
Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos

*Mauricio Pulecio Pulgarín**

Resumen

Ante un contexto de violencia contra las personas gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas, se promulgaron los *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (2007). En el primer acápite, el artículo explora la importancia de los *Principios* frente a las vulneraciones de Derechos Humanos contra personas no heterosexuales en países como Uganda y también en otros lugares del mundo. En el segundo, se examinan sus contenidos para mostrar de qué forma aportan al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Acto seguido se examina la fuerza jurídica de los *Principios* para argumentar que, si bien no son *soft law*, tienen todo para llegar a serlo. Finalmente, se explica el valor que tienen los *Principios* en la interpretación de las normas sobre Derechos Humanos en materia de diversidad sexual, por lo cual cumplen una función importante en el Derecho Internacional. Los temas que trata el artículo están atravesados por las tensiones teóricas y prácticas que suscitan los *Principios*, y que son, en últimas, las tensiones que genera la apertura del concepto de humanidad a la población sexualmente diversa.

* Abogado y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Magister Magna Cum Laude en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana. Investigador del grupo Pensar (en) Género, del Instituto Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana, y becario de Colciencias como Joven Investigador en el periodo 2009-2010. Profesor Asociado I de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: jairom.puleciop@utadeo.edu.co.

Palabras clave: Derechos Humanos, Principios de Yogyakarta, LGBTI, orientación sexual, identidad de género, *soft law*.

Abstract

The Yogyakarta Principles (2007) on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender were adopted to face a violent context against gays, lesbians, bisexuals and transgender individuals. In the first chapter, the importance of the Principles related to violations of human rights against non heterosexual people inside countries such as Uganda, as well as many other places of the world, are explored. In the second chapter the content of the Principles is examined to show that they provide new elements to international human rights law. After that, the legal force of the Principles is studied to argue that, even though they are not soft law, they have everything to become it. Finally, the value of the Principles for the interpretation of human rights norms on sexual diversity are explained, whereby they have a very important function in international law. The topics developed in the paper are crossed by the theoretical and practical tensions inherent to the Principles, tensions which are, after all, the same as those provoked by the expansion of the humanity concept to sexually diverse people.

Keywords: human rights, the Yogyakarta Principles, LGBTI, sexual orientation, gender identity, soft law.

Introducción

Debemos aprender a vivir y a abrazar la destrucción y la rearticulación de lo humano en aras de un mundo más amplio y, en último término, menos violento, sin saber de antemano cuál será la forma precisa que toma y tomará nuestra humanidad.

Judith Butler

Los *Principios de Yogyakarta* (en adelante PDY) “sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, fueron promulgados por un panel internacional de especialistas en legislación internacional de Derechos Humanos y en orientación sexual e identidad de género, en el año 2006, en la Universidad Gadjah Mada de la ciudad de Yogyakarta (Indonesia). Estos *Principios* “se adoptaron en una reunión multidisciplinaria de expertos de Derechos Humanos, de 25 países [...], y fueron relanzados oficialmente en Ginebra el 26 de marzo de 2007, en sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU” (Colina, 2009).

Los PDY tienen la misma redacción, esquema y contenidos básicos de cualquier declaración o tratado internacional de Derechos Humanos, la diferencia es que versan so-

bre personas lesbianas, gays, bisexuales, transgeneristas e intersexuales (LGBTI), por lo cual representan un gran avance jurídico para este grupo minorizado en la mayor parte del mundo. De hecho, los PDY tienen un valor simbólico excepcional, pues por primera vez en la historia del derecho occidental se promulga un documento (junto con la *Declaración de Montreal* de 2006) con estas características a nivel internacional, destinado a proteger a la comunidad LGBTI. Fueron múltiples las recomendaciones, informes y opiniones expedidas por organismos internacionales previa la promulgación de los PDY, invitando a la comunidad internacional a luchar para prevenir y sancionar cualquier forma de violencia y discriminación hacia las personas, por su orientación sexual o identidad de género (O'Flaherty & Fisher, 2008, 214-220). Sin embargo, la materialización de unos lineamientos claros para la interpretación de las cartas universales y regionales de Derechos Humanos al referirnos a la diversidad sexual, solo se logró con la promulgación de los PDY.

En esa medida, por ser la diversidad sexual un tema popularizado y politizado pero poco documentado e investigado en el Derecho Internacional, el presente texto busca responder dos preguntas: a) ¿qué importancia tienen actualmente los PDY en los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos?; b) ¿qué función y, por ende, potencialidad, tienen los PDY al interior de tales sistemas? Para dar respuesta a tales preguntas, la metodología utilizada fue una revisión documental, tanto de doctrina como de fuentes oficiales.

Con este artículo se espera dar a conocer a la comunidad académica, concentrada en estudiar, investigar y analizar las tendencias en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la valiosa herramienta interpretativa que representan los PDY para la resolución de controversias jurídicas y sociales relacionadas con los Derechos Humanos de las personas no heterosexuales. Esperamos, así, enriquecer el debate sobre temas controversiales como el otorgamiento de derechos (civiles y políticos)¹ a las personas no heterosexuales, pero sobre todo llamar la atención sobre una de las problemáticas que más aquejan a la población LGBTI en el mundo contemporáneo: la violencia por prejuicio (Gómez, 2008). Las violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos hacia las personas de distinta orientación sexual o identidad de género son una constante en sociedades machistas y excluyentes como las nuestras, y la cantidad de vidas que no logran disfrutar de sus libertades fundamentales por esta causa es una realidad que permanece oculta a los ojos de la ciencia jurídica.

1 Aunque el presente texto resalta, de forma especial, el contenido de los PDY en materia de derechos civiles y políticos, los Principios también hacen importantísimas contribuciones en materia de derechos sociales, económicos y culturales. Los PDY tocan importantes puntos en temas distintos a los cuales se asocia, corrientemente, la lucha de las comunidades LGBTI. Un análisis a profundidad sobre este punto rebasaría los fines del presente texto, pero es importante señalar la necesidad de proseguir el estudio de los PDY mostrando su innovación frente a derechos como la salud, la vivienda adecuada, la protección contra abusos médicos, el derecho a un nivel de vida adecuado, entre otros. Los derechos prestacionales y su no regresividad tienen ciertas especificidades frente a la población LGBTI, ya que sus necesidades son particularmente distintas. Queda entonces la pregunta: ¿cómo asumirán los Estados sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, respecto a una población tan heterogénea y poco atendida como las comunidades LGBTI? Los PDY arrojan luz para brindar una buena respuesta.

Así pues, los PDY se presentan como una poderosa herramienta para impartir justicia, legislar con igualdad y gobernar democráticamente. Si en algún momento de la historia humana la promulgación de una Declaración Universal de Derechos Humanos parecía utópica, los crueles sucesos de mediados del siglo XX hicieron impostergable su nacimiento. Asimismo, la cotidianidad marcada por el odio que a diario padecen un sinnúmero de personas gays, lesbianas, bisexuales, transgeneristas e intersexuales en sus familias, en sus trabajos, en sus entornos educativos, en el sistema de salud, etc., llamó la atención de la Organización de las Naciones Unidas para apoyar la promulgación de los PDY, los cuales, sin lugar a dudas, serán tan sólo el preámbulo de muchos instrumentos jurídicos internacionales que se promulgarán en los próximos siglos, en tanto aumente la inclusión de las personas LGBTI.

Así pues, el texto sostendrá la hipótesis de que los PDY están en proceso de convertirse en *soft law* y tienen todo el potencial para llegar a serlo, aunque a la fecha sean vistos como un instrumento meramente doctrinal. Lo anterior se debe a que contienen elementos valiosos para avanzar en el otorgamiento de derechos a la población LGBTI; elementos que han empezado a ser reconocidos, citados y reiterados por organismos internacionales y algunos gobiernos en todo el mundo. De esta forma, los PDY dinamizan la expansión misma del concepto de humanidad, subyacente a toda la política internacional de los Derechos Humanos.

En este artículo, la argumentación se desarrollará en tres acápites. En el primero se expondrá brevemente la situación de violencia que padece la comunidad LGBTI alrededor del mundo, haciendo énfasis en Uganda por ser un país en el cual la discusión actual sobre la inclusión social de personas sexualmente diversas ha generado inimaginables brotes de violencia política. El interés de tal panorama es mostrar la importancia jurídica de los PDY en aras de brindar respuestas a crisis humanitarias como las que afrontan varios países africanos.

En el segundo acápite, y teniendo como base la percepción previa que sobre la situación de las personas LGBTI en el mundo ha tenido el lector, se exponen algunos de los contenidos más relevantes de los PDY y se hace una lectura crítica de los mismos. También se intenta mostrar su impacto y potencialidad en algunas decisiones de tribunales de constitucionalidad de distintas regiones del mundo. Asimismo, se expone, en términos de teoría jurídica, la funcionalidad de los PDY en la resolución de discusiones jurídicas y políticas sobre diversidad sexual.

Finalmente, la conclusión no solo recoge los aportes de los dos acápites anteriores, sino que resalta la tensión profunda que enfrenta la expansión del concepto de humanidad hacia comunidades LGBTI; la misma tensión que subyace a la apropiación, comprensión y aplicación de los PDY.

1. Importancia de los *Principios de Yogyakarta* en el contexto internacional

El 25 de septiembre de 2009 el parlamento ugandés publicó el proyecto de *Ley contra la homosexualidad*. Hacer oposición le costó la vida a David Kato, defensor de los Dere-

chos Humanos de gays, lesbianas, bisexuales, transgeneristas e intersexuales en Uganda, pues fue sangrientamente asesinado el 26 de enero de 2011 “tras haber sido golpeado en la cabeza por un desconocido en su casa, situada en el distrito de Mukono, en las afueras de Kampala” (Amnistía Internacional, 2011). La ONG Amnistía Internacional, desde su website, abrió una convocatoria para que ciudadanos de todo el mundo apoyen una petición al Estado ugandés, conminándolo a que realice una investigación imparcial sobre este *crimen de odio*.²

Lo cierto es que es muy poco probable que las autoridades ugandesas investiguen y esclarezcan las circunstancias en las que se produjo este hecho. La razón es que en Uganda las personas no heterosexuales son criminales y, como tal, son perseguidas por las leyes penales (ILGA). Lo anterior muestra con nitidez que los Derechos Humanos de las personas con orientación sexual o identidad de género diversa son vulnerados por las leyes ugandesas. En esa medida, es clara la responsabilidad internacional del Estado ugandés, de conformidad con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Saavedra, 2008, 708).

No obstante, son los grandes líderes políticos ugandeses, apoyados por la sociedad en general, quienes avalan y promueven iniciativas legislativas en contra de la comunidad LGBTI en ese Estado africano. Por ejemplo, populares pastores religiosos como Martin Sseempa, celebran reuniones en las que exhiben pornografía gay a miembros de su congregación (dentro de los cuales hay jóvenes y niños), con el fin de diseminar el odio hacia el colectivo LGBTI y advertir sobre un supuesto complot de los homosexuales para reclutar a la juventud (Grecko, 2011, 100). Existe además un periódico llamado *RollingStone*, en el cual se han señalado como autores de atentados terroristas a los homosexuales. Con ello los medios de comunicación también contribuyen a que la opinión pública ugandesa apoye cualquier iniciativa para criminalizarlos. No es raro que en Uganda la radio, la televisión, los periódicos e Internet sirvan para atacar verbalmente a la comunidad LGBTI, haciendo frecuentes llamados para el linchamiento y la crucifixión de sus miembros (Grecko, 2011, 98; Tamale, 2007, 17).

Ante tal panorama, el Parlamento Europeo, a través de Resolución emitida el 17 de noviembre de 2009, rechazó cualquier avance hacia la instauración de la pena de muerte contra los homosexuales en Uganda, apoyándose en “las declaraciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el sentido de que un Estado no puede, mediante sus leyes nacionales, negar sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos” (U.E., 2009). A su turno, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su cuadragésima sexta sesión ordinaria en noviembre de 2009, en la que intervinieron gran parte de las ONG africanas, adoptó la Resolución Temática TRES/001/11/09 “para poner fin a todas las formas de Discriminación basadas en la Orientación Sexual y la Iden-

2 Utilizo esta categoría para denominar el homicidio de Kato pues, pese a que la investigación está en marcha, fácil es pensar que el móvil del delito fue el prejuicio y no una causa común (Gómez, 2008, 96).

tividad de Género en África”. Esta última Resolución invocó los PDY pues estos afianzan el imperativo ético universal según el cual todo ser humano, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, es titular, en igualdad de condiciones, de los Derechos Humanos reconocidos en los pactos y tratados internacionales (Ettelbrick & Trabucco, 2010, 24).

La presión internacional sirvió para que la aprobación de la norma penal que castigaba con pena de muerte las conductas homosexuales en Uganda fuera aplazada, más no suspendida (*El País*, 2011). No obstante, en Uganda el discurso político y el discurso religioso siguen mezclándose a la hora de tocar el tema de la diversidad sexual. Es evidente la inexistencia de un Estado laico, desprovisto de consideraciones morales particularistas que alientan a la violencia y que deja de lado el deber de defender los derechos inalienables de la persona humana, sea la que sea. En Uganda lo que sucede es que los homosexuales son víctimas, y las víctimas, como dice el profesor Joaquín González Ibañez (2010) al referirse a los excesos del régimen político en Sudán:

[...] son seres humanos, seres humanos africanos, seres humanos que mueren por las órdenes de un líder africano. Cuando se trata de tortura, el transgresor o sus motivos son irrelevantes; tras los motivos está la destrucción de la dignidad humana y la violación de los derechos fundamentales de los torturados (61).

Los excesos del caso de Uganda justifican que se preste especial observación a la incidencia práctica que pueden llegar a tener los PDY en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al igual que Uganda, varios Estados del sureste africano condenan y penalizan la orientación sexual no heterosexual. Por tal razón el problema de la discriminación hacia la comunidad LGBTI en esta región del mundo no es un asunto aislado, es realmente una crisis humanitaria en la que las personas no heterosexuales están mayormente expuestas a padecer los excesos de la violencia por prejuicio.

El estudio de O’Flaherty & Fisher (2008) corrobora lo anterior, pues muestra que el derecho a la vida de las personas no heterosexuales sigue desconociéndose en siete países³ en los que la pena de muerte está aún vigente y se impone ante prácticas sexuales (aunque sean consentidas), entre personas adultas del mismo sexo. Con facilidad, en los próximos años, Uganda pasaría a engrosar la lista.

Por su lado, el derecho a la libertad personal y a la integridad se vulnera en por lo menos quince países en los cuales hay duras sanciones penales que privan de la libertad a quienes tengan relaciones sexuales con alguien de su mismo sexo; por ejemplo, Marruecos y Camerún, en donde además se han presentado casos de detenciones arbitrarias a personas LGBTI (O’Flaherty & Fisher, 2008, 208).

La problemática de la población LGBTI a nivel mundial, pero especialmente en Europa, condujo a que el 18 de diciembre 2008 la Unión Europea, liderada por Francia, sometiera

3 Mauritania, Irán, Arabia Saudita, Sudán, Emiratos Arabes Unidos, Yemen y Nigeria.

a consideración ante la Asamblea General de Naciones Unidas, la Declaración Universal sobre Orientación Sexual e Identidad de Género. Hechos como el estallido de una bomba en un bar gay en Inglaterra en 1999 y los homicidios con sevicia cometidos contra personas homosexuales en países como Bélgica e Irlanda, reafirmaron la necesidad de luchar contra esta crueldad (O'Flaherty & Fisher, 2008, 208).

De acuerdo con Lucy Morgan (2009) “la Declaración de 2008 es, fácilmente, la más detallada y ampliamente soportada declaración sobre derechos sexuales y de género jamás antes exhibida en una Asamblea General de Naciones Unidas”⁴ (14). La Declaración reconoce explícitamente la orientación sexual e identidad de género como ámbitos de la persona humana legítimos de protección por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y condena cualquier violación a los Derechos Humanos basada en estos criterios. De ser aprobada, la Declaración dotaría de fuerza jurídica todas las luchas de derechos de las minorías sexuales en el mundo, materializando así, en un documento promulgado por Naciones Unidas, los fines que persiguen los PDY. A pesar de ello, la oposición de la mayor parte de los países árabes hizo que se redactara y propusiera una declaración en contra, estando a la fecha ambas pendientes a ser discutidas, aprobadas y/o negadas.

En América el panorama, sin ser equiparable, tiene rasgos similares. En Estados Unidos, por ejemplo, los abusos policiales físicos, verbales y psicológicos contra transgeneristas han sido documentados y denunciados por Amnistía Internacional, a tal punto que se estima que cada mes es asesinada, por lo menos, una persona transgénero en ese país (O'Flaherty & Fisher, 2008, 209). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en varios comunicados⁵ ha llamado la atención sobre la necesidad de crear, por parte de los Estados, medidas destinadas a proteger a las personas de la comunidad LGBTI. Empero, la poca atención que se le presta a la diversidad sexual por parte de algunos gobiernos oficiales en la región, hace pensar que el avance a futuro se logrará muy lentamente.

A simple vista las luchas jurídicas de la comunidad LGBTI parecieran priorizar la reivindicación del matrimonio igualitario y de la adopción. No obstante, en la mayor parte de Estados americanos persiste una exclusión social de base contra la población LGBTI que afecta con más fuerza a la mayor parte de sus miembros. La poca información existente, y el escaso seguimiento que las autoridades estatales hacen a los móviles de los crímenes de personas no heterosexuales, hacen pensar que no sabemos, con veracidad, qué tan extendida y cuán dañina es la violencia por motivos de orientación sexual o identidad de género en nuestra región.

Todo lo anterior nos permite entender la pertinencia de los PDY, en tanto que instrumento jurídico relevante para pensar el tratamiento que los Estados deben dar a la comunidad LGBTI, en caso de que se pongan en vilo derechos protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es primordial interpretar las declaraciones y tratados

4 Traducción propia.

5 Ver: Comunicados N° 11 de 2009 y 04 de 2011 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

universales diferencialmente frente a personas no heterosexuales. La orientación sexual y la identidad de género son aspectos de la personalidad que golpean, de forma muy distinta, a los seres humanos. Así como las peculiaridades propias de las mujeres, niños, ancianos o discapacitados ameritan un tratamiento diferencial, las personas LGBTI también poseen características que, en determinadas circunstancias, las acercan más a la marginación, a la violencia social y a la vulneración de sus libertades fundamentales. Los PDY, por eso, son de gran ayuda a la hora de guiar una interpretación diferencial de los derechos de la población LGBTI. Veamos cómo.

2. ¿Qué son y cuál es la funcionalidad de los Principios de Yogyakarta?: un enfoque crítico

Aunque el texto oficial de los PDY, en sus respectivos idiomas, se puede consultar en línea en la página oficial de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos (OEA), el objetivo de este breve apartado es resaltar, críticamente, los contenidos más importantes de los PDY y juzgar si aportan o no al Derecho Internacional y a la ciencia jurídica.

Para empezar, el Preámbulo, además de exponer los motivos que llevaron a la consagración de los PDY y de alertar sobre la crisis humanitaria que sufre la población LGBTI, incluye una definición de *orientación sexual e identidad de género* que, si bien debe estar abierta a múltiples análisis y debates, es la más completa que existe, jurídicamente, en la actualidad. Estas definiciones tienen una importancia trascendental, pues son la base sobre la cual se asientan todos los PDY. De hecho, tales definiciones han estandarizado el significado de los términos *orientación sexual e identidad de género*, a tal punto que como aparecen en los PDY son utilizadas por organismos internacionales, agencias de Naciones Unidas y algunos gobiernos del mundo (Brown, 2010, 878). A tenor literal, rezan:

Se entiende por *orientación sexual* la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente o de un mismo sexo o de más de un sexo, así como a la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Se entiende por *identidad de género* la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amaneramientos (Principios de Yogyakarta, 2007a).

¿Los PDY afianzan el sistema sexo/género, al centrar la identidad humana en un binarismo desconocedor de la multiplicidad de factores culturales, sociales y políticos que

ingieren en su conformación? ¿Qué tan ahistóricas, transculturales y universales son las definiciones arriba citadas? ¿Estas definiciones son depositarias de la tradición histórica y de los logros alcanzados gracias a las luchas sociales emprendidas por los grupos humanos afectados por las normas de género? Además, ¿son susceptibles de abrirse a críticas poscoloniales que alertan sobre su marcado eurocentrismo? Preguntas de este calibre son vitales para la futura existencia de los PDY y, definitivamente, no quedan respondidas en su articulado. No en vano el preámbulo advierte sobre sus posibles imperfecciones y sobre la necesidad de hacer reformulaciones atendiendo a los cambios legales que se adopten frente a las personas LGBTI en el futuro (O'Flaherty & Fisher, 2008, 237).

La razón de ser de los PDY, entonces, más que sentar verdades sobre la comprensión de la sexualidad humana, es desmitificar por completo, especialmente en el contexto internacional, el tema de la diversidad sexual. Así, los PDY dan relevancia a este tema dentro de la agenda política y educativa, resaltando la importancia de la investigación con enfoque de género y diversidad sexual. Si preguntamos por la multiplicidad de elementos que el derecho debe pensar para no convertir al género en una marca excluyente sobre los cuerpos, los PDY representan, en sí mismos, un aporte conceptual insoslayable en la legislación internacional de los Derechos Humanos. Por ende, podemos afirmar que los PDY son una fuente doctrinal, ética y normativa necesaria a nivel jurídico para responder a las exigencias de inclusión de las minorías sexuales.

Por otro lado, los PDY también ratifican estándares legales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya existentes, jurídicamente vinculantes y exigibles por parte de los Estados. En esa medida, los PDY no “crean” o “adicionan” nuevas clasificaciones, generaciones o categorías de Derechos Humanos. Sencillamente adaptan la mayor parte de *derechos civiles y políticos* y de algunos *derechos económicos, sociales y culturales*, a la realidad de las personas no heterosexuales. Incluso se tiene como fuente de legitimidad y marco legal de los mismos la mayor parte de tratados internacionales (universales y regionales) de Derechos Humanos (*Principios de Yogyakarta*, 2007b).

Pero algunos PDY suponen un reto, no solo para el sistema universal de Derechos Humanos, sino también para los ordenamientos jurídicos nacionales. Encontramos, por ejemplo, que el Principio 3 obliga a los Estados a tener en cuenta la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género a la hora de garantizar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas. Siendo la *orientación sexual e identidad de género* aspectos esenciales al ejercicio de la autonomía individual, lo que buscan los Principios es que se destierre del terreno legal la imposición de un género u orientación sexual “socialmente aceptada” para poder obtener y ejercer derechos. La incuestionabilidad que ha caracterizado a la “heterosexualidad”, a lo “femenino” y a lo “masculino” históricamente, hace pensar que para miles de personas que quedan fuera de tales estándares el acceso y disfrute de sus Derechos Humanos resulta una entelequia. Con todo, este Principio solamente está adaptando derechos ya reconocidos por el Derecho Internacional al contexto de la diversidad sexual, y no creando un nuevo de tipo de derechos que exijan

poner en marcha una excesiva empresa de creación legal por parte de los Estados (Wegen, 2009, 23; O'Flaherty & Fisher, 2008, 234; Gross, 2008, 251-252).

El Principio 3 de los PDY encuentra asidero 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; y en el Artículo 5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

Respecto al Principio 24, el hecho de que consagre el derecho de toda persona a formar una familia, prescindiendo de su orientación sexual o identidad de género, podría dar a lugar a pensar que los PDY imponen a los Estados el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y que elevan el tema del matrimonio igualitario a rango internacional protegido por los Derechos Humanos, socavando así la soberanía nacional que debe primar sobre este asunto. Pero esto no es así, y vale la pena hacer la aclaración. El Principio 24 lo que busca es que los Estados reconozcan cualquier forma de familia, sin importar la *orientación sexual* o *identidad de género* de sus respectivos miembros. Esto es importante porque con ello el referido principio busca garantizar que ninguna familia reciba un trato discriminatorio por parte de los Estados por la *orientación sexual* o *identidad de género* de sus miembros, lo cual es una obligación derivada del Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; del Artículo 5 (d) (iv) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; del Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del Artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; del Artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y del Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente, los PDY son el encuentro de voces académicas, de expertos en sexualidad y género, de ONG y de importantes representantes de Naciones Unidas. La triple dimensión intelectual, activista y oficialista de los PDY hace que el documento esté dotado de gran legitimidad, pues da cuenta de los reclamos que hacen los activistas (no todos, por supuesto, pero sí una parte muy representativa de ellos a nivel internacional) en materia de diversidad sexual,⁶ de los avances intelectuales en la materia y de los estándares institucionalizados a nivel internacional sobre protección de los Derechos Humanos de la población LGBTI. Los PDY, por tanto, no están dirigidos únicamente a los Estados. Buscan tener una repercusión en la sociedad civil y en otros actores relevantes en el Derecho Internacional,

6 Es importante tener en cuenta que los PDY aún son desconocidos por muchos activistas que luchan por la población LGBTI, especialmente en América Latina y el sudeste asiático. No hay que olvidar que el lenguaje que utilizan es técnico-jurídico y, en esa medida, pueden ser de difícil comprensión para líderes sociales no abogados. Una de las estrategias a tener en cuenta para el fortalecimiento de los PDY es, por tanto, trabajar en la capacitación de líderes y activistas LGBTI no solo en torno al conocimiento de los PDY, sino también en estrategias eficaces para su utilización en contextos políticos y jurídicos locales (Brown, 2010, 877).

por lo cual hacen recomendaciones a agencias intergubernamentales y no gubernamentales, a cortes internacionales y a organizaciones comerciales, entre otras (O'Flaherty & Fisher, 2008, 237). Así las cosas, los PDY salen del terreno que circunscribe las discusiones sobre Derechos Humanos únicamente entre Estados y, manteniéndolos como sus principales receptores, busca ampliar su radio de acción.

2.1. El carácter de *soft law* de los Principios de Yogyakarta: un proceso en construcción

A la promulgación de los PDY sobrevino el debate sobre su carácter jurídico. De entrada es claro que los Principios no son *soft law*, pero lo que buscamos argumentar es que tienen todo para llegar a serlo. Esto por varias razones. Para empezar, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que regula las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconoce en el literal d) que la doctrina es fuente auxiliar de derecho, en tanto que cumple una función importante en el proceso de interpretación de las normas (como veremos más adelante). El mencionado literal agrega que los doctrinantes de mayor competencia son quienes elaboran dicha doctrina. Pues bien, para la elaboración de los PDY, participaron varios de los intelectuales más importantes en temas de derecho y diversidad sexual. Veinticinco expertos de todas las regiones del mundo acudieron a Yogyakarta en 2006, por lo cual los Principios están dotados, al menos simbólicamente, de representatividad universal (O'Flaherty & Fisher, 2008, 233). En ese sentido, el valor doctrinario de los PDY es notable y su influencia en el Derecho Internacional no se ha hecho esperar.

Llegados a este punto es importante conocer la postura del profesor Rodrigo Uprimny:

Existen otros documentos internacionales que son relevantes por sí mismos o para interpretar el alcance de otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Se trata de declaraciones o principios elaborados por importantes doctrinantes, o por cuerpos especializados, y que adquieren un valor jurídico importante, debido a que son adoptados por órganos internacionales, como la Asamblea General de Naciones Unidas, o al reconocimiento mismo que van ganando, en la medida en que son considerados expresiones de derecho internacional consuetudinario o doctrina autorizada (Uprimny, 2006, 61).

Uprimny define así los instrumentos jurídicos que componen el denominado *soft law*,⁷ y pone ejemplos como el de los Principios Joinet *Sobre impunidad y derechos de las víctimas*,

7 Para efectos del presente trabajo se entenderá por *soft law* o “derecho blando” la definición arriba citada de Uprimny. No obstante, es notoria su similitud con otras definiciones sobre el significado de *soft law*, como la expuesta por el magistrado Humberto Sierra Porto en el Salvamento de Voto de la Sentencia C-257-08 de la Corte Constitucional colombiana. El Magistrado explica que *soft law* es un concepto que recoge las “declaraciones o principios elaborados por expertos, relatores o cuerpos especializados que tienen un valor importante en la medida en que constituyen un desarrollo doctrinal sobre el alcance de determinados tratados de Derechos Humanos, sin embargo no tienen un carácter vinculante, a diferencia de los tratados, por lo tanto no es correcto afirmar que hacen parte del bloque de constitucionalidad” (Ver: Consideración 2ª, Salvamento de Voto, C-257-08; C-160-00).

que paulatinamente se convirtieron en fuente doctrinal de derecho en temas relacionados con conflicto armado y derechos de las víctimas. La trascendencia de los Principios Joinet hoy día es innegable, y varios procesos de paz (incluyendo el colombiano) los han tenido en cuenta por su precisión, asertividad y efectividad (Botero & Restrepo, 2005, 19-37).

Y aunque los PDY todavía no tienen una fuerza similar a la de los Principios Joinet, su importancia doctrinaria es reconocida como tal por varios órganos jurisdiccionales del mundo⁸ (Ettelbrick & Trabucco, 2010; Brown, 2010). En esa medida es posible vislumbrar, a futuro, su reconocimiento como *soft law* en materia de Derechos Humanos de la población LGBTI.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿cómo se ha manifestado la incidencia de los PDY en el Derecho Internacional? Ejemplos hay muchos, pero vale la pena mencionar el de la Corte Suprema de la Nación Mexicana. Al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 por medio de la cual se estudió la constitucionalidad del Artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo en la ciudad de México, la Corte examinó algunos puntos teniendo en cuenta los PDY, aunque aclaró su no obligatoriedad (ver: Considerando quinto y sexto). En México los PDY también se han utilizado para sustentar demandas de constitucionalidad, como la que se presentó contra las reformas a los párrafos Segundo y Tercero del Artículo 94 de la Constitución Política del Estado de Yucatán, que niega por completo la posibilidad de reconocer jurídicamente los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo.⁹ Otras decisiones judiciales en países como Kenia, Sudáfrica, Filipinas, Uruguay, Nepal e India han estudiado los PDY y han utilizado sus definiciones (Ettelbrick & Trabucco, 2010; Thoreson, 2009).

Ahora bien, si observamos la conducta de organismos internacionales, encontramos que los PDY fueron considerados en la Resolución E/C.12/GC/2 del 2 de julio de 2009, expedida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (ver: Párrafo 32). Por medio de esta Resolución el Comité hizo observaciones acerca de las discriminaciones que más dificultan el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de las cuales incluyó la *orientación sexual* y la *identidad de género*. También Arnand Grover, relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en el informe A/64/272 de 10 de agosto de 2010, cita los PDY al hablar de la forma en la que la desprotección del consentimiento informado llega a afectar, de manera más grave, a los grupos minorizados por razones de género en el momento de conseguir trabajo o ingresar al sistema educativo (Párrafo 46).

Ángeles Mazuelos Bellido (2004) explica que la expresión *soft law* es una creación doctrinaria cuyo significado, en últimas, depende de la concepción que tengamos del

8 Brown, por ejemplo, profundiza en la forma en que los PDY han servido en el sudeste asiático para guiar a los Tribunales Constitucionales a adoptar fallos que expulsaron del ordenamiento jurídico leyes abiertamente discriminatorias (Brown, 2010, 878).

9 Ver: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/buscar.asp?nexp=20100011500&asunto=24>. Consultado el 24 de abril de 2011.

derecho. Desde un ángulo netamente positivista, “derecho” y “obligación jurídica” son indisolubles y, en esa medida, la realidad que intenta abarcar el *soft law* no hace parte en absoluto del derecho. Así, el *soft law* parecería una mezcla de términos contradictorios. Por tal razón, lo importante es entender a qué se refieren los internacionalistas cuando usan el concepto, qué quieren explicar y con qué clase de obstáculos se enfrentan (37-39). Sin embargo, lo que sí parece claro es que el *soft law* está conformado por un tipo de documentos que incide o intenta incidir en el Derecho Internacional, especialmente en la formación de normas y obligaciones internacionales (37).

La autora, además, afirma que la calificación de ciertos instrumentos como *soft law* solo puede hacerse *ex post facto*, ya que es la efectiva incidencia de estos en la dinamización del Derecho Internacional lo que logra convertirlos en fuente de derecho. En últimas, el *soft law* es una “categoría descriptiva que engloba fenómenos heterogéneos donde, referido a los instrumentos internacionales, concurre un mínimo denominador: la falta de obligatoriedad o juridicidad (según sea el caso), pero que tienen relevancia jurídica” (38).

La claridad de este debate nos permite concluir que, dada la incidencia que empiezan a tener los PDY en el Derecho Internacional, se convertirán, a futuro, en *soft law*. En otras palabras, si los PDY son considerados *soft law* o no es algo que, como dice Mazuelos, solo se podrá corroborar *ex post facto*.

La profesora Mazuelos Bellido aclara que el *soft law* es distinto dependiendo de donde emane, y es claro que ninguno de los entes de los que emana tiene competencia para crear derecho vinculante en el plano internacional. Cuando nos referimos, por ejemplo, a Resoluciones de organismos internacionales, aunque no sean obligatorias, sí brindan sustrato ético al Derecho Internacional en tanto que sean acatadas, avaladas y respaldadas por los Estados. En consecuencia, las Resoluciones no son “leyes imperfectas”, sino más bien “derecho programático”, usando la expresión de Dupuy (Mazuelos, 2004, 14-15).

En junio de 2008, por ejemplo, Brasil presentó ante la Asamblea General de la OEA el proyecto de resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) “Sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género”, en la cual citó explícitamente a los PDY. La Resolución finalmente fue aprobada pero dicha referencia a los PDY se eliminó luego por sugerencia de los Gobiernos de Costa Rica, Colombia, Venezuela y Ecuador (Ettelbrick & Trabucco, 2010, 27). De todos modos, los PDY fueron tenidos en cuenta para proponer dicha Resolución, y en esa medida alimentaron ese “derecho programático” al interior de la OEA. ¿Era posible que, tan solo un año después de su promulgación, los PDY tuvieran la fuerza suficiente para modelar la conducta de los Estados de la OEA? Probablemente no. Pero aún así, la práctica tiende a mostrar que a medida que más se debate sobre asuntos relacionados con diversidad sexual en el contexto internacional, más incidencia adquieren los PDY.

Retomando a Mazuelos Bellido, otro tipo de *soft law* es el que emana de actores no estatales. Lo especial de este tipo de *soft law* es que hace participativo y no impuesto el Derecho

Internacional (Mazuelos, 2004, 14). Así las cosas, los PDY, al ser fruto de actores no estatales pero influyentes en la negociación internacional de los Derechos Humanos de la comunidad LGBTI, están dotados de este importante rasgo que permitirá considerarlos *soft law*.

La génesis de los PDY es un motivador para que, a través de los futuros pactos y tratados internacionales de Derechos Humanos, las minorías sexuales y de género puedan interpelar a los Estados, interviniendo en la autocomprensión de sus necesidades en materia de Derechos Humanos. En la interlocución del ordenamiento internacional con sus destinatarios emerge una de las claves para forjar una política internacional de los Derechos Humanos verdaderamente justa, equilibrada y plural, y los PDY, en tanto que vinculan ONG, académicos y organismos internacionales, se caracterizan por mantener abierta la negociación de los lineamientos para interpretar los Derechos Humanos de las personas gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas. En conclusión, los PDY han abierto el camino para crear una política de Derechos Humanos participativa y no impuesta. En su devenir *soft law*, los PDY ya han avanzado bastante en este aspecto.

Weggen (2009) aclara que, si bien es claro que los PDY no son *soft law* pues no han sido ratificados por la mayor parte de actores del Derecho Internacional, lo cierto es que su endurecimiento en ley o “hardering into law” es claro, ya que han sido usados por Estados, organizaciones internacionales y, en general, en el Derecho Internacional como guías para enfrentar las violaciones de Derechos Humanos basadas en la *orientación sexual* o la *identidad de género* (21-22). Con base en los PDY, argumenta Weggen, Gobiernos como el de Argentina, Canadá, República Checa, Brasil y Dinamarca, han liderado las discusiones sobre diversidad sexual en los distintos encuentros de miembros activos de organismos internacionales (22). La tendencia del Derecho Internacional muestra así que los PDY, lentamente, tienden a ser un punto de referencia importante cuando los actores estatales se refieren a la vulneración de Derechos Humanos de la población LGBTI. Weggen también aclara que si bien los PDY no son *soft law*, ello se debe a que aún están en una fase inicial de implementación, en la que no se puede esperar su citación generalizada por todos los Estados; pero aún así el incremento de su utilización sí permite sostener que los PDY están en proceso de conversión a *soft law* (23).

Sin excederse en su contenido, los PDY resultan ser un documento bastante innovador en el campo internacional de los Derechos Humanos. Su sencillez es otro de los rasgos que más fuerza les puede dar en el proceso de conversión en *soft law*, dado que no son principios demasiado exigentes y, por ello, pueden ser fácilmente observados por los Estados (Thoreson, 2009). Tal y como lo ha dicho el profesor Douglas Sanders, los PDY son “una declaración de lo que el derecho internacional de los Derechos Humanos dice actualmente sobre la comunidad LGBTI, si tomamos los principios básicos de *universalidad* y *no discriminación* seriamente”¹⁰ (2009, 6).

10 Traducción propia.

Es innegable que los PDY necesitarán de aprobación a través de un consenso universal, como la mayor parte de instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos, para adquirir obligatoriedad. Pero también es cierto que los PDY conminan a los Estados a cuestionar sus legislaciones. Weggen aduce que quizá si consideramos los PDY como un documento consagrado a reafirmar prohibiciones básicas a la violación de Derechos Humanos (prohibiciones ya recogidas en los tratados y convenios internacionales aceptados por la mayor parte de países del sistema de Naciones Unidas), es fácil concluir que los PDY son *soft law*, en todo el sentido del término (23-24). El análisis de esta perspectiva amerita mayor reflexión, pero lo cierto es que los PDY son bastante funcionales y, por ende, de gran utilidad para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Empero, los PDY siguen siendo complementarios y solo el tiempo dirá qué tan influyentes llegarán a ser.

2.2. Funcionalidad

Siguiendo al filósofo del derecho Ronald Dworkin (1995), un principio jurídico es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (72). Aunque su postura parece *ius naturalista*, recordemos que Dworkin mantiene un diálogo con los *ius positivistas*, especialmente con H.L.A Hart. Además, su teoría está dirigida a nutrir y fortalecer el Derecho Positivo. El estudioso de la interpretación jurídica Rodrigo Uprimny (2006) ha clasificado a Dworkin como un positivista moderado, pues el norteamericano halla en los principios jurídicos elementos valiosos para la integración del ordenamiento jurídico, al suplir las ambigüedades y los vicios inherentes a las normas jurídicas (55).

Ahora bien, es pertinente preguntarnos si existe un corpus normativo sistematizado, ordenado y promulgado en el Derecho Positivo de los Derechos Humanos destinado a proteger los intereses de las personas no heterosexuales. Así como hay un corpus jurídico desarrollado para proteger los Derechos Humanos de los niños, de las mujeres, de los discapacitados, de los pueblos indígenas, entre otros, ¿hay tal desarrollo para regular los vejámenes cometidos contra las personas LGBTI por parte de los Estados? Ante las violaciones sistemáticas de Derechos Humanos en la comunidad LGBTI de varias latitudes, ¿disponemos de un enfoque diferencial útil para atender la urgencia humanitaria de este colectivo desde los organismos internacionales y desde las autoridades estatales?

En Colombia, por ejemplo, los avances jurídicos de la población LGBTI se han logrado a través del litigio estratégico. Ha sido la Corte Constitucional la autoridad que, vía interpretación, ha extendido la aplicación de ciertos derechos a las personas no heterosexuales, poniendo en práctica criterios internacionales de aplicación de los Derechos Humanos como el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la vida en condiciones dignas, la libertad de expresión, entre otros (Ver: Sentencias C-075-07; C-798-08; C-029-09, entre otras). La Corte ha extendido, mas no creado (pues tampoco esa es su

función), derechos que nacieron para regular las relaciones heterosexuales a las relaciones no heterosexuales.

Así las cosas, ¿podemos hablar de vacíos en los ordenamientos jurídicos al aplicar las normas a las personas no heterosexuales? ¿De qué forma se agravan estos vacíos si lo que está en riesgo es el catálogo de Derechos Humanos? En el dinamismo creador de los jueces de todas las especialidades, se seguirá encontrando vacíos en tanto no sean reguladas,¹¹ por el legislador (nacional e internacional), las relaciones jurídicas que establezcan las personas en razón de su *orientación sexual* o *identidad de género* más allá del marco binario heterosexual.

En ese orden de ideas, los PDY coadyuvan, en primer lugar, a complementar los ordenamientos jurídicos nacionales en lo tocante a los efectos jurídicos de los actos de las personas LGBTI. Pero también, como principios jurídicos que son, los PDY cumplen una función integradora de los ordenamientos jurídicos a nivel sexual y de género. De lo contrario, las normas jurídicas perpetuarían su sesgo heterosexual por medio del cual, trayendo a colación a Adrienne Rich (1999), convierten la heterosexualidad en heteronormatividad. Los múltiples vacíos que la mayor parte de legislaciones del mundo tienen frente a los derechos y obligaciones de las personas no heterosexuales, y la manera en que estos vacíos afectan sus libertades fundamentales, encuentran un importante complemento normativo en los PDY.

Ahora bien, siendo compromiso político internacional de los Estados salvaguardar los Derechos Humanos, es clara la necesidad de que principios clásicos como la seguridad jurídica, el debido proceso y la imparcialidad se satisfagan a cabalidad por parte de todas las autoridades; todo esto, desde luego, bajo un enfoque diferencial capaz de responder a las necesidades particulares de los distintos grupos sociales. Los PDY cumplen una importante función en este punto, dado que enfocan la lectura de las cartas universales de Derechos Humanos hacia la población gay, lesbiana, bisexual, transgénero e intersexual. En otras palabras, así como los principios clásicos de todo el derecho liberal moderno son la seguridad jurídica, el debido proceso, la celeridad e imparcialidad, buena fe, etc., los principios contemporáneos de la diversidad sexual son aquellos enlistados en los PDY. Los PDY no riñen con los principios clásicos del derecho liberal; antes bien, los complementan, expanden y enfocan hacia un grupo social hondamente excluido de los textos constitucionales y legales.

Continuando con la propuesta de Dworkin, los principios jurídicos son obligatorias pautas de interpretación del derecho, que determinan la inclinación del operador jurídi-

11 En este punto puedo entrar en el debate que las minorías, especialmente las minorías sexuales, han animado dada su preocupación por ser asimiladas e incorporadas al sistema y, así, su potencial político transformador y subversivo que fue fulminado. Este punto ha sido especialmente trabajado por los teóricos queer. Sin embargo, también es importante considerar una segunda postura: la de la necesidad de pedir derechos en el marco de un ordenamiento jurídico establecido en un Estado constitucional de Derecho, so pena de continuar en la marginación social y cultural. En este texto, por argumentar una posición netamente jurídica, me adhiero a la segunda posición.

co en uno u otro sentido (77). Estas directrices tienen un inmenso valor para el ordenamiento jurídico, ya que amplían la capacidad de la ciencia jurídica para responder a problemáticas sociales cada vez más complejas, versátiles y heterogéneas. Así pues, los PDY son las directrices de interpretación más claras, a nivel internacional, para la resolución de casos en los que estén envueltos los intereses jurídicos de personas no heterosexuales, so pena de violar el sentido de las declaraciones universales y regionales de Derechos Humanos.

Como vimos atrás, la fuerza jurídica de los PDY es un proceso en construcción, puesto que solo se convertirán en obligatorios en la medida en que sean citados e implementados por las autoridades judiciales y estatales y por los organismos internacionales competentes. Sin embargo, el hecho de que hayan sido utilizados en varias sentencias para la discusión de conflictos constitucionales, y de que varias autoridades internacionales de Derechos Humanos los hayan citado en sus pronunciamientos, son sucesos que hacen parte de un fenómeno jurídico que jalona cada vez más la obligación de aplicar los PDY. Así, los PDY empiezan a cumplir su función de orientar la interpretación de las normas jurídicas, en tanto que directrices de comprensión de los Derechos Humanos respecto a las diversas orientaciones sexuales y de género.

Conclusiones

Los Derechos Humanos no pueden presuponer la inmutabilidad del concepto sobre el que, filosóficamente, se asientan. ¿Quién es un ser humano? ¿A quién consideramos plenamente humano y a quién no? Pues bien, de la respuesta a tales interrogantes dependerá el disfrute o la negación de los Derechos Humanos de muchos individuos.

¿Las personas gays, bisexuales, lesbianas y transgeneristas son entendidas a plenitud como humanas? ¿O las reconocemos como humanas solo bajo ciertas reservas como por ejemplo que no expresen sus sentimientos, no conformen familias y no aviven el mundo de lo político? Resulta que esas reservas, culturales en gran medida, afectan el disfrute de los Derechos Humanos. Si trasladamos esta discusión teórica a la práctica, encontramos que en Uganda, en Estados Unidos, en Honduras, en Colombia, en la India y en muchos otros países, un enorme número de personas no pueden experimentar lo que significa el ejercicio de los Derechos Humanos debido a su *orientación sexual* o *identidad de género*. Ejercer la libertad de pensamiento, actuar de forma autónoma sobre sus cuerpos o convivir con quien desean, podría acarrearles la muerte, el rechazo e incluso la expulsión del sistema educativo, laboral y de salud.

No bastarían las publicaciones para documentar la cantidad de casos de violencia que sufren las personas LGBTI a diario. Pero lo que sí podemos hacer, a través de un artículo académico, es llamar la atención sobre la importancia que tienen los PDY en la rearticulación de lo humano. Este artículo ha mostrado cómo, de manera implícita, los PDY han movilizad el concepto de “ser humano” en la política internacional de los Derechos Humanos, y de qué forma han dejado claro que para progresar en la comprensión de lo

humano hay que avanzar en la comprensión de las diversas orientaciones sexuales y de género.

Precisamente dicha incompreensión (preocupante cuando es dirigida por los gobiernos y las leyes) nos permitió iniciar con un balance panorámico que lleva a concluir cómo, para muchas personas, en Uganda y en todos los países del mundo, es realmente importante que los PDY lleguen a ser un derecho obligatorio. La situación en materia de Derechos Humanos de la población LGBTI muestra la necesidad de que haya lineamientos jurídicos claros para dar un trato diferencial a los grupos minorizados por razones de género y orientación sexual. Los PDY son una buena herramienta para contextualizar los pactos y tratados internacionales sobre Derechos Humanos, de cara a las necesidades de las comunidades sexualmente diversas.

Por fortuna, la conciencia sobre la violencia que padecen estas poblaciones ha logrado llamar la atención de algunos gobiernos, y ha impulsado la aún no ratificada Declaración Universal sobre Orientación Sexual e Identidad de Género (2008) y la Resolución Temática TRES/001/11/09 de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En ninguno de estos documentos los PDY fueron ignorados.

Con ello se pudo analizar, en contexto, el contenido de los PDY y su funcionalidad. Los PDY son el fruto de un encuentro entre académicos, activistas y autoridades internacionales, por lo cual gozan de legitimidad y son reconocidos en estos tres ámbitos como un documento importante al hablar de población LGBTI. Además, los PDY expresan, en el lenguaje de la diversidad sexual, derechos protegidos de antaño por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello hace pensar que, en el fondo, los PDY también deben ser respetados (Weggen, 2009, 25). Con todo, la discusión sobre su obligatoriedad jurídica continúa siendo insoslayable.

Los PDY aún no son *soft law* pero tienen todo para serlo. Como el término *soft law* es doctrinal no tiene una definición clara; antes bien, es utilizado para resaltar la necesidad de clasificar las herramientas jurídicas que logran tener un gran impacto en el Derecho Internacional. El impacto que están adquiriendo los PDY es innegable, y lo que habría que seguir explorando es el grado que ha alcanzado, en las distintas regiones del mundo, tal impacto.

Los PDY han sido utilizados en los debates sobre Derechos Humanos de población LGBTI porque tienen la fuerza teórica y jurídica para cuestionar a los Estados y orientar el desarrollo de normas tendientes a proteger a esta comunidad. En esa medida, parece ser claro que los PDY serán un documento importantísimo para la discusión sobre los Derechos Humanos de las comunidades LGBTI en el futuro del Derecho Internacional, aunque la conclusión definitiva solo el tiempo la escribirá.

Lo cierto es que los PDY son bastante funcionales y, por ende, de gran utilidad para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Son principios jurídicos y, como tales, sirven para orientar las decisiones de los intérpretes del derecho en conflictos generados

por vacíos jurídicos cercenadores de las libertades fundamentales de la población LGBTI. Las inevitables inconsistencias del Derecho Positivo son suplidas por los principios jurídicos, y en un tema como la diversidad sexual con mayor razón. La tensión entre la teoría y la práctica de los Derechos Humanos de las personas gays, lesbianas, bisexuales, transgeneristas e intersexuales es la misma tensión que subyace a la materialización jurídica de los Principios de Yogyakarta, y será más notoria a medida que las comunidades LGBTI avancen en la obtención de beneficios jurídicos y sociales.

Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Uganda. Homicidio de activista de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgénero*. 2011. En: <http://www.es.amnesty.org/actua/acciones/uganda-homicidio-de-activista-de-los-derechos-de-lesbianas-gays-bisexuales-y-transgenero/>. Consultado el 19 de abril de 2011.
- BOTERO, M.C y S.E. Restrepo. «Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia». En: A. Rettberg (comp.). *Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de la Justicia transicional*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.
- BROWN, D. «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*, vol. 31, Nº 4 (2010), 821-879.
- BUTLER, J. *Deshacer el género*. Barcelona, Paidós, 2006.
- COLINA, C. «La homofobia: heterosexismo, masculinidad hegemónica y eclosión de la diversidad sexual». En: *Razón y Palabra* 67, 2009. <http://www.razonypalabra.org.mx/N/n67/variacolina.html>. Consultado el 20 de abril de 2011.
- «Dos millones de firmas en Uganda piden perseguir a los gays: líderes religiosos fuerzan que se vuelva a debatir la ley que planteaba la muerte a “homosexuales reincidentes”». En: diario *El País*, Madrid, 7 de abril de 2011. [http://www.ypinaction.org/files/02/57/Yogyakarta_Principles_Impact_Tracking_Report.pdf](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/millones/firmas/Uganda/piden/perseguir/gais/elpepusoc/20110407elpepusoc_6/TesDWORKIN, R. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel, 1995. Consultado el 19 de abril de 2011.</p>
<p>ETTELBRICK, P. y A. TRABUCCO Z. <i>The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development: A Study of November 2007/June 2010</i>. En: <a href=). Consultado el 22 de abril de 2011.
- GÓMEZ, María M. «Violencia por prejuicio». En: C. Motta y M. Sáez (eds.). *La mirada de los jueces*. Tomo 2. Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.
- GÓNZALEZ, J. «Justicia, democracia y Derechos Humanos». En: revista *Corte Suprema*, Nº 28. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2010.

- GRECKO, Témoris. «Uganda, en el nombre del odio». En: *Esquire Latinoamerica*. México, Televisa, 2011. <http://esquire.esmas.com/features/260451/uganda/2>. Consultado el 19 de abril de 2011.
- GROSS, A.M. «Sex, Love and Marriage: Questioning Gender and Sexuality Rights in International Law». En: *Leiden Journal of International Law*, N° 21 (2008), 235-253.
- MAZUELOS, A. «Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?». En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, N° 8, 2004. En: http://www.reei.org/reei8/MazuelosBellido_reei8_.pdf. Consultado el 23 de abril de 2011.
- MORGAN, L. «Sexual and Gender Rights and the United Nations Human Rights Framework: Towards a Resolution of the Debate?». Disertación de Maestría en Derechos Humanos, Universidad de Sidney, 2009. En: http://ses.library.usyd.edu.au/bitstream/2123/5323/1/DISERTATION_LMorgan.pdf. Consultado el 22 de abril de 2011.
- O'FLAHERTY M. y J. FISHER. «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles». En: *Human Rights Law Review*, vol. 8, N° 2 (2008), 207-248.
- RICH, A. «La heterosexualidad obligatoria y la existencia lesbiana». En: M. Navarro y C.R. Stimpson (comps.). *Sexualidad, género y roles sexuales*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- SAAVEDRA, Y. «El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Prolegómenos». En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII. Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) (2008), 671-712. <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/cmt/cmt20.pdf>. Consultado el 19 de abril de 2011.
- SANDERS, D. *The Role of the Yogyakarta Principles*. Comisión Internacional de Derechos Humanos de Gays, Lesbianas, Bisexuales y Transgeneristas. 2008. En: http://www.ypinaction.org/files/70/Background_on_the_Principles__Sanders__Douglas__The_Role_of_the_Yogyakarta_Principles.pdf. Consultado el 22 de abril de 2011.
- TAMALE, Sylvia. «Out of the closet: unveiling sexuality discourses in Uganda». En: C.M. Cole, T. Manuh *et al.* (eds.). *Africa After Gender?* Indiana, Indiana University Press, 2007.
- THORESON, R.R. «Queering Human Rights: The Yogyakarta Principles and the Norm That Dare Not Speak Its Name». En: *The International Journal of Human Rights*, vol. 8, N° 4 (2009), 323-339.
- UPRIMNY Y.R. «Las grandes teorías de la interpretación jurídica». En: *Interpretación judicial*. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla / Universidad Nacional de Colombia, 2006.
- WEGGEN, E. *The Yogyakarta Principles Soft Law? Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*. Tesis de Magíster en Derecho Internacional Público, Universi-

dad de Amsterdam, 2009. En: http://www.ypinaction.org/files/01/57/Thesis_Weggen_Yogyakarta_Principles_Soft_Law.pdf. Consultado el 24 de abril de 2011.

Fuentes oficiales

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) (2009). Resolución Temática TRES/001/11/09.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009). Comunicado de Prensa N° 11.

———. (2011). Comunicado de Prensa N° 04.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia C-075-07.

———. (2000). Sentencia C-160-00.

———. (2008). Sentencia C-798-08.

———. (2008). Sentencia C-257-08.

———. (2008). Sentencia C-029-08.

———. (2000). Sentencia C-160-00.

Corte Suprema de la Nación Mexicana. (2010). Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex association (ILGA) (2011). Página web: <http://ilga.org/ilga/es/countries/UGANDA/Law>. Consultada el 19 de abril de 2011.

Principios Joinet. Sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los Derechos Humanos (civiles y políticos). 1996.

Principios de Yogyakarta. Sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. 2007a.

Principios de Yogyakarta. Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles. 2007b. En: <http://www.yogyakartaprinciples.org/yogyakarta-principles-jurisprudential-annotations.pdf>. Consultado el 21 de junio de 2011.

Parlamento Europeo (PE). Resolución del 17 de noviembre de 2009.