



OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPEEN DES DROIT DE L'HOMME N. 3/2020

2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI

A partir de 1979, fecha del formal establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), este Tribunal ha servido a los propósitos anunciados por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948 - primer instrumento supranacional que reconoce al ser humano como sujeto del Derecho Internacional, anterior a la Declaración Universal del mismo año -, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de 1969. En este desempeño, el Tribunal regional ha generado una jurisprudencia relevante, que se expresa en opiniones consultivas, sentencias sobre litigios (casos contenciosos) y otras resoluciones jurisdiccionales (medidas provisionales y ejecución de sentencias). En esta forma contribuye, como lo propusieron sus fundadores, a la tutela internacional de los derechos humanos y a la construcción del *ius commune* de su materia en el Continente Americano.

Conviene recordar que la Corte Interamericana y diversos ordenamientos internos y resoluciones de altas Cortes Nacionales han afirmado el carácter vinculante de las decisiones de aquel tribunal, adoptadas en el ejercicio de las facultades de interpretación y aplicación que le confieren la Convención Americana y otros pactos de la región. En este sentido, el alcance de las normas contenidas en la CADH se establece a partir de los términos estrictos de la propia Convención y de la interpretación aportada por la Corte Interamericana. Sus decisiones tienen efecto de «cosa interpretada», como señala un sector de la doctrina. Esto apareja efectos *inter partes* para los contendientes en un litigio y *erga omnes* para los Estados parte en los instrumentos sujetos a la interpretación de la CorteIDH.

La jurisprudencia transformadora del Tribunal mencionado abarca diversos extremos y ha tenido creciente trascendencia en los Estados americanos, sobre todo en los que han reconocido la competencia contenciosa del Tribunal. En una primera etapa, consideró cuestiones de gran alcance en la definición del orden jurídico interamericano - principalmente a través de opiniones consultivas, en las que se halla un buen cimiento de la jurisprudencia -, y posteriormente abordó temas relacionados con violaciones graves a los derechos humanos: desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, tortura, detenciones arbitrarias y quebranto del acceso a la justicia. A esos temas se agregan hoy varias cuestiones que caracterizan a la más reciente jurisprudencia del Tribunal regional. Ésta se despliega en favor de los derechos y las libertades básicas de personas generalmente

sustraídas al imperio efectivo de los derechos humanos - los «vulnerables» -, y se manifiesta en la aplicación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En el curso de los años, la jurisdicción interamericana ha forjado una jurisprudencia relevante que acredita la «vocación transformadora» de la Corte Interamericana. En alguna ocasión hemos señalado que las «joyas de la corona» de esa jurisprudencia se hallan en el régimen de reparaciones (con muy amplio alcance: desde indemnizaciones compensatorias hasta reparación integral, que es el signo rector de la jurisprudencia) y en la atención a personas en situación de vulnerabilidad, tema desarrollado igualmente en instrumentos relevantes del ámbito americano, como las 100 Reglas de Brasilia y el protocolo de Santiago de Chile sobre acceso a la justicia.

En el examen de los temas que plantea la evidente vulnerabilidad de un gran número de habitantes de la región americana, la CorteIDH ha emitido decisiones importantes acerca de los derechos de mujeres, los indígenas, los niños y adolescentes, los migrantes y desplazados, las personas en condiciones de pobreza, las personas que presentan diversas formas de discapacidad y los sujetos privados de libertad. En los años recientes aparecieron otros temas que también han suscitado la reflexión del Tribunal, expuesta en un apreciable conjunto de opiniones y sentencias. Esta es una vertiente de especial importancia en la jurisprudencia de la última etapa. A ese conjunto de temas asociados con la vulnerabilidad concurren ahora las decisiones adoptadas a propósito de periodistas y defensores de derechos humanos, así como las relativas a quienes forman parte del conjunto abarcado bajo las siglas LGBTI.

A estos últimos se refiere la nota que ahora ofrecemos al Observatorio, en la que se detalla -hasta donde lo permite la extensión asignada a estas colaboraciones - el curso de la jurisprudencia interamericana encaminada a la tutela de personas cuyos derechos han sido gravemente vulnerados al amparo de una cultura opresiva que apenas comienza a ceder, en medio de resistencias muy fuertes y frecuentes contratiempos. En esta mudanza indispensable ha incidido la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de los criterios contenidos en las opiniones consultivas y las sentencias que mencionaremos en seguida, siguiendo un orden cronológico que permita conocer el desarrollo de la jurisprudencia. En ésta se cuenta con varias sentencias y una opinión consultiva, aun cuando también es posible y pertinente tomar en cuenta orientaciones contenidas en otras sentencias y opiniones que pueden incidir en la materia que ahora nos ocupa.

1. Caso Atala Riffo vs. Chile (24 de febrero de 2012): custodia de menores de edad

La señora Karen Atala Riffo fue privada del ejercicio de la tutela de sus tres hijas, mediante juicio promovido por su excónyuge. La Corte Suprema de Chile resolvió que los jueces que previamente fallaron en favor de la señora Atala Riffo, otorgándole la tutela, desatendieron el interés superior de las niñas. Consideraron que la lesión a este interés derivó del contexto en que se desarrollaba la vida de la madre, quien es lesbiana y convivía en la misma casa con su pareja y con sus hijas. La señora Atala sufrió discriminación en el proceso ante el alto Tribunal chileno, en virtud de que éste puso el mayor énfasis en la orientación sexual de la señora Atala. En dicho proceso no fueron probados los daños o el riesgo que la situación familiar descrita hubiera causado a las menores de edad. Además, la víctima se vio afectada por un proceso disciplinario seguido en su contra desde el Poder

Judicial, también a causa de su orientación sexual.

Pese a que el artículo 1.1 de la Convención Americana, precepto relativo al principio de no discriminación, no menciona expresamente la orientación sexual de las personas entre los medios de discriminación, se entiende que aquélla queda abarcada por la enfática expresión que prohíbe la discriminación por cualquier «otra condición social». En consecuencia, la CADH proscribiera cualesquiera normas o prácticas, tanto de autoridades como de particulares, que puedan restringir o suprimir los derechos de una persona con base en su orientación sexual.

En este caso, la CorteIDH fijó estándares destacados sobre el alcance del interés superior del niño. Dejó establecido que para disponer el cuidado y la custodia de los menores de edad se deberá evaluar el comportamiento específico de los padres y el impacto negativo que pudiera tener en el desarrollo del pupilo, es decir, los riesgos reales y probados, pero nunca peligros hipotéticos o imaginarios. El Tribunal desechó la invocación de estereotipos y consideraciones prejuiciosas generalizadas con respecto a los padres y las preferencias culturales vinculadas a ciertas concepciones tradicionales acerca de la familia.

El Tribunal fue más allá en la interpretación de este principio, entendiendo que el posible estigma social o riesgo de daño a los menores derivado de la orientación sexual de sus padres, no probado en el caso particular, no justifica la perpetuación del trato discriminatorio ni impide que la persona desarrolle su vida conforme a las opciones que elija libremente.

Por otro lado, la Corte consideró que la orientación sexual y su ejercicio son aspectos relevantes de la vida privada, asociados al concepto de libertad y a la facultad de autodeterminación, que implica elegir el curso de la existencia al amparo de las convicciones del individuo. «La vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de intimidad». En virtud de que la orientación sexual es un componente esencial de la identidad de una persona, no es razonable que se le exija inhibir, en ese ámbito, su proyecto de vida y familia.

En lo que respecta al procedimiento disciplinario seguido en contra de la señora Atala, la Corte mencionó que la orientación sexual y su ejercicio no pueden constituir, en ningún supuesto, el fundamento de un procedimiento de ese carácter, pues no existe relación alguna entre la orientación sexual y el buen desempeño profesional de la persona. Sostener lo contrario implica injerencia indebida en la vida privada.

2. *Caso Duque vs. Colombia (26 de febrero de 2016): derecho a la pensión*

En 2002, una persona homosexual con VIH/SIDA solicitó a las autoridades competentes el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia a raíz del fallecimiento de su pareja. Las autoridades requeridas rechazaron la petición aduciendo que conforme a la ley vigente en ese momento el acceso a la pensión de sobrevivencia correspondía solamente a la última persona del sexo opuesto al de la solicitante que hubiera sostenido vida marital con el causante. El señor Duque interpuso acción de tutela ante los tribunales internos para exigir la protección de sus derechos fundamentales. En dos instancias se declaró improcedente su demanda.

La CorteIDH sostuvo que el Estado no había ofrecido una justificación objetiva y razonable acerca de la restricción de acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual del sujeto. La diferencia que hace la ley interna con fundamento en dicha orientación es discriminatoria y viola el principio de igualdad ante la ley contenido en el artículo 24 de la CADH. En consecuencia, la aplicación de esa ley por parte de las autoridades administrativa y judicial afectó el derecho del señor Duque.

3. Caso Flor Freire vs. Ecuador (31 de agosto de 2016): separación de las Fuerzas Armadas en virtud de la percepción sobre la orientación sexual de una persona

El señor Homero Flor Freire fue separado de la Fuerza Terrestre de su país debido a la percepción existente sobre su orientación sexual. Esta decisión se fundó en el entonces vigente Reglamento de Disciplina Nacional, que sancionaba con esa medida los actos sexuales con personas del mismo sexo, no así las relaciones heterosexuales. La Corte Interamericana observó que el señor Flor Freire negó haber tenido un acto sexual con otro hombre y afirmó que no se identificaba como homosexual. La Corte sostuvo que la identificación de la orientación sexual de una persona corresponde a ésta.

Es posible que un individuo sea víctima de discriminación con motivo de la percepción que se tenga sobre su orientación sexual, independientemente de que esa percepción corresponda o no a la realidad y coincida o no con la autoidentificación de la víctima. Esta forma de discriminación impide o cancela el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos humanos, sin atender a la autoidentificación que haga la propia víctima sobre su orientación sexual. La CorteIDH señaló que las normas aplicables a las personas homosexuales sirven al objetivo de excluirlas de la milicia. El artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar de Ecuador produce esta consecuencia en tanto sanciona los “actos de homosexualidad dentro o fuera del servicio”, expresión que abarca cualquier conducta del sujeto e impide su inclusión en las fuerzas armadas.

4. Opinión Consultiva no. 24 (24 de noviembre de 2017): identidad de género, cambio de nombre y derechos derivados del vínculo entre personas del mismo sexo

El 18 de mayo de 2016, Costa Rica presentó a la CorteIDH una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y el alcance de los artículos 11.2 (vida privada y familia), 18 (nombre) y 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1 (respeto y garantía de derechos sin discriminación). Las preguntas formuladas por el Estado se refirieron a la identidad de género, el cambio de nombre y los derechos derivados del vínculo existente entre personas del mismo sexo.

En esta oportunidad, la Corte Interamericana reiteró que la identidad de género y la orientación sexual son categorías protegidas por el artículo 1.1 CADH frente a cualesquiera formas de discriminación. El pronunciamiento del Tribunal incorporó el principio pro persona en la interpretación de ese precepto e incluyó la expresión de género. Así, este reconocimiento se asocia a la concepción de que el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción de identidad basada en la decisión libre y autónoma de la persona, no en su condición orgánica. Prevalece la consideración

psicosocial acerca del género sobre el dato morfológico del sexo.

Con sustento en lo anterior, la persona puede elegir y cambiar su nombre libremente, en concordancia con la autopercepción de su identidad. De no ser así, el sujeto perdería total o parcialmente la titularidad de los derechos mencionados, que no se le reconocerían de conformidad con la identidad que elija. En suma, se menoscabarían los derechos a la personalidad jurídica y a la identidad de género. Por lo tanto, el Estado debe garantizar a cualquier persona la facultad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad, como la imagen o la referencia al sexo o al género, sin obstáculos por parte del Estado o de otros sujetos. Asimismo, el Estado debe garantizar al sujeto el ejercicio de derechos y la adquisición y el cumplimiento de deberes con base en la identidad que aquél resuelva, sin verse obligado a «detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional». Estos criterios son aplicables a niñas y niños, de acuerdo con las medidas especiales de protección que se les brinden.

Por lo que toca a la unión entre personas del mismo sexo, la CorteIDH consideró que no tiene sentido crear bajo un nombre específico una institución de la que deriven los mismos efectos que produce el matrimonio. La construcción de esa figura específica implicaría diferencias estigmatizantes o señales de subestimación. En esta forma “existiría un matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados ‘normales’ en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados ‘anormales’ según el mencionado estereotipo”. No es admisible la existencia de dos clases de unión para reconocer jurídicamente las convivencias heterosexual y homosexual de las personas, en forma discriminatoria y, por lo tanto, inconvencional.

5. Caso Ramírez Escobar vs. Guatemala (9 de marzo de 2018): discriminación por orientación sexual que incide en los derechos de menores de edad

Los hermanos Osmín Tobar y J.R., de 7 y 2 años de edad, respectivamente, fueron separados de su familia a través de una adopción internacional irregular. En este procedimiento se declaró que los padres habían abandonado a los niños, sin que esa declaración se ajustara al debido proceso y a los estándares internacionales aplicables. No se valoró el asunto desde la perspectiva del interés superior del niño. Los menores de edad fueron entregados en adopción a dos familias diferentes en los Estados Unidos de América. En este caso se atribuyó a las autoridades judiciales haber incurrido en discriminación al adoptar su decisión por motivos socioeconómicos y estereotipos de género en agravio de los padres de los niños, y por tomar en cuenta la orientación sexual de la abuela materna de éstos.

La decisión judicial que declaró a los niños en estado de abandono careció de motivación adecuada. Sostuvo que ningún miembro de la familia de los hermanos Ramírez reunía condiciones idóneas para brindar protección a éstos, además de aducir la orientación sexual de la abuela. La Corte Interamericana reiteró que esta consideración no puede sustentar una decisión judicial cuando se trata de resolver la custodia de un menor de edad.

Son inadmisibles, a este respecto, los argumentos basados en estereotipos sobre orientación sexual a propósito de los atributos, características y conductas atribuibles a las personas homosexuales y el impacto que aquéllos pueden tener en la observancia del interés superior del niño. De esta suerte se condenó la discriminación de la que fueron víctimas Osmin Tobar y su abuela materna.

6. *Caso Azul Rojas Marín vs. Perú (20 de marzo de 2020): crímenes de odio contra personas trans*

En este caso se analizaron hechos de tortura, detención ilegal, violación sexual, discriminación por orientación sexual y afectación a la protección y a las garantías judiciales en agravio de la señora Azul Rojas Marín, mujer trans que en el momento de esos hechos se identificaba como hombre homosexual. La señora Azul fue detenida y trasladada por agentes judiciales a una oficina de la policía, donde fue víctima de golpes, insultos y tortura sexual. La investigación de estos hechos fue sobreesída y archivada. Este pronunciamiento es particularmente relevante, ya que se trata del primer caso conocido por la CorteIDH que se refiere a actos de violencia contra una persona integrante de este grupo social e identificada como trans.

El Tribunal interamericano consideró que la violación de la víctima y los comentarios expresados acerca de su orientación sexual tuvieron una clara finalidad discriminatoria, porque implicaron el ejercicio de violencia a partir de un prejuicio y constituyeron un acto de tortura por agentes judiciales. En tal virtud, la CorteIDH emitió un criterio único y muy avanzado en la historia de su jurisprudencia: «el caso resulta encuadrable en lo que considera un ‘delito de odio’ o ‘*hate crime*’, pues es claro que la agresión a la víctima estuvo motivada en su orientación sexual, o sea que este delito no sólo lesionó los bienes jurídicos de Azul Rojas Marín, sino que también fue un mensaje a todas las personas LGBTI, como amenaza a la libertad y dignidad de todo este grupo social».

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ*

ERÉNDIRA NOHEMÍ RAMOS VÁZQUEZ**

* Dr. Sergio García Ramírez, Profesor Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México.

** Mtra. Eréndira Nohemí Ramos Vázquez, Abogada en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)