establece un marco legal sólido para la resolución de casos futuros en consonancia con los estándares más recientes establecidos por la Corte IDH. Al igual que la recomendación anterior y el contenido de este ensayo, se ha emprendido un análisis exhaustivo de los casos vinculados a la comunidad LGTBI, centrándose en la interpretación de la Corte IDH respecto a la aplicación de estándares a hechos vulneradores ocurridos antes de su establecimiento. Este análisis culmina en dos sugerencias destinadas a proporcionada a la Corte IDH herramientas más robustas para fundamentar sus fallos, con el propósito de fortalecer su función judicial y consolidar su papel como referente para los Estados Americanos.

Bibliografía

Aparicio González, H. (2019). *Principio 'pro persona', como criterio hermenéutico de la interpretación de las normas sobre derechos humanos* (Vol. 2). <http://portal.amelica.org/ameli/journal/137/1371810005/html/#:~:text=El%20principio%20pro%20homine%20que,la%20interpretaci%C3%B3n%20m%C3%A1s%20restringida%2C%20cuando>

Asamblea General de las Naciones Unidas (2023). Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. (A/78/227). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/218/50/PDF/N2321850.pdf?OpenElement>

Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C No. 239. Juicio. (24 de febrero de 2012).

Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C No. 402. Juicio. (12 de marzo de 2020).

Castro Herrera, L., Maiguel Donado, C., Barrios Márquez, E., & Jaraba Salcedo, A. S. (2021). *Construcción de sentido e interpretación evolutiva aplicada a la praxis legal y constitución* (Revista Academia & Derecho ed., Vol. 12).

CIDH. Informe sobre Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos. OEA/ Ser.L/V/II.152. Doc. 21. 14 de agosto 2014. p. 43. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/universalizacion-sistema-interamericano.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (n.d.). *¿Qué es la Corte Interamericana y cuáles son sus atribuciones?* Corte Interamericana de Derechos Humanos. Retrieved noviembre 24, 2023, from https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm#collapse2-1

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969, 11446 CTNU7 1238. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C No. 310. Juicio. (26 de febrero de 2016).

Fitzmaurice, M., Elias, O., & Merkouris, P. (2010). *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Vol. I).

Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C No. 315. Juicio. (31 de agosto de 2016).

Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C No. 246. Juicio. (31 de agosto de 2012).

Olivera Fuentes Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C No. 484. Juicio. (4 de febrero de 2023).

Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C No. 422. Juicio. (26 de marzo de 2021).

García - Corrochano, L. y Novak, F. (2000). *Interpretación de los tratados en Los tratados internacionales. Derecho Internacional Público - Tomo I.* (1er Ed., Vol 1, 202-219)

Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C No. 298. Juicio. (1 de septiembre de 2015).

Hitters, J. C. (2021). *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Efectos. Obligatoriedad.* Rogelio Flores Pantoja. <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/1668#page=9>

Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C No. 349. Juicio. (8 de marzo de 2018).

Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C No. 351. Juicio. (9 de marzo de 2019).

Novak, F. (2013) *Los criterios para la interpretación de los tratados.* Themis. 63. 71-88. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110708.pdf>

Medellín Urquiaga, X. (2013). *Principio pro persona.* Alberto Nava Cortez. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37507.pdf>

Molina Vergara, M. (2018). *Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual* (Vol. 25). https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000100233&lng=en&nrm=iso&tlng=en#fn20

Salmón, E. (2017). *Nociones Básicas de Derecho Internacional Público* (1st ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170667/06%20Nociones%20b%C3%A1sicas%20de%20derecho%20internacional%20con%20>

[20sello.pdf?fbclid=IwAR2InmrkII4-XkbCW6-2vdmT_-I96KX3jKQDKc-J6AUBRk4dmluQ1yPQoh8](https://www.sello.com/20sello.pdf?fbclid=IwAR2InmrkII4-XkbCW6-2vdmT_-I96KX3jKQDKc-J6AUBRk4dmluQ1yPQoh8)

Uprimny, R (2015, 25 de agosto). Audiencia Pública. Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia. Parte 2 [Grabación de discurso]. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://vimeo.com/137318898>

