

## Capítulo 2: Universalidad, igualdad y no discriminación



*Los casos presentados aquí tratan de universalidad, igualdad y no discriminación. Estos son principios fundamentales del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Los casos seleccionados fueron escogidos por su tratamiento explícito de estos temas.*

Los casos presentados aquí tratan de universalidad, igualdad y no discriminación. Estos son principios fundamentales del Derecho internacional de los Derechos Humanos. El Artículo 1 de la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El Preámbulo del PIDCP reconoce que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienable”. Cada instrumento regional de derechos humanos también se refiere a la universalidad de los derechos. La Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada unánimemente por todos los Estados de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993, provee: “Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos”. Ésto debería significar que cada ser humano, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, tiene el derecho al pleno goce de todos los derechos humanos.

Los principios interrelacionados de igualdad y de no discriminación son igualmente esenciales para la protección efectiva de los derechos humanos, como lo reconocen tanto las constituciones nacionales como los instrumentos universales y regionales de derechos humanos. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha observado que: “Juntos con igualdad ante la ley e igual protección de la ley, el principio de no discriminación previsto bajo el Artículo 2 de la Carta otorga la base para el goce de todos los derechos humanos”.<sup>1</sup> La Corte Interamericana ha considerado que “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.”<sup>2</sup>

En muchas maneras, cada capítulo del Libro de Casos trata de la universalidad, igualdad y no discriminación. Los casos seleccionados fueron elegidos por su tratamiento explícito de estos temas. Los dos casos de Uganda son especialmente significativos dado su contexto. Cuando se decidió el caso [Mukasa y Oyo](#), en diciembre de 2008, la Sección 145 del Código Penal ya penalizaba el “acceso carnal contrario al orden de la naturaleza” con una máxima pena de prisión vida perpetua. La violencia policial y los arrestos eran comunes. [Mukasa y Oyo](#), un caso de maltrato policial, representa la aplicación explícita del Derecho internacional de Derechos Humanos. La Corte no mencionó directamente la orientación sexual o identidad de género de los solicitantes. Por el contrario, la Corte sostuvo el principio de la universalidad de todos los derechos humanos, al determinar que los derechos constitucionales y humanos de Mukasa y Oyo habían sido violados mediante registros e incautaciones ilegales y subsecuentes abusos físicos.

El segundo caso, [Kasha Jacqueline, David Kato, y Onziema Patience vs. Rolling Stone](#), surgió dos años después, cuando las circunstancias habían empeorado. En

octubre de 2009, MP David Bahati introdujo el Proyecto de Ley de Anti-Homosexualidad. El Proyecto de ley incluía disposiciones que imponían la pena de muerte para lo que llamaba "homosexualidad agravada" y también prohibía toda forma de promoción y organización relacionadas con temas LGBT. De haber sido promulgada, se habría requerido que las personas informaran acerca de individuos comprometidos en conductas homosexuales. Para el momento en que la revista *Rolling Stone* publicó la historia "Uganda's Top Homos" ('Los principales homosexuales de Uganda') en octubre de 2010, la mayor parte del discurso público era intensamente homofóbico. Las amenazas y el asedio se habían incrementado. Tres activistas LGBT de 'Sexual Minorities Uganda' interpusieron una demanda por violación de sus derechos constitucionales y solicitaron una medida cautelar. Al emitirla la Corte precisó que el caso era sobre derechos constitucionales, no "homosexualidad en sí misma". "El ámbito de aplicación de la Sección 145 es más estrecho que la homosexualidad (gayism) en general. Uno debe cometer un acto prohibido de conformidad con la Sección 145 para ser considerado un criminal". Tres semanas después, uno de los solicitantes, David Kato, fue asesinado con un martillo en su propia casa por un asaltante. El Editor de la revista *Rolling Stone*, Giles Muhame, rechazó tener cualquier responsabilidad. El dijo: "Queremos que el gobierno cuelgue a las personas que promueven la homosexualidad, no que el público los ataque. Dijimos que deberían ser colgados, no apedreados o atacados".<sup>3</sup>

La defensa implícita en el primer caso, explícita en el segundo, fue que los individuos LGBT tenían menos derechos que otros. Giles Muhame argumentó en la Corte que, puesto que los solicitantes habían admitido ser homosexuales, no habían llegado ante la Corte con las manos limpias y que se les debería denegar el recurso interpuesto. En ambas instancias las cortes respondieron afirmando el principio de universalidad: los individuos LGBT en Uganda, pese al extremo ostracismo social y a la discriminación oficial, aún tenían derecho a las garantías universales de los derechos humanos.

El caso [\*Sunil Babu Pant vs. Gobierno de Nepal\*](#), decidido por la Corte Suprema de Nepal en diciembre de 2007, es histórico por su reconocimiento de los derechos de las "personas del tercer género". Aunque el caso estaba también relacionado con la reparación de violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual, la Corte Suprema dedicó la mayoría de su opinión a la exclusión de los *metis* (hombres que se visten e identifican como mujeres) de casi todos los derechos cívicos. La evidencia presentada demostró que los *metis* eran tratados como blancos por la policía y otros, por su inconforme expresión e identidad de género. Puesto que a los *metis* se les negaba usualmente los documentos de identidad, ellos no tenían acceso a una serie de derechos y beneficios que dichos documentos les confería. Este caso versaba sobre la ciudadanía en su sentido más básico: los *metis* no era reconocidos como ciudadanos de Nepal. Al ordenar que los *metis* recibieran documentos de ciudadanía que reflejaran su tercer género y que se consagraran las protecciones contra la discriminación basada en la identidad de género y no discriminación en la nueva Constitución, la Corte Suprema enfatizó en la universalidad de todos los derechos humanos. Como ciudadanos de Nepal, las personas del tercer género son titulares de todos los derechos protegidos por la Constitución y por el Derecho internacional. Es "responsabilidad del Estado crear el entorno apropiado y tomar las disposiciones legales necesarias para el goce de dichos derechos".

En el caso de los Estados Unidos de América [Romer vs. Evans](#), el asunto no era la universalidad de derechos sino el grado en el cual el gobierno tenía el poder para clasificar o diferenciar entre grupos de personas. La ley Estatal en cuestión (2da Enmienda) describía la clase como una definida por la "orientación, conducta, práctica o relación homosexual, lesbiana o bisexual". Luego se estipulaba que este grupo de personas estaba excluido de protección legal contra actos de discriminación. Habiendo hallado una violación de la Cláusula de Protección Igual, la Corte Suprema de los EE.UU. sostuvo que: "La 2da Enmienda clasifica a los homosexuales no para perseguir un fin legislativo apropiado, sino para hacerlos desiguales a todos los demás. Esto no lo puede hacer Colorado. Un Estado no puede considerar a una clase de personas como extraña a sus leyes". En su opinión disidente, el Juez Scalia, basándose en la decisión de la Corte en *Bowers vs. Hardwick* considerando que las leyes de sodomía eran constitucionales, objetó la idea de que un Estado no pueda clasificar en base a la predisposición de participar de comportamientos que un Estado, legítima y constitucionalmente, tenía derecho a penalizar. La mayoría se enfocó en el estatus y no en conducta sexual potencialmente criminal. No obstante, la decisión de la Corte Suprema en [Romer vs. Evans](#) fue instrumental siete años después en [Lawrence vs. Texas](#), cuando desestimó *Bowers vs. Hardwick*.

Los casos de Canadá y Trinidad dieron un paso más allá que [Romer](#). En ambos casos las cortes concluyeron que era inconstitucional excluir la orientación sexual de las leyes de no discriminación. Cuando se decidió [Vriend](#) en 1998, la Corte Suprema de Canadá ya había hallado que la orientación sexual "era un motivo comparable de discriminación para fines de la Sección 15 (igualdad de derechos) de la *Carta de Derechos y Libertades*".<sup>4</sup> En [Vriend](#), la Corte Suprema sostuvo que la omisión de la legislatura respecto a la orientación sexual en la *Ley de Protección de Derechos Individuales* de Alberta era en sí misma una violación de la Sección 15. Aunque la orientación sexual puede interpretarse como neutral, ya que se comparte por heterosexuales y homosexuales, la Corte abordó los requisitos de igualdad sustantiva, observando que los heterosexuales no eran discriminados con base a su orientación sexual.

En [Suratt y Otros vs. Fiscal General](#), los demandantes argumentaron que el gobierno no había implementado las disposiciones de la *Ley de Igualdad de Oportunidades* ('EOA' por sus siglas en inglés). En su defensa, el gobierno argumentó que la Ley en sí misma era inconstitucional, en parte porque omitía la "orientación sexual". La Sección 3 indicaba explícitamente que el "sexo no incluye la preferencia u orientación sexual". El Tribunal de Primera Instancia confirmó esta exclusión, pero la Corte de Apelaciones la revocó, pues halló que la Ley era inconstitucional toda vez que la exclusión era injustificada. La Corte de Apelaciones hizo hincapié en que la "orientación sexual" no podía ser una base razonable para hacer una distinción y, basándose en un razonamiento similar al de la Corte Suprema de Canadá en [Egan vs. Canadá](#), halló que esta motivación era análoga al sexo. La Corte señaló que discriminar a un individuo solamente por el hecho de que la persona haya sido declarada culpable de un acto criminal sería en sí inconstitucional. La Corte declaró que constituiría un "doble castigo el negarle a una persona acceso a las cosas que disfrutaban los demás miembros de la comunidad sumado a las severas sanciones penales que su comportamiento podría acarrearle". La EOA es injusta toda vez que, respecto de una conduct criminal, es generalmente aceptado que una vez que uno paga su deuda a la sociedad, se termina".

En 2007 el Consejo Privado revirtió la decisión de la Corte de Apelaciones, al dictaminar que la *Ley de Igualdad de Oportunidades* no era inconsistente con la Constitución de Trinidad y Tobago. No obstante, la decisión del Consejo Privado no abordó la cuestión de la exclusión de orientación sexual, sino que examinó las otras causales de nulidad.<sup>5</sup>

Un tema que está presente en todos estos casos es la fusión o distinción entre el estatus y la conducta. El Tribunal Europeo y el Comité de Derechos Humanos concluyeron que la criminalización de la conducta sexual entre personas del mismo sexo violaba el derecho a la privacidad, mucho antes de que abordaran directamente el tema del derecho a ser protegido contra la discriminación basada en la orientación sexual; en otras palabras, ellos abordaron la cuestión de la actividad sexual antes que de la de la identidad sexual. Así, en *Dudgeon*, el Tribunal halló en 1981 que las leyes de sodomía de Irlanda del Norte violaban los derechos del Artículo 8 del *Convenio Europeo*, pero sólo hasta 1999 se pronuncia en el sentido de que una diferencia de trato basada en la orientación sexual violaba los derechos del solicitante bajo el Artículo 14.<sup>6</sup> El Comité de Derechos Humanos decidió el caso *Toonen* en 1994, y de paso observó que la "orientación sexual" estaba incluida en el Artículo 26 del PIDCP, pero sólo en 2003 el Comité explicó que los individuos tienen un derecho más general a que se les garantice igual protección bajo la ley con respecto a orientación sexual.<sup>7</sup> Este proceso de la despenalización hacia la no discriminación, con respecto a orientación sexual, no está predestinado. Con la excepción de Canadá, todos los Estados incluidos aquí penalizaban la conducta sexual consensuada entre personas del mismo sexo al momento que se emitieron estas decisiones (en Nepal, el "sexo anti-natural" era penalizado pero no estaba definido). No obstante, pese a la existencia de estas leyes penales, los tribunales, sostuvieron que las clasificaciones basadas en la orientación sexual no eran racionales. La característica en cuestión – la orientación sexual homosexual – se ha ido transformado. En palabras del Juez Scalia, ha pasado de ser una descripción de una "tendencia auto-declarada" a participar en conductas prohibidas, a convertirse en un marcador de clase. Esencialmente, estos tribunales afirmaron que esta característica de grupo no podía ser la base de un tratamiento diferenciado.

---

<sup>1</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión de 15 de mayo de 2006, *Zimbabwe ONG Human Rights Forum vs. Zimbabwe*, Comunicación No. 245/2002, párrafo 169.

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre, 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A No. 18, párrafo 101.

<sup>3</sup> Barry Malone, 'Ugandan gay activist beaten to death after threats' ('Activistas gay de Uganda golpeados a muerte tras amenazas'), *Globe and Mail* (Toronto, 27 de enero de 2011).

<sup>4</sup> *Egan vs. Canadá* (cubierto en el Capítulo 13).

<sup>5</sup> *Suratt y Ors vs. el Fiscal General de Trinidad y Tobago* (Trinidad y Tobago) [2007], UKPC 55, 15 de octubre, de 2007.

<sup>6</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, Solicitud No. 33290/96, párrafo 36.

<sup>7</sup> Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 6 de agosto de 2003, *Young vs. Australia*, Comunicación No.941/2000, párrafo 10.4.