



Asamblea General

Distr. general
25 de julio de 2023
Español
Original: inglés

Septuagésimo octavo período de sesiones

Tema 73 b) del programa provisional*

**Promoción y protección de los derechos humanos:
cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios
de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y
las libertades fundamentales**

Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Víctor Madrigal-Borloz, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución [50/10](#) del Consejo de Derechos Humanos.

* [A/78/150](#).



Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Víctor Madrigal-Borloz

Resumen

En el presente informe, el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Víctor Madrigal-Borloz, examina las repercusiones del colonialismo y la descolonización en la formación continua y la perpetuación de costumbres sociales perjudiciales relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, así como el vínculo de ellas con el disfrute de los derechos humanos. Analiza el colonialismo como una de las causas fundamentales de la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género y propone medidas para fomentar la protección, el desarrollo sostenible y la paz para todas las personas, comunidades y pueblos mediante la ampliación y reforma de diferentes políticas en el seno de las Naciones Unidas y por parte de los Estados Miembros.

I. Introducción

1. En el presente informe, el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Víctor Madrigal-Borloz, examina las repercusiones de los procesos del colonialismo y la descolonización en la formación continua y la perpetuación de costumbres sociales perjudiciales relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género. La investigación documental se llevó a cabo en la *alma mater* del Experto Independiente, es decir, en el Programa de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Harvard, en Cambridge (Massachusetts), y en el Centro de Justicia, Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho Jindal Global, en la India. En respuesta a la solicitud de aportaciones realizada en abril de 2023, se recibieron comunicaciones por escrito de 76 partes interesadas, incluidos Estados, instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil y miembros del mundo académico; además, más de una docena de expertos participaron en una consulta en línea convocada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Pretoria (Sudáfrica) el 6 de julio de 2023.

2. El término “colonialismo” se utiliza en el lenguaje cotidiano y político de forma sumamente amplia. Se refiere a los procesos mediante los cuales un Estado adquiere o conserva el control político total o parcial sobre otra nación soberana, o al sometimiento de ciertos grupos o entidades por parte de otros, como el colonialismo económico, cultural o ideológico. La historia de la humanidad ha estado marcada por dinámicas de poder y movilidad, por ejemplo el desplazamiento de ciertos pueblos a zonas donde los habitantes originales fueron subyugados, dominados o exterminados, el surgimiento del sincretismo y la resistencia, y la construcción o deconstrucción de Estados nacionales imperiales.

3. Existe una definición del colonialismo mucho más específica que emana del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a los territorios no autónomos, y de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, que contiene la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (en la que se hace referencia a los “Territorios en Fideicomiso y No Autónomos y [...] todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia”). Los Estados Miembros de las Naciones Unidas han expresado con regularidad su convencimiento de que debe eliminarse el colonialismo, y esa labor constituye una de las prioridades de la Organización (véase la resolución 77/149 de la Asamblea General). El universo delimitado por este marco coincide en gran medida con los contextos y procesos coloniales descritos en las comunicaciones recibidas por el Experto Independiente. Por tanto, esos dos parámetros sirvieron de orientación para delimitar el alcance del presente informe temático. En ese sentido, en el presente informe el Experto Independiente describe apenas un pequeño número de los procesos mediante los cuales se han formado todas las tradiciones culturales, jurídicas y sociales del mundo, en los que la sexualidad y el género desempeñan un papel primordial.

4. El Experto Independiente ha identificado el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos en el que se reconoce el género como el término utilizado para describir las construcciones socioculturales que asignan roles, comportamientos, formas de expresión, actividades y atributos de acuerdo con el significado dado a las características biológicas del sexo (véanse [A/HRC/47/27](#) y [A/76/152](#)). La teoría del género, la teoría *queer*, los enfoques basados en el género y la interseccionalidad pueden funcionar como marco para abordar las múltiples asimetrías de poder que conllevan los significados dados al sexo. Tradicionalmente se viene entendiendo que el concepto de género hace referencia solo al sistema binario masculino/femenino y las asimetrías de poder derivadas de este. No obstante, es posible que las personas que sufren violencia y discriminación por motivos de

orientación sexual e identidad de género se identifiquen más allá de ese eje. Encontramos algunos ejemplos en las experiencias de los *kathoey* (Tailandia), los *bakla* (Filipinas), los travestis (Argentina y Brasil), los *fa'afafine* (Samoa) y los *leiti* (Tonga). La concepción del género de estas y otras identidades no binarias puede ir más allá del sistema binario masculino/femenino.

5. Del mismo modo, tanto el término “lesbianas, gais, bisexuales y trans” y su sigla LGBT (de uso generalizado y empleada por el titular del mandato con el fin de abreviar) como los términos “género diverso”, “*queer*”, “en cuestionamiento” y “asexual” hacen referencia a identidades sociales, políticas y jurídicas con un significado que varía en función del contexto. Sin embargo, las pruebas sugieren que clasificaciones del tipo LGBT no pueden captar por completo la diversidad de sexualidades y géneros que experimentan los indígenas, para quienes la diversidad sexual históricamente era la norma y no la excepción¹. El Experto Independiente es consciente del riesgo de globalizar, de forma inadvertida, siglas y modelos *queer* como modelos superiores y hegemónicos; en este contexto, resulta beneficioso el amplio alcance de su mandato: la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por tanto, el Experto Independiente no solo se centra en las personas, comunidades y poblaciones que sufren discriminación y violencia por tales motivos, sino también en los procesos que instrumentalizan los sesgos o el odio.

6. A pesar de que el colonialismo puede haber originado graves actos de violencia y discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, sería erróneo afirmar que es el único responsable de esa marginación. Tampoco sería acertado generalizar diciendo que los entornos precoloniales o no coloniales aceptaban o aceptan plenamente la diversidad. La base empírica todavía es escasa, pero sugiere que, si bien algunos de esos entornos aceptaban mejor la diversidad, otros se comportaban de forma violenta y cruel con las personas por su orientación sexual o género; en China, por ejemplo, la dinastía Qing instituyó la primera ley de la que se tiene constancia para prohibir las relaciones homosexuales consentidas, para las cuales fijaba una pena de un mes de cárcel y 100 golpes fuertes².

7. Por lo tanto, comprender y abordar el impacto de los procesos coloniales tan solo constituye un aspecto de la deconstrucción de la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, tarea para la cual es necesario valorar en su totalidad la investigación realizada por los titulares del mandato en su totalidad.

II. Diversidad en materia de orientación sexual e identidad de género

8. Desde los protectores espirituales *babaylan* de la comunidad indígena filipina, que interactúan con espíritus femeninos y masculinos o son una mezcla de ambos³, hasta los *ogbanje* en Nigeria⁴, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género lleva existiendo en todo el mundo desde el comienzo de la historia. Las personas que encarnan roles e identidades de género variado han sido valoradas y respetadas en numerosas sociedades, tanto en sus funciones ceremoniales como de

¹ Manuela L. Picq y Josi Tikuna, “Indigenous sexualities: resisting conquest and translation”, E-International Relations (20 de agosto de 2019). Disponible en www.e-ir.info/2019/08/20/indigenous-sexualities-resisting-conquest-and-translation/.

² Bret Hinsch, *Passions of the Cut Sleeve: The Male Homosexual Tradition in China* (Berkeley, University of California Press, 1992).

³ Comunicación de ASEAN SOGIE Caucus, pág. 1.

⁴ Comunicación de Lawyers Alert, pág. 2.

asesoramiento, por ejemplo las personas “dos espíritus”⁵ en ciertas tribus indígenas del Canadá, los *bonju*⁶ en Europa, los *muxes*⁷ en México, los *hijra*⁸ en la India y Bangladesh, los *takatāpu*⁹ en Nueva Zelanda y las *sistergirls*¹⁰ y los *brotherboys* de los aborígenes e isleños del Estrecho de Torres en Australia.

9. Las comunidades y los pueblos de Asia Oriental, Asia Sudoriental y el Pacífico poseen una rica historia de diversidad y pluralismo de género arraigada en rituales y prácticas tradicionales¹¹, una fluidez que se refleja en el lenguaje (por ejemplo, en el pronombre de género *dia* en la lengua malaya) y en el folclore tradicional, como el *srikandi* de Nusantara (Indonesia), considerado una leyenda transgénero¹². Los chamanes “dos espíritus” (*bissu*) están reconocidos por el pueblo *bugis* de Indonesia¹³. La naturaleza ostensible de la fluidez y diversidad sexuales y de género en la época precolonial queda patente en los *sida-sida* en la Malasia precolonial y en los gobernantes bisexuales de la dinastía Han en Hong Kong durante el período de la China imperial¹⁴.

10. En el subcontinente indio, las personas *hijra* solían ser figuras poderosas en las cortes sultánicas y mogoles y disfrutaban de la prerrogativa de recaudar impuestos y derechos en ciertas zonas¹⁵. En el Pakistán, los *khawaja siras* también desempeñaron un papel fundamental en la era mogol¹⁶; de hecho, el término *khawaja* significa “protector” u “honorable”¹⁷. La literatura islámica contiene expresiones de homoerotismo y comentarios eróticos sobre los varones¹⁸ y el *Kamasutra* describe numerosas relaciones homosexuales basadas en el amor y la confianza, así como diversos tipos de sexo y género que se remontan a la antigüedad¹⁹, a antes de la llegada del islam²⁰.

11. Las pruebas sugieren de forma clara que, antes de la colonización, muchos pueblos del continente africano no utilizaban un enfoque binario del género ni

⁵ Comunicación de ILGA World, pág. 4. Véase también Janice Ristock *et al.*, “Impacts of colonization on Indigenous Two-Spirit/LGBTQ Canadians’ experiences of migration, mobility and relationship violence”, *Sexualities*, vol. 22, núms. 5 y 6 (2019), págs. 767 a 784.

⁶ Comunicación de ILGA World, pág. 4. Véase también Ane Løvold, “The silence in Sápmi – and the queer Sami breaking it”, tesis de máster, Universidad Ártica de Noruega, 2015.

⁷ Comunicación de ILGA World, pág. 4. Véase también Alfredo Mirandé, “Hombres mujeres: an Indigenous third gender”, *Men and Masculinities*, vol. 19, núm. 4 (octubre de 2016), págs. 384–409.

⁸ Comunicación de ILGA World, pág. 4. Véase también Adnan Hossain, “The paradox of recognition: hijra, third gender and sexual rights in Bangladesh”, *Culture, Health & Sexuality*, vol. 19, núm. 12, (2017), págs. 1418 a 1431.

⁹ Comunicación de ILGA World, pág. 4. Véase también Ane Løvold, “The silence in Sápmi”.

¹⁰ Comunicación de ILGA World, pág. 4. Véase también Damien W. Riggs y Kate Toone, “Indigenous sistergirls’ experiences of family and community”, *Australian Social Work*, vol. 70, núm. 2, (2017), págs. 229 a 240.

¹¹ Comunicación del Centro de Excelencia sobre Diversidad Sexual y de Género de la Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF), pág. 2.

¹² *Ibid.*, pág. 3.

¹³ Comunicación de ASEAN SOGIE Caucus, pág. 1.

¹⁴ Comunicación de ILGA Asia, pág. 2.

¹⁵ Anjali Arondekar, *For The Record: On Sexuality and the Colonial Archive in India* (Durham y Londres, Duke University Press, 2009), pág. 90.

¹⁶ Comunicación de Swakshadip Sarkar, pág. 2.

¹⁷ Sara Shroff, “The colonial choreography of queer value”, *Queer Asia*, 2 de diciembre de 2017, fuente citada en la comunicación de iProbono, pág. 2.

¹⁸ Jocelyne Dakhli, “Homoeroticisms and historiographical backgrounds of the Islamic world”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, vol. 62, núm. 5 (2007), págs. 1097 a 1120.

¹⁹ Nicole Brown (2021), “From the Kama Sutra to now: the impact of colonial rule on South Asian queer culture”, *Manchester Historian*, 6 de mayo de 2021. Disponible en <http://manchesterhistorian.com/2021/from-the-kama-sutra-to-now-the-impact-of-colonial-rule-on-south-asian-queer-culture-by-nicole-brown/>.

²⁰ Alain Danielou, *The Complete Kama Sutra* (Rochester, Park Street Press, 1994), fuente citada en la comunicación de la Bandhu Social Welfare Society, pág. 1.

correlacionaban la anatomía con la identidad de género²¹. Según algunas teorías feministas, la moral sexual estaba menos condicionada por el género y era menos jerárquica en las sociedades precoloniales subsaharianas²². Las tribus que habitaban la actual Nigeria no tenían un sistema binario del género y, por lo general, no asignaban el género al nacer, sino que esperaban hasta que la persona era más mayor²³. En la cultura yoruba, las jerarquías sociales no dependían del género²⁴, sino principalmente de la edad²⁵. En el territorio que hoy ocupa Etiopía, las personas *oromo* alternaban entre los géneros y roles masculinos y femeninos cada ocho años a lo largo de su vida²⁶. Entre los igbo, las personas *ogbanje* eran de género fluido y alternaban roles masculinos y femeninos²⁷. Las representaciones de la sexualidad y las prácticas de género en las comunidades senegalesas entre 1898 y 1935 dan fe de la existencia de numerosas conductas sexuales y de la fluidez de la expresión de género, que abarcan desde las relaciones homosexuales hasta las identidades transgénero y el travestismo²⁸. Los dagaaba, en la actual Ghana, asignaban el género en función de la energía de la persona en lugar de ceñirse a consideraciones anatómicas²⁹. Algunos estudios antropológicos indican que hay antecedentes de matrimonios homosexuales en tribus keniatas, como en la tribu meru (matrimonio entre hombres), la kalenyín (matrimonio entre mujeres) y la nandí³⁰. En Sudáfrica, numerosos autores han señalado la existencia de relaciones homosexuales en las sociedades precoloniales³¹.

12. Ciertos relatos históricos indican que en las sociedades caribeñas se valoraba positivamente a las personas con una orientación sexual o una identidad de género que hoy se calificarían de diversas³². Los artefactos de las culturas mochica y chimú del Imperio inca que representan la intimidad homosexual parecen indicar que dichas comunidades aceptaban una amplia diversidad de expresiones sexuales y afectivas³³. Las mujeres incas podían mantener relaciones sexuales con múltiples personas y participar en las decisiones de la comunidad³⁴. En el territorio de la actual Colombia, la atracción por las personas del mismo sexo y las identidades transgénero siempre han formado parte de la cultura de las comunidades indígenas³⁵. En el Chile actual, según la información recibida por el Experto Independiente, hay antecedentes académicos que recogen numerosos conceptos precoloniales del sexo y el género que no coincidían con las nociones de normalidad del sistema sexo-género europeo³⁶.

²¹ Comunicación de ReportOUT, pág. 9.

²² Nkolika Ijeoma Aniekwu, "Converging constructions: a historical perspective on sexuality and feminism in post-colonial Africa", *African Sociological Review/Revue Africaine de Sociologie*, vol. 10, núm. 1 (2006), págs. 143–60 y 145, y comunicación de Amy Bryant, pág. 2.

²³ Comunicación de Dzoe Ahmed, pág. 3, y comunicación de ILGA World, pág. 6.

²⁴ Comunicación de Claire S. Westman, pág. 2.

²⁵ Oyèrónké Oyèwùmí, *The Invention of Women: Making an African Sense of Western Gender Discourses* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1997), pág. 14.

²⁶ Asmarom Legesse, *Gada: Three approaches to the Study of African Society* (Londres, Collier Macmillan, 1973), págs. 52 a 54.

²⁷ Comunicación de Lawyers Alert, pág. 2.

²⁸ Véase Babacar M'Baye, "The origins of Senegalese homophobia: discourses on homosexuals and transgender people in colonial and postcolonial Senegal", *African Studies Review*, vol. 56, núm. 2 (agosto de 2013), págs. 109 a 128.

²⁹ Comunicación de Dzoe Ahmad, pág. 3.

³⁰ Comunicación de ReportOUT, pág. 9.

³¹ Comunicación de Claire S. Westman, pág. 2.

³² Comunicación de Colours Caribbean, pág. 1.

³³ Comunicación de ILGA World, pág. 5.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Comunicación de Colombia Diversa, pág. 2, y comunicación conjunta de la Queen's University de Belfast y la Universidad de Ulster, pág. 2.

³⁶ Comunicación del Gobierno de Chile, pág. 1.

13. Muchas obras del arte popular kirguiso representan a personajes de género diverso; por ejemplo, el héroe principal del cuento popular kirguiso conocido como *Arman Ai* es un hombre transgénero y los personajes de las epopeyas *Er Töshtük* y *Zhanyl Myrza* tienen identidades de género fluido³⁷. En *Manás*, un poema épico tradicional de Kirguistán, se narra la historia de 40 soldados unidos por relaciones íntimas homosexuales³⁸.

14. Las comunicaciones sobre la existencia de diversidad se suman a las conclusiones del Experto Independiente sobre la espiritualidad. Según estudios indígenas de las Américas, Asia Meridional y las regiones del Pacífico, diversas identidades de género fluido poseen valor espiritual en sus respectivas comunidades; por ejemplo, los *māhū* en las comunidades nativas de Hawái y Tahití adoptan tanto lo femenino como lo masculino y son custodios de prácticas tradicionales como el hula y el canto³⁹. Los *hijra* y los *khawaja siras* son comunidades con variación de género que ocupaban puestos de consejeros espirituales, comandantes militares y miembros de las cortes reales durante la era mogol precolonial en la India⁴⁰. Las personas “dos espíritus”, o *berdache*, combinan los espíritus masculino y femenino y, según las creencias de diversas comunidades indígenas del Canadá, podían acceder a un reino independiente de espiritualidad como curanderos, chamanes y líderes ceremoniales⁴¹. La Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias ha señalado que los procesos de patologización, criminalización y asimilación sexual han influido profundamente en la condición y las funciones tradicionales de los indígenas en el período poscolonial (A/77/514, párr. 21).

III. Mecanismos de opresión colonial

15. La opresión colonial incluía estrategias para ejercer un estricto control sobre las personas colonizadas mediante la conversión religiosa⁴², la imposición de un binarismo de género rígido a los pueblos colonizados⁴³ y la criminalización de la falta de conformidad sexual o de género⁴⁴. La separación de los niños indígenas de sus comunidades en los territorios que hoy constituyen el Canadá y su reclusión en un sistema de internados separados por sexos es un ejemplo elocuente de tales mecanismos⁴⁵.

16. La ocupación colonial también quedó íntimamente ligada al capitalismo desde la época de empresas como la Compañía Británica y la Compañía Neerlandesa de las Indias Orientales. Los principales objetivos de esos proyectos coloniales eran extraer recursos de las colonias en beneficio de la Potencia colonizadora y financiar a las personas colonizadas para conservar el control.

³⁷ Comunicación de Kyrgyz Indigo, pág. 2.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Eleisha Lauria, “Gender fluidity in Hawaiian culture”, *The Gay & Lesbian Review* (enero a febrero de 2017). Disponible en <https://glreview.org/article/gender-fluidity-in-hawaiian-culture/>.

⁴⁰ Sara Shroff, “Operationalizing the ‘new’ Pakistani transgender citizen: legal gendered grammars and trans frames of feeling”, en *Gender, Sexuality, Decolonization; South Asia in the World Perspective*, Ahonaa Roy, ed. (Londres, Routledge India, 2021), pág. 265.

⁴¹ Comunicación de OCAM-D, pág. 2, para el informe temático A/HRC/53/37. Véase también Jean E. Balestrery, “Intersecting discourses on race and sexuality: compounded colonization among LGBTIQ American Indian/Alaskan Natives”, *Journal of Homosexuality*, vol. 59, núm. 5 (2012), pág. 645.

⁴² Wolfgang Gabbert, “Social and cultural conditions of religious conversion in colonial South-west Tanzania, 1891–1939”, *Ethnology*, vol. 40, núm. 4 (2001), págs. 291 a 308.

⁴³ María Lugones, “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa* (2008), pág. 86. Disponible en <https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf>.

⁴⁴ Comunicación de Global Action for Trans Equality (GATE), pág. 2.

⁴⁵ *Ibid.*

17. La colonización conllevaba la imposición de sistemas de diferenciación, jerarquización y dominación, y los estudiosos sugieren que, a pesar de la presunta unidad de las personas colonizadas, existían invariablemente dos categorías: una élite modernizadora y un campesinado pendiente de modernizar⁴⁶. El auge de esa élite es característico de los proyectos coloniales; se observa en países donde la élite se mantuvo en el poder durante el proceso de descolonización y, tras él, siguió controlando las sociedades para extraer recursos con fines comerciales en una especie de continuación del proyecto colonial. En otros casos, por ejemplo en Colombia, los mecanismos para la verdad y la reconciliación han constatado el uso de normas sociales coloniales en los proyectos de construcción nacional, lo cual provocó, entre otras cosas, la exclusión de las personas LGBT de esa labor histórica⁴⁷.

18. Los proyectos coloniales se apoyaban en ciertas estrategias políticas, incluida la homofobia política, que los colonizadores podían utilizar de diversas maneras para promover sus propios intereses. La imposición de los roles de género en las colonias también coincidió con épocas de pánico sexual o pánico moral en el Norte Global, donde las instituciones estatales y los actores no estatales, incluidos el Gobierno, las estructuras médicas y los principales medios de comunicación, aunaron fuerzas para oprimir a los grupos que no respetaban las prácticas sexuales “correctas” dominantes y etiquetaron la masturbación como una práctica malsana, aprobaron extensas leyes para combatir la obscenidad⁴⁸ y equiparon el trabajo sexual femenino con las enfermedades venéreas, lo cual condujo a la aprobación de las llamadas Leyes sobre Enfermedades Contagiosas, que ordenaban el examen obligatorio de las mujeres sospechosas de ser portadoras⁴⁹. Las cruzadas moralistas decimonónicas en los países occidentales, centradas en los vicios y su eliminación, condujeron a la creación de la categoría de delincuente sexual, que difuminaba la distinción entre agresión sexual no consentida y relaciones íntimas consentidas entre adultos del mismo sexo, etiquetando de manera automática a los hombres homosexuales como delincuentes sexuales⁵⁰.

19. Las visiones heteronormativas de la sexualidad inculcadas por las Potencias coloniales estaban ligadas estrechamente a caracterizaciones racistas del género y la sexualidad, y se ha sugerido que la racialización del género transformó de forma radical diversas sociedades africanas⁵¹. En una de las comunicaciones recibidas por el Experto Independiente se afirma que, en el discurso colonial, la sexualidad negra se consideraba desenfrenada e insaciable y, como tal, era necesario regularla a través del control de la sexualidad negra y de los cuerpos de las personas negras. La supuesta amenaza que representaban las personas negras para el dominio de la minoría blanca llegó a localizarse de forma específica en la sexualidad y la capacidad reproductiva

⁴⁶ Dipesh Chakrabarty, “Postcoloniality and the artifice of history: who speaks for ‘Indian’ pasts?”, *Representations*, núm. 37, número especial titulado “Imperial Fantasies and Postcolonial Histories” (invierno de 1992), págs. 1 a 26, pág. 18.

⁴⁷ Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, Colombia, *Mi cuerpo es la verdad: experiencias de mujeres y personas LGBTIQ+ en el conflicto armado* (Bogotá, 2022), pág. 296. Disponible en www.comisiondelaverdad.co/mi-cuerpo-es-la-verdad.

⁴⁸ Gayle S. Rubin, “Thinking sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality”, en *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, Carole S. Vance, ed. (Boston, Routledge and Kegan Paul, 1984), pág. 269.

⁴⁹ Jeffrey Weeks, *Sexuality and its Discontents: Meanings, Myths and Modern Sexualities* (Londres y Nueva York, Routledge, 1985), pág. 49. Disponible en https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241156/mod_resource/content/1/Weeks_sexuality_its_discontents.pdf.

⁵⁰ Gayle S. Rubin, “Thinking sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality”.

⁵¹ Boris Bertolt, “Thinking otherwise: theorizing the colonial/modern gender system in Africa”, *African Sociological Review/Revue Africaine de Sociologie*, vol. 22, núm. 1 (2018), págs. 2 a 17, pág. 6. Véase también Jillian Hernández, “Racialized sexuality: from colonial product to creative practice”, *Oxford Research Encyclopedia of Literature* (28 de febrero de 2020).

de las mujeres negras, que daban lugar a la presunta amenaza de superpoblación⁵². Se han observado pautas similares en los objetivos asimilacionistas centrados en los Pueblos Indígenas y, en particular, en las mujeres indígenas⁵³, cuyas sociedades se consideraban incivilizadas o unas rarezas⁵⁴. De hecho, en los entornos coloniales y, a menudo, en los poscoloniales, la capacidad de prosperar dependía y depende en gran medida de la habilidad de la persona para incorporar las costumbres blancas, patriarcales y heteronormativas⁵⁵. Las mujeres indígenas, como dadoras de vida y madres, además de cabezas de familia en las sociedades matrilineales, se consideraban una amenaza tanto simbólica como física para las agendas coloniales⁵⁶. En las comunicaciones recibidas por el Experto Independiente se describe el racismo institucionalizado en las sociedades pre- y poscoloniales en Sudáfrica⁵⁷ y el Brasil⁵⁸, donde las lesbianas de color han sido históricamente atacadas por no encajar en el concepto de feminidad predicado en el sistema heteronormativo.

20. El control de la sexualidad y el género en los territorios colonizados a menudo se llevó a cabo mediante la promulgación de leyes que regulaban de forma explícita la conducta sexual y las expresiones de la identidad de género. Las llamadas leyes de sodomía ilegalizaron las conductas tipificadas como sodomía, acceso carnal contra natura, crimen contra natura o crimen vil, dependiendo de la jurisdicción y del patrón específico de colonialismo de cada país. Estos términos comparten un origen común en la tradición judeocristiana y el derecho canónico, en virtud de los cuales los actos sexuales no reproductivos, y en particular entre personas del mismo sexo, aunque no exclusivamente, se consideraban detestables, abominables y un vicio⁵⁹. El término “sodomía”, que se impuso en la teología cristiana en torno al siglo XI, tiene sus orígenes en la historia bíblica de Sodoma y Gomorra del Génesis⁶⁰.

21. Otras leyes coloniales, como el Código de Policía Municipal y Policía Correccional de 1791, promulgado en Francia, introdujeron delitos como la indecencia pública⁶¹ y la incitación al libertinaje⁶², así como leyes contra el vagabundeo⁶³. Algunas de esas disposiciones legales no prohibían ni restringían directamente las conductas sexuales o de género divergentes, pero su aplicación, como se observa en los modelos de colonización francés, español y británico, era discriminatoria, ya que se centraba

⁵² Comunicación de Claire S. Westman, pág. 3, y comunicación de Arnold Ochieng Oginga, pág. 2. Véase también Michel Foucault, *The History of Sexuality: An Introduction* (Pantheon Books, 1978).

⁵³ Comunicación de Eloise Decoste, pág. 2.

⁵⁴ Comunicación de Zharina Nikko Tomas Casil, pág. 6.

⁵⁵ Comunicación de Reuniting of African Descendants (ROAD), pág. 4.

⁵⁶ D. Meme Lavell-Harvard y Jennifer Brant, “Introduction: forever loved”, en *Forever Loved: Exposing the Hidden Crisis of Missing and Murdered Indigenous Women and Girls in Canada*, D. Meme Lavell-Harvard y Jennifer Brant, eds. (Bradford, Ontario, Demeter Press, 2016), pág. 3, fuente citada en la comunicación de Eloise Decoste, pág. 2, y comunicación de ROAD, pág. 4.

⁵⁷ Comunicación de Phoebe E. Sheppard, pág. 2.

⁵⁸ Comunicación de la Articulação Brasileira de Lésbicas, págs. 2 y 3.

⁵⁹ Douglas E. Sanders, “377 and the unnatural afterlife of British colonialism in Asia”, *Asian Journal of Comparative Law*, vol. 4, núm. 1 (2009), págs. 2 y 3.

⁶⁰ Louis Crompton, *Homosexuality and Civilization* (Cambridge, Massachusetts; y Londres, Belknap Press, 2003), pág. 175.

⁶¹ Michael D. Sibalis, “The regulation of male homosexuality in revolutionary and Napoleonic France, 1789–1815”, en *Homosexuality in Modern France*, Jeffrey Merrick y Bryant T. Ragan, eds. (Nueva York y Oxford, Oxford University Press, 1996), pág. 86.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Universidad China de Hong Kong, “Vagrancy and vagrancy-type laws in colonial history and today. Disponible en www.law.cuhk.edu.hk/app/wp-content/uploads/2022/10/Vagrancy-and-Vagrancy-Type-Laws-in-Colonial-History-and-Today.pdf.

de forma desproporcionada en las personas en situación de pobreza, las minorías sexuales y de género y las personas con discapacidad⁶⁴.

22. Además, las Potencias coloniales utilizaron la ley para imponer normas binarias de género a través de las formas de expresión. En la Europa medieval, la Inglaterra isabelina y la América del Norte colonial, las leyes suntuarias sirvieron para regular las vestimentas utilizadas en público de acuerdo a la ocupación, clase y género⁶⁵. Ese tipo de normativas se exportaron a numerosos países de todo el mundo a través de los mecanismos de los sistemas coloniales, dando lugar a la regulación de prácticas descritas como travestismo. Por ejemplo, en el Sudán las leyes que prohíben vestir de forma indecente o inmoral se han utilizado para castigar a los hombres que utilizan ropa de mujer, a las mujeres que llevan pantalones y a los hombres que se maquillan, aunque lo hagan como parte de su trabajo de actores o modelos⁶⁶.

23. Más allá de la orientación sexual y la identidad de género, la división del trabajo basada en la raza y el género⁶⁷, así como otros factores relacionados con la raza, la situación migratoria, la casta, la religión y la condición indígena, desempeñan un papel importante a la hora de determinar el impacto del capitalismo colonial y del estado de derecho sobre los derechos de las personas LGBT. La ocupación colonial provocó el afianzamiento de las leyes sobre las relaciones homosexuales en el sistema de justicia penal, que se basa en la individualización de los daños cometidos por delincuentes y sufridos por víctimas, de modo que pasa por alto factores estructurales más generales⁶⁸.

24. Aunque la ley era el principal medio para hacer cumplir las normas, también constituía la base de complejos sistemas de socialización que incluían la labor policial, la medicina, la literatura y la educación, todos ellos al servicio del control de la sexualidad y el género en las colonias, pues supuestamente eran opuestos a las costumbres sexuales europeas⁶⁹.

25. La aplicación estricta de las leyes variaba en gran medida de unas colonias a otras e incluso entre las administradas por la misma Potencia colonizadora. En la documentación examinada, las diferencias en la aplicación pueden explicar los distintos grados de influencia de las ideas morales coloniales en el tejido social, así como la supervivencia de diversas prácticas tradicionales de sexualidad e identidad de género entre la población local.

⁶⁴ Comunicación de Amnistía Internacional, pág. 7, y Universidad China de Hong Kong, “Vagrancy and vagrancy-type laws in colonial history and today”.

⁶⁵ Véanse <https://icj2.wpenginepowered.com/wp-content/uploads/2015/08/Capitulo-7-Expersion-de-genero-y-travestismo.pdf>; y Matthew Gayle, “Female by operation of law: feminist jurisprudence and the legal imposition of sex”, *William and Mary Journal of Women and the Law*, vol. 12, núm. 737 (primavera de 2006), págs. 737 a 759, pág. 742.

⁶⁶ *BBC News*, “Cross-dressing men flogged in Sudan for being ‘womanly’”, 4 de agosto de 2010; Amnistía Internacional, “Sudan: abolish the flogging of women” (Londres, 2010); *BBC News*, “Sudan male models fined for make-up ‘indecent’”, 8 de diciembre de 2010.

⁶⁷ Rosemary Hennessy, “Queer visibility in commodity culture”, *Cultural Critique*, núm. 29 (invierno de 1994 a 1995), págs. 31 a 76, pág. 69.

⁶⁸ Jacob Schuman, “Sentencing rules and standards: how we decide criminal punishment”, *Tennessee Law Review*, vol. 83 (2015), pág. 1.

⁶⁹ Véase www.amnesty.org/en/documents/afr01/012/2013/en/.

IV. Diferentes modelos coloniales de regulación de la orientación sexual y la identidad de género

A. Relatos predominantemente religiosos

26. Desde finales del siglo XV hasta la década de 1850, Portugal criminalizó el pecado nefando a través del derecho canónico y de ordenanzas reales⁷⁰. En las primeras de estas ordenanzas, las alfonsinas, que estuvieron vigentes de 1446 a 1514, se definía la sodomía como el pecado más sucio y ofensivo contra Dios, una formulación que se retomó en leyes posteriores⁷¹. En el Código Penal portugués de 1852 se produjo un cambio de postura, ya que no se penalizaba la sodomía, pero una reforma de 1912 impuso la criminalización de las relaciones homosexuales a través de los delitos excesivamente generales del vagabundeo y la mendicidad o del concepto de vicios contra natura⁷².

27. Del mismo modo, España reprimió diversas prácticas sexuales, en particular las realizadas entre varones⁷³, mediante la criminalización de la sodomía, el pecado nefando y el crimen contra natura⁷⁴. Durante la colonización española, algunas políticas fueron impuestas con violencia a través de la Iglesia católica, lo que resultó en el aislamiento y la destrucción de las costumbres y creencias locales que no se ajustaban a sus parámetros; se utilizó el discurso del pecado y la culpa contra los indígenas, los afrodescendientes, las mujeres y las personas de género diverso, y el discurso religioso-pedagógico prescribía un cielo redentor para las almas ansiosas de ser salvadas⁷⁵. Tanto los tribunales inquisitoriales portugueses como los españoles aplicaban sus leyes de sodomía de forma incoherente: a veces únicamente al coito anal y otras también a otros actos sexuales no procreativos, como la zoofilia y la masturbación⁷⁶. Por ejemplo, el Tribunal de la Inquisición de Cartagena, en Nueva Granada (en la actualidad, Colombia, el Ecuador, Panamá y Venezuela (República Bolivariana de)), perseguía las relaciones homosexuales entre los esclavos, en su mayoría africanos e indígenas, calificándolas de sodomía y pecado⁷⁷. Las penas por sodomía en ambos

⁷⁰ António Fernando Cascais, “A homossexualidade nas malhas da lei no Portugal dos séculos XIX e XX”, *International Journal of Iberian Studies*, vol. 29, núm. 2 (2016), págs. 95 a 112, pág. 95.

⁷¹ Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa and Robson Antão de Medeiros, “Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 15, núm. 3 (2019), pág. 274.

⁷² Gustavo Gomes da Costa Santos y Matthew Waites, “Comparative colonialisms for queer analysis: comparing British and Portuguese colonial legacies for same-sex sexualities and gender diversity in Africa – setting a transnational research agenda”, *International Review of Sociology*, vol. 29, núm. 2 (2019), pág. 304; y presentación de la Facultad de Derecho de la Universidad NOVA, pág. 2.

⁷³ Emanuele Amodio, “El detestable pecado nefando: diversidad sexual y control inquisitorial en Venezuela durante el siglo XVIII”, *Nuevos Mundos, Mundos Nuevos* (11 de julio de 2012). Disponible en <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.63177>.

⁷⁴ Martin Nesvig, “The complicated terrain of Latin American homosexuality”, *The Hispanic American Historical Review*, vol. 81, núms. 3 y 4 (1 de agosto de 2001), págs. 689 a 729, pág. 693, nota a pie de página 11. Disponible en <https://www.umass.edu/legal/Benavides/Fall2005/397U/Readings%20Legal%20397U/12%20Martin%20Nesvig.pdf>.

⁷⁵ Comunicación de la Red de Litigantes LGBT de las Américas, págs. 3 y 4.

⁷⁶ Lee M. Penyak y Zeb Tortorici, “Sins against nature in colonial Latin America”, en *Global Encyclopedia of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and Queer (LGBTQ) History*, Howard Chiang, ed. (Farmington Hills, Michigan, Charles Scribner’s Sons, 2019).

⁷⁷ Comunicación de Colombia Diversa, págs. 3 y 6.

imperios eran severas e incluían la prisión, la confiscación de bienes, la tortura e incluso la muerte en la hoguera⁷⁸.

B. Relatos predominantemente seculares

28. La Revolución francesa marcó un antes y un después en la historia europea del género y la sexualidad, ya que la República Francesa se fundó sobre los valores de la secularidad, el liberalismo y la separación estricta entre lo público y lo privado⁷⁹. Esto supuso, con la promulgación de una nueva legislación en 1791, que la sodomía dejara de ser delito porque se consideraba no solo un bagaje religioso, sino también una intromisión excesiva del Estado en la vida privada de las personas. No obstante, la ley introdujo el delito de indecencia pública, redactado en términos generales, en virtud del cual las relaciones homosexuales constituían una amenaza para el orden público⁸⁰ y seguían asociándose socialmente con la prostitución, el desorden público y las desviaciones⁸¹. El control de la sexualidad y el género se confió a la policía, como protectora del orden público⁸².

29. Por tanto, surgió una nueva lógica para el control del género y la sexualidad que se extendió por Europa a través de las conquistas napoleónicas y, después, a los territorios colonizados de las Américas, África y Asia. En el Senegal, por ejemplo, los relatos coloniales franceses retratan a los nativos como personas con un grado inferior de educación moral, pervertidas y delincuentes⁸³. Ese tipo de narrativas se perpetuaron de forma intencional para generar apoyo hacia la administración francesa de los senegaleses y la difusión de la *mission civilisatrice*⁸⁴. La época del protectorado francés en Marruecos también estuvo marcada por la introducción de nuevas leyes que criminalizaban las relaciones sexuales ilícitas y los actos lascivos o contra natura con el fin de que la sociedad marroquí se adaptara a los ideales coloniales franceses fundados en torno a la moral cristiana y, en última instancia, para controlar a la población local mediante una restricción de su autonomía personal en materia sexual⁸⁵.

30. Los regímenes coloniales no introdujeron leyes únicamente para controlar a la población local. Por ejemplo, aunque en el artículo 292 del Código Penal de las Indias Occidentales Neerlandesas⁸⁶ no se tipificaban directamente las relaciones entre adultos del mismo sexo, en la década de 1930 el Partido Cristiano y el Partido Antirrevolucionario se quejaron del aumento de las relaciones homosexuales entre funcionarios europeos en Indonesia⁸⁷. Entre diciembre de 1938 y enero de 1939, fueron detenidos 223 europeos por mantener relaciones homosexuales⁸⁸; 171 fueron

⁷⁸ Emanuele Amodio, “El detestable pecado nefando”; y comunicación de la Red de Litigantes LGBT de las Américas, pág. 6.

⁷⁹ Scott Gunther, *The Elastic Closet: A History of Homosexuality in France, 1942–Present* (Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009), pág. 1.

⁸⁰ Michael D. Sibalis, “The regulation of male homosexuality”, pág. 86.

⁸¹ Andrew Israel Ross, “Sex in the archives: homosexuality, prostitution, and the Archives de la Préfecture de Police de Paris”, *French Historical Studies*, vol. 40, núm. 2 (1 de abril de 2017), págs. 267 a 290.

⁸² Elwin Hofman, “The end of sodomy: law, prosecution patterns, and the evanescent will to knowledge in Belgium, France, and the Netherlands, 1770–1830”, *Journal of Social History*, vol. 54, núm. 2 (invierno de 2020), págs. 480 a 502, pág. 488.

⁸³ Babacar M’Baye, “The origins of Senegalese homophobia”, págs. 116 y 117.

⁸⁴ Comunicación de Asmae Ourkiya, págs. 2 y 3.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Jonathan I. Israel, *Empires and Entrepreneurs: The Dutch, the Spanish Monarchy and the Jews, 1585–1713* (Londres, Hambledon Press, 1990), págs. x a xii.

⁸⁷ VOI, “Dutch use natives to eradicate homosexuals in the archipelago”, 14 de abril de 2021. Disponible en <https://voi.id/en/memori/44431>.

⁸⁸ Comunicación de Free and Equal Rights, pág. 1.

declarados culpables, condenados y destituidos de sus cargos por motivos como una *grote schoonmaak* (limpieza moral) y un *reinigingsproces* (proceso de purificación)⁸⁹.

31. En otros casos, la ilegalización de las relaciones íntimas entre personas del mismo sexo no se correspondía con los patrones metropolitanos. En Túnez, por ejemplo, las leyes previas al protectorado francés no hacían referencia a las relaciones homosexuales, pero en 1913, casi un siglo después de la abolición de las leyes de sodomía en Francia, se introdujo el artículo 230 del Código Penal de Túnez para criminalizar los actos de sodomía y homosexualidad⁹⁰. La aplicación de esa disposición a menudo incluía un examen anal coercitivo como prueba de la “homosexualidad” de la persona. Hasta la fecha, la policía sigue utilizando el artículo 230 para detener y coaccionar a las personas para que “confiesen que son gais”, así como para realizar exámenes anales invasivos e intrusivos, a menudo contra la voluntad de la persona, para “demostrar” que han mantenido relaciones homosexuales (A/HRC/50/27/Add.1, anexo, párr. 27).

C. Relatos híbridos

32. La criminalización de las relaciones homosexuales en todo el Imperio británico se remonta a la ley de sodomía de 1534 en Gran Bretaña, que tipificaba los actos de sodomía para combatir la supuesta inmoralidad sexual en la Iglesia católica⁹¹. En 1825, el político británico Thomas Babington Macaulay recibió el encargo de redactar la legislación para la entonces colonia británica del subcontinente indio⁹². Podría decirse que el motivo subyacente era que instancias normativas coloniales británicas tenían la percepción, alimentada por los informes de los exploradores británicos, de que las relaciones homosexuales eran omnipresentes en el mundo colonizado⁹³. Tras la instauración del Código Penal indio, Henry du Pré Labouchère, parlamentario británico, introdujo una enmienda a la Ley de Delitos contra la Persona de 1861 en Gran Bretaña con el fin de castigar la indecencia grave entre dos hombres, noción que incluía los actos sexuales consentidos sin penetración entre hombres, aunque se realizasen en privado⁹⁴.

33. El Código Penal indio reflejaba la aprobación generalizada de leyes contra la homosexualidad en todo el Imperio británico, en particular a fines del siglo XIX en Asia, el Pacífico y África, pero también repercutió en otras zonas⁹⁵. En 1871, las disposiciones del Código se reprodujeron en una ley en las Colonias del Estrecho, grupo de territorios británicos que incluía a los actuales Brunei Darussalam, Malasia y Singapur⁹⁶; en 1886, se promulgaron en la entonces Birmania británica las mismas disposiciones, que penalizaban el coito carnal contra natura⁹⁷. Posteriormente, entre 1897 y 1902, colonias africanas como Uganda y Kenya aprobaron variaciones del

⁸⁹ VOI, “Dutch use natives to eradicate homosexuals”.

⁹⁰ Comunicación de Oumaima Derfoufi, pág. 1.

⁹¹ Douglas E. Sanders, “377 and the unnatural afterlife of British colonialism in Asia”,.

⁹² Martin L. Friedland, “Codification in the Commonwealth: earlier efforts”, *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 18, núm. 3 (julio de 1992), pág. 1.172.

⁹³ Human Rights Watch, *This Alien Legacy: The Origins of “Sodomy” Laws in British Colonialism* (Nueva York, diciembre de 2008), pág. 16. Disponible en www.hrw.org/sites/default/files/reports/lgbt1208_webwcover.pdf.

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 20.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 19.

⁹⁶ Dominic Chan, “Oral sex: a case of criminality or morality?”, *Singapore Law Gazette*, septiembre de 2004, citado en Human Rights Watch, *This Alien Legacy*, pág. 21.

⁹⁷ Comunicación de ILGA World, pág. 7.

Código Penal indio⁹⁸. Los británicos también criminalizaron a los eunucos, categoría homogénea creada de forma errónea y reduccionista que, en realidad, constituía un grupo social muy diverso⁹⁹. Los eunucos fueron criminalizados en virtud de la Ley de Tribus Criminales de 1897 sobre la base de los ideales victorianos de masculinidad¹⁰⁰. En 1899 se promulgó el Código Penal sudanés, que contenía disposiciones diferentes a las de otras colonias para los delitos contra natura. En el artículo 318 del Código se castigaba el coito carnal contra natura no consentido, mientras que en el artículo 319 solo se sancionaban los actos de indecencia grave no consentidos¹⁰¹.

34. Después del Código Penal indio, el segundo Código Penal más influyente fue el de la colonia australiana de Queensland, que entró en vigor en 1901¹⁰². En virtud de su artículo 208, no solo se castigaba a quienes habían tenido o pretendían tener acceso carnal, sino también a las personas que permitían que otros obtuvieran acceso carnal a ellas, por lo que criminalizaba a todas las partes implicadas¹⁰³. El Presidente de Tribunal Henry Cowper Gollan, que redactó el Código de Nigeria septentrional de 1904, recurrió ampliamente al Código Penal de Queensland al llevar a cabo tal labor. A su vez, el Código de Nigeria septentrional de 1904 sirvió de base para el Código Federal de Nigeria de 1916¹⁰⁴ que, del mismo modo, fue el modelo empleado para Kenya, Nigeria, Nyasalandia (en la actualidad, Malawi), Tanganica (la actual República Unida de Tanzania) y Uganda (donde sustituyó al anterior Código Penal indio) y, más tarde, Fiji, Gambia, las Islas Salomón, Nueva Guinea¹⁰⁵, Rhodesia del Norte (la actual Zambia), Seychelles y Zanzíbar¹⁰⁶. El Ministerio Colonial británico también utilizó el Código Penal de Queensland en Chipre y para influir en las leyes coloniales de Palestina¹⁰⁷.

35. En Nigeria, la ley sobre el vagabundeo del Código Penal nigeriano de 1916, introducida bajo el dominio colonial británico, ha sido descrita como una parte del legado colonial que se empleó para purgar los espacios públicos de grupos indeseados¹⁰⁸. En 1929, Chipre incorporó la Ley británica de Enmienda del Derecho Penal de 1885, que tipificó como delito la homosexualidad masculina¹⁰⁹. Ya en 1969, el Gobierno colonial británico de Trinidad y Tabago restringió la inmigración de

⁹⁸ James S. Read, “Criminal law in the Africa of today and tomorrow”, *Journal of African Law*, vol. 17, núm. 1 (primavera de 1963), págs. 5 a 17, citado en Human Rights Watch, *This Alien Legacy*, pág. 21.

⁹⁹ Dipika Jain, “Shifting subjects of State legibility: gender minorities and the law in India”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, vol. 32, núm. 1 (2017); Aniruddha Dutta, “Contradictory tendencies: the Supreme Court’s NALSA judgment on transgender recognition and rights”, *Journal of Indian Law and Society*, vol. 5 (Monsoon, 2014), págs. 226 a 236; y Gee Imaan Semmalar, “Unpacking solidarities of the oppressed: notes on trans struggles in India”, *Women’s Studies Quarterly*, vol. 42, núm. 3/4 (otoño/invierno de 2014), págs. 286 a 291.

¹⁰⁰ Walter Penrose, “Hidden in history: female homoeroticism and women of a ‘third nature’ in the South Asian past”, *Journal of the History of Sexuality*, vol. 10, núm. 1 (enero de 2001), págs. 3 a 39.

¹⁰¹ Alan Gledhill, *The Penal Codes of Northern Nigeria and the Sudan* (Londres, Sweet & Maxwell; Lagos, African Universities Press, 1963), pág. 443, citado en Human Rights Watch, *This Alien Legacy*, pág. 22.

¹⁰² Martin L. Friedland, “Codification in the Commonwealth: earlier efforts”, pág. 1177, citado en Human Rights Watch, *This Alien Legacy*, pág. 22.

¹⁰³ Human Rights Watch, *This Alien Legacy*.

¹⁰⁴ H. F. Morris, “How Nigeria got its Criminal Code”, *Journal of African Law*, vol. 14, núm. 3 (otoño de 1970), págs. 137 a 154, citado en Human Rights Watch, *This Alien Legacy*, pág. 23.

¹⁰⁵ Comunicación de Benjamin Hegarty y otros, pág. 1.

¹⁰⁶ Véase <https://legalheritage.sclqld.org.au/griffith-the-code-maker>.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Facultad de Derecho de la Universidad de Miami, “Clinic addresses gender impacts of vagrancy laws before African Court on Human and Peoples’ Rights”, 9 de noviembre de 2019. Disponible en <https://news.miami.edu/law/stories/2019/09/clinic-addresses-gender-impacts-of-vagrancy-laws-before-african-court-on-human-and-peoples-rights.html>.

¹⁰⁹ Comunicaciones de la Human Rights Platform y la Queer Cyprus Association, págs. 1 y 2.

personas LGBT mediante la Ley de Inmigración de 1969, que clasificaba a los homosexuales y a las personas que vivían de las ganancias de los homosexuales como categorías que tenían prohibida la entrada al territorio, salvo que el Ministro de Seguridad Nacional les expidiera un certificado de exención¹¹⁰. Este tipo de leyes han sido consideradas una herramienta de control social que preserva las normas de género imperantes y refuerza las jerarquías discriminatorias autorizando legalmente el acoso y la detención de personas calificadas como desviadas por las fuerzas del orden¹¹¹.

V. Impacto del colonialismo en la orientación sexual y la identidad de género

36. En los decenios que han transcurrido desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, los avances sociales, culturales y religiosos han influido en la forma en que se han interpretado, revisado y enmendado las leyes y políticas coloniales sobre el género y la sexualidad. Las trayectorias resultantes son muy diversas, ya que algunos Estados han avanzado en la deconstrucción de los marcos y su adaptación a las normas internacionales de derechos humanos, en particular mediante la despenalización, mientras que otros se han situado a la vanguardia de la protección de los derechos humanos al consagrar en sus constituciones salvaguardias contra la discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género.

37. En algunos casos, la dinámica colonial parece haber tenido una influencia significativa en los procesos de reforma de las leyes y las políticas incluso tras la independencia¹¹². El Brasil, por ejemplo, adoptó enfoques similares a los existentes en Portugal en su Código Penal Imperial de 1830, en el cual se tipificaron delitos contra la moral y las buenas costumbres, de vagabundeo y de exhibicionismo. Las fuerzas policiales aprovecharon esas disposiciones legales para limpiar las ciudades de hombres afeminados o “escandalosos” y de “travestis demasiado visibles”¹¹³. El Camerún y el Senegal, antiguas colonias francesas, criminalizaron las relaciones homosexuales tras su independencia en 1960¹¹⁴, reformas legales que han sido descritas por los estudiosos como un esfuerzo de los políticos locales por localizar los códigos penales heredados de los gobernantes coloniales.¹¹⁵ En el Camerún, podría afirmarse que las reformas emanaron de un nacionalismo africano profundamente arraigado que da prioridad a las relaciones heterosexuales como parte de una misión redentora panafricana para recuperar la identidad africana perdida tras la colonización¹¹⁶.

38. Las tendencias coloniales de criminalización también influyeron en las políticas de países que no fueron colonizados. Por ejemplo, en el siglo XIX, el Japón y Tailandia enmendaron algunas leyes en un esfuerzo por reflejar los sistemas occidentales y como signo de modernización. En el marco de esos esfuerzos, aprobaron leyes contra las relaciones homosexuales: el Japón las penalizó en el

¹¹⁰ Comunicación de Madison Ali, pág. 4.

¹¹¹ Facultad de Derecho de la Universidad de Miami, “Clinic addresses gender impacts of vagrancy laws”.

¹¹² Comunicación de la Comisión Internacional de Juristas, pág. 7.

¹¹³ James N. Green, “Homosexualidades e a história: recuperando e entendendo o passado”, *Revista Género*, vol. 12, núm. 2 (2012), pág. 68.

¹¹⁴ Human Rights Watch, *This Alien Legacy*, pág. 7.

¹¹⁵ David J. Frank, Steven Boutcher y Bayliss Camp, “The reform of sodomy laws from a world society perspective”, en *Queer Mobilizations: LGBT Activists Confront the Law*, Scott Bailey, Mary Bernstein y Anna-Maria Marshall, eds. (Nueva York, NYU Press, 2009), pág. 130.

¹¹⁶ Basile Ndjio, “Post-colonial histories of sexuality: the political invention of a libidinal African straight”, *Africa: Journal of the International African Institute*, vol. 82, núm. 4 (noviembre de 2012), págs. 609 a 631, pág. 626.

Código Legal Meiji de 1873, mientras que Tailandia (entonces llamada Siam) tomó prestado directamente el artículo 377 del Código Penal indio en su Código Penal de 1908, que prohibió los actos contra la naturaleza humana¹¹⁷.

39. Los efectos de las leyes suntuarias que prohibían el travestismo con la intención de regular las diversas identidades y expresiones de género quedaron plasmados en colonias británicas de todo el mundo, junto con las repercusiones de otras leyes que oprimían a las personas LGBT. Por ejemplo, en 1936 se aprobaron disposiciones penales que prohibían las relaciones homosexuales en los Estados Malayos Federados, tal como figura en el artículo 377 del Código Penal¹¹⁸. El Gobierno de Malasia utiliza esas disposiciones, en combinación con la sharía, para prohibir el travestismo¹¹⁹.

A. Criminalización continuada en contravención de las normas y el derecho internacional de los derechos humanos

40. El titular del mandato ha aportado pruebas de que la criminalización de las relaciones íntimas consentidas entre adultos del mismo sexo y de la diversidad y expresión de género viola las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional, incluido el deber de proteger la libre determinación, la dignidad, la privacidad, la igualdad y la libertad de expresión y de garantizar la no discriminación. La criminalización de las relaciones homosexuales aviva el estigma, legitima los prejuicios y expone a las personas a la violencia familiar e institucional, lo cual acaba dando lugar a abusos contra los derechos humanos como delitos de odio, amenazas de muerte, torturas, el uso de la pena de muerte y ejecuciones extrajudiciales¹²⁰.

41. Un estudio reciente concluyó que las antiguas colonias británicas eran más propensas a perpetuar leyes que penalizaban las relaciones homosexuales que otras antiguas colonias o Estados en general¹²¹. Por ejemplo, Bangladesh, Brunei Darussalam, Gambia, Ghana, Jamaica, Kenya, Malasia, Malawi¹²², Myanmar, Nigeria, el Pakistán, la República Unida de Tanzania, Sudán del Sur, Sri Lanka y Uganda todavía conservan las leyes contra la sodomía promulgadas durante el período colonial¹²³. Además, el derecho penal de países como Dominica, Granada, Guyana, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas aún conserva disposiciones sobre la sodomía y la indecencia que se remontan a la época colonial¹²⁴.

42. El Experto Independiente ha pedido que se deroguen todas las disposiciones de ese tipo como parte de las responsabilidades que incumben a los Estados Miembros de las Naciones Unidas en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.

¹¹⁷ Douglas E. Sanders, “377 and the unnatural afterlife of British colonialism in Asia”, pág. 14.

¹¹⁸ Amnistía Internacional, “Malaysia: end discrimination and backlash against LGBTI people”, 11 de julio de 2018. Disponible en www.amnesty.org/en/documents/asa28/8770/2018/en/; y Human Dignity Trust, “Malaysia”. Disponible en www.humandignitytrust.org/country-profile/malaysia/ (consultado el 31 de mayo de 2023).

¹¹⁹ Amnistía Internacional, “Malaysia: end discrimination and backlash against LGBTI people”.

¹²⁰ A/HRC/38/43, párrs. 20, 52 a 57 y 90.

¹²¹ Enze Han y Joseph O’Mahoney, “British colonialism and the criminalization of homosexuality”, *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 27, núm. 2 (3 de abril de 2014), págs. 268 a 288.

¹²² Adrian Jjuuko y Monica Tabengwa, “Expanded criminalisation of consensual same-sex relations in Africa: contextualising recent developments”, en *Envisioning Global LGBT Human Rights: (Neo)colonialism, Neoliberalism, Resistance and Hope*, Nancy Nicol y otros, eds. (University of London Press, 2018), párrs. 72 y ss., citado en la comunicación de la Universidad de Bayreuth, pág. 2.

¹²³ ILGA World, “Marcos Jurídicos. Criminalización de actos sexuales consensuales”, base de datos. Disponible en <https://database.ilga.org/criminalizacion-actos-sexuales-consensuales>. Para Myanmar, véase la comunicación de ASEAN SOGIE Caucus, pág. 2.

¹²⁴ Comunicación de Human Rights Watch, pág. 1.

En el momento de la redacción del presente informe, todavía 67 países criminalizaban los actos sexuales consentidos entre personas del mismo sexo, a menudo con referencias explícitas a las relaciones sexuales entre hombres¹²⁵, 41 criminalizaban las relaciones sexuales entre mujeres¹²⁶ y 20 penalizaban y perseguían explícitamente a las personas *trans* mediante leyes contra el travestismo, la suplantación de identidad o el uso de disfraces¹²⁷. Esos países están violando inequívocamente el derecho internacional de los derechos humanos.

43. El titular del mandato también ha aportado pruebas sobre los efectos perjudiciales de la criminalización continuada de la orientación sexual y la identidad de género. Según un estudio reciente llevado a cabo en diez países de África Subsahariana, la prevalencia del VIH/sida entre los hombres gais y los hombres que mantienen relaciones sexuales con otros hombres en los países que criminalizan las relaciones homosexuales es cinco veces mayor que en los países donde no existen tales leyes. En los países con enjuiciamientos penales recientes, la prevalencia del VIH/sida es cerca de 12 veces mayor¹²⁸. El impacto de la criminalización se percibe incluso en lugares donde se aplican moratorias *de facto*, ya que las fuerzas del orden utilizan la ley como una herramienta para perseguir, chantajear y acosar a los miembros de la comunidad LGBT. En consecuencia, el mantenimiento de este tipo de leyes fomenta un entorno oculto y nefasto para las personas LGBT y repercute de forma notable en su acceso a los bienes y servicios, el empleo, la educación y la sanidad.

44. La legislación y las costumbres sociales coloniales se encuentran en el origen de aquellos marcos jurídicos actuales que discriminan o persiguen a las personas LGBT. Sin embargo, en el caso de la criminalización continuada que resulta de una reforma legislativa deliberada o negligente (o peor aún, de reformas que rebajan aún más las normas aplicables), la responsabilidad recae en el Estado cuando alcanza el autogobierno, incluso mediante los métodos descritos en el principio VI de los principios que figuran en la resolución 1541 (XV) de la Asamblea General.

45. En los tiempos modernos, hay políticos que han defendido en repetidas ocasiones los vestigios coloniales que penalizan la diversidad de orientación sexual y de identidad de género. En 2015, el entonces Presidente de Zimbabwe, Robert Mugabe, criticó a las naciones occidentales por ejercer presión a favor de los derechos humanos de las personas LGBT porque no encajaban con sus valores, normas, tradiciones y creencias¹²⁹; en 2010, el entonces Primer Ministro de Jamaica, Bruce Golding, declaró que el reconocimiento de los derechos de las personas gais socavaría el tejido básico de una sociedad¹³⁰; y en 2023, el Presidente de Uganda, Yoweri Museveni, trató de enfrentarse con claridad a las naciones occidentales¹³¹ al afirmar que Occidente debería dejar de dar lecciones, al tiempo que firmaba un proyecto de

¹²⁵ Véase <https://lawsandpolicies.unaids.org/summarytables?lan=en>.

¹²⁶ Human Dignity Trust, “Breaking the silence: criminalisation of lesbians and bisexual women and its impacts”, mayo de 2016. Disponible en www.humandignitytrust.org/wp-content/uploads/resources/Breaking-the-Silence-Criminalisation-of-LB-Women-and-its-Impacts-FINAL.pdf.

¹²⁷ Human Dignity Trust, “Map of countries that criminalise LGBT People” (consultado el 10 de julio de 2023); y comunicación del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida, pág. 1.

¹²⁸ Comunicación del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida, pág. 2.

¹²⁹ Rose Troup Buchanan, “Robert Mugabe tells UN General Assembly: ‘We are not gays!’”, *The Independent*, 29 de septiembre de 2015. Disponible en www.independent.co.uk/news/people/robert-mugabe-tells-un-general-assembly-we-are-not-gays-a6671316.html.

¹³⁰ Big Think, “Is Jamaica homophobic?”, video. Disponible en <https://bigthink.com/videos/is-jamaica-homophobic/>.

¹³¹ Comunicación de la Red Mundial Interconfesional de Personas de Todos los Sexos, Orientaciones Sexuales, Identidades y Expresiones de Género, pág. 3.

ley que instituía asesinatos arbitrarios y actos de persecución patrocinados por el Estado¹³². Una de las comunicaciones recibidas señala que los actores antigénero utilizan las expresiones propias de la descolonización de un modo que acaba reforzando las ideologías de la era colonial, durante la cual la noción de jerarquía racial se entrelazaba con las estructuras cisheteronormativas del sistema binario de género, la jerarquía y el modelo de familia nuclear¹³³.

46. La Relatora Especial sobre los derechos culturales ha abordado la cuestión de la instrumentalización del discurso anticolonial para justificar que ciertos grupos queden excluidos del disfrute de sus derechos humanos. En el informe titulado “Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales” (A/73/227), la Relatora Especial señaló que algunos agentes antiderechos han estado utilizando el término “cultura” como “tropo para referirse al relativismo cultural en los debates sobre los derechos humanos” (*ibid.*, párr. 51) y añadió que quienes combatían el colonialismo “luchaban por más libertad, no menos; por más derechos, no menos; por el derecho a ser considerados seres humanos en pie de igualdad y gozar de los mismos derechos, y no por ser considerados intrínsecamente diferentes y gozar de derechos distintos” (*ibid.*, párr. 49). Además, la Relatora indicó que el uso indebido de la historia colonial para “justificar los abusos actuales contra los derechos humanos” era un insulto a la memoria de quienes lucharon contra el colonialismo y solo servía para desvirtuar sus logros (*ibid.*).

47. En la actualidad, algunos países todavía conservan vestigios de instituciones coloniales, como el Comité Judicial Británico del Consejo Privado, que actúa como tribunal de apelación de última instancia en siete países del Caribe, otros tres Estados Miembros de las Naciones Unidas y una serie de territorios de ultramar¹³⁴. El Comité Judicial se considera el último vestigio del colonialismo británico que ostenta poder imperial efectivo y su *ethos* se refleja en una sentencia de 2022 que restringe el disfrute de los derechos de las personas LGBT en Trinidad y Tabago al interpretar de forma conservadora la cláusula general de salvaguardia para no impugnar las leyes coloniales por motivos de inconstitucionalidad¹³⁵. La Corte de Justicia del Caribe ha declarado que una cláusula de salvaguardia similar constituye una restricción inaceptable de las libertades y priva a las personas de forma perpetua de sus derechos fundamentales¹³⁶ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que una cláusula similar niega a los ciudadanos el derecho de exigir protección judicial contra violaciones de los derechos humanos, incluidas las que afectan al derecho a la vida y, por tanto, ha determinado que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³⁷.

B. Armonización de la legislación con las normas y el derecho internacional de los derechos humanos

48. A lo largo del siglo XX se ha avanzado a nivel mundial hacia la despenalización de las relaciones íntimas entre personas del mismo sexo, labor que todavía sigue en curso. Tras la publicación del llamado informe Wolfenden en 1957, Inglaterra y Gales

¹³² CIVICUS, “Commonwealth Africa: LGBTQI+ rights under attack – anti-rights reaction in Ghana, Kenya and Uganda seeks to erase LGBTQI+ people”, CIVICUS Lens, 19 de abril de 2023. Disponible en <https://lens.civicus.org/commonwealth-africa-lgbtqi-rights-under-attack/>.

¹³³ Comunicación del Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, pág. 1.

¹³⁴ Véase www.jcpc.uk/about/role-of-the-jcpc.html#crown_dependencies.

¹³⁵ Otras sentencias de 2022 afectan también a los territorios de ultramar de Bermudas e Islas Caimán. Comunicación de Colours Caribbean, anexo I, pág. 4.

¹³⁶ Véase <https://caribbeanddeathpenaltyresearch.files.wordpress.com/2018/07/full-judgment-2018-ccj-19-aj.pdf>, párrs. 58 y 59.

¹³⁷ Véase www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf, párrs. 79 y 80.

despenalizaron la conducta homosexual consentida en 1967¹³⁸. Diversos países africanos, entre ellos Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Madagascar, Malí, el Níger y la República Centroafricana, alcanzaron la independencia de Francia y aprobaron códigos penales que no criminalizaban las relaciones homosexuales. En general, las antiguas colonias británicas despenalizaron las relaciones homosexuales mucho después que los países que no habían sido colonizados o que aquellos con modelos de colonización diferentes. Hong Kong derogó sus leyes de sodomía en 1991 y la India revocó la disposición sobre sodomía en 2018. A partir de la década de 2010, algunas antiguas colonias como Botswana, Fiji, Lesotho, Seychelles, y Singapur lograron despenalizar las relaciones homosexuales, mientras que Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Saint Kitts y Nevis y Trinidad y Tabago, y en el Caribe, despenalizaron las relaciones íntimas entre personas del mismo sexo entre 2016 y 2022. En ese proceso, la clave del éxito ha sido el pensamiento estratégico a largo plazo de la sociedad civil, así como el papel de los tribunales y los órganos legislativos en la descolonización de sus marcos jurídicos y en la cimentación de las democracias en los derechos humanos.

49. Sudáfrica tras el *apartheid* fue el primer país en prohibir explícitamente la discriminación por motivos de género u orientación sexual en su Constitución¹³⁹, calificada como transformadora por el Tribunal Supremo, según el cual el motivo de tal transformación era garantizar que, mediante el disfrute de los derechos socioeconómicos fundamentales, las personas desfavorecidas a causa de unas condiciones sociales y económicas adversas fuesen más capaces de disfrutar de una vida de dignidad, libertad e igualdad, la cual, en opinión del Tribunal, constituye el núcleo de la democracia constitucional sudafricana¹⁴⁰.

50. En Fiji, tras una sentencia histórica de 2005 en el caso *Nadan and McCoskar v. the State of Fiji*¹⁴¹, donde se interpretó que las leyes de sodomía solo se aplicaban a actos sexuales no consentidos, en 2010 entró en vigor el Decreto sobre Delitos de 2009, ley contra la discriminación que despenalizaba formalmente las relaciones sexuales privadas y consentidas entre personas del mismo sexo¹⁴². En 2015, Fiji amplió aún más sus salvaguardias contra la discriminación mediante su Constitución, que prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o expresión de género¹⁴³.

VI. Prácticas de reparación y compensación

51. En los ámbitos del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos han surgido debates sobre la legalidad y la viabilidad de la reparación por las violaciones manifiestas de los derechos humanos, incluidos el colonialismo y la esclavitud. Desde la perspectiva del análisis jurídico, el deber de proporcionar reparación es la consecuencia de un incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales y tiene tanto una dimensión retrospectiva como una prospectiva, a saber, la cesación y la no repetición¹⁴⁴.

¹³⁸ Véase www.bl.uk/collection-items/wolfenden-report-conclusion.

¹³⁹ Comunicación del Gobierno de Sudáfrica, pág. 3.

¹⁴⁰ Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Road Accident Fund and Another v. Medyide*, caso núm. CCT10/10, sentencia de 30 de septiembre de 2010, párr. 125.

¹⁴¹ Tribunal Supremo de Fiji en Suva, *Nadan and McCoskar v. State of Fiji*, caso núms. HAA0085 y 86.2005, sentencia de 26 de agosto de 2005.

¹⁴² Véase www.humandignitytrust.org/lgbt-the-law/a-history-of-criminalisation/.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Véase https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf.

52. La región del Caribe ha sido una de las más activas defensoras de la justicia reparadora poscolonial. En 2013, los Jefes de Gobierno del Caribe crearon la Comisión de Reparaciones de la Comunidad del Caribe con el mandato de determinar los argumentos morales, éticos y jurídicos para el pago de reparaciones por parte de los Gobiernos de todas las antiguas Potencias coloniales¹⁴⁵. Sin embargo, en un lamentable ejemplo de reiteración de los agravios cometidos contra algunas de las comunidades más afectadas por la legislación colonial y poscolonial, la declaración política resultante ni siquiera mencionaba a las personas afectadas por la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

53. Los Estados deben poner fin a la perpetuación de las violaciones de derechos humanos, como las derivadas de la legislación que penaliza las relaciones íntimas entre personas del mismo sexo o la identidad de género, de conformidad con los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, aprobados por la Asamblea General en su resolución 60/147. El Experto Independiente aplaude a todos los Estados que ya lo han hecho y recuerda las extraordinarias palabras del Tribunal Supremo de la India en el caso *Navtej Singh Johar v. Union of India*¹⁴⁶, que fue célebre por la despenalización de las relaciones íntimas entre personas del mismo sexo en la India:

Hace 158 años, un órgano legislativo colonial tipificó como delito la búsqueda de la plenitud en el amor, incluso de forma consentida, entre adultos del mismo género. La ley les privó de derechos simples que poseen los seres humanos, como el derecho a vivir, amar y emparejarse de un modo conforme a cómo fueron creados por la naturaleza. [...] Ochenta y siete años después de la promulgación de esa ley, la India se ha liberado de su pasado colonial. Pero el legado de Macaulay, el delito tipificado en el artículo 377 del Código Penal, ha seguido existiendo cerca de 68 años tras la aprobación de nuestra Constitución liberal. Las personas gais, lesbianas, transgénero y bisexuales siguen sin poder disfrutar de una ciudadanía verdaderamente igualitaria siete decenios después de la proclamación de la Independencia¹⁴⁷.

[...]

No puede obligarse a los ciudadanos de una democracia a que vivan en la oscuridad a causa de una legislación colonial opresiva¹⁴⁸ [cita traducida].

54. Las disculpas públicas forman parte del elemento de satisfacción de las reparaciones y pretenden contribuir a establecer la verdad. Por ejemplo, el 17 de abril de 2018, la Primera Ministra del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte expresó su profundo pesar por la introducción de legislación discriminatoria en todo el Commonwealth y por el consiguiente legado de discriminación, violencia e incluso muerte que persiste en la actualidad¹⁴⁹. El Experto Independiente valoró encarecidamente esa declaración, por cuanto incluye tanto el reconocimiento de los hechos como la

¹⁴⁵ Comunicación del Programa para el Caribe de Outright International, pág. 6; Comisión de Reparaciones de la Comunidad del Caribe, “About us”. Disponible en <https://caricomreparations.org/about-us/> (consultado el 24 de mayo de 2023).

¹⁴⁶ Tribunal Supremo de la India, *Navtej Singh Johar v. Union of India*, petición de mandamiento judicial (penal) núm. 76 de 2016, sentencia de 6 de septiembre de 2018.

¹⁴⁷ *Ibid.*, págs. 267 y 268.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pág. 337.

¹⁴⁹ Pippa Crerar, “Theresa May says she deeply regrets Britain’s legacy of anti-gay laws”, *The Guardian*, 17 de abril de 2018. Disponible en www.theguardian.com/world/2018/apr/17/theresa-may-deeply-regrets-britain-legacy-anti-gay-laws-commonwealth-nations-urged-overhaul-legislation.

aceptación de responsabilidades (A/HRC/38/43, párr. 76); está convencido de que ha constituido un valioso paso en el proceso de erradicación de la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, como demuestra la alusión a la disculpa por parte de la jueza Indu Malhotra en el caso *Navtej Singh Johar*¹⁵⁰.

55. La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición de Colombia constituye un ejemplo de buenas prácticas. En su informe de 2022, concedió gran importancia a la valoración del pasado colonial y realizó un análisis detallado de sus consecuencias en relación con la violencia y discriminación desproporcionadas que padecieron las personas LGBT durante el conflicto armado; además, recomendó, como parte de una extensa serie de medidas de reparación, que los funcionarios estatales llevaran a cabo actos de reconocimiento de la violencia histórica padecida por las personas LGBT¹⁵¹. Se pueden llevar a cabo ejercicios similares en todas las latitudes, siempre que exista una voluntad política sincera. Los estudios sobre los actos de reconciliación en Australia, los Estados Unidos de América y Nueva Zelandia han demostrado que los eventos de descolonización más eficaces surgen de campañas populares encabezadas por indígenas, funcionan bien en distintas culturas y conllevan un elemento de riesgo, ya que reconocen plenamente las atrocidades históricas¹⁵².

56. En su recomendación general núm. 39 (2022), relativa a los derechos de las mujeres y niñas indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló que las mujeres y las niñas indígenas que son lesbianas, bisexuales, trans e intersexuales se enfrentan habitualmente a formas interseccionales de discriminación debido a sus identidades, incluso a causa del legado del colonialismo. El Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, en su informe titulado “La urgencia del ahora: el racismo sistémico y las oportunidades de 2021” (A/76/302, párr. 93), también ha recomendado como punto de partida para la reflexión sobre las reparaciones un examen de los archivos sobre la trata de esclavos, la esclavitud y la colonización para determinar los vínculos entre el colonialismo, el racismo sistémico y ciertos retos a los que se enfrentan las personas afrodescendientes, como una mayor vulnerabilidad a la pobreza, la desigualdad económica y los daños ambientales. En una de las comunicaciones recibidas se afirma que la justicia reparadora se centra principalmente en las desigualdades raciales que existen en países que estuvieron colonizados como legado duradero del colonialismo¹⁵³.

57. En varias comunicaciones se pide un análisis detallado y una reflexión sobre la responsabilidad internacional resultante de las leyes criminalizadoras y los marcos constitucionales actuales que, como en el Caribe, impiden el escrutinio judicial¹⁵⁴, incluidas las dimensiones resultantes del marco establecido en el Capítulo IX de la Carta de las Naciones Unidas. El Experto Independiente recomienda que se lleve a cabo ese estudio, al tiempo que señala la necesidad de adoptar algunas medidas de forma inmediata; en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, no existe justificación alguna para que se mantenga la criminalización de las relaciones íntimas entre personas del mismo sexo ni de la diversidad de género.

¹⁵⁰ *Navtej Singh Johar v. Union of India*, pág. 452.

¹⁵¹ Véase <http://comisiondelaverdad.co/mujeres-y-personas-lgbtq>.

¹⁵² Alexandra Roginski, “‘Settler Colonialism and (Re)conciliation: frontier Violence, Affective Performances and Imaginative Refoundings’ by Penelope Edmonds” (reseña del libro), *Aboriginal History Journal*, vol. 41 (2017), pág. 180. Disponible en <https://press-files.anu.edu.au/downloads/press/n4117/pdf/book.pdf#page=201>.

¹⁵³ Comunicación de la Universidad de Pretoria, pág. 7.

¹⁵⁴ Comunicación de Colours Caribbean, anexo I, pág. 7.

58. En mayo de 2023, el Experto Independiente esbozó otras medidas cuando se sumó a otros 60 mecanismos de las Naciones Unidas de lucha contra el racismo y a expertos mundiales y regionales en derechos humanos para pedir a los Estados que adopten un enfoque interseccional y no binario de las políticas públicas que aborde las necesidades de la población LGBT y que incorporen a dicho colectivo en la elaboración de las políticas que le afectan. Esto incluye, allí donde la seguridad esté garantizada, la recopilación de datos desglosados que tengan en cuenta la raza, etnia y condición social declaradas, la adquisición de una comprensión más amplia y auténtica sobre la intersección del racismo y la fobia contra las personas LGBT, la subsanación de las desigualdades raciales y étnicas en el acceso a los bienes, instalaciones y servicios para el colectivo LGBT y las personas de género diverso, y la comprensión de la repercusión y el legado del colonialismo en relación con las desigualdades dentro de los países y entre ellos, con la construcción nacional y con la exclusión de esas poblaciones¹⁵⁵.

59. En diversas comunicaciones recibidas por el Experto Independiente se señaló que adoptar un enfoque basado en la definición de los desafíos afrontados por las poblaciones clave en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible podría ser una manera técnica y despolitizada de combatir la discriminación de las minorías sexuales y de género. Además, se indicó que, desde una perspectiva interseccional, el uso adaptativo de marcos como la Declaración y el Programa de Acción de Durban puede abordar de manera sustancial la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. En palabras de un erudito: “el género influye en la discapacidad, la discapacidad está interconectada con la clase social, la clase social tensiona los abusos, los abusos se entrelazan con la orientación sexual y la orientación sexual se superpone a la raza, todo lo cual se acumula en un único cuerpo humano” (A/HRC/47/28, párr. 15)¹⁵⁶.

60. En el presente análisis, resulta importante tener en cuenta las expresiones empleadas en relación con los derechos en el contexto de la orientación sexual y la identidad de género, que suelen reconocerse a nivel universal aplicando normas occidentales, en particular la sigla LGBT y algunas de sus variantes¹⁵⁷. Por ejemplo, las imágenes occidentalizadas que universalizan “el armario” como un sistema de opresión por motivos de orientación sexual y de identidad de género difícilmente pueden representar a las comunidades del mundo que viven en la pobreza o sin un hogar, inclusive en el Norte Global. Las metas coloniales de “civilización” no deberían tener cabida si tenemos en cuenta el objetivo común de garantizar que todo ser humano disfrute de una vida sin violencia ni discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Esto implica resistirse de forma activa a las visiones que encasillan el Oeste o Norte Global como un arquetipo de progreso inevitable y el Este o Sur Global como una región rezagada¹⁵⁸, lo cual está directamente relacionado con la crítica de que los marcos de derechos humanos pueden, aunque resulte contradictorio, intensificar las desigualdades¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los Estados deben hacer frente al racismo y la estigmatización del colectivo LGBT”, declaración pública, 16 de mayo de 2023. Disponible en www.ohchr.org/es/statements-and-speeches/2023/05/states-must-tackle-racism-and-stigma-against-lgbt-persons.

¹⁵⁶ Eli Clare, *Exile and Pride: Disability, Queerness, and Liberation* (Cambridge, South End Press, 1999), pág. 123.

¹⁵⁷ Stewart Chang, “The postcolonial problem for global gay rights”, *Boston University International Law Journal*, vol. 32, núm. 309 (2014).

¹⁵⁸ Katherine M. Franke, “Dating the State: the moral hazards of winning gay rights”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 49, núm. 1 (otoño de 2012).

¹⁵⁹ Ratna Kapur, *Gender, Alterity and Human Rights: Freedom in a Fishbowl* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018).

61. En el contexto de las identidades de género, se ha considerado que el uso de los discursos sobre derechos humanos para conceder derechos a las personas de género diverso limita la diversidad a identidades que son aceptables para el Estado y legalmente legibles, lo cual ocasiona una mayor marginación e invisibiliza a otras identidades diversas¹⁶⁰. Para combatir la socialización de las costumbres coloniales relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, es imprescindible adoptar perspectivas interseccionales que tengan en cuenta la raza, la situación migratoria, la casta, la religión y la condición indígena, entre otras cosas, para comprender de forma holística las repercusiones del capitalismo colonial y de los marcos jurídicos coloniales en las salvaguardias que protegen contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

VII. Conclusiones y recomendaciones

62. **La diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género ha existido en todas partes y a lo largo de toda la historia. La mayoría de los proyectos coloniales regulaban la sexualidad y el género como parte de su empeño general por dominar pueblos y territorios, y los procesos de colonización son responsables de diversas formas de violencia y discriminación contra las personas LGBT.**

63. **La opresión colonial, inextricablemente vinculada al capitalismo colonial, impuso sistemas para categorizar, jerarquizar y dominar con el fin de ejercer un estricto control sobre las personas colonizadas. Para ello se recurría a la conversión a las instituciones religiosas del colonizador, se imponía un binarismo de género rígido a las personas colonizadas y se criminalizaba la falta de conformidad sexual o de género. Los proyectos coloniales lograron, en particular, concretar estrategias políticas como la homofobia política y la imposición de visiones heteronormativas racializadas de la orientación sexual y la identidad de género, a menudo reguladas mediante leyes que, explícita o implícitamente, regulaban la conducta sexual y las expresiones de la identidad de género. Dichas leyes constituían la base de complejos sistemas de socialización que incluían la labor policial, la medicina, la literatura y la educación.**

64. **Un gran número de Estados han avanzado en la deconstrucción de los marcos basándose en las normas internacionales de derechos humanos, en particular mediante la despenalización; algunos han consagrado en sus constituciones salvaguardias contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, mientras que otros han mantenido o afianzado la legislación de la época colonial. No existe justificación alguna para seguir impidiendo que algunas personas, comunidades y poblaciones disfruten de forma plena de sus derechos humanos a causa de su orientación sexual o identidad de género, y el análisis de los obstáculos coloniales debería considerarse parte integrante de la meta global de descolonización, uno de los objetivos clave de las Naciones Unidas.**

65. **El Experto Independiente recomienda que los Estados:**

a) **Deroguen o reformen las leyes, políticas y prácticas que penalizan las relaciones íntimas consentidas entre personas del mismo sexo, así como la identidad y expresión de género. La reforma legislativa debe llevarse a cabo de forma eficaz y ha de regirse por el derecho internacional de los derechos humanos. Los Estados deberían hacer balance de otras leyes, políticas y prácticas**

¹⁶⁰ Dipika Jain y Debanuj DasGupta, “Law, gender identity, and the uses of human rights: the paradox of recognition in South Asia”, *Journal of Human Rights*, vol. 20, núm. 1 (2021), págs. 110 a 126.

que puedan tener un impacto negativo en las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, como las leyes sobre el vagabundo, la decencia pública o la moralidad;

b) Eliminen las barreras estructurales para el acceso a la justicia, como las cláusulas de salvaguardia existentes en la legislación de diversos países del Caribe, que constituyen un obstáculo para acceder a la justicia en casos de violaciones de los derechos humanos;

c) Aprueben marcos de leyes y políticas eficaces para el reconocimiento jurídico de la identidad de género empleando las mejores prácticas en materia de autoidentificación y libre determinación;

d) Adopten medidas de acción afirmativa contra la discriminación, incluidas leyes, políticas y otras acciones pertinentes que adopten un enfoque basado en los derechos humanos, y que apliquen tales medidas en los sectores de la salud, la educación, el empleo y la vivienda, así como con respecto a la participación política;

e) Tomen medidas efectivas para que las personas LGBT y otras personas de género diverso tengan acceso a asistencia sanitaria universal, gratuita o asequible, a tratamientos de afirmación de género y a atención sanitaria sexual y reproductiva;

f) Aprueben salvaguardias afirmativas y legislación contra la discriminación para poner fin a las prácticas de conversión de las personas LGBT y de otras personas de género diverso;

g) Emprendan una reforma legal que permita la participación plena y pública de las personas LGBT y de otras personas de género diverso en todas las esferas de la vida social, inclusive mediante el reconocimiento de los derechos humanos de las personas pertenecientes a estructuras familiares no heteronormativas;

h) Cultiven espacios y promuevan la investigación para un estudio exhaustivo y una reflexión sobre la responsabilidad internacional derivada de las leyes que penalizan la diversidad en la orientación sexual y la identidad de género; esto incluiría valorar la manera en que la eliminación del colonialismo, uno de los principales objetivos de las Naciones Unidas, y los marcos institucionales y jurídicos para la descolonización establecidos por los Estados Miembros pueden contribuir a facilitar el pleno disfrute de los derechos humanos por parte de las personas LGBTI y de otras personas de género diverso;

i) Apliquen enfoques interseccionales y no binarios a las políticas públicas que abordan las necesidades de las personas LGBTI y de otras personas de género diverso en toda su diversidad y las hagan partícipes en la elaboración de las políticas pertinentes. Cuando la seguridad de los datos esté garantizada, esto incluye recopilar datos desglosados que tengan en cuenta la raza, etnia y condición social declaradas, así como comprender el impacto colonial y el legado de las desigualdades dentro de los países y entre ellos, la construcción nacional y la exclusión de poblaciones;

j) Descolonicen e indigenicen las clasificaciones que se utilizan para definir y organizar la diversidad sexual y de género creando un espacio que permita la aparición de términos lingüísticos específicos desde el punto de vista geográfico y cultural que encarnen fuertes contextos culturales y estén más conectados con la experiencia vivida por las personas de género y sexualidad diversos; y que propicien un espacio en la escena internacional para el desarrollo, el refuerzo y la promoción de los derechos humanos relacionados con la

diversidad de género y sexualidad de los indígenas, entre otras cosas mediante el apoyo de la interpretación inclusiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;

k) Lleven a cabo campañas de sensibilización y concienciación para el público general, los periodistas, los funcionarios públicos, el poder judicial, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los profesionales médicos con el fin de promover el respeto de la diversidad, incluida la identidad de género y la orientación sexual;

l) Participen en actividades de cooperación y alianzas internacionales para intercambiar buenas prácticas, conocimientos y recursos sobre la forma de abordar la discriminación y la violencia por motivos de orientación sexual e identidad de género.
