

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año VIII – Nr. 2 – 2º semestre 2020



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VIII – N° 2 – segundo semestre 2020

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA Y SU GRAVITACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Victoria Zappino Vulcano¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 13 de enero de 2021

Resumen

La autora indaga sobre la verdadera naturaleza jurídica del instrumento denominado “Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género” (PYD), a fin de evaluar su potencial encuadre en el marco del *soft law*. En miras a ello, procede a relevar algunas nociones elementales sobre la temática humanitaria abordada, para luego escrutar con detenimiento el contenido de los PYD y dedicarse, a continuación, al estudio de las principales teorizaciones que delimitan el espectro del *soft law*. Una vez asentado tal sustrato, se continúa con un análisis de las proyecciones –efectivas y potenciales– del instrumento como herramienta para garantizar la tutela efectiva de los integrantes de la comunidad LGBTIQ+, con especial énfasis en su recepción dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Palabras clave: Principios de Yogyakarta – orientación sexual – identidad de género - LGBTIQ+ - desigualdad estructural – igualdad – no discriminación - soft law - derechos humanos – Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Title: Considerations on the legal nature of the Yogyakarta principles and their relevance to the Inter-American human rights system.

Abstract

The author investigates about the legal nature of "The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law to Questions of Sexual Orientation and Gender Identity" (YP), in order to evaluate if it may be considered part of the universe of soft law. In view of this, she develops certain fundamental concepts about the humanitarian issue in question, to then carefully scrutinize the content of that legal instrument and finally address the study of the main theorizations that delimit the spectrum of soft law. Once such a substrate has been established, we can detect an analysis of the effective and potential projections of the YP as a legal tool to guarantee the effective protection of the

¹ Abogada y Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Diplomada en “Igualdad y no discriminación” (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Maestranda en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad Católica Argentina). Doctoranda en Derecho (Universidad de Palermo, Argentina).

members of the LGBTIQA+ community, with special emphasis on its reception within the Inter-American Human Rights System.

Keywords: Yogyakarta Principles – Sexual orientation – Gender identity – LGBTIQA+ - Equality - Structural inequality – Non-discrimination – Soft law – Human rights - Inter-American Human Rights System

«Lo más importante es cesar de legislar para todas estas vidas lo que es habitable sólo para algunos y, de forma similar, abstenerse de proscribir para todas las vidas lo que es invivable para algunos»

JUDITH BUTLER

I. Breve preludio

Tras una vida de absoluta invisibilidad y abandono, cuya rotundez en ocasiones incluso soterraba toda posibilidad de divisar un destello esperanzador al otro lado del horizonte, los integrantes de la comunidad LGBTIQA+ lograron que la sociedad internacional recogiera sus reclamos y acuñara un instrumento específicamente destinado a la tutela de sus derechos. La adopción de los Principios de Yogyakarta (en lo sucesivo, “PYD”) tradujo la concreción de una metamorfosis normativa y emblemática de singular trascendencia para tal colectivo, que se proyecta sobre toda la ciudadanía mundial como un mensaje de irreversible avance hacia la modelación de una sociedad más equitativa en el reconocimiento de derechos humanos; proceso éste que, en ocasiones, adopta más bien la forma de un arbitrario y despótico reparto.

Decimos normativa, pues comportó el desplazamiento del canon de la universalidad ficcional (en su bifrontalidad formal/material) que brindaba apodíctico sustrato a la directriz de igualdad, en tren de conferir mayor espacio al principio elemental de *no discriminación*, ahora entronizado como mecanismo idóneo para poner de relieve la diversidad y transformarla en centro de imputación legal del abrigo protectorio. Pero también decimos emblemática, en tanto dinamita la tradicional recepción brindada por el Derecho –cual ordenador de tendencias conductuales– al orden hegemónico aún dominante en materia de género y sexualidad, replicando en clave jurídica un discurso que impone

performativamente la cisonormatividad heterosexual como único cauce de realización aceptable².

No obstante el innegable aporte que transunta dicho instrumento, tanto desde el prisma axiológico como también cual válvula para efectivizar con plenitud el *jus cogens* mediante la cristalización de principios sobre los que descansa todo el andamiaje jurídico del orden público universal, gravita a su alrededor un encendido debate en torno a su naturaleza jurídica, dada la atípica matriz comunitaria donde fue engendrada. Por ello, el presente comentario halla como designio ensayar una posible respuesta ante los interrogantes que suelen suscitarse sobre el tópico, orientada hacia la catalogación definitiva de los PYD como *soft law* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

II. Vademécum de conceptos elementales sobre la temática.

Preliminarmente a desarrollar el *quid* de la propuesta, resulta imperioso delinear ciertas nociones de obligado dominio para abordar el tópico con ductilidad conceptual; ello, empero, sin perjuicio de advertir al lector sobre la ausencia de exhaustividad y univocidad en la compilación terminológica que se propondrá, cualidades a las que renunciaremos conscientemente en el afán de no deteriorar la fluidez del texto.

Según el paradigma biocéntrico occidental imperante, el **sexo** constituye una categoría binaria que emerge de la interpretación construida a partir de una polaridad biológica que exteriorizan ciertas diversidades anatómicas de los seres humanos, con singular –mas no exclusivo– hincapié observatorio en la genitalidad del individuo, insignia de la divergencia reproductiva humana luego adoptada como criterio clave en la asignación de su “sexo registral”. Tal canon, que adolece de insuperables limitaciones morfológicas desde su mera concepción, excluye a las figuraciones humanas que oscilan entre los dos polos, ora por convocar factores identitarios de “ambos” estamentos biológicos ora por prescindir de auto-identificación en alguno de los modelos. Así, pues, puede

² Ver también, GIL DOMÍNGUEZ (2017: p. 1104).

identificarse con el vocablo **intersex** a quienes poseen marcadores anatómicos, cromosómicos u hormonales que exhiben una variación en torno al espectro sexual de corporalidad femenina/masculina reinante.

Sobre la base del sexo registral impuesto al momento del nacimiento, históricamente se ha estructurado un montaje social de expectativas acerca de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que resultan apropiados para cada variable. Este inventario de proyecciones sociales, de imperativo mandato y mudables su contenido integrativo al compás del escenario témporo-espacial donde se verifique, es rotulado bajo la voz **género**, intercambiada indistintamente desde antaño con la noción de **sexo**, pese a su tajante albedrío conceptual³.

El hermético y ortodoxo arquetipo deviene perfeccionado, a la postre, mediante la pauta de una moral sexual única, imbricada –por supuesto– sobre el concepto de sexo anatómico, cuyo destinatario ha de identificarse bajo el rótulo biológico inverso. La heteronormatividad, imposición forzada de la preferencia heterosexual como exclusivo modelo de deseo aceptable, concluye el ciclo de opresión ajena donde la presencia del otro se inmiscuye sobre la esfera más íntima de la persona para despremiar y deslegitimar su goce, por la mera circunstancia de resultar disímil al propio (BUTLER, 2008: pp. 49-50).

No obstante, los esfuerzos reduccionistas que pretenden encerrar la complejidad humana mediante la codificación binaria de sexos/géneros resultan desafiados, en la faz práctica, por un nutrido bagaje de **expresiones e identidades** construidas en sus periferias. Brotados de una diversidad que no hace sino enriquecer el pluralismo de la especie, todo intento de someter tal heterogeneidad bajo catalogaciones naufragaría sin mayores reparos: existen infinitas posibilidades de inclinaciones sexuales, acaso tantas como configuraciones posibles del deseo de los individuos, como también de **expresiones e identidades de género**, cinceladas con la irreplicable impronta que conforma el aprendizaje experiencial de cada persona.

³ Forzoso luce reconocer que la emancipación del género al sexo devino posible recién a mediados del siglo XX, fruto de los estudios elaborados por MONEY, HAMPSON J.G. y HAMPSON J.L., quienes inauguraron el distingo semántico entre sexo “biológico” y género “psicosocial” (1955: pp. 301-319).

En este orden, según los PYD cabe entender que la **identidad de género** se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras **expresiones de género**, comprendiendo la vestimenta, las modalidades gestuales o verbales, los intereses, las afinidades, etc.

Las personas cuya identidad de género carece de equivalencia con el sexo biológico han acuñado diversas fórmulas terminológicas con las que autodenominarse, entre las que pueden destacarse las expresiones **transexual**, **transgénero** y **travesti**. Si bien la gran variedad de voces y la carencia de una semántica propia despojan de univocidad a tales acepciones, procederemos a emplear indistintamente la locución **persona trans**⁴, sin perjuicio de destacar especialmente que, a diferencia de la experiencia constatada en el ámbito internacional, en Argentina el término **travesti** no fue erradicado mediante la sustitución por **transgénero**, sino –muy por el contrario– reivindicado por dicho colectivo mediante la dotación de un sentido político y su consecuente asociación con un modo de resistencia (RAPISARDI 2008; pp. 973-995).

III. De la génesis y sustrato de los Principios de Yogyakarta⁵.

El instrumento aludido irrumpe en un escenario signado por una fuerte segregación social contra personas con orientaciones sexuales y corporalidades disidentes, que exorbita su vigencia traduciéndose –aún durante tiempos

⁴ En el presente contexto investigativo, adoptaremos la amplitud propuesta en el informe *Transrespeto versus Transfobia: un estudio Comparativo de la situación de los derechos humanos de las personas Trans*, comprensivo de las personas con una identidad de género diferente a la que les fue asignada al nacer, las que desean mostrar su género de una manera que se diferencia del género asignado al nacer, las que sienten que tienen que –o que preferirían u optarían por– presentarse a sí mismas de una manera que entra en conflicto con las expectativas sociales del rol de género asignado en su nacimiento, etc.

⁵ Denominados “*Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género*”.

contemporáneos– en altos índices de violencia (letal y no letal), sin que se verifique una respuesta estatal eficiente a dicha problemática. So *riesgo* de adoptar una perspectiva miope que imposibilite captar correctamente la coyuntura, forzoso luce reparar en que no se trata de conductas discriminatorias aisladas. Por el contrario, configuran un verdadero fenómeno social de esparcimiento en la totalidad del globo, que halla su etiología en la existencia prejuicios contra toda expresión que desafíe los estereotipos imperantes, las cuales son consideradas un desvío indeseado y repudiable.

Esta singular clase de violencia depende inexorablemente de un contexto de tolerancia social y complicidad por parte del Estado, materializada tanto en forma silenciosa, a través de su subestimación tras –vgr.– la inexistencia de tipificaciones criminales que doten genuina significancia al acto, como también incluso mediante una participación activa, por intermedio –e.g.– de agentes de seguridad que abusan del uso de la fuerza bajo el amparo de normas sobre la “moral pública” e incluso procedimientos jurisdiccionales arcaicos que los revictimizan en vez de concederles justicia. Se trata, por caso, de un colectivo desaventajado desde una posición estructural, cuya vulnerabilidad luce cristalizada mediante el sistemático desconocimiento de los derechos que les asisten a sus individuos por su mera condición humana, ocasionalmente vehiculizado desde la faz subjetiva por absurdas construcciones de falsa superioridad e intolerancia. Tales factores, naturalmente, decantan a su vez en el progresivo alzamiento de una violencia de carácter también arraigada estructuralmente, a la postre devenida en pilar habilitante de diversas formas institucionalizadas de discriminación hacia orientaciones sexuales, identidades y –en definitiva– existencias no normativas.

Redactados a instancias de la solicitud efectuada por Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos hacia finales del año 2006 y presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2007, los PYD son la obra conjunta de 29 especialistas en diversas disciplinas científicas, con singular *expertise* en materia de derechos humanos, procedentes de 25 países diferentes. El pliego contiene un frondoso repertorio de 29 directrices, ampliadas luego a la cantidad total de 38 hacia el año 2017

mediante la adopción de los Principios de Yogyakarta “Plus 10”, que hallan como designio guiar la interpretación y aplicación del *ius cogens* en materia de derechos humanos fundamentales ante escenarios cuyo eje vire en torno a la orientación sexual o identidad de género del sujeto implicado, con el propósito de garantizar la íntegra efectividad de dichas protecciones.

El abanico de pautas consagradas exhibe una novedosa complejidad temática, comprendiendo desde el establecimiento de un estándar genérico de igualdad ante la ley, hasta la necesidad de conceder reparaciones apropiadas como respuesta a transgresiones a los derechos humanos que se encuentren motorizadas por la mera circunstancia de pertenecer a estas minorías vulnerables. Esta vocación homogeneizadora permite patentizar, con la elocuencia que sólo puede desprenderse de una tarea selectiva propia del ámbito legislativo, cómo los derechos a la libre sexualidad y a la autodeterminación personal reposan inextricablemente imbricados en toda esfera de desarrollo humano. No obstante subrayar el profuso torrente de derivaciones que pueden construirse a partir de cada directriz, en tren de analizar su contenido con prisma macroscópico resulta factible sistematizarlas según versen sobre: a) la universalidad de los derechos humanos y su aplicabilidad (1º al 3 y 30); b) los derechos fundamentales (4 al 11 y 32, 34 a 36); c) la igualdad y no discriminación en el acceso, ejercicio y goce de derechos económicos, sociales y culturales (12 al 18); d) el derecho a obtener y modificar registros de identidad (31); e) el derecho a no ser penalizado ni sancionado en razón de su orientación sexual, identidad o expresión de género (33); f) la libertad de opinión, de expresión, asociación, asamblea y creencia religiosa (19 al 21); g) la libertad migratoria y el derecho a obtener asilo en cualquier país de elección del individuo (22 al 23); h) el derecho de formar una familia (24); i) el derecho de participar libremente en la vida pública y cultural (25, 26 y 38); j) la garantía de promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional (27); k) el otorgamiento de medios adecuados para viabilizar el pleno desarrollo de estas personas, así como también de recursos y resarcimientos adecuados a favor de toda víctima de vulneraciones de los derechos humanos (28 y 37, 1ª parte); l) el deber estatal de perseguir y

responsabilizar penalmente a los autores de atropellos contra los derechos humanos (29 y 37, 2ª parte). A su vez, cada máxima resulta escoltada por una serie de recomendaciones, dirigidas a los Estados, sobre cómo canalizar la implementación efectiva del principio bajo referencia.

IV. Naturaleza jurídica del instrumento.

i. Marco teórico preconfigurativo de la discusión propuesta.

El ordenamiento jurídico internacional presenta una capacidad de transformación muy superior al derecho doméstico, acaso impulsada merced al superlativo dinamismo exteriorizado por las plataformas fácticas, relaciones e interacciones que se encuentra convocado a normativizar. En este sentido, no puede prescindirse de las referencia más obvia y fácilmente detectable para cualquier ciudadano del globo: el siglo XX fue la centuria de la globalización, el nacimiento de nuevos participantes del concierto universal (*i.e.*, la Organización de las Naciones Unidas), el resurgimiento del terrorismo y la creciente preocupación por el impacto de la depredatoria actividad humana sobre el medio ambiente, entre otros novedosos fenómenos que pusieron en crisis la rigidez primitiva de la estructura legal universal, forzada ahora a reexaminarse con el objeto de no perder vigencia.

Naturalmente, tal necesidad también se proyectó sobre la propia génesis del sistema; esto es, el plexo de fuentes que inauguraron su existencia y que continúan nutriéndolo durante su derrotero. Sobre tal aspecto, Barberis señala que “[e]l orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas”, pues “[l]os miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes” que reflejen sus nuevas coyunturas, so riesgo de promover involuntariamente una riesgosa disociación entre el derecho y realidad.

En este marco se inserta el debate vinculado al *soft law*, habitualmente traducido al idioma de Cervantes –con cierta imperfección interpretativa– como “derecho blando” o “derecho en agraz” y a la lengua de Napoleón como *droit*

douce, entre otras fórmulas semánticas. Tal figura ha cosechado numerosos intentos doctrinarios abocados a dotarla de una acepción uniforme, tan variopintos como el tenor de las posturas adoptadas con respecto a su utilidad, especialmente por parte de aquellos que continúan identificando al ordenamiento normativo como una rígida estructura jurídica de compartimentos estancos y herméticos. El péndulo de opiniones oscila entre quienes descalifican la posibilidad de asignarle trascendencia a la figura, en la inteligencia de que se trataría de componentes huérfanos de juricidad por carecer de un régimen sancionatorio que coaccione su cumplimiento (desde una lingüística kelseniana, de componentes que reflejen una realidad no-jurídica) o por concebirla subsumida en una codificación ya existente (*lex ferenda*) (BARBERIS, 1994: p. 257), y quienes abrazan tal novedad desde el entendimiento de que el sistema de fuentes del derecho internacional no se encuentra estructurado sobre una metanorma (SHELTON, 2000: pp. 1 y ss.) (“regla de reconocimiento”, en términos hartianos, popularizados por AXELROD 1986: pp. 1095-1111); carencia abonada, vale decir, por el prometedor potencial que tal noción exhibe como remedio ante la impotencia confesada por el modelo tradicional para normativizar la fenomenología contemporánea.

Con relación a este último aspecto, explican FOLLONI Y SANZ que, a falta de metanorma propia, resulta habitual el reenvío al artículo 38 inc. 1º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyos términos prescriben que las controversias sometidas al conocimiento de dicho órgano deberán resolverse mediante la aplicación de las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y –en lo que aquí resulta destacable– “*las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicista de mayor competencia*”, como fuente auxiliar (FOLLONI Y SANZ, 2017: pp. 254-270). Sin embargo, se ha advertido que tal dispositivo, redactado en su basamento primitivo hacia principios del siglo pasado, adolece de desconexión con los tiempos contemporáneos y –consecuentemente– mal podría asignársele autoridad determinante en la faena de delinear el sistema de fuentes. Asimismo, suele reprocharse que dicho precepto fue elaborado para demarcar la actuación de un órgano centralizado y construido sobre una concepción específica del

Derecho, rasgo que impide proyectarlo analógicamente a otros estamentos, *so riesgo* de distorsión (FALK, 1996: p. 782).

Retomando la faena de echar claridad al contenido de tal noción, abordaremos –desde una praxis unificadora– algunas de las propuestas definitorias más significativas. Bajo una óptica restrictiva, Barberis diseña tres estamentos o principales acepciones de la noción *soft law*: 1) los preceptos o normas sometidas a procesos formativos, que aún no han alcanzado validez jurídica; 2) las normas jurídicas cuyo contenido impresiona difuso y, por consiguiente, dificulta trazar determinaciones en cuanto a su adecuado cumplimiento por los sujetos obligados a respetarlas; 3) los dispositivos o pautas dimanantes de las resoluciones de la Asamblea General de las UN o de la OEA⁶, de los acuerdos políticos (*gentlemen's agreements*) y de las organizaciones regionales, entre otras moldes de elaboración que conjuntamente conformarían una suerte de “orden jurídico intermedio”.

Sobre tal marco conceptual, el actor formula reproches contra cada figura integrativa de la tríada. En su entendimiento, la primera acepción constituiría una irrazonable forma de denominar instrumentos normativos aún inmaduros y en pleno trámite de consolidación, distingo de anclaje cronológico ya bautizado por la doctrina mediante las fórmulas *lex data* y *lex ferenda*. También descalifica la segunda hipótesis descriptiva, pues interpreta que la divergencia entre *hard law* (derecho en sentido estricto) y *soft law* no decantaría de un grado disímil de imperatividad de la norma, sino de la claridad con que emerja su observancia o inobservancia, estándar que –de cualquier modo– no pone en tela de juicio su obligatoriedad. Finalmente, idéntica tesitura negativa adopta en lo atinente al último de los alcances propuestos por entender que el régimen jurídico es incompatible con la concepción de categorías o espacios intermedios, en la medida que la idea de validez normativa no puede ser fragmentada en distintos grados de intensidad; esto es, desde una terminología más llana, o un dispositivo es derecho o no lo es. A partir de ello, el doctrinario avanza en su razonamiento

⁶ Memórese que hacia el 2008 la Asamblea General de la OEA adoptó, por primera vez en su historia y en el marco del 38º periodo ordinario de sesiones, una resolución dedicada a los derechos humanos y su vinculación con la orientación sexual e identidad de género, intitulada “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (AG/RES. 2435, XXXVIII-O/08).

descalificatorio y determina que la propia noción de *soft law* constituye primordialmente un “producto ideológico” propiciado por quienes buscan dotar de exigibilidad a actos que carecen de ella, en aras de abonar su propia agenda política (BARBERIS, 1994: pp. 282-288).

Tomando una posición epistemológica –y, si se quiere, también ontológica– antagonista, un segundo sector de la literatura científica se inclina por identificar a este dispositivo como un territorio teórico de carácter irregular, cuya naturaleza no puede describirse en términos inmutables ni únicos dada la vasta diversidad de módulos susceptibles de enmarque dentro de tal acepción (vgr. resoluciones de la Asamblea General de las Organizaciones de las Naciones Unidas, diversos instrumentos del *International Environmental* o derecho ambiental, *lex mercatoria*, etc.), y el cual se encuentra emplazado entre reglas de evidente cariz jurídico y otras derivadas de estructuras notoriamente ajenas a tal tenor (e.g. sistemas morales)⁷. Desde una óptica más flexible, también se ha retratado a dicho fenómeno como un desagregado de instrumentos regulatorios, códigos de conducta, acuerdos no normativos (*non-binding international agreements*) o mecanismos de gobernanza que, a pesar de traducir cierto grado de “compromiso” o débito conductual, no hallan cimiento en criterios vinculantes, integrados por un régimen sancionatorio formal que los torne imperativos (DI ROBILANT, 2006; pp. 491-555). Sobre tal basamento argumentativo, el *soft law* fue conceptualizado como aquel conjunto de elementos donde alguno de los planos que conforman la juricidad (obligatoriedad, precisión de la conducta exigida y delegación para resolver conflictos) aparece atenuado en su vigor.

Amén de las notorias discrepancias que exhiben las posturas reseñadas, puede advertirse que todas ellas anidan en una idéntica matriz: la concepción del derecho internacional como un sistema dicotómico irreductible, alzado sobre las nociones definitivas de *norma* y *no-norma*, mutuamente excluyentes a instancias de las más esenciales nociones aristotélicas del orden lógico, que

⁷ En esta vertiente podemos situar a DEL TORO, *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional*, Vol. 6, 2006, pp. 530/535; y asimismo a THÜRER, *The role of soft law in the actual process of european integration*, 1990, Zúrich, p. 130.

impiden asignar disímiles valores de verdad a un único elemento fáctico. La rigidez diamantina de esta tesis exegética obtura toda posibilidad de que los procesos de revigorización del derecho universal satisfagan el vertiginoso compás de las transformaciones que el devenir histórico imprime sobre las comunidades internacionales, dada la dificultad de recabar los consensos necesarios para reformar el *hard law*, concebido *a priori* con vocación de inmutabilidad. Asimismo, como advierte con agudeza Del Toro Huerta, tampoco es aceptable presumir que todas las problemáticas actuales pueden y deben hallar una solución jurídica de tal índole, pues en ocasiones los instrumentos no vinculantes ofrecen mejores respuestas, bien por gozar de mayor flexibilidad en creación, o bien por constituir la única vía de acuerdo posible (DEL TORO HUERTA, 2006: pp. 523-524). De allí la conveniencia de reconocer este dispositivo híbrido, derivado –en definitiva– de la vibrante versatilidad exhibida por el marco fáctico que el derecho de gentes procura regular, cual idóneo modo de canalizar la realidad imperante.

Por otro lado, desde similar perspectiva se ha señalado también que, pese a tratarse de dispositivos huérfanos de obligatoriedad, ello no los desnuda de relevancia jurídica, en la medida que representan una tendencia axiológica general y denotan la intención incipiente de enderezar esfuerzos comunitarios hacia la satisfacción de determinados designios, concretados en “*expectativas comunes de conducta*” (DUPUY, 1991: p. 328). Precisamente ese tácito acuerdo de expectativas comunes ha servido, en términos históricos: a) como premisa inmediata de costumbres consuetudinarias, costumizándose el comportamiento deseado de modo que se torne obligatorio para todos los Estados involucrados en el proceso bajo estudio, mediante la incorporación del valor *opinio juris*, b) cual precedente e influencia para la creación de *hard law*, c) a modo de canon interpretativo de las normas formales existentes, cuando su contenido luzca impotente o deficitario para especificarse y transformarse en carne sobre un escenario determinado, tal como ocurre con los PYD.

Es decir que, si bien no parece existir margen argumentativo para propugnar seriamente su naturaleza imperativa o –mejor dicho– exigible, tal carestía en modo alguno erosiona su condición de estándar jurídico

internacional, sea como espacio transicional del vacío legal hacia la cristalización de la norma positiva o como cartografía de lo deseable en términos conductuales; sin que ninguna de esas cualidades representen una intrusión amenazante al orden positivo, ni mucho menos una degradación de la fuerza obligacional que imbuye a sus preceptos.

El desarrollo expuesto precedentemente puede conjugarse armónicamente con una segunda teorización⁸, que permite echar mayor claridad a la controversia construida en derredor de la figura del *soft law*. No obstante, en aras de delinear –cuanto menos, en grado tentativo– tal tesis, el prisma examinador debe inaugurar su proceso de análisis sobre un plano epistémico que escrute y caracterice al sistema jurídico con arreglo al siguiente trinomio, extrapolado de la teoría de los sistemas dinámicos complejos: las piezas o agentes que participan activamente en él, las interacciones verificadas entre ellos y el producto emergente de tal intercambio (RUHL, 2008: p. 895 e interpretación de MANCHA ROMERO, 2015: pp. 270-280).

Al inquirir con detenimiento el caso del derecho internacional, resulta posible constatar la existencia de un marcado eclecticismo tanto en el elenco de sujetos participantes, como –naturalmente– también en los vínculos relacionales que aquellos estrechan, cuyo impulso pluralizante es catalizado por la propia retroalimentación entre ambos factores, amalgama ésta que –a decir de los autores citados– crea una red de nodos y conductos a través de los cuales se transmite la información. De allí que sea atinado desentrañar la noción de *soft law* como un elaborado comunicacional emergente de las mentadas interacciones, o dígase también –desde disímil semántica– como la reconfiguración de contenidos *ya existentes* en el régimen, ahora estructurados bajo una nuevo símbolo o unidad comunicacional. Esta disrupción, aunque natural, suscita un desajuste en el sistema dado (GOLDSTEIN, 1999: p. 60), que deberá readaptar su armamento en búsqueda de restablecer la armonía perdida.

Desde tal ilación, el hincapié en las interacciones desarrolladas entre los agentes del sistema exige despojarnos de la conservadora visión que confiere

⁸ Tal propuesta continúa la elaboración fraguada por SANZ Y FOLLONI.

naturaleza de norma jurídica únicamente a aquellos componentes que acarren ínsita la estabilización de expectativas recíprocas de comportamiento, en tanto representante del tándem “acción permitida/acción vedada”, como forma de garantizar la integración social y –por tanto– la autopoiesis del régimen. Ello así dado que, amén de la solidez que pueda construirse mediante tales adagios, la vigencia de la estructura normativa siempre dependerá de los resultados que se deriven de la arquitectura trimembre referenciada *supra* y de la interdependencia factual conformada por sus elementos (HILLGENBERG 1999: pp. 499-505). En efecto, entre las infinitas combinaciones de resultados derivados de tales interacciones debe repararse especialmente en la postura que los agentes del sistema adopten frente a la norma bajo estudio, pues la ostentación de naturaleza jurídica o carencia de aquella siempre dependerá, a fin de cuentas, de la legitimidad conferida por dichos participantes, quienes se erigen en destinatarios de sus preceptos.

De lo expuesto *supra* se sigue que si un dispositivo formalmente normativo no logra recoger (o, incluso, pierde) el reconocimiento como tal por parte de los agentes que componen la estructura donde se inserta, no cabe sino determinar su invalidez jurídica a raíz de la falta de recepción material por parte del espectro subjetivo que estaba convocada a disciplinar. Caso contrario, estaríamos en presencia de una resistencia vana que pone en crisis la propia razón de ser del ordenamiento, subordinado a la existencia –y subsistencia– una necesidad fáctica que motive su nacimiento (recogido, *contrario sensu*, en el adagio latino *cessante ratione legis cessat ipsa lex*), lo que importaría convalidar su depreciación a una mero rol ornamental, incompatible con el ideal del Derecho.

ii. La inserción de los Principios de Yogyakarta en el marco del soft law.

Retomando el examen de los PYD bajo el prisma esculpido *supra*, postulo que su aporte jurídico como *soft law* emerge con prístina nitidez por razones de órdenes distintos.

En primer término, debido a que tal combinado conceptual imprime actualidad al espíritu *lex ferenda* mediante una diversificación espontánea del

tupido entramado –no siempre melodioso– del derecho internacional, a fin de dotarlo del dinamismo necesario para brindar respuesta a los acontecimientos actuales. Tal instrumento, en cuanto germen material de creación del derecho, contribuye al régimen formal de fuentes compensando su inhabilidad para brindar respuesta a la realidad imperante (en el caso, la efectiva tutela del colectivo LGTBIQ+ como grupo desaventajado) y restituyendo así plena eficacia al sistema normativo.

En este orden de entender, resulta imperioso aclarar que los PYD no inauguran nuevas órbitas regulatorias en materia de derechos humanos, sino que contribuyen a descifrar con especificidad la gama de derechos, garantías y libertades ya consagrados por otros instrumentos de carácter vinculante para muchos Estados, algunos de ellos integrantes de la robusta constelación normativa del continente. Ergo, su contenido luce sólidamente apuntalado en un plexo de obligaciones convencionales de absoluta imperatividad para sus destinatarios, dimanantes –en el caso local– del *corpus iuris* interamericano, lo que torna exigible –y *justiciable*– el cumplimiento de los principios por vía indirecta.

Su virtud, por tanto, no reside en erguir preceptos novedosos, sino en tender puentes interpretativos entre la genérica textura de tales tratados, ocasionalmente exacerbada en su perceptibilidad por el empleo de fórmulas residuales como “*cualquier otra condición social*” al interdicar la dispensa de tratos discriminatorios. Para ello, los PYD recurren a un procedimiento de traducción intercultural, que reconceptualiza los derechos humanos allí instituidos en clave pluralista mediante la expresa inclusión de minorías aventajadas como sus titulares, en lo que representa un verdadero ejercicio de políticas contrahegemónicas. Esta decodificación, catalogada como ociosa por quienes insisten en abogar por un derecho “ciego a las diferencias” aún a sabiendas de que tal “ignorancia” difícilmente impacta con neutralidad sobre todos los integrantes de la sociedad, se efectiviza a instancias del establecimiento de un diálogo de triple dimensión: lingüística, dialéctica y jurídica.

Como fuera adelantado *supra*, tampoco cabría desconocer su influencia

como encarnación expresa de los comportamientos que el seno mundial califica como deseables⁹, ni como pautas para interpretar la realidad en clave jurídica; máxime, teniendo en especial miramiento su coparticipada confección por intelectuales en materia de diversidad sexual, cuyo proceso de selección –a su vez– pretendió simbólicamente reflejar una representatividad universal. Afloran del documento, pues, propiedades valiosas que incrementan su cotización como potencial aporte teórico-jurídico. Tal vía argumentativa no constituye una mera especulación fruto de la capacidad imaginativa de quien suscribe, sino que también resulta abordable desde un acercamiento epistemológico mediante la observación de las experiencias de numerosos países, cuyos poderes estatales se valieron de los PYD para formular ajustes o innovaciones en sus respectivos plexos jurídicos. El dictado de la ley argentina n°26.743 sobre el derecho a la identidad de género¹⁰ representa el ejemplo paradigmático de su recepción, al extrapolar del instrumento bajo estudio la definición de lo que debe entenderse por “identidad de género”, acompañado en la esfera latinoamericana por los casos de Uruguay (ley n°18.620) y Chile (ley n°21.120), entre otros modelos legislativos que continúan su tradición normativa. También pueden destacarse con especial interés la normativa sancionada por Dinamarca hacia mediados del año 2014, destinada a consagrar el reconocimiento legal del género con la simple autodeterminación de la persona, y la enmienda que el parlamento federal australiano efectuare al texto originario de la *Sex Discrimination Act 1984* a fin de extender la prohibición de efectuar discriminaciones por orientación sexual, identidad de género y “estado intersexual”.

Finalmente, con el objeto de completar el panorama ingresaremos a examinar dos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que el tribunal desliza referencias concretas a los PYDB como uno de los cimientos normativos utilizados para la resolución de los interrogantes traídos a su conocimiento.

⁹ Ver, en igual sentido: CSJN, 26/03/14, “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ Quiebra”, Fallos, 337:315, voto del Dr. Enrique S. Petracchi.

¹⁰ B.O. 23/05/12; norma reconocida como pionera en la materia a lo largo y ancho del globo, por consolidar –de modo irreversible– la tendencia despatologizante de las identidades corporales disidentes al patrón dominante.

a. El caso Duque vs. Colombia¹¹.

El litigio referenciado giró en derredor de una pareja de hombres (Duque y el Sr. J.O.J.G.) que convivieron durante diez años hasta que el último de los mencionados falleció a mediados del año 2001 como consecuencia de los destructivos efectos del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, patología que también aquejaba a su compañero. Dado que J.O.J.G. se encontraba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS) Duque efectuó una presentación ante dicha firma con el objetivo de que le indiquen los requisitos que debía gestionar para obtener la “*pensión de sobrevivencia*” de su pareja. No obstante, al brindar su respuesta COLFONDO respondió la petición señalando que “[l]a *legislación colombiana en materia de seguridad social específicamente el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 contempla que son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, sin embargo, esta calidad de beneficiario, la ley la establece de la unión entre un hombre y una mujer, actualmente dicha legislación no contempla la unión entre dos personas del mismo sexo.*”. Tal réplica, descifrable –sin mayores esfuerzos interpretativos– como una implícita y *ante tempus* declinación al pedido, constituyó el puntapié del extenuante periplo cursado por Duque por los órganos jurisdiccionales internos con el objetivo de obtener el reconocimiento de su derecho, agotando de tal modo –según la Corte IDH– los recursos de los tribunales internos que se encontraban vigentes a la época, de conformidad con lo establecido por el artículo 46.1.a) de la Convención Americana de Derechos Humanos (“CADH”).

Luego de despejar interrogantes en torno al marco temporal que debe examinarse a los fines de verificar la existencia de una contravención transnacional de duración continuada, el Tribunal interamericano arribó a la determinación de que la existencia de una normativa interna que impedía del pago de pensiones a pareja del mismo sexo representaba una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, configurando así un hecho ilícito internacional. Precisamente ese ilícito afectó de forma directa al

¹¹ Corte IDH, Caso Duque, Alberto Ángel vs. Colombia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 111.

señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas por medio de la respuesta brindada por el COLFONDOS y por los órganos jurisdiccionales que ratificaron tal denegación.

Tal decisión se irguió, entre demás consideraciones y cimientos normativos, sobre lo dispuesto por los PYD en lo atinente a prestaciones como la debatida. En este sentido, la Corte expresamente adujo que:

“los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte”¹².

De la transcripción vertida, examinada desde una holística que analice el decisorio como un módulo comunicacional único, puede colegirse que el Tribunal interamericano incorpora los PYD (en particular, la directriz n°13) como dispositivo de relevancia legal para elucidar cuestiones vinculadas a violaciones de las pautas de igualdad y no discriminación¹³ por motivos de orientación sexual, expresión de género o identidad de género, con absoluta prescindencia de toda indagación respecto a su cualidad imperativa e –incluso- de su naturaleza jurídica. Como se pronosticara *ut supra*, tal remisión lució enderezada hacia el

¹² *Ibid.*, párr. 110 y su cita.

¹³ Concebidas ambas, a nuestro criterio, desde la idea de igualdad como no sometimiento, aplicable a grupos que transiten segregaciones de índole estructural.

propósito de *especificar* el contenido de preceptos tutelares ya cristalizados normativamente por la CADH, de ahora en más decodificadas en clave LGTBIQ+ con el designio de realzar lo obvio pero aun así negado: los integrantes de tal colectivo *también* resultan acreedores del plexo de derechos, garantías y libertades allí consagrados. Contracara de ello, los Estados interamericanos que mediante conductas activas (*i.e.* denegaciones directas) u omisiones (soslayar la adecuación del derecho o procedimientos domésticos que excluyan a dichos grupos), impidan, demoren u obstaculicen su reconocimiento, podrán resultar responsabilizados por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

b. La Opinión Consultiva n°24/17¹⁴.

El restante caso citado, corolario del ejercicio de las competencias informativas de la Corte IDH, tuvo lugar en el marco de la Opinión Consultiva 24/17 solicitada por la República de Costa Rica, con relación a los artículos 11.2, 18 y 24 de la CADH, y su pertinente cotejo con el artículo 17 de idéntico instrumento. En particular, el país tico presentó la solicitud de opinión consultiva con el objetivo de que la Corte IDH se pronuncie sobre el alcance e interpretación de: 1) “[I]a protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24^[15] en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”; 2) “[I]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica¹⁶, Ley no 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”; 3) “[I]a protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la

¹⁴ Corte IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC 24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A No 1.

¹⁵ “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”; “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”; “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

¹⁶ Cuyo texto reza: “Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto”.

CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.

Al expedirse sobre las cuestiones aludidas, el Tribunal inauguró su exposición mediante un glosario terminológico de voces vinculadas a la temática, destacando que aquellos son importados de los PYD y de los PYD “Plus 10”, y asimismo que dicha recepción encontró puntapié inicial en el caso *Duque vs. Colombia*, citado *ut supra*¹⁷.

Seguidamente, ya en proceso de delineación del prisma de escrutinio a aplicar, memora que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo –vgr.– la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. De tal modo, se enfatiza en que el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, dimensiones que –a la postre– comprenden el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo externo. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona, e irradia también sobre el modo en que el individuo se autopercibe a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia el otro, siendo ello “*una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad*”¹⁸.

La posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, constituye un aspecto medular en el pleno reconocimiento de la dignidad. El principio de la autonomía personal reviste un papel protagónico en tal marco, pues tal directriz proscribe todo desenvolvimiento o actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona; es decir, “*que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su*

¹⁷ *Ibidem*, párr. 30 a 32.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 87.

personalidad”, en tanto “*cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses*”. Dentro de esa amplia gama de elecciones se insertan, con especial vigor, las relativas a la identidad de género y preferencia sexual, componentes catalogados como “esenciales” a todo plan de vida y a la “individualización” de las personas.

Sentado tal basamento, la Corte IDH subraya que el reconocimiento de la identidad de género estriba infranqueablemente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como *pieza* de una *construcción identitaria mayor*, resultado de la decisión libre, autónoma e incondicionada de cada persona, con expresa emancipación de toda observación genital. De ello se desprende que tanto el sexo, como las identidades, funciones y los atributos contruidos socialmente, emergentes de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, en modo alguno constituyen componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona; muy por el contrario, son rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo ostenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende –postula el Tribunal– “*quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables*”¹⁹.

Como corolario de lo expuesto, la Corte interpreta que el reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, expresamente protegido por la CADH en sus artículos 7 y 11.2; no sólo como derecho independiente y emancipado del resto de prerrogativas, sino también en calidad de *instrumento habilitante* del goce de muchos otros derechos.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 94/95 y sus citas.

Las consideraciones reseñadas precedentemente permiten anticipar la inclinación final del pronunciamiento construido: el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectivo garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad. Ello se traduce, a su vez, en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros identificatorios guarden sincronía con las definiciones identitarias que poseen sobre su propia persona; y que, claro está, medie la posibilidad de modificarlos cuando no medie correspondencia. Pero la circunstancia más relevante –a los fines del presente– viene dada por la recepción que la Corte esboza sobre una de las recomendaciones vertida en los PYD sobre la temática, al establecer que los Estados se encuentran obligados a adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que resulten necesarias *“para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”*, así como para que *“existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona —incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí”*²⁰.

En torno al procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, el Tribunal vierte una nueva referencia expresa a los PYD, en cuanto estipulan que *“[n]inguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona”*. Por último, destaca también que el carácter reservado de los procedimientos de cambio del nombre de pila y en su caso, género o sexo e imagen de acuerdo a la identidad de género auto-percibida, se encuentra en armonía con lo dispuesto por dicho instrumento, cuando estipula que todas las personas –con independencia de su orientación sexual o identidad de género– tienen el derecho a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o

²⁰ *Ibid.*, párr. 112; principio n°3.

ilegales en la misma.

Respecto a la regulación aplicable a los cambios, adecuaciones y rectificaciones concretadas durante la niñez, en primer término la Corte IDH recordó que los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la CADH, sin perjuicio de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la CADH, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Desde tal perspectiva, los derechos contenidos en instrumentos generales de derechos humanos deben examinarse mediante hermenéutica que tome en consideración el *corpus juris* sobre derechos de infancia. También sobre esta temática fueron expuestas consideraciones apuntaladas sobre los PYD, primigeniamente en lo relativo al segmento preambular de tal documento, en cuanto preceptúa que *“todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen...derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”*, siendo que *“una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”*²¹.

Finalmente, al pronunciarse acerca de la tutela convencional de los vínculos enlazados por parejas del mismo sexo, se replica la remisión que el Tribunal efectúa a los PYD en el caso *Duque vs. Colombia* sobre el derecho que todas las personas tienen a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

De conformidad con la óptica de escrutinio labrada en los acápites iniciales, los pronunciamientos relevados adquieren determinante trascendencia tanto en la tarea de elucidar si los PYD encuadra en la noción de *soft law*, como

²¹ *Ibid.*, párr. 155.

asimismo en la demarcación de las proyecciones que su contenido irradia hacia el ordenamiento normativo, pues traduce un abierto reconocimiento de su naturaleza jurídica por parte de un agente central del sistema. Tan central que ostenta aptitud para estructurar –por ambas vías, contenciosa y consultiva, e incluso desde un enfoque lato– una rigurosa traducción de los deberes estatales que la CADH derrama sobre los Estados parte, en tanto institución judicial de todo el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

V. A modo de colofón: relegar el formalismo para abrir paso a la realidad

Los PY constituyen un instrumento cuyas singulares aristas complejizan considerablemente la misión de identificar su naturaleza. Empero, su innata vocación jurídica, la sobresaliente *expertise* de sus suscriptores y la efectiva incidencia lograda en el proceso de dinamizar el complejo articulado del derecho internacional habilitan cobijarlos dentro de la amplia noción de *soft law*.

El análisis de la estructura de todo sistema normativo, desde un prisma preeminentemente empírico y focalizado en los componentes materiales que lo conforman, ilustra al examinador sobre el carácter permeable de su textura, rasgo distintivo que le confiere capacidad de mutar al compás de las interacciones desarrolladas por sus integrantes. En este marco conceptual debe situarse la emergencia del dispositivo de “derecho blando”, que ha logrado recoger en su –aún novedoso– derrotero auspiciosos gestos por parte de los agentes del medio jurídico, traducibles como un franco reconocimiento de su plena legitimidad como norma especificante de derechos humanos ya coronados por normas de tenor vinculante.

Consecuentemente, si bien resulta ineludible admitir la inexistencia de puntales a partir de los cuales pueda discurrirse su potestad imperativa para la comunidad internacional, tal carencia en modo alguno erosiona su calidad de estándar jurídico universal, ni tampoco disimula su efectividad como vehículo para inspirar patrones conductuales deseables y titularizar los derechos ya reconocidos en la CADH desde el reconocimiento de las diferencias. Funciones

éstas que, insistimos, adquieren exorbitante relevancia ante la impotencia que exhibe el *hard law* para brindar respuestas normativas al contexto imperante.

La realidad interpela con apremio una protección jurídica inmediata a favor del colectivo LGTBIQ+, históricamente postergado en términos estructurales, que canalice las justas reivindicaciones exigidas por sus integrantes en materia de derechos fundamentales, quienes diariamente toleran intolerables vulneraciones de carácter físico, psíquico y social. En tan acuciante coyuntura, no media margen para empuñar reminiscencias soberanistas, elucubraciones de orden teórico ni tampoco disquisiciones semánticas para prescindir de aplicar el instrumento que mayor adaptabilidad presenta para decodificar en clave jurídica las necesidades pendientes de satisfacción.

Encontrándonos aún, desde nuestra doble condición de integrantes de la sociedad y pensadores del derecho, en deuda –acaso impagable– con tal grupo desaventajado, ¿podemos continuar sacrificando el reconocimiento de sus derechos humanos en el altar de los puros formalismos?, ¿resulta humanísticamente lucrativo mantenernos aferrados a compromisos retóricos, motivados en la nostalgia de un régimen normativo vetusto e incapaz de conceder un umbral mínimo de dignidad a todos los ciudadanos del mundo?

VI. Bibliografía

AXELROD, R. (1986). *An evolutionary approach to norms*. The American Political Science Review, volume 80 (número 4), pp. 1095-1111.

BALZER, C., HUTTA, J. S., ADRIAN, T. Y HYNDAL, P. (2012). *Transrespeto versus Transfobia: un estudio Comparativo de la situación de los derechos humanos de las personas Trans*, Transgender europe, volumen 7.

BARBERIS, J. (1994). *Formación del Derecho Internacional* (1ª ed.). Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

BUTLER, J. (2008). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y*

discursivos del 'sexo' (1ª ed.). Buenos Aires: Paidós.

DEL TORO HUERTA, M. I. (2006). *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen 6, pp. 513-549.

DI ROBILANT, A. (2006). *Genealogies of Soft Law*. The American Journal of Comparative Law (Oxford University Press), volumen 54 (número 3), pp. 499-554.

DUPUY, PM. (1991). *Soft Law and the International Law of the Environment*. Michigan Journal of International Law, volume XII (CDXX), pp. 420/435.

FALK, R. A. (1966). *On the quasi-legislative competence of the General Assembly*. The American Journal of International Law, volumen 60 (número 4), pp. 782 – 791.

FERNÁNDEZ, J. (2004), *Cuerpos desobedientes: travestismo e identidad de género* (1ª ed.), Buenos Aires: Edhasa.

GIL DOMÍNGUEZ, A. (1999). *El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: un interesante estándar constitucional*, Revista La Ley, pp. 1104-1108.

GOLDSTEIN, J. (1999). *Emergence as a construct: history and issues*, Emergence, volume 1 (número 1), pp. 49-72.

HILGENBERG, H. (1999). *A fresh look at soft law*. European Journal of International Law, volume 10 (número 3), pp. 499-515.

MANCHA ROMERO, P. D. (2015). *Caos, complejidad y derecho: aportaciones de John B. Ruhl*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, volumen 49, pp. 259-280.

MONEY, J., HAMPSON, J. G. Y HAMPSON, J. L. (1995). *An examination of some basic sexual concepts: the evidence of human hermaphroditism*, bulletin of Johns Hopkins Hospital, volumen 97 (número 4), pp. 301-319.

RAPISARDI, F. (2008). *Escritura y lucha política en la cultura argentina: identidades y hegemonía en el movimiento de diversidades sexuales entre 1970 y 2000*, Revista Iberoamericana, volumen 74 (número 225), pp. 973-995.

RUHL, J. B. (2008). *Law's complexity: A primer*. Georgia State University Law Review, volumen 24 (número 4), pp. 885-991.

SANZ, R. Y FOLLONI, A. (2017). *El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad*. Revista de Direito Internacional, volumen 14 (número 3), pp. 244-290. Accesible en <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5021/pdf> (compulsado por vez final el 8 de enero de 2021).

SHELTON, D. (2000). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system* (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press.

THÜRER, D. (1990). *The role of soft law in the actual process of european integration*. en O. Jacot-Guillarmod, Olivier y P. Pescatore (Ed.). *L'avenir du libre-échange en Europe* (pp. 125-140). Zúrich: Schulthess.

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

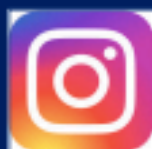
www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH