



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



PROTOCOLO DE ACTUACIÓN

PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN
LA ORIENTACIÓN SEXUAL O LA IDENTIDAD DE GÉNERO





— PROTOCOLO DE ACTUACIÓN —

PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN
LA ORIENTACIÓN SEXUAL O LA IDENTIDAD DE GÉNERO



AGRADECIMIENTOS

El presente Protocolo fue realizado con la colaboración de Estefanía Vela Barba, abogada responsable del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del CIDE.

Se agradece a la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, Relatoría para Personas LGBTI, por sus comentarios al contenido de este Protocolo. De igual modo, se extiende un agradecimiento a Amelia Guadalupe Ojeda Sosa y a Jaime López Vela, por su apoyo durante el proceso de elaboración de este documento.

CRÉDITOS FOTOGRÁFICOS DE PORTADA E INTERIORES:

Antonio Saavedra Rodríguez, Paulette González Muñoz, Genaro Lozano y Acervo Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres, CLADEM México.

SEGUNDA EDICIÓN: **NOVIEMBRE 2015**

ISBN: **978-607-468-841-2**

D.R. © 2015, por esta edición:

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Pino Suárez 2, Col. Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

www.supremacorte.gob.mx

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, incluido el diseño tipográfico y de portada, en ninguna forma ni por medio, sea mecánico fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de los titulares de los derechos patrimoniales.

Hecho en México / Printed in Mexico

Impresor Responsable: Digitalizaciones Mexicanas, S. de R.L. de C.V., con domicilio en Calle 5 No. 1364, Zona Industrial, Guadalajara, Jalisco.

Contenido

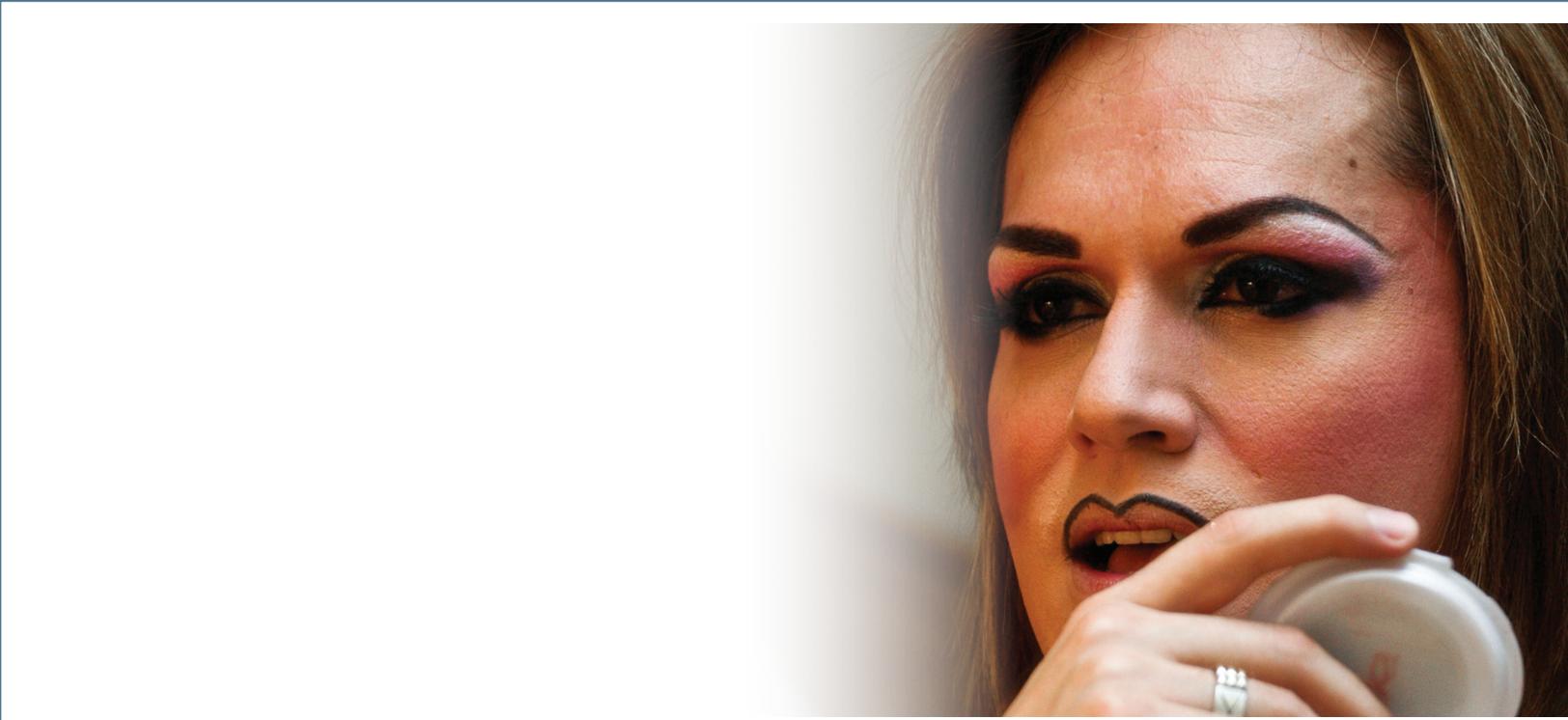
1. Sobre el Protocolo	5
1.1. Presentación y justificación	7
1.2. Marco conceptual y jurídico	12
1.2.1. Terminología y conceptos básicos	12
1.2.2. Estereotipos más comunes sobre las personas LGBT	17
1.2.3. Consideraciones generales para los y las juzgadoras	27
1.2.4. Marco jurídico	30
2. Presupuestos y derechos transversales: herramientas jurisdiccionales básicas	33
2.1. El libre desarrollo de la personalidad	35
2.2. El derecho a la igualdad y no discriminación	38
3. Consideraciones para quien imparte justicia	49
3.1. El sexo registral y la identidad de género	51
3.2. La vida familiar	59
3.3. El trabajo	79
3.4. Las detenciones arbitrarias	88
3.5. La violencia y el acceso a la justicia	93
3.6. La salud	104
3.7. La libertad de expresión y asociación	112
3.8. La educación	117
4. Expectativas de aplicación del protocolo	121
5. Bibliografía	125



Capítulo

1.

SOBRE EL PROTOCOLO





1.1. Presentación y Justificación

Presentación

La orientación sexual y la identidad de género son características que conforman algunos de los aspectos más esenciales de la vida de una persona. A pesar de ello, a lo largo de la historia ambas han sido motivo para llevar a cabo actos de discriminación y otras violaciones a los derechos humanos. Este Protocolo para la Impartición de Justicia en casos que involucren la Orientación Sexual o la Identidad de Género emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) busca auxiliar a los y las juzgadoras en torno a la resolución de asuntos en los que se afecten los derechos de las personas por tales motivos.¹

Las personas que por lo general han visto violentados sus derechos por estas razones son las Lesbianas, los Gays, los y las Bisexuales, las personas Trans y las personas Intersex (LGBTI).² Este Protocolo se concentra en las situaciones que les afectan y las violaciones que les impactan.

En palabras de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Alta Comisionada), Navi Pillay: “a final de cuentas, la homofobia y la transfobia no son diferentes al sexismo, la misoginia, el racismo o la xenofobia, pero mientras estas últimas formas de prejuicio son condenadas de forma universal por los gobiernos, la homofobia y la transfobia son en demasiadas ocasiones dejadas de lado”.³

Asumiendo la importancia que tiene el Poder Judicial en la protección de los derechos de las personas, es que se ha estimado fundamental la realización de este Protocolo como una medida que busca promover el acceso al ejercicio de los derechos de las personas LGBT y combatir la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

El objetivo del Protocolo consiste, bajo el principio de máximo respeto a la autonomía e independencia de los y las juzgadoras, en auxiliarlos a cumplir el mandato constitucional en materia de derechos humanos, el cual plantea grandes retos para el Poder Judicial en relación con sus deberes de respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos de todas las personas.

¹ Tribunales mexicanos han utilizado los términos "preferencias sexuales", contenido en el artículo 1 de la Constitución, y "orientación sexual", de manera indistinta para referirse a ésta última. En atención a lo anterior, y a su mayor aceptación a nivel internacional, el presente Protocolo utiliza el término "orientación sexual".

² A pesar de que el Protocolo retoma algunas situaciones que afectan a las personas intersex, por ejemplo en el apartado relativo al sexo registral y la identidad de género, el documento de ahora en adelante utilizará las siglas LGBT, siguiendo a la Organización de las Naciones Unidas. Ello, debido a que la mayoría de las situaciones que analiza el Protocolo se refieren a violaciones que sufren las personas LGBT a sus derechos. Esto no quiere decir que se descalifique o desconozca el uso de las siglas LGBTI por organismos internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o por organizaciones de la sociedad civil; simplemente se busca reflejar de manera más precisa el contenido del mismo Protocolo.

³ Navi, Pillay, "¿Crees que a todos se nos trata con igualdad? Plantéatelo de nuevo.", traducción propia del video, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <https://www.unfe.org/es/actions/pillay_homophobia>. La última actualización de los enlaces a documentos electrónicos se realizó el 18 de junio de 2014.

El Protocolo recoge estándares obligatorios, y sin ser vinculante en sí mismo, es un documento para conocer la situación que viven las personas LGBT en México, las distintas violaciones a sus derechos, así como las herramientas que pueden utilizarse para protegerlas frente a violaciones de sus derechos.⁴ A través de estos contenidos, la SCJN busca auxiliar a los y las juzgadoras, a efecto de que el Poder Judicial de nuestro país se una al llamado de la Alta Comisionada y se reafirme que en la búsqueda por la igualdad “el prejuicio y la intolerancia no son competencia para la información y la educación”, y que se trabaje por una igualdad de derechos para todas las personas.⁵

El Protocolo está desarrollado en cuatro secciones. La primera contiene la presentación, la justificación a partir de la situación general que enfrentan las personas LGBT en México y el mundo, así como el marco conceptual y jurídico. Este marco explica los principales conceptos relacionados con temas de orientación sexual, identidad y expresión de género, que se estiman necesarios para comprender el contenido del Protocolo, además de un listado de estereotipos en torno a la orientación sexual y la identidad de género. Este listado no solamente ayuda a concretizar los estereotipos más comunes vinculados a la orientación sexual, a la identidad y a la expresión de género, sino también muestra las razones por la que éstos carecen de sustento.

La segunda desglosa consideraciones y herramientas generales, como el control de constitucionalidad/convencionalidad difusos, que ayudarán a los y las juzgadoras en cualquier caso que analicen. En segundo lugar, desarrolla los dos derechos básicos que estarán presentes de manera transversal a lo largo de todo el documento: el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad y no discriminación. El Protocolo explica el contenido de estos derechos y sugiere consideraciones generales que los y las juzgadoras pueden tomar en cuenta.

La tercera sección analiza, siguiendo el ejemplo del informe de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) “Nacidos libres e iguales”, los principales escenarios judiciales que involucran a personas LGBT y sus derechos. Las situaciones analizadas son ocho: la identidad; la vida familiar; el trabajo; la salud; la violencia y el acceso a la justicia; las detenciones arbitrarias; la libertad de expresión y asociación y el derecho a la educación. A partir de cada situación, se describe el marco jurídico de los derechos involucrados y una serie de consideraciones que se

⁴ Tesis 1a. XIV/2014, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 2, enero de 2014, t. II, p. 1117, Reg. 2005404. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. NO PUEDE SER EL FUNDAMENTO LEGAL DE UNA SENTENCIA DE AMPARO.

⁵ Navi, Pillay, *supra* nota 3.

sugiere realizar a partir de la aplicación de los derechos específicos a estas situaciones y casos concretos.⁶ La cuarta sección recoge las expectativas de uso del material.

El Protocolo no analiza derechos específicos creados sólo para las personas LGBT, sino que desarrolla derechos generales que han sido históricamente violados tratándose de esta población. Esta característica implica que las temáticas analizadas son amplias, y pueden abarcar juicios civiles, familiares, mercantiles, laborales, penales, administrativos, de amparo o de otro tipo. Por esta razón, considerando que en México existe una gran especialización de la función jurisdiccional, se organizó la información a partir de temas con el objetivo de que quien imparte justicia pueda consultar directamente la sección más pertinente a su labor jurisdiccional. De esta forma, el Protocolo puede ser consultado por secciones o bien, de manera integral, pero fue diseñado para que cada subcapítulo de la cuarta sección fuera autosuficiente. Lo anterior para mostrar una vinculación directa entre la situación de las personas LGBT respecto al goce de un derecho y las herramientas que quienes imparten justicia tienen para resolverlas.

Justificación

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, Constitución o CPEUM), así como diversos tratados internacionales ratificados por México obligan a todas las autoridades del país a combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. Además de la obligación general de combatir la discriminación, se han realizado diversas declaraciones por parte de órganos internacionales y nacionales que apuntan a la urgencia de medidas encaminadas a evitarla.

En el 2008, la Asamblea General de la ONU emitió una declaración en la que expresó la preocupación por las violaciones a los derechos que se suscitan con motivo de su orientación sexual e identidad de género.⁷ Alarmados por la violencia, el acoso, la discriminación, la exclusión, la estigmatización y el prejuicio que se dirigen en contra de las personas por estas razones, hicieron un llamado a todos los Estados a comprometerse con la protección y promoción de los derechos humanos, independientemente de la orientación sexual e identidad de género.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) ha emitido diversas resoluciones sobre esta materia.⁸ Ha condenado los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados en contra de las personas a causa de su orientación sexual e identidad de género,

⁶ Esta lista fue realizada a partir de informes internacionales y nacionales, así como a través de consultas con expertos. Sin embargo, no pretende ser exhaustiva, y puede dejar fuera algún derecho o temática. Por ejemplo, una de las situaciones que no es analizada en el Protocolo es la criminalización de las relaciones homosexuales, a pesar de que dicha situación es normalmente desarrollada en todos los informes internacionales en la materia. La razón es que se considera que en nuestro país estos actos no están criminalizados.

⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, A/63/635 (AG, 2008).

⁸ AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10), 8 de junio de 2010; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), 7 de junio de 2011; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), 4 de junio de 2014; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), 6 de junio de 2013; AG/RES. 5426 (XLIV-O/14), 5 de junio de 2014.

instando a los Estados a prevenirlos, investigarlos y castigarlos, asegurándoles a las víctimas la debida protección jurisdiccional en condiciones de igualdad.

En México, la encuesta ENADIS 2010,⁹ realizada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) contiene datos preocupantes. Cuatro de cada diez mexicanas y mexicanos no estarían dispuestos a permitir que en su casa vivieran gays o lesbianas. Casi tres de cada diez personas en México consideran que se justifica oponerse a que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Ocho de cada diez personas de más de 50 años parecen estar en desacuerdo con que a las parejas conformadas por dos hombres se les permita adoptar niñas y niños. Siete de cada diez personas que se encuentran entre los 30 y 49 años de edad tienen la misma opinión. Una de cada diez personas de todas las edades representadas considera que los gays o lesbianas deben cambiar sus “preferencias”, y una de cada diez piensa que deben ocultarlas.

Además de las encuestas, existen cifras sobre los asuntos que resuelven instancias como el CONAPRED que también apuntan a la importancia de combatir la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.¹⁰ En año y medio (de enero de 2011 al 30 de abril de 2012), el CONAPRED conoció de 273 asuntos relacionados con presuntas violaciones a los derechos de las personas LGBT, de los cuales 237 fueron quejas en contra de particulares o personas morales y 36 fueron reclamaciones en contra de servidores públicos. Los espacios más problemáticos para el ejercicio de los derechos de las personas LGBT, de acuerdo a las quejas, fueron los medios de comunicación, el trabajo, la prestación de servicios públicos, la familia, el espacio político-electoral y el religioso. Tratándose de las reclamaciones, las más comunes estuvieron relacionadas con la negación de atención médica y el maltrato médico; la negativa a afiliar a las parejas del mismo sexo de los y las trabajadoras al régimen de seguridad social; el maltrato en instituciones educativas y el despido laboral.

En el Programa Nacional para la Igualdad y la No Discriminación 2014-2018 (PRONAIID), vinculante para toda la Administración Pública Federal, se incluyen medidas que se deben implementar para combatir la discriminación por orientación sexual e identidad de género.¹¹ Cabe destacar que por primera vez, en 2014 se conmemoró el Día Nacional de la Lucha contra la

⁹ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, “Encuesta Nacional sobre Discriminación en México. ENADIS 2010. Resultados sobre diversidad sexual”, México, 2011, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Enadis-2010-DS-Accss-001.pdf>>.

¹⁰ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, “El combate a la homofobia: entre avances y desafíos”, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/DocumentoHomofobia_ACCSS.pdf>.

¹¹ Programa Nacional para la Igualdad y la No Discriminación 2014-2018, 30 de abril de 2014, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en, <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Pronaid_Hechz_INACSS.pdf>.

Homofobia, lo que reafirma el compromiso del Estado mexicano por hacer valer los derechos de todas las personas, con independencia de su orientación sexual e identidad de género.¹²

Asumiendo ese compromiso es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la expedición de este Protocolo, coadyuva a que los principios básicos del régimen de derechos humanos se vuelvan una realidad.

.....
Tal como lo ha asentado la Alta Comisionada: “El argumento en favor de extender a las personas LGBT los mismos derechos que gozan todas las demás personas no es radical ni complicado. Se basa en dos principios fundamentales que sustentan las normas internacionales de derechos humanos: igualdad y no discriminación.”¹³
.....

¹² Decreto por el que se deroga el diverso por el que se declara Día de la Tolerancia y el Respeto de las Preferencias, el 17 de mayo de cada año, y se declara el Día Nacional de la Lucha contra la Homofobia el 17 de mayo de cada año, DOF, 1ª. Mat. P.E. 21-03-2014.

¹³ Organización de las Naciones Unidas, “Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos”, p. 5, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en < http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf>.

1.2. Marco conceptual y jurídico

1.2.1. Terminología y Conceptos Básicos

En esta sección se va a incluir la terminología básica que se utilizará a lo largo del Protocolo.

☉ Sexo

Cuando se habla de “sexo” se hace referencia a los cuerpos sexuados de las personas; esto es, a las características biológicas (genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas) a partir de las cuales las personas son clasificadas como machos o hembras al nacer. En México, el sexo se asigna a las personas al nacer, incluyéndolo como un dato en el acta de nacimiento. La legislación civil mexicana incluye dos posibilidades: una persona puede ser clasificada como hombre o como mujer. Los criterios para establecer si una persona será clasificada como hombre o mujer, por lo general no se encuentran en la ley civil. La decisión se toma, en la mayoría de los casos, entre los médicos que atienden el parto y los padres y madres, mismos que le comunican la decisión al Registro Civil.

Hasta el día de hoy, el criterio que en la práctica mexicana se utiliza para clasificar a las personas es el de los genitales que poseen. Sin embargo, hay más criterios que se pueden utilizar para este fin.

Según Laura Saldivia,¹⁴ la ciencia médica considera que existen diversos factores que contribuyen a la determinación del sexo de una persona:

- a. El sexo genético o cromosómico, por ejemplo XY o XX;
- b. El sexo gonadal (testículos u ovarios);**
- c. El sexo morfológico interno (vesículas seminales y próstata o vulva, útero y trompas de Falopio);
- d. El sexo morfológico externo (pene y escroto o clítoris y labia);**
- e. El sexo hormonal (andrógenos y estrógenos);
- f. El sexo fenotípico (pectorales y más pelo o mamas y menos pelo).**

¹⁴ Saldivia, Laura, “Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad, Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2009”, Editores Marcelo Alegre, et al., Librería, Buenos Aires, 2010.

Muchas personas asumen que, si se analizan los cuerpos de las personas, existirán solo dos opciones para clasificarlas: o son hombres, y poseen todos los factores que se le atribuyen al cuerpo de los hombres; o son mujeres, y poseen todos los factores que se le atribuyen al cuerpo de las mujeres. Sin embargo, hay personas cuyos cuerpos presentan factores que hace que su configuración genética, gonádica, morfológica u hormonal difiera de lo que culturalmente suele entenderse estrictamente como el sexo "masculino" o el sexo "femenino". Estas personas son llamadas intersex. Las personas intersex evidencian que, biológicamente, no existen sólo dos opciones para los diversos factores. Hay personas, por ejemplo, con un sexo cromosómico diverso.¹⁵ Hay personas que pueden tener sexo cromosómico XY, un ovario, un pene y desarrollar mamas. Es decir, sus cuerpos pueden presentar características que culturalmente suelen asignárseles a los hombres y, al mismo tiempo, características que culturalmente suelen asignárseles a las mujeres. Hay que resaltar que no todas las condiciones son aparentes al momento del nacimiento de una persona; algunas no son evidentes sino hasta la pubertad o adolescencia y otras no se pueden conocer sin exámenes médicos adicionales.¹⁶ Las personas intersex demuestran las limitaciones de la creación de estas categorías: los genitales pueden decir poco del sexo de una persona.

☉ Género

Mientras que "sexo" se utiliza para hacer referencia al cuerpo sexuado y permite distinguir entre hombres, mujeres y personas intersex, "género" refiere al resto de atributos que, social, histórica, cultural y geográficamente, se le han asignado a los hombres y a las mujeres. "Género" se utiliza para referirse a las características que social y culturalmente se consideran identificadas como "masculinas" y "femeninas". Dichas características pueden abarcar desde las funciones que históricamente se le han asignado a uno u otro sexo (proveer vs. cuidar), las actitudes que por lo general se les imputan (racionalidad, fortaleza, asertividad vs. emotividad, solidaridad, paciencia), hasta las formas de vestir, caminar, hablar, pensar, sentir y relacionarse.

Sostener que una cuestión es el "sexo" y otra es el "género", implica que no hay una correlación necesaria entre el cuerpo con el que una persona nace y la personalidad que desarrolla o las funciones sociales que cumple.

¹⁵ Greenberg, Julie A., "Intersexuality and the Law. Why Sex Matters", New York University Press, EUA, 2012, p. 13.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 1-2.

⦿ Identidad de género

De acuerdo con los Principios de Yogyakarta, la "identidad de género" se refiere a:

“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.¹⁷

La identidad de género supone la manera en que la persona se asume a sí misma, es decir, si adoptará para sí una identidad más "masculina" o más "femenina" de acuerdo a los parámetros culturales imperantes en cada sociedad. Recientemente, se ha comenzado a utilizar el término "cisgénero"¹⁸ para las personas cuya identidad de género y sexo asignado al nacer son concordantes. Se le llama "persona trans" a aquella cuya identidad de género no concuerda con la que se le asignó al nacer.¹⁹

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), para referirse a las personas trans, existe un consenso en el siguiente sentido: se utiliza "mujeres trans", cuando el sexo asignado al nacer es de hombre, pero la identidad de género, esto es, cómo se identifica la persona a sí misma, es femenina; "hombres trans", cuando el sexo asignado al nacer es de mujer, y la identidad de género es masculina; o "persona trans" o "trans", cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización masculino-femenino.²⁰ Hay personas, sin embargo, que se identifican como hombre, mujer o fuera de estas categorías. Por ello, se debe respetar la forma en la que cada persona se auto-identifica. Las personas transgénero evidencian la separación entre el sexo y el género al mostrar que personas que, conforme a criterios médicos, podrían ser consideradas mujeres u hombres, pueden identificarse ellas mismas de forma distinta a esa categoría médica.

¹⁷ "Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", p. 6, nota al pie 2. Si bien los principios no son un documento vinculante en sí mismo, sí desarrollan el principio de igualdad y no discriminación, el cual es uno de los fundamentos de nuestro orden jurídico.

¹⁸ Cis es el prefijo latín para referir "al mismo lado". Complementa el prefijo *trans*, que refiere a lo que "cruza". Schilt, Kristen y Westbrook, Laurel, "Doing Gender, Doing Heteronormativity: 'Gender normals', Transgender People, and the Social Maintenance of Heterosexuality", *Gender and Society*, Vol. 23, No. 4, 2009, p. 461.

¹⁹ Para referirse a las personas trans también se han usado, y se continúan utilizando, otras denominaciones, como "travesti", "transgénero" y "transexual". La diferencia entre ellas radica en el alcance de las modificaciones que realizan a sus cuerpos, comportamientos y atuendos en relación al género (para transitar del asignado al nacer a aquel con el que se identifican). Se utiliza el término "trans", porque todas las posibilidades resultan jurídicamente protegidas.

²⁰ *Ibidem*.

☉ Expresión de género

La CIDH la ha definido como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”.²¹ Así, mientras que la expresión de género se refiere a la manera en que las personas leen o interpretan a otra, con independencia de cómo se le identifique, la identidad de género alude a la manera en que una persona se asume a sí misma, con independencia de la interpretación de los demás.

Es importante separar a la identidad de género de la expresión de género, “pues permite la protección de una persona con independencia de si su expresión de género corresponde con una particular identidad de género, o es únicamente percibida como tal”.²² Lo anterior es relevante considerando que muchas personas pueden sufrir violencia atendiendo a la manera en que se simplemente se visten o caminan, a pesar de que no se identifiquen como una persona LGBT. Siguiendo a la Comisión Internacional de Juristas, citada por la CIDH:

“[I]a noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, la independencia económica de las mujeres y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género”.²³

☉ Orientación sexual

La orientación sexual ha sido definida como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.²⁴ Aquí, por lo tanto, se habla de tres posibilidades:²⁵

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, marzo 2007, p.8, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf>.

²⁵ Además de los heterosexuales, homosexuales y bisexuales, existen las personas que se auto-identifican como "pansexuales", por ser capaces de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por las personas, con independencia de su género. Y también están las personas "asexuales", que por lo general no sienten una atracción sexual. Véase Cerankowski, Karil June y Milks, Megan, “New Orientations: Asexuality and Its Implications for Theory and Practice”, *Feminist Studies*, Vol. 36, No. 3, otoño 2010; Jacobson, Brian y Donatone, Brooke, “Homoflexibles, Omnisexuals, and Genderqueers: Group Work with Queer Youth in Cyberspace and Face-to-face”, *Group*, Vol. 33, No. 3, 2009.

Heterosexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Homosexualidad

Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. De la información recibida por la Comisión se observa una tendencia en el movimiento LGTBI a reivindicar el uso y referencia a los términos “lesbiana” (para hacer referencia a la homosexualidad femenina) y “gay” o “gai” (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina).

Bisexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Cabe hacer mención de una serie de conclusiones. En primer término, no existe una relación necesaria ni entre el sexo de una persona o su identidad y expresión de género; ni entre estas últimas y su orientación sexual.²⁶ En segundo lugar: no todas las personas que sienten una atracción sexual o afectiva por personas de su mismo género se identifican a sí mismas como “gay”. “Gay” es también una identidad que no para todas las personas tiene sentido.²⁷ Las categorías que se utilizan en este Protocolo buscan sólo ilustrar algunas de las maneras en las que las personas se están identificando. Lo importante es atender a la experiencia de cada persona y a su elección en cuanto la manera en que se refiere a sí misma.

²⁶ Por ejemplo, no todas las mujeres consideradas “femeninas” serán heterosexuales, ni todas las “masculinas” serán lesbianas; y de manera equivalente, no todos los hombres “femeninos” serán homosexuales, ni los “masculinos” serán heterosexuales.

²⁷ Caballero, Marta; Campero, Lourdes; Herrera, Marta y Kendall Tamil, “HIV Prevention and Men Who Have Sex with Women and Men in México: Findings from a Qualitative Study with HIV-Positive Men”, Culture, Health & Sexuality, Vol. 9, No. 5, 2007.

1.2.2. Estereotipos más comunes sobre las personas LGBT

Una de las herramientas más poderosas con la que cuentan los y las juzgadoras para analizar casos de discriminación es la de identificar estereotipos que se tienen sobre diversos grupos de personas.

“Asignar estereotipos [es] parte de la naturaleza humana. Es la forma en [la] que categorizamos a las personas, con frecuencia inconscientemente, en grupos o tipos particulares, en parte para simplificar el mundo que nos rodea. Es el proceso de atribuirle a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente membre[s]ía a un grupo particular. La asignación de estereotipos produce generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos, características o roles de quienes son miembros de un grupo particular, lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro”.²⁸

De acuerdo con la SCJN, “del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género”.²⁹ Para ello, el juzgador o la juzgadora “debe cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género”.³⁰

Para juzgar casos de identidad de género u orientación sexual, quienes imparten justicia están obligadas a realizar el mismo ejercicio: identificar estereotipos de género o de sexualidad sobre las personas. Esto es, identificar y desechar las preconcepciones que se tiene de las personas, por virtud de su identidad o expresión de género o de su orientación sexual. Para cumplir con el mandato que impone el derecho a la no discriminación, es necesario juzgar atendiendo a las personas en lo individual y los comportamientos que, de hecho, despliegan.

Si bien pueden llegar a ser múltiples los estereotipos que se tengan de las personas LGBT, en este apartado se presentan los más comunes. Estos estereotipos, como se mostrará van en contra del presupuesto del cual parte el Protocolo: que las orientaciones sexuales y las identidades de género diversas no dañan a ninguna persona, a sus derechos o a algún valor constitucional.

²⁸ Cusack, Simone y Cook, Rebecca J., “Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales”, Profamilia, 2010, p. 1.

²⁹ Tesis 1a. C/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 4, marzo de 2014, t. I, p 523, Reg. 2005793. ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

³⁰ *Ibidem*. Para más información sobre lo que implica juzgar con perspectiva de género, puede consultarse SCJN, “Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad”, 2013, 1ª edición, disponible en < http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/PROTOCOLO_PARA_JUZGAR-CON_PERSPECTIVA_DE_GENERO.pdf />.

☉ El sistema de sexo-género-orientación sexual

Son dos las ideas que, a grandes rasgos, permean los estereotipos relacionados con la identidad de género y la orientación sexual. La primera es que los hombres y las mujeres tienen cierto tipo de cuerpos y que, conforme a los mismos, se deben comportar de cierta manera, por lo general diferenciada y casi opuesta, en cuanto a sus formas de vestir, caminar, hablar, sentir, amar, pensar y trabajar. La segunda idea que permea los estereotipos en torno a la concepción de la identidad de género y la orientación sexual es que hay una sexualidad natural y legítima.

A partir de estas ideas se juzga a las personas por su capacidad de adaptarse a ellas o no. Quien se adapta a estas ideas, por lo general goza de una presunción de salud, estabilidad y normalidad; y quien no se adapta a estas ideas, se presume en una situación negativa.³¹ Los casos que a lo largo de este Protocolo se revisan son ejemplos de cómo estas presunciones permean el derecho: por virtud de lo que se asume de la identidad de género y la orientación sexual de las personas, se niegan diversos derechos.

ESTEREOTIPO 1:

“No hay niños y niñas LGBT” o “Los niños y niñas LGBT no saben lo que quieren o están muy jóvenes para decidir”.³²

Por lo general, la discusión en torno a las personas LGBT asume que se trata de adultos. En la mayoría de los casos que han llegado a los tribunales alrededor del mundo, esto es cierto. Sin embargo, cada vez son más visibles los casos de niños, niñas y adolescentes que se identifican como LGBT.³³ Esto implica que están en juego también sus derechos y la posibilidad de que crezcan libres de discriminación, pudiendo ser quien y como son.

Los estereotipos más comunes en torno a los niños, niñas y adolescentes LGBT tienen que ver con la imposibilidad de que se asuman como tales. Si son menores de edad especialmente, se asume que están confundidos, que no saben, realmente, lo que quieren. Mientras si una niña manifiesta una atracción por un niño, nadie cuestiona la premisa, sino sólo su compatibilidad con ese niño, cuando los niños o niñas LGB (se utiliza LGB por estarse analizando la orientación sexual) expresan lo mismo, se les cuestiona su orientación sexual en sí. Lo mismo sucede con los niños y niñas que expresan una

³¹ Véase Rubin, Gayle, “Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad”. Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina, pp. 136-138.

³² Para efectos de este Protocolo, los términos “niños” o “niñas” se referirán a cualquier persona menor de 18 años, de conformidad con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³³ Bailey, Norma J., “Let Us Not Forget to Support LGBT Youth in the Middle School Years”, Middle School Journal, Vol. 37, No. 2, 2005; Saewyc, Elizabeth M., “Research on Adolescent Sexual Orientation: Development, Health Disparities, Stigma, and Resilience”, Journal of Research on Adolescence, Vol. 21, No. 1, 2011; Talburt, Susan, “Constructions of LGBT Youth: Opening Up Subject Positions”, Theory into Practice, Vol. 43, No. 2, 2004; Uribe, Virginia, “The Silent Minority: Rethinking Our Commitment to Gay and Lesbian Youth”, Theory into Practice, Vol. 33, No. 3, 1994.

insatisfacción por su género asignado y comienzan a adoptar uno distinto: se les cuestiona no saber lo que quieren o estar muy jóvenes para decidir.

Los estudios demuestran que tanto la orientación sexual, como la identidad de género, se desarrolla, en muchas personas, desde temprana edad.³⁴ Reconocerlo es fundamental considerando que los niños, niñas y adolescentes son una población sumamente vulnerable, expuesta particularmente a la violencia familiar y escolar.³⁵ En países como Estados Unidos, por ejemplo, un estudio reciente demostró que el 40% de la población que no tiene hogar (“homeless”), son jóvenes LGBT que perdieron su hogar por su orientación sexual o identidad de género.³⁶ Si no se reconoce la sexualidad infantil y juvenil, no se podrán atender las situaciones que esta población vive.³⁷

ESTEREOTIPO 2:

“Los gays y lesbianas son enfermos mentales.”

La homosexualidad fue eliminada de la lista de enfermedades del Manual Diagnóstico y Estadístico de Desórdenes Mentales en 1973.³⁸ En 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) la retiró de su propia lista de enfermedades mentales.³⁹

Según la Asociación Americana de Psicología (APA), “la decisión de eliminar la orientación sexual de la lista de desórdenes mentales refleja una investigación extensa realizada a lo largo de tres décadas que demostró que la orientación homosexual no es un desajuste mental. No existe evidencia confiable de que la orientación homosexual afecte [el] funcionamiento psicológico [de las personas].”⁴⁰

³⁴ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, op. cit., supra nota 9; American Psychological Association, “Respuestas a sus preguntas. Para una mejor comprensión de la orientación sexual y la homosexualidad”, Washington, p. 2, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.apa.org/topics/lgbt/answers-questions-so-spanish.pdf>>; Frankowski, Barbara L., “Sexual Orientation and Adolescents”, *Pediatrics*, Vol. 113, EUA, 2004; Meyer, Walter J., “Gender Identity Disorder: An Emerging Problem for Pediatricians”, *Pediatrics*, Vol. 129, No. 3, 2012, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://pediatrics.aappublications.org/content/129/3/571.long#ref-6>>; Taylor, Howard E., “Meeting the Needs of Lesbian and Gay Young Adolescents”, *The Clearing House*, Vol. 73, No. 4, 2000.

³⁵ Norton, Terry L. y Vare, Jonatha W., “Understanding Gay and Lesbian Youth: Sticks, Stones, and Silence”, *The Clearing House*, Vol. 71, No. 6, 1998; Mayberry, Maralee, “School Reform Efforts for Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgendered Students”, *The Clearing House*, Vol. 79, No. 6, 2006.

³⁶ Durso, Laura E. y Gates, Gary J., “Serving Our Youth: Findings from a National Survey of Service Providers Working with Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Youth who are Homeless or at Risk of Becoming Homeless”, *The Williams Institute with True Colors Fund and The Palette Fund*, Los Angeles, 2012.

³⁷ Para los casos relacionados con niños, niñas y adolescentes LGBT, los y las juzgadas podrán usar como referencia lo establecido en SCJN, supra nota 30.

³⁸ Para una historia breve sobre los discursos científicos en torno a la homosexualidad, véase International Commission of Jurists, “Orientación sexual e identidad de género y Derecho internacional de los derechos humanos. Guía para profesionales no. 4”, CIJ, 2009, pp. 11-15; también véase los tres volúmenes de Foucault, Michel, “La historia de la sexualidad”, Siglo XXI, Vol. 1, México y Weeks, Jeffrey, “La invención de la sexualidad”, *Sexualidad*, Paidós-UNAM, México, 1998.

³⁹ Boysen, Guy A.; Madon, Stephanie; Vogel, David L. y Wester, Stephen R., “Mental Health Stereotypes About Gay Men”, *Sex Roles*, Vol. 54, No. ½, 2006.

⁴⁰ Committee on Children, Youth, and Families, Committee on Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns y Committee on Woman in Psychology, “Lesbian and Gay Parenting”, American Psychological Association, 2005, p. 7.

Ha sido documentado ampliamente cómo diversas personas y grupos a través de estudios sostienen que la homosexualidad es una enfermedad que puede ser curada.⁴¹ Este tipo de estudios han sido descalificados, por la comunidad médica y los órganos internacionales de derechos humanos, como la Organización Panamericana de la Salud (OPS).⁴²

ESTEREOTIPO 3:

“Todos los hombres gay son unos enfermos de SIDA y tienen prácticas sexuales riesgosas.”

Hasta el día de hoy, los hombres que tienen sexo con hombres son una de las poblaciones más afectadas por el VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana).⁴³ En México, esto no es la excepción.⁴⁴ Sin embargo, la homosexualidad, bisexualidad o heterosexualidad de una persona, en sí, no equivale a tener ciertas prácticas sexuales. Por ejemplo, en México, según ciertas estadísticas, el 87% de los casos registrados de SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida) en mujeres se trata de casos de transmisión a través de relaciones heterosexuales,⁴⁵ mientras que en los hombres, el 41% fue a través de relaciones heterosexuales y 32% a través de relaciones homosexuales.⁴⁶ La orientación sexual no tiene una relación causal inequívoca con el VIH. Para comprender cómo ocurre la transmisión del virus, es necesario atender a otro tipo de comportamientos.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional de Colombia cuando determinó que la prohibición de un hospital a que homosexuales donaran sangre era discriminatoria. “Una cosa [sostuvo esta Corte] es por cuál sexo se siente atraída una persona [...], y otra cosa es la manera como realiza o desarrolla la actividad sexual una persona. Por eso entre los factores de riesgo que deben tenerse en cuenta al momento de calificar a un donante de sangre, no debe mencionarse la orientación sexual, sino los comportamientos sexuales riesgosos como, por ejemplo, tener relaciones sexuales sin ningún tipo de protección [...]”⁴⁷

⁴¹ Véase, por ejemplo; Cruz, David B., “Controlling Desires: Sexual Orientation Conversion and the Limits of Knowledge and the Law”, California Law Review, Vol. 72, 1999; Robinson, Christine M. y Spivey, Sue E., “The Politics of Masculinity and the Ex-Gay Movement”, Gender and Society, Vol. 21, No. 5, 2007; United States Courts for the Ninth Circuit, Pickup v. Brown, 12-17681 and Welch v. Brown, California, 4 de diciembre de 2012; también véase Yoshino, Kenji, “Covering”, The Yale Law Journal, Vol. 111, 2001.

⁴² Pan American Health Organization, ““Cures” For an Illness that Does Not Exist”, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17703&Itemid>; Pan American Health Organization, ““Therapies’ to change sexual orientation lack medical justification and threaten health”, 17 de mayo de 2012, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=6803%3Atherapies-change-sexual-orientation-lack-medical-justification-threaten-health-&catid=740%3Anews-press-releases&Itemid=1926&lang=en>.

⁴³ Organización Mundial de la Salud, “Prevention and Treatment of HIV and Other Sexually Transmitted Infections Among Men Who Have Sex With Men and Transgender People. Recommendations for a Public Health Approach”, OMS, 2011, p. 16.

⁴⁴ Secretaría de Salud, “CENSIDA, VIH/SIDA en México 2012”, Secretaría de Salud, 2012, p. 13.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-248/12, 2012, párr. 2.7.3.2.

ESTEREOTIPO 4:

“Los hombres gay y lesbianas no forman relaciones estables”.

Las estadísticas del Distrito Federal demuestran que las parejas del mismo sexo están interesadas en formar un matrimonio, con pretensión de estabilidad.⁴⁸ Los índices de divorcio que han presentado no son mayores a las parejas del sexo opuesto. Y, de forma inversa: el hecho de que las parejas del sexo opuesto se divorcien indica que la orientación sexual no es una garantía de permanencia de la relación. Esto se señala, no para indicar que la duración, *per se*, de una relación es deseable para toda persona (la SCJN determinó en 2013 que las personas tienen un derecho a terminar sus relaciones afectivas),⁴⁹ sino sólo para afirmar que, si se les pretende imputar a las parejas del mismo sexo un comportamiento diferenciado, éste no existe.

La misma tendencia a la permanencia puede observarse en otros países, como Estados Unidos. “En un foro de expertos en derecho familiar de la Barra de Abogados de Estados Unidos, se reportaba, desde el año de 1987, que entre 40% y 50% de los hombres homosexuales vivían en pareja en relaciones estables y de largo plazo; y que este acoplamiento se elevaba al 70% en el caso de lesbianas. Más aún, la tendencia de homosexuales a vivir en parejas estables es creciente.”⁵⁰

Según la APA, “las investigaciones indican que muchas personas lesbianas y gay desean y tienen relaciones formales. Por ejemplo, los datos de encuestas indican que entre el 40% y el 60% de los hombres gay y entre el 45% y el 80% de las lesbianas actualmente están involucrados en una relación romántica. Además, datos del censo estadounidense del año 2000 señalan que de 5.5 millones de parejas que vivían juntas sin estar casadas, cerca de 1 de cada 9 (594,391) tenía una pareja del mismo sexo.”⁵¹

En cuanto al tipo de relación que desarrollan, esta Asociación sostiene que “las parejas homosexuales y heterosexuales son equivalentes en cuanto a los niveles de satisfacción y compromiso de sus relaciones” y que “a pesar de la hostilidad social hacia las relaciones del mismo sexo, las investigaciones demuestran que muchas lesbianas y hombres gay establecen relaciones duraderas”.⁵² Por último, “se han encontrado

⁴⁸ Feliciano, Omar, “Divorcio Igualitario”, Nexos: Blog de la Redacción, 26 de junio de 2013, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://redaccion.nexos.com.mx/?p=5130>>.

⁴⁹ Véase, especialmente, el Primera Sala de la SCJN, Amparo Directo en Revisión 917/2009, 2012; Primera Sala de la SCJN, Amparo Directo en Revisión 1905/2012, 2012; Vela Barba, Estefanía, “La evolución del divorcio en clave de derechos y libertades”, Nexos: El Juego de la Corte, 20 de agosto de 2013, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3004>>.

⁵⁰ American Bar Association, “ABA Annual Meeting Provides Forum for Family Law Experts”, Family Law Reporter (BNA), 25 de agosto de 1987, Vol. 13, pp. 1512-1513; Devjani, Mishra, “The Road to Concord: Resolving the Conflict of Law Over Adoption by Gays and Lesbians”, Columbia Journal of Law and Social Problems, Vol. 30, p. 94, No. 15. Citados en el Informe Rendido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para: Pleno de la SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 2010, p. 11.

⁵¹ Committee on Children, Youth, and Families, Committee on Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns y Committee on Woman in Psychology, *op. cit.*, *supra* nota, p. 40.

⁵² *Ibidem*.

que los factores que influyen en la satisfacción, el compromiso y la estabilidad de las relaciones son similares entre parejas del mismo sexo que cohabitan y parejas heterosexuales casadas.”⁵³

ESTEREOTIPO 5:

“Los hombres gay y las lesbianas no tienen hijos o hijas.”

La SCJN reconoció en el Amparo en Revisión 581/2012, resuelto en el 2012, que “la vida familiar de dos personas homosexuales no se limita a la vida en pareja. La procreación y la crianza de menores no es un fenómeno incompatible con las preferencias homosexuales. Existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con menores procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas homosexuales que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear, con independencia de que se les permita el acceso al poder normativo para casarse.”⁵⁴

Detrás de este estereotipo está la creencia de que el derecho debe solamente proteger la procreación "natural": aquella, se dice, que ocurre en una relación sexual entre un hombre y una mujer. Se asume que toda procreación que no ocurre de esta manera, no es "natural" y no debe, por lo tanto, protegerse jurídicamente. Sin embargo, no existe una razón para dejar de proteger a todas las formas por virtud de las cuales las personas se reproducen y se convierten en padres y madres. La inseminación artificial y la adopción son maneras tan jurídicamente válidas, como lo es el coito heterosexual, para establecer la paternidad y maternidad.

ESTEREOTIPO 6:

“Los hombres gay son violadores y abusan de los niños.”

Si bien existen casos de abuso sexual de hombres a niños, de mujeres a niñas y de mujeres a niños, conforme a la encuesta Endireh 2011, la mayoría al día de hoy siguen siendo perpetrados por hombres a niñas.⁵⁵ Por esta razón puede decirse que no existe una correlación entre la homosexualidad y bisexualidad y el abuso de menores.⁵⁶ No es la orientación sexual en sí misma, lo que provoca el abuso, sino otros factores.

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ Primera Sala de la SCJN, Amparo en Revisión 581/2012, 2012, p. 40.

⁵⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Panorama de violencia contra las mujeres en los Estados Unidos Mexicanos”, ENDIREH 2011, 2013.

⁵⁶ Herek, Gregory, “Facts about Homosexuality and Child Molestation”, University of California, Davis: Sexual Orientation: Science, Education, and Policy Blog, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://psychology.ucdavis.edu/faculty_sites/rainbow/html/facts_molestation.html>.

ESTEREOTIPO 7:

“Los hombres gay y lesbianas no son capaces de darle a los niños y niñas lo que necesitan”.

Según la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), “no existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza.”⁵⁷

Conforme al mismo estudio: “No existen razones objetivas, ni científicamente fundadas, para conjeturar riesgos para los menores criados y/o adoptados por parejas homosexuales. En comparación general con las parejas heterosexuales, no hay diferencias significativas en los efectos psico-sociales para los niños (as). El interés superior de los menores consiste en su bienestar físico-mental, así como en el derecho a tener una familia o ser reintegrados en una familia cuando carecen de ella. Tanto las familias heteroparentales como las homoparentales pueden ofrecer las condiciones adecuadas para criar, cuidar y educar a niños (as) huérfanos o abandonados.”⁵⁸

De acuerdo a la APA, “la creencia de que los adultos gay y lesbianas no son padres adecuados, tampoco tiene fundamento empírico. Las lesbianas y las mujeres heterosexuales no se distinguen de forma asequible por su equilibrio mental en general, ni por su forma de criar a un menor. De forma similar, las relaciones románticas y sexuales de las lesbianas no les restan habilidad para cuidar a sus hijos. [...] Sin duda, la investigación no ha encontrado razón alguna para creer que las madres lesbianas o los padres homosexuales sean padres deficientes.”⁵⁹

Conforme a la Asociación Americana de Psiquiatría, “numerosos estudios a lo largo de las últimas tres décadas consistentemente demuestran que los menores criados por padres gays o lesbianas demuestran el mismo nivel de funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual que menores criados por padres heterosexuales. Estas investigaciones indican que el desarrollo óptimo de los menores no depende de la orientación sexual de los padres, sino de vínculos estables con adultos dedicados y afectuosos.”⁶⁰

ESTEREOTIPO 8:

“Los hombres gay y lesbianas confundirán a sus hijos e hijas”.

Los estudios demuestran que la orientación sexual e identidad de género de los padres y madres no afecta el desarrollo de la orientación sexual e identidad de género de sus

⁵⁷ Citada en Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, p. 131, nota al pie 3.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 131, nota al pie 4.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 8

⁶⁰ American Psychiatric Association, “Adoption and Co-parenting of Children by Same-sex Couples”, Position Statement of the American Psychiatric Association, 2002.

hijos e hijas. La mayoría de las personas LGBT de hoy provienen de hogares con padres y madres cisgénero y heterosexuales. No hay diferencias importantes entre el desarrollo de la orientación sexual e identidad de género de niños y niñas que tienen padres o madres del mismo sexo, con los que tienen padres del sexo opuesto.⁶¹

ESTEREOTIPO 9:

“Los gays y las lesbianas buscan convertir o seducir a todos.”

Existe una idea generalizada de que los hombres homosexuales aprovecharán cualquier oportunidad que tengan para intentar seducir a un hombre heterosexual. Lo mismo con las lesbianas: de tener la oportunidad, van a intentar seducir a una mujer heterosexual. Esto es equivocado: las personas gay no tienen, para seducir, un criterio diferente al de los heterosexuales.⁶² Sin duda, habrá, al igual que en el caso de personas heterosexuales, algunos que busquen seducir cuando no haya espacio para ello. Pero no hay nada en la homosexualidad o bisexualidad, en sí, que los haga más proclives a buscar a quienes no les corresponden. Este estereotipo tiende a salir a relucir en lugares en los que las personas se encuentran en condiciones de cercanía física e intimidad, como los baños, el entorno familiar o la milicia. En todos estos supuestos, la orientación sexual de una persona no es lo que determina si intentará una seducción no deseada o no.

ESTEREOTIPO 10:

“Las personas bisexuales no existen. Son personas gay que no se deciden.”

Las personas bisexuales reciben críticas de la población heterosexual pero también son constantemente cuestionadas por las mismas personas gay y lesbianas.⁶³ De ambas partes, se sostiene que los bisexuales en realidad no existen y, o son gay y no lo admiten (esto es muy común para los hombres bisexuales) o están experimentando y quieren parecer “interesantes” (frecuente en el caso de las mujeres bisexuales). En otras ocasiones, se les acusa de decir que son bisexuales porque no quieren asumir el estigma que implica la homosexualidad y quieren retener el “privilegio heterosexual”. Incluso, se llega a decir que son personas promiscuas que quieren justificarlo de una manera

⁶¹ Committee on Children, Youth, and Families, Committee on Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns y Committee on Woman in Psychology, *op. cit.*, supra nota 40, p. 8; Lin. Timothy, E., “Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-Sex Adoption Cases”, *Columbia Law Review*, Vol. 99, No. 3, abril de 1999, pp. 741-743.

⁶² Ver por ejemplo, la descripción de la existencia de este estereotipo y su uso en el ámbito penal, para justificar actos de violencia contra hombres gays. Lee, Cynthia, “The Gay Panic Defense”, *University of California, Davis*, Vol. 42, 2008, p. 476; Suffrendini, Kara S., “Pride and Prejudice: the Homosexual Panic Defense”, *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 21, 2001, p. 284.

⁶³ Bedecarré, Corrinne, “Swear by the Moon”, *Hypatia*, Vol. 12, No. 3, 1997; Mezey, Naomi, “Dismantling the Wall: Bisexuality and the Possibilities of Sexual Identity Classification Based on Acts”, *Berkeley Women’s Law Journal*, Vol. 10, 1995; Rust, Paula C., “Neutralizing the Political Threat of the Marginal Woman: Lesbians’ Beliefs About Bisexual Women”, *The Journal of Sex Research*, Vol. 3, No. 3, 1993; Thomas, Genéa y Yost, Megan R., “Gender and Binegativity: Men’s and Women’s Attitudes Toward Male and Female Bisexuals”, *Archive of Sex Behavior*, Vol. 41, 2012, pp. 691-702; Worthen, Meredith G. F., “Understanding College Student Attitudes toward LGBT Individuals”, *Sociological Focus*, Vol. 45, No. 4, 2012, pp. 285-305; Yoshino, Kenji, “The epistemic contract of bisexual erasure”, *Stanford Law Review*, Vol. 55, 2000.

novedosa. Lo anterior no es acertado, toda vez que hay personas que sienten genuina atracción por ambos sexos.⁶⁴ A veces tendrán una relación con personas de su mismo sexo y la terminación de esa relación, por ejemplo, no implicará necesariamente que no sentirán atracción por personas del sexo opuesto. La misma situación aplica a la inversa: si una mujer se casa con un hombre, por ejemplo, no por virtud del matrimonio ha dejado de ser bisexual. Si algún día vuelve a establecer otra relación, ésta podrá ser con un hombre o con una mujer. En cuanto al número de relaciones que sostienen y a los índices de monogamia, no hay nada que distinga a las personas bisexuales de sus contrapartes heterosexuales u homosexuales.⁶⁵

ESTEREOTIPO 11:

"Las personas trans son enfermas mentales".

Para la SCJN, tratándose de la identidad de género, “no podemos centrarnos en lo ‘naturalmente’ preestablecido, pues, como ya han explicado las [...] ciencias, [la identidad de género] deriva de aspectos ya no solamente físicos, anatómicos o morfológicos, sino, preeminentemente, psicosociales, atinentes al desarrollo de cada individuo y su personal forma de verse y sentirse a sí mismo.” Ante esto, “no podemos desconocer y, menos aún, el derecho puede hacerlo, que el ser humano, en determinados casos, requiere armonizar su psique con su cuerpo y que ha logrado modificar sus características somáticas naturales y originales por medio de distintos procedimientos científicos (reasignación sexual).”⁶⁶

La SCJN también ha afirmado que “la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos.” Por esta razón, “la autodeterminación sexual [es] trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo y, de ahí, la protección constitucional incluye la libre decisión de la sexualidad.”⁶⁷

En consecuencia, señalar que una persona que esté ejerciendo los derechos antes mencionados tiene una enfermedad no tiene sustento y no es otra cosa que un estereotipo.

⁶⁴ Morgenstern, Joy, “Myths of Bisexuality”, *Off Our Backs*, Vol. 34, No 5/6, 2004.

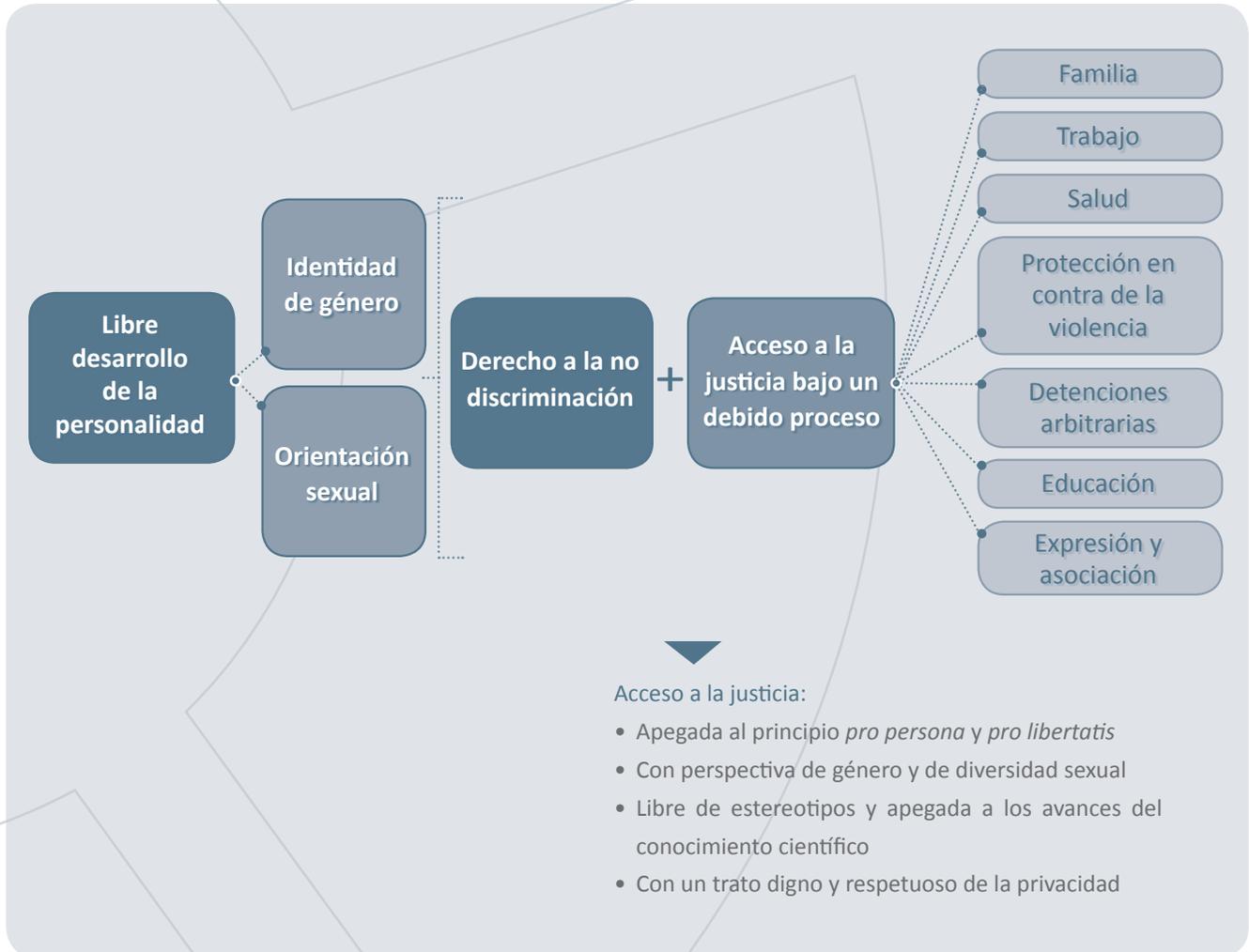
⁶⁵ Boyer, C. Reyn; Calupo, M. Paz y Hackl, Andrea M., “From ‘Gay Marriage Controversy’ (2004) to ‘Endorsement of Same-sex Marriage’ (2012): Framing Bisexuality in the Marriage Equality Discourse”, *Sexuality and Culture*, Vol. 17, 2013, pp. 512-524; Cohen, Kenneth M.; Mitchell, Ryan S.; Pardo, Seth T., Savin-Williams, Ritch C. y Vrangalova, Zhana, “Sexual and Gender Prejudice”, *Handbook of Gender Research in Psychology*, 2010, pp. 363-365; Scherrer, Kristin. “Culturally Competent Practice with Bisexual Individuals”, *Clinical Social Work. Journal*, Vol. 41, 2013, pp. 238-248.

⁶⁶ Amparo Directo Civil 6/2008, *supra* nota 31, p. 68.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 90.

Los anteriores ejemplos no agotan los estereotipos que se pueden tener respecto de las personas LGBT. Sin embargo, lo importante es comenzar a realizar el mismo ejercicio para todas las preconcepciones que se vayan identificando a lo largo de los casos que los y las juzgadas resuelvan: la pregunta “¿lo que se afirma sobre una persona LGBT o sobre la población LGBT tiene un sustento empírico sólido?” debe estar presente en todos los casos. Esto es especialmente relevante cuando se resuelven casos que impactan sus derechos: todas las medidas que se tomen tienen que estar propiamente motivadas y libres de estereotipos. Ello sólo puede realizarse obteniendo la información necesaria para este fin.

1.2.3. Consideraciones generales para los y las juzgadoras



En las páginas siguientes, los y las juzgadoras podrán revisar las violaciones más comunes que se han identificado a los derechos de las personas por virtud de su orientación sexual e identidad de género. La razón detrás de esta división ha sido la de atender a las particularidades de los argumentos que se utilizan, que cambian con cada derecho, en cada caso. Ahora, si bien cada derecho tiene su tratamiento específico, existen puntos en común para todos los casos que quienes imparten justicia deberán atender.

Control de constitucionalidad/convencionalidad *ex officio*

Cualquier juzgador o juzgadora, del fuero común o federal, está obligada a realizar un control de convencionalidad/constitucionalidad difuso *ex officio* en los casos que conozca. Esto quiere decir que cualquier persona que imparta justicia está obligada a revisar si la legislación que debe aplicar vulnera derechos humanos contenidos en la Constitución o en los tratados internacionales y con base en esa situación realizar dicho control. En estos supuestos, la SCJN determinó que deberán llevar a cabo este ejercicio en los tres pasos que indica el expediente Varios 912/2010: interpretación conforme en sentido amplio, interpretación conforme en sentido estricto y, en su caso, inaplicación”.⁶⁸ Para realizar este control podrán recurrir a los derechos humanos contenidos en la Constitución, en tratados internacionales, así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la cual tiene carácter de obligatoria.⁶⁹

Juzgar con perspectiva de género y de diversidad sexual

Conforme a lo establecido por la SCJN, los y las juzgadoras están obligadas a resolver los casos relativos a los derechos humanos de las personas LGBT, con base en una perspectiva de género y de diversidad sexual. Esto es, partiendo de una perspectiva que considere la realidad particular que viven las personas por virtud de su identidad de género y orientación sexual. Lo anterior implica detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por estas razones, es decir, considerar las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género u orientación sexual, discriminan e impiden la igualdad.⁷⁰

⁶⁸ Tesis 1a. LXVIII/2014, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 3, febrero de 2014, t. I, p. 639, Reg. 2005623. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. NO ES UNA CUESTIÓN DE SUBSIDIARIEDAD, POR LO QUE DEBE LLEVARSE A CABO AUN CUANDO EL DERECHO HUMANO DE QUE SE TRATE ESTÉ CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

⁶⁹ Tesis P. LXVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro III, diciembre de 2011, t. 1, Reg. 160526. PARAMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La jurisprudencia de la Corte IDH puede ser consultada en el Buscador Jurídico de Derechos Humanos, desarrollado por dicha Corte y la SCJN, disponible en <www.bjdh.org.mx>. >; Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202. Reg. 2006224. DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL y Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 204. Reg. 2006225. JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

⁷⁰ Tesis 1a. XCIX/2014, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 4, marzo de 2014, t. I, p. 524, Reg. 2005794. ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ORGANOS JURISDICCIONALES DEL PAIS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Por esta razón, se sugiere que el o la juzgador detecte los posibles estereotipos preconcebidos en la legislación respecto de la apariencia, comportamiento o funciones de uno u otro género, y actúe con objetividad en la aplicación de la norma jurídica en cada situación. El Estado tiene el deber de velar porque en toda controversia jurisdiccional donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género u orientación sexual, la misma sea tomada en cuenta a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria.⁷¹

Para ello, “debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten.”⁷² En concreto, el método requiere:

Método para juzgar con perspectiva de género y orientación sexual

- i. Identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género o de orientación sexual den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia;
- ii. Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género u orientación sexual, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de género o de orientación sexual;
- iii. Ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones;
- iv. Ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género u orientación sexual;
- v. De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género u orientación sexual, deben cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria;
- vi. Considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género u orientación sexual.⁷³

Dado que la mayoría de los casos relativos a la identidad de género y orientación sexual versan sobre los aspectos más íntimos de la vida de una persona, se sugiere que los y las juzgadas sean particularmente cuidadosas con respetar la privacidad de las personas. Los juicios de los que conozcan no debieran convertirse en una ocasión para que las partes o los y las juzgadas, se informen acerca de la identidad de género y la orientación sexual indagando en la vida privada de la persona en cuestión, de forma irrespetuosa y violatoria de su privacidad y dignidad. Esto puede ocurrir, por ejemplo, ordenando pruebas de inspección corporal o realizando preguntas sobre las prácticas sexuales de las partes que van más allá de la litis planteada. Quien imparte justicia tiene la

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² Véase Tesis *supra* nota 29.

⁷³ *Ibidem.*

obligación de informarse acerca de la identidad de género y la orientación sexual, acudiendo a instrumentos de derechos humanos y documentos científicos, como los incluidos en el presente Protocolo.

1.2.4. Marco jurídico

Junto a la CPEUM, existen diferentes documentos internacionales en materia de derechos humanos que son fundamento del presente Protocolo. Los mismos se engloban en tres categorías.

En la primera se incluye la Declaración Universal de los Derechos Humanos que prevé una amplia gama de derechos y que si bien en el momento de su emisión no contaba con un carácter vinculante, en la actualidad es considerada costumbre internacional.

En la segunda categoría se encuentran tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y sus Observaciones Generales, documentos que son parte del sistema universal de protección de derechos humanos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), ambos del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Además de estos tratados, a lo largo del Protocolo se utilizan otros que son relevantes en ciertas materias, como la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) y el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En la tercera categoría se incluyen diversos documentos de derechos humanos que asumen diferentes denominaciones como: declaración, principios básicos, reglas mínimas, reglas, principios, directrices, observaciones generales, los cuales forman parte de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha definido como *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos.⁷⁴

Además de la CPEUM, y de los documentos antes mencionado, el presente Protocolo también está fundamentado en diversos instrumentos de carácter interno, como leyes, reglamentos, normas, y resoluciones, tanto federales como locales. Las leyes y códigos de carácter general o federal utilizados son: el Código Civil Federal, la Ley Federal del Trabajo, la Ley Federal

⁷⁴ En Corte IDH, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99” de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, la Corte Interamericana manifestó que: “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. El concepto de *corpus juris* ha sido reafirmado por la Corte Interamericana más recientemente, tanto en sentencias como en opiniones consultivas. Si bien la Corte Interamericana no contempla estos instrumentos como fuentes de obligaciones para el Estado, considera que sí pueden ser descriptivas de deberes que incumben al Estado.

para Prevenir y Eliminar la Discriminación, y la ley General de Salud. En materia de salud, el Protocolo también se basa en: el Reglamento de la Ley Federal de Salud en Materia de Prestación de Servicios y Atención Médica, las Normas oficiales Mexicanas, NOM 005-SSA2-1993 De los Servicios de Planificación Familiar, NOM-005-SA2-1994 De los servicios de planificación familiar y la Resolución que la modifica, así como la NOM-039-SSA2-2002 Para la prevención y control de las infecciones de transmisión sexual. Por último, también se recurre a la siguiente normativa local: los Códigos civiles para el Distrito Federal y para el Estado de Tabasco; así como los Códigos penales para los Estados de Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Coahuila, Colima, Durango, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, San Luis Potosí, Tamaulipas, Yucatán y para el Distrito Federal.



Capítulo

2.

PRESUPUESTOS Y DERECHOS
TRANSVERSALES: HERRAMIENTAS
JURISDICCIONALES BÁSICAS





2.1. El libre desarrollo de la personalidad: el presupuesto constitucional

El presente Protocolo parte del presupuesto de que la expresión de la orientación sexual y la identidad de género resultan protegidas por el libre desarrollo de la personalidad.

La libertad es uno de los grandes fundamentos del régimen constitucional. En palabras de la SCJN, derivado de la dignidad humana, está el libre desarrollo de la personalidad, el derecho que tiene toda persona para “elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida.”⁷⁵

Para la SCJN, una dimensión fundamental protegida por este derecho es el de las relaciones sexuales y afectivas que establecen las personas. Así como pueden decidir sobre su profesión, también pueden decidir sobre su vida sexual y amorosa (o “la libre opción sexual”).⁷⁶ Dado que la orientación sexual es uno de los criterios básicos que determinan el tipo de relación que las personas desarrollan, también resulta protegida por el libre desarrollo de la personalidad. La libertad abarca la libertad de amar; y ésta, de amar a quién se quiera.

La orientación sexual “es un elemento relevante en el proyecto de vida que [una persona] tenga y que, como cualquier [otra], incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo.”⁷⁷ Por lo mismo, la orientación sexual nunca deberá limitar a la persona “en la búsqueda y logro de su felicidad.”⁷⁸

En este punto, la SCJN parte del supuesto de que la heterosexualidad no es la única forma válida de vivir los afectos y la sexualidad. Las relaciones entre personas del mismo sexo, como las que se desarrollan entre personas de sexo opuesto, “comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo.”⁷⁹

También son relaciones que “no se limita[n] a la vida en pareja.”⁸⁰ En el Amparo en Revisión 581/2012, la SCJN reconoció que “la procreación y la crianza de menores no es un fenómeno incompatible con las preferencias homosexuales. Existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con menores procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas homosexuales

⁷⁵ En este punto, la SCJN siguió el precedente que había establecido en Amparo Directo Civil 6/2008, *supra* nota 66, un caso que versó sobre la posibilidad de que las personas cambiaran de nombre y de sexo en sus documentos oficiales. Tesis P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7, Reg. 165822. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE y Tesis P. LXVII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXX, diciembre de 2009, p. 7, Reg. 165821. DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA.

⁷⁶ Amparo Directo Civil 6/2008, *supra* nota 66, p. 86.

⁷⁷ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, p. 101.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 102.

⁸⁰ Amparo en Revisión 581/2012, *supra* nota 54, p. 102.

que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear, con independencia de que se les permita el acceso al poder normativo para casarse.”⁸¹

Si la SCJN parte de estos presupuestos, es porque no hay nada en la orientación sexual que no sea heterosexual que amerite no recibir esta protección constitucional. Es decir, la no heterosexualidad no implica un daño, a ninguna persona y sus derechos, o a algún valor constitucional, como se vio en el apartado relativo a los estereotipos más comunes de las personas LGBT.

Lo mismo ocurre con la identidad de género. Para la SCJN, las personas también pueden decidir sobre su apariencia y, en general, sobre su identidad personal. El derecho a la identidad personal es “el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros”,⁸² de ahí su relación con el libre desarrollo de la personalidad. Este derecho implica que la persona se pueda proyectar no sólo “en cuanto a su orientación sexual”.⁸³

“sino primordialmente, en cuanto a cómo se percibe él, de acuerdo a su psique, emociones, sentimientos, etcétera. Así, dicha identidad se integra a partir, no sólo de su aspecto morfológico, sino, primordialmente, de acuerdo a sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y, de acuerdo a ese ajuste personalísimo de cada sujeto, es que proyectará su vida, no sólo en su propia conciencia, sino en todos los ámbitos de la misma. Lo anterior, porque, eminentemente, la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo y, de ahí, la protección constitucional incluye la libre decisión de la sexualidad”.⁸⁴

La SCJN protege todas las identidades de género porque cualquier identidad de género, concuerde o no con el sexo asignado al nacer, es válida. O, de forma contraria: el que las personas cambien la identidad de género que les fue asignada al nacer no genera un daño para alguna persona y sus derechos o a algún valor constitucional.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Amparo Directo Civil 6/2008, *supra* nota 66, p. 89.

⁸³ *Ibidem*

⁸⁴ *Ibidem*, p. 90.

2.2. El derecho a la igualdad y no discriminación: el principio fundante de nuestro régimen democrático y derecho transversal.

En el siguiente apartado se revisarán las violaciones más comunes que sufren las personas LGBT a sus derechos humanos, pero antes se comenzará abordando el derecho que sirve como base para todos los demás: el derecho a la no discriminación. Este derecho ha sido explicado ampliamente en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. Por tanto, en el presente Protocolo sólo se desarrollarán algunos puntos fundamentales sobre él mismo. Posteriormente se incluirán consideraciones específicas de la aplicación de este derecho en temas de orientación sexual e identidad de género para los y las juzgadas.

Marco normativo: el derecho a la no discriminación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículo 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículos 2 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículo 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículos 1 y 24; Principios de Yogyakarta: Principio 2.

Alcance de este derecho

El primer punto del alcance de este derecho está en exigir un trato igual o desigual, dependiendo de las circunstancias de las personas. El párrafo primero del artículo primero de la Constitución consagra este derecho que, en sentido amplio, garantiza que todas las personas disfruten de todos los derechos humanos. Este derecho no implica que el Estado no pueda hacer distinciones entre las personas. Conforme a la SCJN, el derecho a la igualdad garantiza un “trato idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas circunstancias.”⁸⁶ Lo que exige es una razonabilidad en la diferencia de trato. Es decir, las autoridades sí pueden distinguir entre las personas, siempre que esta distinción sea razonable y objetiva. De tal manera, la igualdad exige un trato igual en supuestos de hechos equivalentes y un tratamiento desigual en supuestos de hecho distintos, salvo que existan fundamentos objetivos y razonables para actuar de forma contraria.⁸⁷ Los actos positivos o negativos que se tomen en virtud de las “diferencias objetivas relevantes” que justifiquen o requieran, otorgar un trato desigual, deben superar un *test* de razonabilidad.⁸⁸

⁸⁶ Tesis 2a. CXVI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p.639. Reg. 171756. GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

⁸⁷ Tesis: 2a. LXXXII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 448. Reg. 169439. PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE.

⁸⁸ *Ibidem*.

El segundo punto radica en que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por el artículo primero de nuestra Constitución, así como por diversos tratados internacionales. Esto significa que ambas son consideradas “categorías sospechosas” para efectos de realizar una distinción en el trato de una persona, y cuentan con una protección adicional. El género y la preferencia sexual son características que la Constitución identifica como razones por las cuales las personas han sufrido un perjuicio constante a sus derechos.⁸⁹ La Corte IDH, el Comité de Derechos Humanos (CDCyP), y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), han llegado a la misma conclusión, y han establecido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana, el PIDCyP y el PDESC.⁹⁰ Esta conclusión ha sido respaldada por organismos de la ONU, como la Asamblea General (AG) y el Consejo de Derechos Humanos (CDH).⁹¹

En tercer lugar, el derecho a la igualdad implica que las autoridades, incluidas las jurisdiccionales, tomen “acciones positivas” o de “igualación positiva”. Estas acciones consisten en realizar medidas para obtener una correspondencia de oportunidades entre “distintos grupos sociales y sus integrantes y el resto de la población”. Las mismas, de acuerdo a la SCJN, pueden significar otorgar un trato desigual, de *jure* o de *facto*, a un grupo en específico. Pero este trato diferenciado está justificado porque se busca una igualdad de hecho.⁹² La Corte IDH ha confirmado esta obligación de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias.⁹³ El requisito que deben cumplir estas medidas para no violentar el derecho a la igualdad y no discriminación, es que el “trato diferenciado y preferencial [...] sea razonable y proporcional”.⁹⁴

El cuarto punto: el derecho a la igualdad y no discriminación prohíbe que una autoridad restrinja el acceso a un derecho, haciendo una distinción basada en la orientación sexual o identidad de género de una persona. Si una autoridad implementa una medida que distingue, excluye, restringe o prefiere a un grupo de personas por virtud de su orientación sexual o identidad de género, esta medida tiene que ser analizada con un *test* de escrutinio estricto, debido a

⁸⁹ Tesis: 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183. Reg. 163768. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.

⁹⁰ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, p. 34, “Comité de Derechos Humanos, Toonen v. Australia, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992 (1994). Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Karen Atala Riffo e hijas v. Chile*, p. 32. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) [...]”. Documentos anteriores citados en este caso, p. 34.

⁹¹ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. A/63/653, 22 de diciembre de 2008, párr. 3. Consejo de Derechos Humanos, *Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.

⁹² Tesis: 1a. XLIII/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época*, libro 3, febrero de 2014, t. I, p.644. Reg. 2005528. DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. CONTENIDO Y ALCANCES DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO.

⁹³ *Caso Atala Riffo y Niñas*, *supra* nota 90, p. 28.

⁹⁴ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, p. 83.

que la restricción se basa en una categoría sospechosa. La SCJN ha explicado que las medidas que distingan en base a una categoría sospechosa deben examinarse con mayor rigor porque “sobre ellas pesa la sospecha de ser inconstitucionales”. Ello no prohíbe realizar distinciones con base a estas categorías, sino su utilización injustificada. El escrutinio estricto garantiza que sólo se permitirán aquellas distinciones que tengan una justificación muy robusta.⁹⁵

Conforme a la SCJN, una medida que restringe derechos utilizando una categoría sospechosa debe superar tres requisitos:

Test de escrutinio estricto frente a una restricción basada en una categoría sospechosa

- La medida tiene que comprobar que la distinción cumple con “una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional”.⁹⁶ La medida tiene que estar encaminada a tutelar algo no sólo constitucionalmente admisible, sino imperativo y debe contar con un sustento constitucional explícito.
- La distinción debe estar “estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa. [...] La medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos.”⁹⁷
- Además, la medida debe ser “la menos restrictiva posible para conseguir efectivamente” la finalidad imperiosa.⁹⁸ Esto implica que las autoridades debieron evaluar otras medidas para alcanzar ese fin y que concluyeron que la medida adoptada era la menos restrictiva.

En quinto lugar, las autoridades deben estar atentas a la discriminación indirecta que puedan sufrir las personas por virtud de su orientación sexual o identidad de género. Esto es, la que sufren por los efectos de una medida que, si bien es neutral en cuanto a los criterios que incorpora, no lo es en cuanto a su impacto.

⁹⁵ Amparo en Revisión 581/2012, *supra* nota 54, p. 32.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 32.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 35.

Para detectar la discriminación indirecta, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han desarrollado un test que lleva a identificar tres supuestos:

Test para detectar la discriminación indirecta

- 1 Primero: el o la juzgadora debe identificar una regla o un criterio neutral.
 - 2 Segundo: debe identificar los efectos de esta regla.
 - 3 Tercero: debe identificar cómo los efectos de esta regla tienen un impacto diferenciado entre dos poblaciones, que se distinguen con base en una categoría sospechosa.⁹⁹
-

Una vez detectada la presencia de este impacto diferenciado, la constitucionalidad del mismo se evaluará conforme a las reglas de proporcionalidad y razonabilidad y de escrutinio estricto, antes desarrolladas.

En sexto lugar, este derecho tutela cualquier tipo de situación, aunque la misma no pueda ser definida en sentido estricto como parte del goce de un derecho. Así, el derecho a la no discriminación tutela que la autoridad no realice ningún tipo de distinción que no tenga un sustento constitucional sólido.¹⁰⁰

En séptimo lugar, este derecho goza de eficacia incluso en las relaciones entre particulares. Para la SCJN, ello “no sólo reafirma la naturaleza normativa de la Constitución, sino que también justifica la introducción de tales derechos fundamentales en ámbitos de relaciones privadas.”¹⁰¹ Esto es fundamental, como se verá, sobre todo considerando las vulneraciones a derechos que sufren las personas por virtud de su orientación sexual e identidad de género en el ámbito laboral, en donde muchas personas trabajan en empresas privadas; en cuanto al acceso a servicios de salud, en donde los hospitales privados son tan importantes como los públicos; y tratándose del acceso a lugares públicos, en los que muchos son manejados por particulares. El derecho a la no discriminación protege a las personas en estos ámbitos.

El octavo punto es: el derecho a la no discriminación obliga a las autoridades a atender la discriminación múltiple que sufren las personas, por distintas causas. De la misma manera en la que en temas de género, importa la clase social y el origen étnico de las personas, por ejemplo, tratándose de la orientación sexual y la identidad de género, ocurre lo mismo: las

⁹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Handbook on European Non-discrimination law”, 2010, pp. 29-30.

¹⁰⁰ Sirve como ejemplo un caso de la Corte Constitucional de Colombia en el que analizó si una medida que restringía la donación de sangre por parte de personas homosexuales, era discriminatoria. Para dicha Corte, el donar sangre no conformaba parte de un derecho, sin embargo ese trato también estaba cubierto por la obligación de no discriminar. Sentencia T-248/12, *supra* nota 47, párr. 2.7.3.6.3.

¹⁰¹ Tesis: 1a. XX/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XVI, enero de 2013, t.1, p.627, Reg. 2002504. DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

autoridades deben atender no sólo a la orientación sexual o identidad de género de una persona, sino a cómo su capacidad económica, ubicación geográfica, edad u origen étnico, por mencionar algunas, puede impactar su acceso al disfrute de derechos. El enfoque de la interseccionalidad debe guiar el análisis jurisdiccional en esta materia. Conforme a este enfoque “la discriminación que surge de una combinación de elementos genera un tipo de discriminación única y distinta de cualquier forma de discriminación basada en un solo factor”.¹⁰²

Por ejemplo: los procesos para la reasignación de sexo-género, si se regulan inadecuadamente, pueden llegar a ser muy costosos y terminar por convertirse en un obstáculo para que las personas trans puedan, efectivamente, acceder a su cambio de identidad. Sólo reconociendo la discriminación que sufren, tanto por identidad de género, como por condición social o posición económica, es posible realizar medidas que garanticen efectivamente los derechos de las personas trans. En el caso particular de México, en la comunidad zapoteca en Oaxaca existen los *muxes*: hombres que son educados, por lo general por sus madres, para desempeñar funciones, al interior de la familia y de la comunidad, “típicas” de las mujeres.¹⁰³ Además de la función social que cumplen, muchos llegan a vestirse con ropajes, peinados y maquillaje también “típicos” de las mujeres. Es evidente que los parámetros para juzgar casos relacionados con los *muxes*, tienen que considerar sus particularidades étnicas: lo que significa ser *muxe* dentro de su propio contexto y las dificultades que, dentro del mismo, enfrentan. Esta misma situación podría presentarse en el caso de instituciones como el concubinato.¹⁰⁴ En México, el concubinato surgió para proteger a las personas que no siempre tenían las posibilidades, económicas o geográficas, de acceder al matrimonio.

En último lugar, este derecho protege a las personas frente a cualquier acto o norma discriminatorios o estigmatizantes. La SCJN resolvió que la prohibición de discriminación otorga un interés legítimo para impugnar a través del juicio de amparo toda norma que discrimine o estigmatice a una persona. Esta conclusión se alcanzó al resolver que personas, ostentadas como homosexuales habitantes de Oaxaca, tenían interés legítimo para impugnar el Código Civil de ese Estado, que no contempla el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Lo anterior, sin importar que no existiera un acto específico de aplicación de esa norma, ya que las personas demandantes no tenían intención de contraer matrimonio. La SCJN explicó que las leyes juegan un papel en torno a los estereotipos que pueden existir en la sociedad, especificando que la discriminación se puede resentir a través de “normas que promocionan y

¹⁰² International Women’s Rights Action Watch – Asia Pacific, “Enfoque interseccional o contextual de la discriminación”, 2006, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.iwraw-ap.org/PFCedawEspanyol/contextual.htm>>; véase también Suprema Corte de Justicia de la Nación “¿Quiénes son las mujeres?”, Boletín Género y Justicia. No. 31, enero 2012, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Boletin_31_Enero_2012.pdf>.

¹⁰³ Miano Borruso, Marinella, “Género y homosexualidad entre los zapotecos del Istmo de Tehuantepec. El caso de los muxes”, 2001, artículo en línea, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://isisweb.com.ar/muxe.htm>>. Véase, además, Bastida Aguilar, Leonardo, “Muxes: entre la tradición y el cambio”, La Jornada, Letra S, No. 203, 6 de junio de 2013, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2013/06/06/ls-portada.html>>.

¹⁰⁴ Vela Barba, Estefanía, “Matrimonio gay, una victoria no definitiva”. Nexos: El Juego de la Corte, 18 de julio de 2013, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=2902>>.

ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación”.¹⁰⁵ De esta forma, una ley que pueda parecer neutra, puede "generar una afectación directa e inminente por su simple existencia", con independencia de la intención del o la legisladora de discriminar un grupo vulnerable.¹⁰⁶ Por lo tanto, la SCJN concluyó que en dicho caso la regulación del matrimonio en el Código Civil de Oaxaca generó “una afectación directa en sentido amplio en los quejosos [:] la estigmatización por discriminación”, lo cual les otorgaba el interés legítimo necesario para presentar una demanda de amparo.¹⁰⁷

Para la SCJN, la “estigmatización constituye un daño jurídicamente relevante que es actual y real, producida por un mensaje del cual [la] quejos[a] es destinatari[a]”, quien puede combatirla en defensa del derecho a la no discriminación.¹⁰⁸

Requisitos para acreditar un interés legítimo en la impugnación de una norma discriminatoria o estigmatizante

- 1 Se combata una norma con un mensaje perceptible “objetivamente”, explícito o implícito, del que se alegue “exista un juicio de valor negativo o estigmatizador”.
- 2 Se alegue que dicho mensaje utilice un criterio de clasificación sospechoso.
- 3 Se acredite que la parte quejosa tiene una relación “de proximidad física o geográfica con el ámbito espacial de validez de la norma”.¹⁰⁹

Consideraciones para quien imparte justicia

- Se sugiere a las y los juzgadores observar este principio en todas las etapas del proceso en los que intervenga una persona LGBT, sin importar la materia, ya que se propone que este derecho sea el eje sobre el cual se base cualquier acto judicial o resolución que afecte a estas personas.
- Se propone que la fundamentación del desahogo y resolución de los juicios en los que sean parte personas LGBT, se base en una perspectiva de género y de diversidad sexual, libre de prejuicios y estereotipos.

¹⁰⁵ Primera Sala de la SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, 2014, párr. 90.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párrs. 90-91.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párr. 95. Para revisar los escenarios generales a través de los cuales una norma autoaplicativa puede generar una afectación personal indirecta, con base en el interés legítimo, puede revisarse el párrafo 69 de esta resolución.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr. 104.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párr. 105.

- Si los y las juzgadoras son llamadas a valorar una medida que distingue con base en la orientación sexual e identidad de género, lo primero a identificar es si se trata de una medida que busca la igualdad de hecho de un grupo constitucionalmente protegido por el derecho a la no discriminación o, por el contrario, busca restringir un derecho.

- Si la medida busca la igualdad de hecho, para juzgarla, corresponde aplicar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto es, verificar que la medida esté conectada con el fin que busca alcanzar y que, si trastoca otros derechos o valores constitucionales, sea proporcional.¹¹⁰

- Si la medida busca restringir el acceso a un derecho, con base en la orientación sexual o identidad de género, o da un tratamiento diferenciado a las personas con base en estas características, la autoridad verificará si esta restricción o tratamiento diferenciado es directa o es visible a partir de su resultado.

- Si se trata de una diferenciación directa, esto es, explícita en el texto en cuestión o en las motivaciones de la autoridad que juzga, se verificará que la distinción pase el test de escrutinio estricto antes desarrollado.

- En esta verificación, se sugiere que el juzgador o la juzgadora vigile que todas las afirmaciones realizadas sobre la orientación sexual e identidad de género para restringir derechos, tengan, de hecho, un sustento científico. No basta asumir, dar por sentado, o creer que son ciertas. Tiene que comprobarse que lo son. Se estima que no es válido argumentar utilizando estereotipos de género o sexuales, por lo que corresponderá a los y las juzgadoras identificar estos estereotipos en los planteamientos de las partes. Para identificar estereotipos se puede acudir a la sección sobre Estereotipos más comunes de las personas LGBT de este Protocolo.

- Por ejemplo, un estereotipo que puede surgir en el contexto jurisdiccional es el que surgió en la Acción de Tutela que resolvió la Corte Constitucional de Colombia, sobre la constitucionalidad de una política hospitalaria por virtud de la cual se prohibía a los homosexuales donar sangre. Un argumento utilizado para justificar esta política fue la exclusión de los homosexuales por su vinculación con el VIH. El estereotipo en este caso es que todos los homosexuales tienen riesgo de tener VIH. Sin embargo, en ese caso la Corte Constitucional distinguió que una cuestión es el “sexo” por el que se siente atraída una persona y otra “la manera como realiza o desarrolla” su actividad sexual. De esta forma determinó que entre los factores de riesgo para permitir la donación de sangre no debe mencionarse la orientación sexual.¹¹¹

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Sentencia T-248/12, *supra* nota 47, párr.2.7.3.2.

- En este mismo sentido, se considera no válido, interpretar a la orientación sexual o identidad de género en sí como un perjuicio, una deficiencia, una enfermedad, un déficit, una discapacidad, una falta de carácter, un capricho o algo negativo que justifique la restricción de un derecho. Por ejemplo, hay quienes han utilizado a la orientación sexual para justificar una restricción a la capacidad de ejercicio de las personas. La orientación sexual, bajo esta lógica, se convierte en una discapacidad que “justificaría” un juicio de interdicción.¹¹² El sujeto, se argumenta, no puede disfrutar de todas sus habilidades intelectuales si prefiere o insiste en su homosexualidad o bisexualidad. Esto, además de violar el derecho a la personalidad jurídica, violenta el derecho a la no discriminación.

- Se hace un llamado a las personas que imparten justicia a estar atentas a la discriminación indirecta que pueda sufrir esta población. Para detectar esta discriminación pueden utilizar el *test* desarrollado por el TEDH y el TJUE.¹¹³ Posteriormente, podrán evaluar la justificación de la medida conforme al test de escrutinio estricto.

- Se sugiere que los y las juzgadoras verifiquen, en todo momento, si la persona puede estar sufriendo discriminación en función de distintas características y no sólo de su orientación sexual e identidad de género. Es decir, puede ser que la persona se encuentre en la misma situación que otras personas con su misma orientación sexual o identidad de género. Del mismo modo puede que la persona se encuentre en la misma situación que otras personas dentro de alguna otra categoría, por ejemplo, que otras personas con su mismo origen étnico o con su misma situación económica. Aquí corresponde analizar cómo la intersección de dos, o más, categorías afectan a las personas, para revisar que la combinación de las mismas no genere una discriminación mayor. Esto significa aplicar un enfoque de interseccionalidad al juzgar casos.

- Los y las juzgadoras están llamadas a verificar que el derecho a la igualdad y no discriminación sea respetado por el Estado y por los particulares. De esta forma, pueden someter las acciones de particulares bajo la perspectiva de los estándares desarrollados en esta sección. Esta protección puede abarcar diversas situaciones. Las personas no pueden ser discriminadas ni en sus trabajos, ni en los servicios de salud, pero tampoco al acceder a espacios públicos o servicios públicos que puedan ser prestados por particulares. Cualquier tratamiento diferenciado tiene que estar justificado.

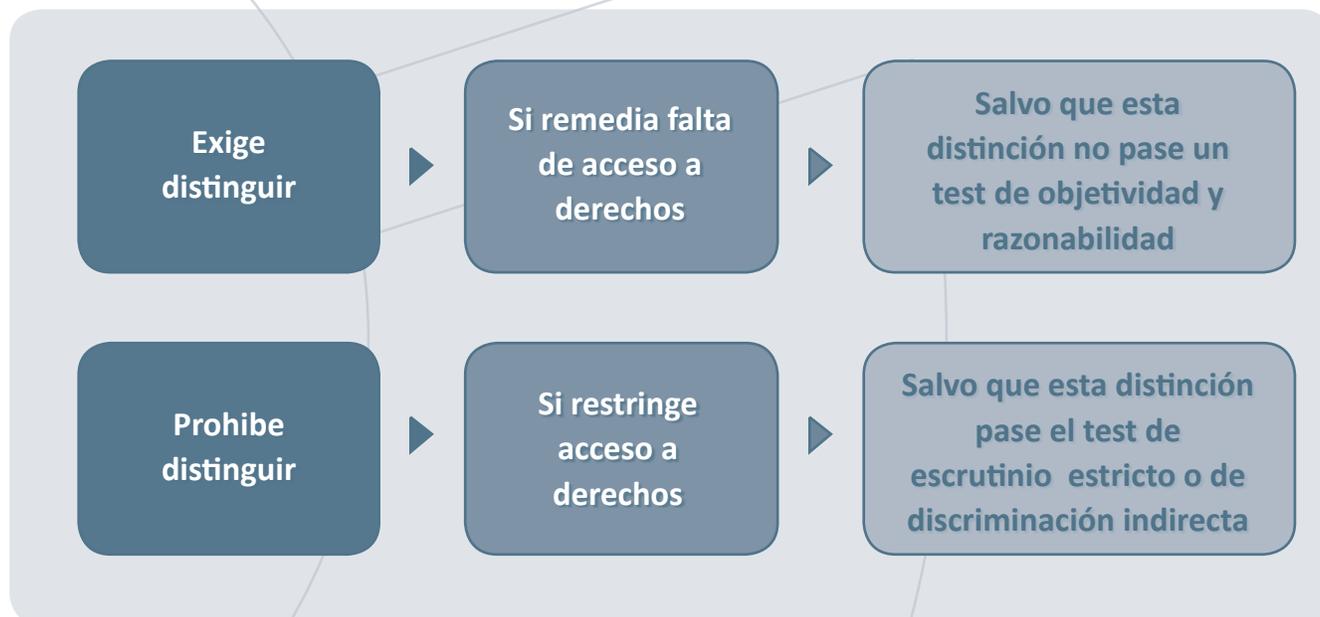
¹¹² Esto no quiere decir que se sostenga que la existencia de una “discapacidad” justifique restringir la capacidad de ejercicio. Para mayor información en torno a este tema se puede consultar SCJN, “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad”, disponible en <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Protocolo%20DiscapacidadISBN.pdf>>.

¹¹³ “Handbook on European Non-discrimination law”, *supra* nota 99, pp. 29-30.

- El derecho a la no discriminación también garantiza que las personas, sean juzgadas en condiciones de igualdad, lo que implica que no se puede imponer una pena mayor por virtud de su orientación sexual o identidad de género. En Estados Unidos, por ejemplo, se ha identificado que una persona condenada por cometer el delito de abuso sexual de menores, recibe una pena mayor si se trató de un abuso de hombre a niño, que de hombre a niña.¹¹⁴ Esto, bajo el orden jurídico mexicano, es inconstitucional. El derecho a la no discriminación protege a las personas de cualquier actuación arbitraria del Estado, como lo es la imposición de penas.
- Se sugiere que al interpretar la procedencia de una demanda promovida por una persona que considera que una ley o norma la está discriminando, se sigan los criterios desarrollados por la SCJN en torno al interés legítimo, y por tanto si la ley puede tener un efecto discriminatorio o estigmatizante en contra de dicha persona, se admita la demanda y en su caso se resuelva si efectivamente existe o no esa discriminación.
- Los y las juzgadoras pueden utilizar la siguiente gráfica para revisar, de manera sencilla, ante qué tipo de medida se enfrentan y cuáles son los criterios con los que debe cumplir para considerarse que cumplen con el derecho a la no discriminación. Éste, recordando, exige distinguir, con base en la orientación sexual e identidad de género, cuando la medida en cuestión busque remediar una falta de acceso a los derechos. La medida es constitucional, salvo que no pase un test de objetividad y razonabilidad. El derecho a la no discriminación, por otra parte, prohíbe distinguir, con base en la orientación sexual e identidad de género, cuando la medida en cuestión busque restringir el acceso al ejercicio de los derechos, salvo que la medida cumpla con un *test* de escrutinio estricto o de discriminación indirecta.

¹¹⁴ Wiley, Tisha R. A. y Bottoms, Bette L., "Effects of Defendant Sexual Orientation on Jurors' Perceptions of Child Sexual Assault", *Law and Human Behavior*, Vol. 33 No. 1, 2009.

Derecho a la no discriminación





Capítulo

3.

CONSIDERACIONES PARA QUIEN
IMPARTE JUSTICIA





3.1. El sexo registral y la identidad de género

Cuando las personas nacen y son registradas, uno de los datos básicos que se incluye en todas las actas de nacimiento es el del sexo, con dos posibilidades: hombre o mujer. Por lo general, se elige el sexo de la persona a partir de una inspección médica de sus genitales. La función del Registro Civil está en “dar constancia” de este dato médico.

Las personas trans e intersex cuestionan los criterios a partir de los cuales a las personas se les asigna un sexo. Los intersex, como se revisó en el primer apartado, son personas cuyos cuerpos presentan factores que hace que su configuración genética, gonádica, morfológica u hormonal difiera de lo que culturalmente suele entenderse como estrictamente “masculino” o estrictamente “femenino”.¹¹⁵ En el Amparo Directo Civil 6/2008 que resolvió la SCJN, por ejemplo, la quejosa había nacido con un pene chico, tenía un ovario, desarrolló mamas en su pubertad y tenía cromosomas XY. Esta realidad corporal resultaba invisibilizada por la práctica del Registro Civil y médica, a partir de la cual se redujo su sexo a sus genitales: al nacer con un pene, se le asignó el sexo de “hombre”.¹¹⁶ Las personas trans, por su parte, si bien sus cuerpos encajan en los criterios médicos que se aceptan sobre el cuerpo sexuado, no sienten que pertenecen al sexo que se les asignó. Para ellas, el criterio por excelencia a partir del cual las personas deberían ser identificadas como hombres o mujeres es el de la identidad personal: es decir, cómo cada persona se identifica a sí misma.¹¹⁷

Desde aquí, la interrogante que plantean las personas trans e intersex tiene que ver con la posibilidad de que las personas decidan sobre su propia identidad de género y que el Estado la reconozca. Esto implica la posibilidad de que sus documentos oficiales, en los que consta su sexo, sean modificados. Sin embargo, cuando se conecta la importancia de la identidad y de los documentos que la reflejan, con asuntos prácticos, esta cuestión asume una complejidad mayor. Sin el documento que refleje su identidad pueden estar expuestas a ser detenidas, por ejemplo, al no tener un pasaporte que no refleje la nueva identidad.¹¹⁸ La identidad de las personas es un aspecto que también impactará temas relacionados con acceso a baños públicos, la escuela o el trabajo. En muchos espacios, pueden no dejar a estas personas ir al baño del género con el que se identifican.¹¹⁹ O, si acceden a ellos, corren el riesgo de ser violentadas o hasta arrestadas.¹²⁰

¹¹⁵ Para un estudio sobre la intersexualidad en México, véase Alcántara Zavala, Eva, “Pobreza y condición intersexual en México: reflexiones y preguntas en torno al dispositivo médico”, *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano*, Mauro Cabral (ed.), Anarrés Editorial, Argentina, 2009, disponible en <<http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf>>.

¹¹⁶ Amparo Directo Civil 6/2008, *supra* nota 66, pp. 9-12.

¹¹⁷ Por ejemplo, en Alemania, se introdujo una tercera posibilidad, además del hombre y mujer, para registrar a las personas al nacer. Véase BBC Mundo, “Alemania introduce un ‘tercer género’ legal para recién nacidos”, BBC Mundo, 1 de noviembre de 2013, http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/08/130819_alemania_tercer_genero_nm.shtml

¹¹⁸ Currah, Paisley y Mulqueen, Tara, “Securitizing Gender: Identity, Biometrics, and Transgender Bodies at the Airport”, *Social Research*, Vol. 78, No. 2, 2011; Immigration Equality, “3. Introduction to Identity Documents”, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://immigrationequality.org/issues/law-library/trans-manual/introduction-to-identity-documents/>>.

¹¹⁹ Herman, Jody L, “Gendered Restrooms and Minority Stress: The Public Regulation of Gender and Its Impact on Transgender People’s Lives”, *Journal of Public Management & Social Policy*, Vol. 19, 2013, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Herman-Gendered-Restrooms-and-Minority-Stress-June-2013.pdf>>.

¹²⁰ Transgender Law Center, “Peeing in Peace. A Resource Guide for Transgender Activists and Allies”, 2005, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://transgenderlawcenter.org/issues/public-accomodations/peeing-in-peace>>.

Marco normativo: el derecho a la identidad

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículo 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículos 16 y 17; Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículos 3, 5 y 18; Principios de Yogyakarta: Principio 3.

Alcance de este derecho

En el Amparo Directo Civil 6/2008, la SCJN efectuó una interpretación sistemática de las normas citadas anteriormente. De ellas derivó el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por virtud de este derecho, la persona, “sea quien sea, tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para [ella], son relevantes.”¹²¹ Este derecho tutela, entre otras cosas, “la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual.”¹²² La razón, afirmó la SCJN, es que “todos estos aspectos [...] son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma.”¹²³

Relacionado al libre desarrollo de la personalidad, está el derecho a la identidad personal, “el derecho que tiene toda persona a ser un[a] mism[a], en la propia conciencia y en la opinión de los otros.”¹²⁴ De este derecho se implica el relativo a la identidad de género. Este derecho incluye la orientación sexual y primordialmente cómo se percibe una persona, “de acuerdo a su psique, emociones, sentimientos, etcétera”.¹²⁵ Para la SCJN, la sexualidad “es un elemento esencial”, parte de la esfera más íntima de una persona, y por tanto la libre decisión de la sexualidad está protegida por la Constitución.¹²⁶ De esta forma, la identidad personal “será a partir de la cual, la sociedad distingue a cada persona y lo distingue de las demás”.¹²⁷

¹²¹ Amparo Directo Civil 6/2008, *supra* nota 66, p. 86.

¹²² *Ibidem*, pp. 86-87.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 89-90 “[...]. Así, dicha identidad se integra a partir, no sólo de su aspecto morfológico, sino, primordialmente, de acuerdo a sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y, de acuerdo a ese ajuste personalísimo de cada sujeto, es que proyectará su vida, no sólo en su propia conciencia, sino en todos los ámbitos de la misma. Lo anterior, porque, eminentemente, la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la **autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo y, de ahí, la protección constitucional incluye la libre decisión de la sexualidad**”.

¹²⁷ *Ibidem*.

En consecuencia, las personas tienen el derecho a cambiar de nombre y sexo en sus documentos oficiales cuando los asignados al nacer no reflejan lo que consideran es su identidad.¹²⁸ Además, conforme a su derecho a la intimidad, este cambio no debe ser público. La SCJN determinó que, si bien el derecho a la intimidad no es absoluto y tiene límites, como los derechos de terceros, su vulneración debe “ser razonable” para protegerlos.

En el caso del cambio de nombre y sexo legal, la SCJN estableció que no hay razón para limitar los derechos de una persona transexual, negándole la posibilidad de adecuar sus documentos de identidad por preservar derechos de terceros o el orden público.¹²⁹ Para la SCJN, hay otras formas de proteger los derechos de tercero, sin que sea necesario que el acta de nacimiento retome el cambio que vivió la persona.¹³⁰

Lo anterior no significa que la persona, al cambiar de nombre y de sexo, “borre” su identidad previa y, con ello, los derechos de terceros queden desprotegidos. Lo que significa es que los derechos de terceros deben protegerse de otra forma, sin vulnerar el derecho a la intimidad de las personas. Por ejemplo, la SCJN validó el procedimiento que instauró la legislación del Distrito Federal, en el que a la persona se le emite una nueva acta, a la par de “que el acta de nacimiento primigenia quedará reservada y no se publicará, ni expedirá, constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial.”¹³¹

Atendiendo a los Principios de Yogyakarta, no es posible exigir que las personas intervengan sus cuerpos para tener el derecho a cambiar su nombre y sexo. La SCJN reconoció que legislaciones como la del Distrito Federal, en la que no se exige que las personas intervengan sus cuerpos para obtener un cambio de sexo en sus documentos oficiales, son constitucionales.¹³²

Exigir que las personas intervengan sus cuerpos para obtener un cambio en sus documentos oficiales, además de violentar el derecho a la integridad física, puede llegar a violentar el derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos, ello ya que el resultado de intervenciones quirúrgicas muchas veces llega a ser la alteración o pérdida de los órganos sexuales

¹²⁸ No hacerlo, además de violar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puede violentar el derecho a la salud. Tesis: P. LXX/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 6, Reg. 165825. DERECHO A LA SALUD. TRATÁNDOSE DE LA REASIGNACIÓN DEL SEXO DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, ES NECESARIA LA EXPEDICIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD, A FIN DE LOGRAR EL ESTADO DE BIENESTAR GENERAL PLENO QUE AQUEL DERECHO IMPLICA.

¹²⁹ Tesis: P. LXXIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p.19, Reg. 165694. REASIGNACIÓN SEXUAL. NO EXISTE RAZONABILIDAD PARA LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, IMPIDIÉNDOLE LA ADECUACIÓN DE SUS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD, BAJO EL PRETEXTO DE PRESERVAR DERECHOS DE TERCEROS O EL ORDEN PÚBLICO.

¹³⁰ La SCJN señaló lo siguiente tomando en cuenta que este derecho “se vincula con otros, tales como la libre opción de un proyecto de vida y la no discriminación, en tanto se presenta la circunstancia innegable de ciertas minorías que, por su condición, sufren discriminación o marginación, lo que hace exigible fijar una postura desde la óptica de los derechos fundamentales y la dignidad humana. El ataque a la vida privada de la persona puede ocasionar un daño irreparable, en tanto toda persona tiene derecho a vivir su propia vida y desarrollarse como pueda y pretenda, sin que ello signifique ocultar información, sino que ésta pueda desarrollar su vida con libertad y con la posibilidad de resolver, a voluntad propia, qué aspectos de su vida admite exponer al conocimiento de otros, para salvaguardar su dignidad humana.” Amparo Directo Civil 6/2008, *supra* nota 66, p. 88.

¹³¹ *Ibidem*, p. 113.

¹³² *Ibidem*, pp. 113-115.

y reproductivos. Por ejemplo, el TEDH ha determinado que requerir que se compruebe una “necesidad médica” para las cirugías de reasignación, para efectos de la cobertura del seguro médico, es violatorio de derechos.¹³³

Relacionado con el problema de las cirugías, se tiene el caso de las personas intersex que son sometidas a una cirugía al nacer, para “adaptar” sus cuerpos a un sexo u otro. Estas intervenciones médicas, además de violar el derecho a la salud, violan el derecho a la integridad física.¹³⁴ Resulta inapropiado someter a intervenciones quirúrgicas a niños y niñas con el objeto de adaptarse a una de las categorías contempladas.

Si por virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad sexual está protegido el cambio de nombre y sexo, también resulta protegido el cambio en la expresión de género, por lo que las personas son libres de decidir cómo se visten.¹³⁵ Esto adquiere relevancia cuando se revisan casos como *Doe v. Yunits*, por ejemplo, en el que una adolescente, que nació y fue registrada como niño, fue suspendida de su escuela por usar ropa acorde a su identidad de género elegida.¹³⁶

El respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la identidad de género, también implica, que se debe respetar la manera en la que los niños y niñas deciden vestirse, sin criminalizar a los padres o madres que lo permitan. En 2010, en México,¹³⁷ se giró una orden de aprehensión a una madre por rapar a su hija, “no vestirla con ‘ropa de niña’ y vestirla con playeras con mensajes alusivos a negar que fuera niña o indicando que era una niña pirata, [por] darle juguetes ‘para niños’ [y] no ponerle aretes”. Se detuvo a la madre alegando que había cometido el delito de corrupción de menores. En todo momento se debe respetar la manera en la que los niños y las niñas deciden vestirse, en ambos sentidos: es necesario respetar al niño cuya expresión de género coincida con una femenina, como con una masculina; es necesario respetar a la niña cuya expresión de género coincida con una femenina, como con una masculina.

¹³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “*Van Kück v. Germany*”, Application No. 35968/97, párrs. 65 y 86.

¹³⁴ Véanse Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-477/95,1995; SU-377/99, 1999; T-912/08 2008; en las que decidió acerca de los diferentes procedimientos a los que pretenden someter a las personas intersex.

¹³⁵ Amparo Directo Civil 6/2008, *supra* nota 66, pp. 86-87.

¹³⁶ International Commission of Jurists, “Sexual Orientation, Gender Identity, and Justice: A Comparative Law Casebook”, Ginebra, p. 160.

¹³⁷ Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Querétaro, Cuaderno auxiliar número 362/2010-III relativo al juicio de amparo 1238/2010-4, 2010.

Consideraciones para quien imparte justicia

- Las personas pueden sufrir vulneraciones a sus derechos por su expresión de género o su identidad de género en distintos ámbitos de su vida (laborales o educativos, por ejemplo).¹³⁸ Los y las juzgadoras serán llamadas a vigilar que la expresión o identidad de género sean respetadas en cualquier situación.
- Los y las juzgadoras pueden resolver casos sobre la posibilidad de que personas cambien sus documentos de identidad y que este cambio no sea público. Al respecto habrá que considerar lo resuelto por la SCJN sobre el derecho de cada persona a definir su identidad de género (antes desarrollado).
- Para respetar el derecho a la identidad de género de las personas, la solicitud de cambio de nombre y sexo, basada en la identidad de las personas, debe ser procedente. Los y las juzgadoras podrán evaluar estas peticiones, o las decisiones en torno a la misma, conforme al entendimiento de la SCJN en torno a la identidad de género y los aspectos que cubre.
- Los y las juzgadoras podrán resolver casos en que se disputen los requisitos para acceder al cambio de nombre y sexo. Pueden existir legislaciones o autoridades que condicionen el cambio de sexo a que la persona pase por una transformación corporal es decir, que se realicen intervenciones hormonales o quirúrgicas, para que exista, además de una “identidad de género”, una “identidad corporal”.¹³⁹ Lo anterior implica una violación de los derechos a la identidad de género, a la integridad corporal e incluso a decidir. Se sugiere que los y las juzgadoras vigilen que no se condicione el ejercicio del derecho a la identidad de género a violentar el derecho a la integridad física o el derecho a decidir.
- Se sugiere que las y los juzgadores vigilen que no se condicione el cambio de nombre y sexo, a que las personas trans no se puedan casar o a que tengan que divorciarse. Este cambio no puede condicionar o alterar el estado civil de las personas. Las personas tienen derecho a permanecer casadas si deciden cambiar de nombre y de sexo; y tienen derecho a casarse después del cambio de nombre y de sexo, cumpliendo los requisitos que deba cumplir cualquier persona. Lo mismo ocurre con las relaciones filiales que tengan: este cambio no altera la relación que tengan o puedan

¹³⁸ Como se mencionó previamente, se dio el caso de una niña que fue suspendida de su escuela por manifestar su identidad de género. Además de que actos como éste implican una vulneración al derecho a la educación, o al derecho al trabajo, también implican una vulneración al derecho a la identidad. Ello ya que éste tutela la posibilidad de proyectar la identidad en las múltiples áreas de la vida.

¹³⁹ Cuarta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Recurso de Apelación interpuesto por ***** en contra de la sentencia definitiva de la C. Jueza Décima Quinta de lo Familiar en el Distrito Federal, en los autos del Juicio Ordinario Civil, Juicio Especial de Levantamiento de Acta por Reasignación para la Concordancia de Sexo Genérico promovido por el señor ***** en contra del C. Director del Registro Civil en el Distrito Federal, expediente ***** y *****.

llegar a tener con sus hijas e hijos. Se considera que no es válido condicionar el ejercicio del derecho a la identidad de género a violentar el derecho a la protección de la familia (como se verá también en el apartado relativo a la familia de este Protocolo).

- Los y las juzgadoras pueden llegar a resolver casos en los que se disputa la publicidad del cambio de nombre y sexo. En este supuesto, la SCJN determinó que sería una invasión ilegítima al derecho a la intimidad de la persona hacer público ese cambio. Por esta razón, no es válido que el cambio conste como una anotación al margen en el documento de identidad.
- Si se argumenta que la falta de publicidad del cambio de nombre y sexo en los documentos oficiales puede generar daños a terceros, como a los acreedores, este argumento debe sopesarse. Se sugiere que los y las juzgadoras consideren que existen otros mecanismos para salvaguardar estos derechos, sin vulnerar el derecho a la identidad de género y la intimidad. Un ejemplo es la alternativa, antes mencionada, de la legislación del Distrito Federal.¹⁴⁰
- Se propone que los y las juzgadoras tengan en cuenta que el reconocimiento de la identidad de género de una persona no es un proceso agotado ante el Registro Civil. Las personas cuentan con otros documentos que las identifican, por ejemplo: credenciales para votar, certificados, títulos profesionales, cédulas, pasaporte, etc. Los y las juzgadoras pueden ser llamadas a garantizar el derecho a la identidad en todos estos procesos.
- Este cambio también es relevante para efectos de las actas de nacimiento de sus hijos e hijas; y de sus actas de matrimonio. La inexistencia de una regulación específica en torno al cambio que deba realizarse en estos documentos no impide que los y las juzgadoras protejan el derecho a la identidad y al desarrollo a la libre personalidad. Los y las juzgadoras pueden aplicar un control de constitucionalidad/convenionalidad sobre normativas que resulten omisas en aras de cumplir la obligación constitucional de proteger los derechos humanos.
- En lo que respecta al trato que reciban las personas trans en las cárceles, se ha identificado que, por ejemplo, las mujeres trans están expuestas a más violencia en la cárcel, especialmente si ésta es de hombres. Para proteger a las personas frente a este tipo de violencia, las autoridades pueden determinar que sean trasladadas a una cárcel de mujeres, por ejemplo. En este tipo de decisiones, se sugiere que las autoridades se guíen por la identidad de género de la persona y su seguridad.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 113.

- Se han identificado casos en los que las personas trans han sido detenidas por acudir a lugares (por ejemplo baños) que, se alega, no son los que “les corresponden”. Esta detención puede proceder bajo figuras que pretenden tutelar la “moral pública” o proteger a las personas de “actos impúdicos”. Estas figuras no pueden interpretarse de manera tal que vulneren la identidad de género de las personas. Si la identidad de género implica el derecho a vivir conforme al género que se quiere, el ejercicio de este derecho no puede convertirse en una falta administrativa o delito.

- Para el caso de la identidad de género de los niños, niñas y adolescentes, se recomienda que se aplique en todo el momento del proceso, el derecho de los niños y niñas a ser escuchados y el principio del interés superior del niño. La Convención sobre los Derechos Del Niño (CDN) y la Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño (CRC) pueden ser valiosas referencias.¹⁴¹ Los y las juzgadoras no pueden olvidar que también los niños y niñas tienen derecho a elegir su propia identidad de género y que ésta, en muchos casos, se establece desde temprana edad, como se refirió en el apartado relativo a los estereotipos más comunes de las personas LGBT.

- Quienes impartan justicia podrán conocer de casos en que se presenten niños y niñas, de cualquier edad, cuyos padres y madres no sepan cómo registrarlos porque presentan algunas de las características físicas asociadas con la intersexualidad. Para estos casos se recomienda tomar en cuenta el derecho de toda persona a su identidad y a no ser discriminada por esta razón.

- Los y las juzgadoras podrán conocer incluso de casos en que se solicite que una persona sea registrada en una categoría que no concuerde con la de "hombre" o "mujer", atendiendo al derecho que tiene toda persona a desarrollar una identidad de género propia, y a la prohibición de discriminar a esa persona por dicha identidad.

- Se sugiere que casos relacionados con la identidad de género de niños y niñas no sean juzgados a partir del supuesto de considerar negativo que su identidad de género no concuerde con “la socialmente asignada”. Es decir, la identidad de género de niños, niñas o adolescentes, cualquiera que sea, no es una señal de “confusión” o “enfermedad”. De la misma manera en que un niño tiene derecho a identificarse “como niño”, tiene derecho a identificarse “como niña”; y viceversa para las niñas. Lo que se debe cuidar, independientemente de la identidad de género, es que el niño o la niña esté en un ambiente libre para manifestar su identidad, sea ésta temporal o no; y no que esté en un ambiente en el que se le impone una identidad, especialmente a través de la violencia.

¹⁴¹ Para mayor información sobre la aplicación de estos principios en un proceso judicial, revisar SCJN “Protocolo de Actuación para personas que imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes”, disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo_infancia_2da_version.pdf>.

- Los y las juzgadoras podrán conocer de casos de violencia en contra de niños o niñas por no conformarse con la identidad de género que los padres y madres, compañeros o compañeras de la escuela o profesores o profesoras estiman la correcta. Existen casos en que los niños son golpeados o violentados verbalmente por manifestar actitudes asociadas a la feminidad; o viceversa: niñas son violentadas por manifestar actitudes asociadas a la masculinidad. Los y las juzgadoras no pueden justificar esta violencia como parte de la prerrogativa de los padres y madres a “corregir”. La violencia contra niños, niñas y adolescentes es injustificable, más aún cuando ocurre por ejercer un derecho, como la identidad de género. Lo mismo puede llegar a ocurrir si los y las juzgadoras se confrontan a casos en que estos niños y niñas han sido sometidos a terapias para “corregir” sus comportamientos. Todas las identidades de género, concuerden o no con las asignadas socialmente, son válidas.

- Los y las juzgadoras podrán conocer casos en que se juzgue a los padres o madres por permitir que los niños y niñas expresen actitudes o se identifiquen con un género que no corresponde al asignado socialmente. Se sugiere resolver estos casos atendiendo al derecho de niños, niñas y adolescentes a su identidad personal y a no ser discriminados o discriminadas en virtud de ella.

3.2. La vida familiar

Una de las luchas más grandes que ha realizado la comunidad LGBT es para que sus relaciones familiares sean respetadas y reconocidas por el derecho. Este esfuerzo se ha gestado en torno a las parejas, buscando que el Estado reconozca sus lazos afectivos, obteniendo acceso al matrimonio y otras formas reconocidas de relaciones familiares (como el concubinato). Pero también se ha concretado en torno a la relación con sus hijos; primero, buscando que se respete su relación con ellos, es decir que no se intervenga arbitrariamente en ella; y buscando el acceso a las distintas vías para hacerse padres y madres, como la adopción. Estas reivindicaciones encuentran sustento en la Constitución y los tratados internacionales que México ha suscrito.

Para efectos de claridad se dividirá este apartado en tres situaciones jurídicas que ha planteado la comunidad LGBT en torno a la familia.

La primera es la del respeto a las relaciones que ya tienen con sus hijos, que implica revisar el derecho de la persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su familia.

La segunda es la del acceso al matrimonio y otras formas de protección a las parejas, y a los beneficios que éstas tutelan, lo que conlleva revisar el derecho a la protección de la familia.

La tercera es la del acceso a la adopción y otras vías de reproducción asistida, aspecto relacionado al derecho a la protección de la familia en otra dimensión.

El punto común de todas estas situaciones es que caen bajo el cobijo del derecho a la protección de la familia y la vida privada, derechos garantizados por el orden jurídico mexicano. Mismo que servirá como el marco normativo general para analizar estas situaciones.

Marco normativo: el derecho a la protección de la familia y la vida privada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículos 4 y 16; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 17; Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 11; Convención sobre los Derechos del Niño: Artículo 2; Principios de Yogyakarta: Principios 6 y 24.

Alcance de este derecho

En la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010¹⁴² y en el Amparo en Revisión 581/2012, la SCJN determinó que cuando la Constitución y los tratados internacionales refieren a “la familia”, debe entenderse:

¹⁴² Se deben proteger “todas [las] formas y manifestaciones [de la familia] en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.” Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, p. 87.

“que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad: familias nucleares compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho; familias monoparentales compuestas por un padre o una madre e hijos; familias extensas o consanguíneas que se extienden a varias generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales; y desde luego también familias homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos”.¹⁴³

Es decir, la protección de la “familia” cubre todos los lazos que llegan a establecer las personas LGBT: con sus padres, hermanos, tías, sobrinas, hijos e hijas y entre sí, a través de las figuras jurídicas establecidas para las parejas. Además de la posibilidad de constituir estos lazos, el derecho a la protección de la familia garantiza que, una vez constituidos, estén protegidos frente a intromisiones arbitrarias del Estado. En este punto, el derecho a la protección de la familia, establecido en la Constitución, se complementa con el derecho a la vida privada y familiar, como han sido reconocidos en el ámbito internacional.

La Corte IDH ha establecido que la vida privada “abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.”¹⁴⁴ A partir de tal consideración, existe un vínculo entre el libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y la familia. La familia se convierte en un ámbito tutelado por la vida privada, un espacio en que las personas pueden decidir cómo organizarse, cómo dar lo mejor de sí. El Estado no puede intervenir en estas relaciones de manera arbitraria.

Bajo los derechos a la protección de la familia y la vida privada se enmarcan las demandas por los derechos de las personas LGBT en este ámbito, si bien dentro de cada situación existen otros derechos que complementan su resolución.

I. Las personas LGBT y sus hijos e hijas

Uno de los derechos más importantes para los padres y madres LGBT es el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su familia. Es una realidad que las personas LGBT ya tienen hijos e hijas, por distintas vías. Una parte por un primer matrimonio; otras porque han utilizado técnicas de reproducción asistida; y otras porque han adoptado. Esta realidad ha sido reconocida por la SCJN, en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, cuando afirmó que “no podemos desconocer [que] un niño o [una] niña puede ya estar viviendo con su padre o

¹⁴³ Amparo en Revisión 581/2012, *supra* nota 54, p. 37.

¹⁴⁴ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro)*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, p. 45.

madre biológico y su pareja homosexual”.¹⁴⁵ Estas relaciones entre madres y padres LGBT y sus hijos e hijas existen y es necesario respetarlas.

Sin embargo, intervenir en estas relaciones para romperlas, alegando la protección de los niños y niñas, sin una mayor razón que la orientación sexual o identidad de género del padre o la madre, viola el derecho humano del padre o la madre a no ser molestados en su persona y familia y a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y en la de su familia; y también viola el derecho a no ser discriminado del niño o niña por la orientación sexual de sus padres y madres.

Marco jurídico: el derecho a estar libre de injerencias arbitrarias en la vida familiar

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículos 4 y 16; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 17; Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 11; Convención sobre los Derechos del Niño: Artículo 2; Principios de Yogyakarta: Principios 6 y 24.

Alcance de este derecho

La Corte IDH, ha establecido que el artículo 11 de la CADH, “prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias.”¹⁴⁶

Requisitos para restringir el derecho a la vida privada de las personas:

Para la Corte IDH, lo anterior no significa que el derecho a la vida privada sea “un derecho absoluto, [por lo que puede] ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.”¹⁴⁷

La Corte Interamericana aduce, además, “que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas.”¹⁴⁸ Para dicha Corte, intervenir en la relación entre un padre o madre y sus hijos e hijas, por virtud de la orientación sexual de los primeros es una injerencia arbitraria y discriminatoria en su vida familiar.

¹⁴⁵ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, pp. 139-140.

¹⁴⁶ *Caso Atala Riffo y Niñas*, *supra* nota 90, p. 53.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp.53-54.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

Los tribunales, conforme a la sentencia de la Corte IDH, no pueden argumentar que están protegiendo el “interés superior del niño” como un fin legítimo que justifique separar a un padre o madre homosexual de sus hijos e hijas, por el mero hecho de ser homosexual, bisexual o trans.

No utilización del interés superior del niño de forma abstracta, sin pruebas concretas

“La sola referencia [al interés superior del niño] sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre [o padre] para las niñas [y niños], no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona [o el derecho a la vida privada].”¹⁴⁹

Basarse en la orientación sexual del padre o la madre para decidir un juicio de guardia y custodia, además, es inadecuado y desproporcionado para tutelar el interés superior del niño, porque los tribunales deben “estudiar conductas parentales –que pod[r]ían ser parte de la vida privada– pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual”.¹⁵⁰

“En casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”.¹⁵¹

Separar a los padres y madres de sus hijos e hijas por virtud de la orientación sexual de los primeros es una injerencia arbitraria en la vida de los padres y madres, hijos e hijas. Esta injerencia no deja de ser arbitraria bajo el argumento de que, a raíz de esta situación, niños, niñas o adolescentes sufrirán discriminación social. Para la Corte IDH, “un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un ‘daño’ válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño.”¹⁵²

Para distinguir entre los padres y madres por virtud de su orientación sexual o identidad de género, “no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 39.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 54.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 39.

¹⁵² *Ibidem*, p. 42.

pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios.”¹⁵³ Los Estados están obligados a erradicar la discriminación, no perpetuarla a través de sus actos. La pérdida de la guardia y custodia de un hijo o hija por virtud de la orientación sexual o identidad de género del padre o madre, “corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”.¹⁵⁴

Consideraciones para quien imparte justicia

- Se sugiere que los y las juzgadoras tengan en cuenta que intervenir en la relación entre un padre o madre y sus hijos e hijas, por virtud de la orientación sexual o identidad de género de los primeros es una injerencia arbitraria y discriminatoria en su vida familiar.
- Los tribunales, conforme a los criterios de la Corte IDH, no podrían argumentar que están protegiendo el “interés superior del niño” como un fin legítimo que justifique separar a un padre o madre LGBT de sus hijos e hijas, sin probar un daño concreto. Es decir, la referencia al interés superior del niño debe estar acompañada de un razonamiento que compruebe un daño efectivo.¹⁵⁵ La referencia a este interés sin probar en el caso específico los riesgos o daños, no sería una “medida idónea para la restricción de un derecho”.¹⁵⁶
- En los casos en que se busque interferir en la relación entre un padre o madre LGBT y sus hijos o hijas, se sugiere revisar con especial cuidado que la decisión de interferir en esta relación no esté basada en la orientación sexual o identidad de género del padre o de la madre.”¹⁵⁷ Los y las juzgadoras podrán partir de una presunción a favor de la relación filial existente: sólo demostrando que la misma, de hecho, le genera un daño a los hijos o hijas, pueden proceder a intervenir en la misma.
- En este proceso, los tribunales están llamados a vigilar que la orientación sexual o identidad de género no aparezcan como argumento o como parte de las pruebas dentro del proceso.
- Se estima que no es válido sostener que la sola orientación sexual o identidad de género, en sí, o su manifestación, provocan un daño a niños, niñas o adolescentes. En el caso de *Atala Riffo y niñas* se argumentó que no era el hecho en sí de que la Señora Atala fuera lesbiana, sino el que hubiera decidido vivir con su pareja y

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁵ Para obtener mayor información sobre cómo los y las juzgadoras deben utilizar el interés superior del niño en sus resoluciones se puede revisar SCJN *supra* nota 141.

¹⁵⁶ *Caso Atala Riffo y Niñas*, *supra* nota 90, p. 39.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 53-54.

externar su orientación sexual lo que generaba un daño. Este tipo de argumentación fue invalidada por la Corte IDH: los padres y madres tienen derecho a vivir su orientación sexual e identidad de género, con todo lo que ello implica. Si se trata de la orientación sexual, tienen derecho a externarla y a vivir sus afectos. Si se trata de la identidad de género, tienen derecho a cambiarla y externarlo también.

- Tampoco es apropiado que la orientación sexual o identidad de género de un padre o madre aparezcan como parte de los argumentos esgrimidos para interferir en su relación filial. Lo anterior aunque se alegue que no sea el argumento central que sostiene el daño. Por ejemplo, en un caso de corrupción de menores,¹⁵⁸ la orientación sexual de la madre acusada de corromper a su hija en su “comportamiento sexual” aparecía siempre en las consideraciones de las autoridades. Si bien un Juzgado Federal determinó que los hechos alegados no correspondían al cuerpo del delito de corrupción de menores, los argumentos utilizados por las autoridades en las otras etapas pueden servir para ilustrar el tipo de argumentos que los y las juzgadoras podrán encontrar en torno a la orientación sexual y la identidad de género.¹⁵⁹ La autoridad, en ese caso, sostuvo la existencia de un sujeto activo del delito de corrupción de menores, “que al hacer pareja con una persona del mismo sexo y pretender con ella que la menor adquiriera una personalidad no acorde a su sexo y al sustituir la figura del papá, provocó la deprivación sexual de la pasivo.” Estos hechos fueron calificados como una situación anormal que tenía como consecuencia un cambio en o desviación de la psique de la niña, con lo que se pretendió alterar su integridad y, con el paso del tiempo, sus valores morales. En este caso, se precisó que no se cuestionaban las “preferencias sexuales” de la madre porque ello no era, como tal, motivo de la deprivación sexual de la menor. Sin embargo, en sus argumentos, sí se consideró que la madre facilitó la deprivación sexual en su hija, al realizar en ella cambios físicos y psíquicos drásticos, influenciada, probablemente, por la relación lésbica que la primera sostenía. Este argumento se basó en que los medios probatorios indicaron que los cambios se dieron a partir de que la madre modificó su situación de pareja. Este tipo de consideraciones muestran concepciones estereotipadas sin bases científicas en torno a la orientación sexual de una persona y los efectos que ésta tiene sobre sus hijos e hijas. Se sugiere que los y las juzgadoras analicen que las decisiones que revisan, y sus razonamientos propios, no contengan este tipo de consideraciones.

¹⁵⁸ Primera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro, Toca Penal 255/2009, 2009.

¹⁵⁹ Juicio de Amparo 1238/2010-4, *supra* nota 137.

- Se estima que tampoco es posible argumentar la “confusión sexual” de los niños y niñas como prueba de un daño. Como se estableció en el apartado relativo a la identidad, las niñas y niños tienen derecho a su identidad de género y orientación sexual. Ello, por lo tanto, no se puede convertir en un argumento que justifique intervenir en la relación entre los niños y niñas y sus padres y madres.

- Tampoco se considera aceptable argumentar que no es la orientación sexual o identidad de género, en sí, ni el impacto que ésta tiene en los hijos e hijas, sino cómo la sociedad reacciona a la orientación sexual o identidad de género de los padres y madres. Como sostuvo la Corte IDH, para “justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre.”¹⁶⁰

- En este caso, se recomienda que el o la juzgadora sea muy cuidadosa con la evaluación de las pruebas que se ofrecen, asegurándose que vayan dirigidas a revisar conductas del padre o madre que puedan afectar al niño o la niña, y no a comprobar o indagar sobre la orientación sexual o identidad de género del padre o la madre.

- Basarse en la orientación sexual o identidad de género del padre o la madre para decidir un juicio es inadecuado y desproporcionado para tutelar el interés superior del niño. Esto no significa que los tribunales no van a valorar a los padres y las madres porque son LGBT, sólo significa que tienen que valorar otros aspectos de sus conductas y vidas.

- Como afirmó la Corte IDH: la resolución de casos que impactan a las relaciones filiales por parte de los y las juzgadoras, “se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.¹⁶¹ Es decir, la heterosexualidad u homosexualidad no están relacionadas con este tema.¹⁶²

¹⁶⁰ *Caso Atala Riffa y Niñas*, *supra* nota 90, pp. 53-54.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 39.

¹⁶² Como resolvió la SCJN: “Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico. Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, p. 141.

- La misma lógica aplica en torno a casos relacionados sobre una persona LGBT y un familiar (por ejemplo, al hacerse cargo de un hermano o hermana menor). De la misma forma en que no se les puede privar de la relación que tienen con sus hijos e hijas, no se puede intervenir en sus otras relaciones familiares por virtud de su orientación sexual e identidad de género, salvo que se cumplan los estándares fijados por la Corte Interamericana para las intervenciones arbitrarias y el test de escrutinio estricto para la discriminación.

II. Las personas LGBT y sus relaciones de pareja

En 1989, Dinamarca legisló una figura jurídica específicamente para parejas del mismo sexo. Éste fue el primer tipo de reconocimiento, a nivel internacional, que se le dio a estas relaciones.¹⁶³ En 1993, en *Baehr v. Lewin*, la Corte Suprema del estado de Hawaii de Estados Unidos se convirtió en el primer tribunal, también en el mundo, en determinar que excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio era discriminatorio.¹⁶⁴ Desde entonces, han sido muchos los países los que se han movido en ambos sentidos: tanto para garantizar algún tipo de unión para estas parejas, como para exigir su inclusión en el matrimonio.¹⁶⁵

En México, el Distrito Federal fue la primera entidad federativa en reconocer tanto el matrimonio, como el concubinato entre personas del mismo sexo. Por virtud del artículo 121, fracción IV de la Constitución Federal, los matrimonios válidamente pactados en la Ciudad de México tienen que ser reconocidos por el resto de las entidades federativas.¹⁶⁶ La SCJN estableció que esta norma constitucional “implica el reconocimiento pleno de que todo acto del estado civil –como puede ser el relativo al nacimiento, al reconocimiento de hijos, a la adopción, al matrimonio, al divorcio y a la muerte–, que se lleve a cabo cumpliendo con las formalidades contenidas en la ley de una entidad, será válido en las demás, aun cuando no se corresponda con su propia legislación.”¹⁶⁷

Ahora, a pesar de la existencia y validez nacional del matrimonio en el Distrito Federal, parejas del mismo sexo han buscado impugnar su exclusión del matrimonio en la legislación civil del resto de las entidades federativas. Surge, entonces, la pregunta: la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio, ¿es violatoria de derechos humanos? La respuesta a la que la SCJN arribó en el Amparo en Revisión 581/2012, el Amparo en Revisión 567/2012, el Amparo

¹⁶³ Pew Research Center, Religion & Public Life Project, “Gay Marriage Around the World”, 19 de diciembre de 2013, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.pewforum.org/2013/12/19/gay-marriage-around-the-world-2013/>>.

¹⁶⁴ Supreme Court of Hawai’i. “*Baehr v. Lewin*”. 74 Haw. 530, 852 P.2d 44. 1993.

¹⁶⁵ Véase, por ejemplo, el proyecto “Freedom to marry internationally”, disponible en <<http://www.freedomtomarry.org/landscape/entry/c/international>>.

¹⁶⁶ CPEUM, 121, IV. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes: IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.

¹⁶⁷ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, p. 121.

en Revisión 457/2012 y el Amparo en Revisión 152/2013 es que excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio viola el derecho a la no discriminación y a la protección de la familia.¹⁶⁸

Marco normativo: el derecho al matrimonio y otras formas de relación familiar

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 23; Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 17; Principios de Yogyakarta: Principio 24.

Alcance de este derecho

Una interpretación sistemática de la Constitución y los tratados internacionales en materia familiar lleva a las siguientes afirmaciones. Primero, la Constitución y los tratados internacionales protegen a las familias, en sus múltiples manifestaciones, como se mencionó páginas atrás. Tanto la SCJN, como “diversos órganos internacionales de derechos humanos han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar.”¹⁶⁹

Como lo ha reconocido la SCJN, en el Amparo Directo en Revisión 1905/2012, “la Corte [IDH] ha constatado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, [ese] Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio.”¹⁷⁰

¹⁶⁸ Amparo en Revisión 581/2012, *supra* nota 54, pp.16-17; Primera Sala de la SCJN, Amparo en Revisión 567/2012, 2012, pp.42-45; Primera Sala de la SCJN, Amparo en Revisión 457/2012, 2012, pp.54-57 y Amparo en Revisión 152/2013, *supra* nota 105, pp.67-68.

¹⁶⁹ Amparo Directo en Revisión 1905/2012, *supra* nota 49, pp. 23-24. Las siguientes referencias provienen de la nota al pie respectiva, contenida en este amparo: Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13 (“La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención”); Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, *supra* nota 171, párrs. 15 y 19 (“El Comité reconoce que “familia” aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”); Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), párr. 2 (“El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”), y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5 (“En cuanto al término „familia”, los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”).

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.24. Las siguientes referencias provienen de la nota al pie respectiva, contenida en este amparo: Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 69 y 70. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012. Ver asimismo: T.E.D.H., *Caso Keegan Vs. Irlanda*, (No. 16969/90), Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y *Caso Kroon y otras Vs. Países Bajos*, (No. 18535/91), Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30. Atala 142.

Así, se tienen ya dos conclusiones: la Constitución y los tratados protegen a las familias y éstas no pueden reducirse a las constituidas a partir del matrimonio. Si bien todos los matrimonios constituyen un vínculo familiar, no todos los vínculos familiares pasan por el matrimonio o, siquiera, por una pareja. Por esta razón, no se puede sostener que la Constitución y los tratados internacionales, al ordenar la protección de la familia, impiden que se reconozcan las uniones entre personas del mismo sexo.

Segundo: los tratados internacionales no limitan el matrimonio al constituido entre un hombre y una mujer. De la simple lectura de este derecho no se advierte, como ya lo reconoció la SCJN, que el matrimonio sea “entre un hombre y una mujer [...]”.¹⁷¹ Lo que se advierte, es que el artículo 17 de la CADH y el 23 del PIDCyP “amparan el derecho, tanto del hombre como de la mujer, a contraer matrimonio libremente y con su pleno consentimiento.”¹⁷² Además, conforme al principio *pro persona y pro libertatis*, “no puede establecerse que, vía tratado internacional, se impida a los Estados, mediante la labor legislativa, tomar la decisión de ampliar o extender ciertos derechos civiles, políticos, sociales o cualesquiera otros, en favor de determinadas personas o colectivos.”¹⁷³ Todo lo contrario: los Estados deben garantizar que en su regulación del matrimonio y de otras figuras familiares (como el concubinato), no discriminen por razón de orientación sexual o identidad de género.

En el Amparo en Revisión 581/2012, la SCJN determinó que excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio es discriminatorio. Ello porque no hay una razón válida para excluirlos de dicha protección. “Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio.”¹⁷⁴ De ahí que, privarlas de los múltiples beneficios que el matrimonio reporta para las parejas no se justifique.

Hay quienes han argumentado que las parejas del mismo sexo no deben acceder al matrimonio porque éste está diseñado, “histórica, social, cultural, axiológica y naturalmente”¹⁷⁵ para la reproducción. Al respecto, la SCJN ha precisado que incluso si se sostiene que es válido que el matrimonio esté vinculado a la reproducción, las parejas del mismo sexo pueden, de hecho, reproducirse, aunque el hijo no sea biológicamente de la pareja, cumpliendo con la “finalidad” del matrimonio.

Ahora, para la SCJN, “no obstante la especial protección jurídica del matrimonio como institución civil, incluso como base de la familia, mas no como única forma de integrarla, no se trata de un concepto inmutable o ‘petrificado’ y, por tanto, no es concebible que su

¹⁷¹ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, pp. 97-98.

¹⁷² *Ibidem*

¹⁷³ *Ibidem*, p. 98.

¹⁷⁴ Amparo en Revisión 581/2012, *supra* nota 54, p. 39.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 19.

conceptualización tradicional no pueda ser modificada por el legislador ordinario.”¹⁷⁶ Es decir, si bien históricamente el matrimonio ha estado vinculado con la reproducción, ello no significa que esta relación no pueda cambiarse. Para la SCJN, de hecho, esta relación debe modificarse, ya que es inconstitucional que el matrimonio esté vinculado con la reproducción, tanto para las parejas del mismo sexo, como para las parejas del sexo opuesto.¹⁷⁷ No es válido, para ninguna persona sujetar el acceso al matrimonio a su capacidad o deseo de reproducirse. El derecho a la protección de la familia, y del matrimonio en específico, no puede condicionarse al ejercicio del derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos. Adicionalmente, la SCJN determinó que crear un régimen diferenciado para las parejas del mismo sexo exclusivamente sería también discriminatorio.¹⁷⁸

Por último, de la misma manera en la que la Constitución y los tratados internacionales garantizan el acceso al matrimonio, estos instrumentos garantizan el acceso a los beneficios establecidos para el matrimonio. Por tanto, no es válido negarle a una pareja del mismo sexo, una vez casada, el acceso a los beneficios que reporta el matrimonio. Las distinciones que se pretendan hacer en perjuicio de estos matrimonios tendrán que superar el *test* de escrutinio estricto de la SCJN que prohíbe las distinciones en base a la orientación sexual de las personas.

Por ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza, en su artículo 123, la seguridad social para la familia del trabajador.¹⁷⁹ Por esta razón, todas las familias tienen derecho a gozar de este tipo de protecciones. El CDCyP se ha pronunciado en el sentido de que, incluso cuando se extienden beneficios a parejas del sexo opuesto que no están casadas, también estos derechos deben extenderse a las del mismo sexo.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, p. 91.

¹⁷⁷ En el Amparo en Revisión 581/2012, *supra* nota 54, p.47, la SCJN declaró inconstitucional la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie”.

¹⁷⁸ “Si se niega el acceso al matrimonio, la existencia de un régimen jurídico diferenciado al cual puedan optar las parejas homosexuales *en lugar de casarse*, incluso si la figura en cuestión tuviera los mismos derechos que el matrimonio, evoca a las medidas avaladas por la conocida doctrina de ‘separados pero iguales’ surgida en Estados Unidos en el contexto de la discriminación racial de finales del siglo XIX.” Amparo en Revisión 581/2012, *supra* nota 54, p. 48.

¹⁷⁹ CPEUM, 123, A, XXIX y B, XI, d) y e).

Apartado A.

Fracción XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

Apartado B.

Fracción XI. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

d) Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley.

e) Se establecerán centros para vacaciones y para recuperación, así como tiendas económicas para beneficio de los trabajadores y sus familiares.

¹⁸⁰ Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/89/D/1361/200514 (HRC, 2007), párr. 7.2.

Consideraciones para los y las juzgadas

Los y las juzgadas están llamadas a proteger el derecho de las parejas del mismo sexo, como las del sexo opuesto, a acceder a todas las formas que los legisladores determinan para regular las relaciones de pareja:

- ⊙ Matrimonio
- ⊙ Concubinato
- ⊙ Cualquier otra existente.

La SCJN sostuvo que “si uno de los aspectos que conduce la forma en que un individuo proyectará su vida y sus relaciones, es su orientación sexual, es un hecho que, en pleno respeto a la dignidad humana, es exigible el reconocimiento por parte del Estado no sólo de la orientación sexual de un individuo hacia personas de su mismo sexo, sino también de sus uniones, bajo las modalidades que, en un momento dado, se decida adoptar (sociedades de convivencia, pactos de solidaridad, concubinatos y el matrimonio).”¹⁸¹

- Al resolver casos sobre acceso al matrimonio de parejas del mismo sexo podrá considerarse que todas las familias están protegidas, no sólo el matrimonio. Igualmente el matrimonio no está limitado a parejas de sexo distinto: es decir, la orientación sexual no es un “elemento definitorio” del matrimonio.¹⁸²

- Si se argumenta que el matrimonio, por su “naturaleza” y por su historia tiene que estar encaminado a la reproducción y que ésta sólo es posible a través de la unión entre un hombre y una mujer, se sugiere considerar que esta figura es cambiante y que sujetar el matrimonio a la reproducción es inconstitucional, como se explicó con anterioridad.

- Conforme al Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en el 2014 por la SCJN, no es necesario que una autoridad le niegue el matrimonio a las parejas del mismo sexo, para que sea procedente un amparo en contra de una legislación que discrimina o estigmatiza a las personas LGBT. Lo anterior debido a que las personas afectadas por la exclusión tienen un interés legítimo para impugnar este tipo de normas en virtud de la discriminación que les ocasiona. Se sugiere que los y las juzgados tomen en cuenta la interpretación que se realizó en dicho caso en torno a la legitimación para interponer amparos contra leyes autoaplicativas conforme al interés legítimo.¹⁸³

¹⁸¹ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, p. 103.

¹⁸² *Ibidem*, p. 98.

¹⁸³ Amparo en Revisión 152/2013, *supra* nota 105. La versión pública de la sentencia de la SCJN no estaba disponible al momento del cierre de la edición de este Protocolo. Para mayor información se puede consultar la nota informativa de la SCJN sobre esta resolución, disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=2833>>

- Las consideraciones anteriores son aplicables al derecho a casarse de las personas transexuales.

- Se sugiere que tampoco se acepte el argumento de proporcionar una figura diferente en sustitución del matrimonio para la unión de parejas del mismo sexo.

- Se estima que los argumentos para conceder acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo, son aplicables a otras figuras de unión familiar, como el concubinato. Al respecto, se sugiere revisar que no se exijan criterios adicionales a los demandados a parejas del sexo opuesto para probar la existencia del concubinato dentro de un juicio. Por ejemplo, conforme al Código Civil del Distrito Federal, para que una relación se repunte como un concubinato, la pareja tiene que vivir “en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años”.¹⁸⁴ Basta vivir en el mismo techo, por dos años, para constituir el concubinato; no se exige comprobar ningún otro tipo de lazo o convivencia para acceder a los derechos que otorga esta institución (como podría ser la existencia de una relación sexual).

- Se sugiere que un juicio de concubinato de una pareja LGBT no se convierta en una excusa para violentar el derecho a la intimidad de la pareja, exigiendo requisitos adicionales. Hay que tener presente que se resolverán cuestiones íntimas, familiares y privadas de personas y por tanto debe existir el respeto, sigilo y cuidado que caracterizan a estas situaciones.

- **Acceso de parejas del mismo sexo a beneficios del matrimonio y otras relaciones de pareja.**

Los y las juzgadas pueden ser llamadas a resolver casos sobre los límites al acceso de las parejas del mismo sexo a los derechos que diversas leyes establecen para el matrimonio y para el concubinato. Para el caso de la seguridad social, por ejemplo, se ha argumentado que la ley de la materia no contemplaba el acceso de estos matrimonios y concubinatos a los beneficios establecidos en ella. Se sugiere que los y las juzgadas protejan el acceso a estos beneficios para cualquier pareja, considerando el derecho a la no discriminación, a la protección de la familia, y el establecimiento de la seguridad social como un derecho en sentido amplio para los y las trabajadoras y “su familia”.

¹⁸⁴ Código Civil para el Distrito Federal, 291 Bis.

- No se puede olvidar que las parejas del mismo sexo podrán tener muchos de los mismos problemas que las parejas del sexo opuesto. En este sentido, podrán iniciar juicios para establecer pensiones alimenticias. Habrá parejas que organizarán sus vidas familiares de modo que una persona quizá trabaje en el mercado formal en una mayor medida y exista otra que se quede a atender, de forma más prominente, los asuntos del hogar. Es decir, el acceso al matrimonio, no agota los casos que podrán conocer los y las juzgadoras.

- **Sentido de posibles preguntas a realizar dentro de juicios de alimentos o en torno a violencia.**

En casos sobre pensión alimenticia, se sugiere evitar articular los juicios en términos de género, por ejemplo, preguntando “¿quién es el hombre?” o “¿quién es la mujer?”. En su lugar se sugiere preguntar, como en cualquier caso, por las funciones que cada parte cumple al interior del hogar, ¿quién provee en una mayor medida? ¿quién ve por el cuidado de la casa? ¿quién ve el día a día de los y las infantes?

Las parejas del mismo sexo también podrán presentar problemas de violencia doméstica. La violencia doméstica no es propia de los hogares conformados por una pareja del sexo opuesto; se puede dar en los más diversos arreglos familiares e íntimos. Los y las juzgadoras procurarán que el tratamiento a las partes sea respetuoso y libre de estereotipos. Las preguntas en estos casos no podrán encaminarse a desentrañar “¿quién es el hombre?” y “¿quién es la mujer?” en la relación; sino quién es la persona que ha estado desplegando actos violentos y quién los ha estado recibiendo. Es importante tener en cuenta que el trato que reciban las personas durante el juicio influye en su regreso a atender o denunciar la violencia de la que son objeto.

- En caso de que un matrimonio entre personas del mismo sexo no sea reconocido legislativamente en otra entidad federativa, se podrá considerar que los “actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado” tendrán validez en los otros.

III. El acceso a vías de reproducción asistida o adopción

Por último, es necesario garantizar que las personas LGBT no sean discriminadas en el acceso a otras vías para fundar una familia. En la actualidad, las parejas del mismo sexo no pueden tener un hijo que sea producto genético de la pareja. Por esta razón, tienen que acudir a otros medios para constituir un vínculo filial con un niño o niña.

Para ello, pueden darse diversos casos: el caso de una pareja que busca adoptar a un o una menor, con el cual ninguno de los dos tienen una relación filial previa. Puede darse el caso de una pareja de mujeres, en el que una de ellas se embaraza con su propio material genético

y utiliza el espermato de un conocido o de un banco de espermato. En esta ocasión, son dos las situaciones que la pareja de mujeres puede experimentar: la primera es la relativa al estatus filial del hombre que donó el espermato; la segunda es el estatus filial de la madre que no gestó. Puede darse el caso de dos hombres que, utilizando el material genético de uno, pactan una relación con una mujer para que ésta les done su óvulo o les ayude con la gestación, o ambos. La situación que esta pareja podría encontrar es similar a la anterior: que la mujer que gestó o donó su óvulo no se convierta en la madre del bebé y que el padre cuyo material genético no fue utilizado sí lo sea. Estos ejemplos no son exhaustivos; sólo buscan ilustrar la diversidad de situaciones que pueden llegar a evaluar quienes imparten justicia al determinar el derecho de estas personas para fundar sus familias.¹⁸⁵

Marco normativo: el derecho a fundar una familia

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 23; Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 17; CEDAW: Artículo 16, inciso e); Declaración Americana sobre Derechos Humanos: Artículo XIII; Protocolo de San Salvador: Artículo 14.1 b); Principios de Yogyakarta: Principio 24.

Alcance de este derecho

En el Amparo Directo Civil 6/2008 y en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, la SCJN estableció que el derecho al libre desarrollo de la personalidad “comprende, entre otras, la libertad [...] de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos.”¹⁸⁶ Este derecho, fundamentado en el artículo 4 constitucional, protege las diversas formas en las que se puede llegar a tener hijos. Al protegerse la decisión de tener descendencia, puede decirse que las formas de tenerla (o no tenerla) también están protegidas. En la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada y en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, la SCJN reconoció que la adopción es una forma de ejercer el derecho a decidir, esto es, “de ser padre o madre”.¹⁸⁷ Este derecho, “no es conceptualmente referible a un derecho de exclusivo ejercicio colectivo”;¹⁸⁸ es decir, no se tiene que ejercer en pareja. Lo anterior es relevante considerando que los regímenes de adopción establecen la posibilidad de que parejas y personas solteras soliciten una adopción.

¹⁸⁵ En el presente apartado se busca explicitar el fundamento constitucional y convencional del derecho a fundar una familia a través de técnicas de reproducción asistida. Ello considerando que es una materia con poco desarrollo legislativo. El punto es proporcionar a los y las juzgadoras las herramientas para navegar esa incertidumbre y poderle ofrecer a las partes cierta seguridad. Para la regulación de la reproducción asistida en México, véase GIRE, “6. “Reproducción asistida”, *Omisión e indiferencia. Derechos reproductivos en México*, GIRE, 2013, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf>>.

¹⁸⁶ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, p. 100.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 88.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

Sobre el “derecho a fundar una familia”, previsto en la CADH, la Corte IDH ha reconocido lo señalado por el CDCyP¹⁸⁹ en torno al vínculo que existe entre este derecho y la posibilidad de procrear; esto es, que el derecho a fundar una familia cubre la decisión sobre tener hijos o no. En el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH estableció que “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. [De ahí que] la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, [...] la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.”¹⁹⁰

Para la Corte IDH, la vida privada, entendida en su vínculo con la autonomía reproductiva, también abarca “el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.”¹⁹¹ Este derecho tiene como sustento, también, el derecho al goce de los beneficios del progreso científico, reconocido tanto en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos como en el Protocolo de San Salvador:

Prohibición de restringir desproporcionadamente el acceso a técnicas reproductivas conforme a la Corte IDH

“Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.”¹⁹²

Este derecho, y el derecho a decidir (también reconocido por la CEDAW, en su artículo 16, inciso e), son vulnerados “cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una [persona] puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.”¹⁹³

¹⁸⁹ Cfr. Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171, 1990, párr. 5. (“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”). *Ibidem*, p. 46.

¹⁹⁰ *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*, *supra* nota 144, p. 45.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 46-49.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*.

Consideraciones para quien imparte justicia

- Se sugiere que en los casos sobre la constitución de paternidad o maternidad de personas LGBT quienes imparten justicia estén siempre orientados por el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género.

- **Situaciones a resolver en torno a la adopción.**

Sobre este tema, se pueden resolver dos tipos de casos: el primero, relacionado con legislación que excluye a las personas LGBT, en lo individual o como parejas, del proceso de adopción; el segundo, con decisiones de jueces o juezas o de autoridades que niegan una adopción en concreto a personas LGBT.

- En cuanto a los casos relacionados con la exclusión de las personas LGBT del régimen legal de adopción, la principal consideración a tomar en cuenta es que la SCJN determinó que esta acción es inconstitucional. Los y las juzgadoras podrán realizar el control de constitucionalidad respectivo si conocen estos casos.

- Si se argumenta que la exclusión se realiza por el interés superior de los niños, las niñas o adolescentes, dados o dadas en adopción, los y las juzgadoras pueden referirse a la determinación de la SCJN en el sentido de que el interés superior del niño o de la niña exige delimitar el universo de adoptantes sobre la base de las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor; es decir para que la autoridad “evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida.” Ello, sin embargo, “no permitiría excluir, por imperativo constitucional, a toda una categoría de personas definidas por una sola característica, como si fuera admisible constitucionalmente reducir a las personas a una sola de las características que tienen o tenemos todos como seres humanos.”¹⁹⁴

- También pueden referirse a que para la SCJN, no se puede “suscribir, de ningún modo, que sea la preferencia u orientación sexual de un ser humano, el elemento utilizado o que sirva para, *a priori*, establecer que una persona o una pareja homosexual no debe tener la opción de adoptar un menor, una vez satisfechos los requisitos y el procedimiento que al efecto establezca la legislación aplicable.”¹⁹⁵

- En caso de que el régimen legal garantice el acceso de las personas LGBT a la adopción, y que un proceso específico sea resuelto de forma negativa, se sugiere que los y las juzgadoras vigilen que esta situación no esté basada en la orientación sexual o identidad de género de las personas.

¹⁹⁴ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *supra* nota 50, p. 133.

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 134-135.

- Los argumentos y consideraciones a tener en cuenta por los y las juzgadoras al resolver casos sobre las relaciones filiales entre padres o madres LGBT y sus hijos o hijas, son aplicables para los casos de la adopción. La orientación sexual o identidad de género no puede utilizarse como un argumento válido para negar la adopción; ni puede serlo la manifestación de esta orientación sexual o identidad de género. En el proceso de adopción, las pruebas tienen que estar encaminadas a analizar la compatibilidad entre los niños y niñas y las personas adoptantes, sin que la identidad de género u orientación sexual pueda formar parte de la evaluación. Se sugiere que lo evaluado sean actos y conductas concretos de las personas adoptantes, no relacionados con su orientación sexual o identidad de género, que justifiquen la negativa para la adopción.

Técnicas de reproducción asistida y otras formas de acceder a la paternidad o maternidad

- Los y las juzgadoras pueden valorar leyes que regulan los mecanismos para acceder a técnicas de reproducción asistida. En estos casos se sugiere vigilar que las personas, por su orientación sexual o identidad de género, no resulten excluidas de las mismas.
- Conforme a estos principios, los y las juzgadoras serán llamadas a vigilar que el acceso a las técnicas de reproducción asistida no estén limitadas a personas o parejas infértiles; o a parejas que aporten su propio material genético para que proceda la inseminación. Estos son criterios que pueden discriminar directa o indirectamente a las personas por su orientación sexual o identidad de género. Bajo el primer criterio, se puede excluir a las personas LGBT o parejas del mismo sexo, considerando que no son infértiles sino que no quieren reproducirse heterosexualmente. En este sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, al sostener que este tipo de criterio, de aceptarse, “estaría obligando a una persona de orientación homosexual a tener relaciones heterosexuales para alcanzar la procreación.”¹⁹⁶ Las técnicas de reproducción asistida no deberían estar limitadas a las personas infértiles; sino estar disponibles para todas (fértil o no; en pareja o no; LGBT o no). Bajo el segundo criterio, al sólo reconocer a parejas capaces de fundir su material genético, excluyen a cualquier pareja que no tenga esta posibilidad (como las parejas del mismo sexo), lo cual puede representar una discriminación indirecta. En dado caso, cualquier limitación a este derecho por la orientación sexual o identidad de género de una persona, deberá superar el test de escrutinio estricto establecido por la SCJN.

¹⁹⁶ Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sentencia 00961/2013, 2013, p. 9.

- Se puede dar el caso de que valoren leyes que regulan la gestación subrogada.¹⁹⁷ La gestación subrogada, además de presuponer la utilización de técnicas de reproducción asistida, implica la regulación de una figura jurídica cuyo resultado final es la creación de un vínculo filial: el de la persona o pareja que buscó la gestación subrogada con el bebé que nació, quedando excluida del vínculo la persona gestante. En la regulación de la gestación subrogada, se sugiere que los y las juzgadoras valoren que las personas no sean excluidas por virtud de su orientación sexual o identidad de género.
- Los y las juzgadoras pueden resolver casos en los que exista una pareja del mismo sexo que tenga un bebé, y que sólo uno de los dos haya sido reconocido como padre o madre en el acta de nacimiento. Así, el juicio puede estar encaminado a que la madre o padre que no fue reconocido en el acta de nacimiento, ahora lo sea. En este caso, se sugiere que los y las juzgadoras interpreten las reglas de los códigos civiles relativas a la filiación y al reconocimiento de los hijos, conforme a los principios establecidos por la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010: es decir, “reconociendo la realidad social” y la “diversidad familiar”.
- El que los Códigos Civiles no reconozcan la posibilidad de que existan dos padres o dos madres no es una razón para no hacerlo a través de un juicio. Se sugiere que la interpretación de los Códigos Civiles se realice conforme a la Constitución y los tratados internacionales. Las resoluciones de los y las juzgadoras que resuelvan situaciones no reguladas claramente en la legislación civil pertinente no tienen que limitarse a una aplicación exacta de dicha legislación. Se sugiere que su decisión se oriente por el mandato del artículo primero constitucional, que obliga a proteger en todo momento los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales. De esta forma, en dichos casos habría que considerar los efectos que la resolución puede tener sobre los derechos humanos de las personas involucradas (padres, madres, parejas, niños o niñas) y cuidar que la misma no constituya una limitación desproporcionada a esos derechos.
- En muchas ocasiones,¹⁹⁸ los padres o madres del mismo sexo solicitan elegir el orden de los apellidos del o la bebé. Han existido tribunales que, si bien reconocen la posibilidad de que existan dos padres o dos madres, no permiten elegir el orden. Argumentan que el primer apellido debe ser el del padre o madre que aportó el material genético o que, por ejemplo, que la madre que gestó debe ir en segundo lugar por cumplir el rol tradicional asociado con la mujer. Esto es, reproducen un

¹⁹⁷ Ver por ejemplo, Código Civil para el Estado de Tabasco, 92.

¹⁹⁸ Martínez Cruz, Francisco y Ramos Cruz, Gerardo, “¿Cuál debe ser el orden de los apellidos en la nueva familia plural e igualitaria?”, Nexos: El Juego de la Corte, 28 de octubre de 2013, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://eljuego-delacorte.nexos.com.mx/?p=3317>>.

criterio “naturalista” o de género. Los y las juzgadoras pueden permitir a los padres y las madres, con independencia de su orientación sexual e identidad de género, elegir el orden de los apellidos de sus hijos e hijas, reconociendo que la familia se puede constituir de manera diversa.

- Los y las juzgadoras podrán resolver casos en que un tercero ajeno a la relación de pareja busque ser reconocido, en contra del deseo de la pareja, como padre o madre del o la bebé en cuestión. Puede tratarse de un donador de esperma, de una donadora de un óvulo o de la que llevó a cabo la gestación. En este caso, se estima que los y las juzgadoras deben buscar proteger al niño o niña, es decir, tomar la decisión atendiendo al interés superior del niño y la niña, al derecho a fundar una familia y a la vida privada de la familia afectada, además de considerar los derechos de los donadores o gestantes que pudieran estar involucrados.¹⁹⁹ El interés superior del niño o la niña es particularmente importante para decidir el caso en concreto (esto es, ¿qué se debe hacer con el niño, la niña o adolescente en cuestión?); pero el derecho de los padres y madres a fundar una familia es relevante para medir el impacto que la resolución puede tener en el acceso efectivo de este derecho a largo plazo. Se sugiere resolver estos casos tratando de generar un marco que propicie el derecho a fundar una familia, otorgándole a las personas seguridad sobre las decisiones reproductivas que van a tomar, además de vías efectivas para lograrlas.
- La falta de una legislación específica que regule todas estas situaciones no es un obstáculo para que los y las juzgadoras tomen una decisión sobre las mismas. Estas situaciones no son reguladas únicamente a través de la legislación local, civil o familiar, de un Estado, sino que los derechos humanos y las decisiones en torno a los mismos, también orientarán las acciones de los y las juzgadoras.
- En caso de que una entidad federativa no reconozca la paternidad o maternidad de personas LGBT, los y las juzgadoras podrán atender a que los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado son válidos en los otros, conforme al artículo 121, fracción IV de la Constitución.

¹⁹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “¿Cómo se construye la filiación?”, Boletín Género y Justicia, No. 33, marzo 2012, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/marzo_fecha_final.pdf>.

3.3. El trabajo

Una de las violaciones más comunes a los derechos de las personas LGBT ocurre en el ámbito del empleo.²⁰⁰ De acuerdo a un estudio del CONAPRED, de las reclamaciones calificadas como “presuntos actos de discriminación” en el empleo, las causas con mayor incidencia estuvieron relacionadas con las “preferencias sexuales”.²⁰¹ De acuerdo con la primera Encuesta Nacional sobre Homofobia y el Mundo Laboral en México, el 35% de las personas LGBT han sido víctimas de algún tipo de discriminación en su lugar de trabajo.²⁰²

El problema de la discriminación en el ámbito laboral se manifiesta a lo largo de todo el proceso del empleo. Desde la oferta (las personas pueden no obtener, siquiera, un trabajo debido a su orientación sexual, identidad o expresión de género), pasando por la promoción y hasta en el despido.²⁰³ Según la Encuesta mencionada previamente, al 20% de las personas LGBT en México se le ha preguntado sobre su orientación sexual o identidad de género antes de ser contratada; y a un 14% se le ha negado un empleo a causa de su orientación o identidad.²⁰⁴ El 55% expresó que ningún compañero de trabajo, o muy pocos, saben de su orientación sexual o identidad de género.

Dentro del trabajo, las personas LGBT pueden estar sometidas constantemente a acoso u otras formas de violencia, por parte de los y las patronas o de los mismos compañeros y compañeras de trabajo.²⁰⁵ En un estudio preliminar llevado a cabo por la OIT, se determinó que estas prácticas son “frecuentes”.²⁰⁶ El CDH, por su parte, confirmó que “la discriminación puede dar lugar al acoso y la violencia dentro y fuera del lugar de trabajo” y que “según las encuestas, el acoso verbal de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans empleadas es habitual.”²⁰⁷

Para la OIT, estas prácticas discriminatorias “se producen como consecuencia de un comportamiento que no se ajusta a las ideas preconcebidas acerca del modo en que deberían comportarse hombres y mujeres. A menudo, las mujeres consideradas ‘masculinas’, o los hombres considerados ‘femeninos’, ya sea por su comportamiento o su apariencia, sufren

²⁰⁰ Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 46.

²⁰¹ Raphael, Ricardo (coord.), “Reporte sobre la discriminación en México 2012. Trabajo”, CONAPRED, México, 2012, p. 68.

²⁰² Enehache, “Resultados de la 1era encuesta sobre homofobia y el mundo laboral en México 2014”, Enehache, 22 de mayo de 2014, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.enehache.com/viewArticle.php?p_id=4580&which=3>.

²⁰³ Ferrer, Mauricio, “Hospital Puerta de Hierro despide a empleada lesbiana por ‘dar mala imagen al lugar’”, La Jornada Jalisco, 21 de marzo de 2014, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.lajornadajalisco.com.mx/2014/03/21/hospital-puerta-de-hierro-despide-a-empleada-lesbiana-porque-daba-mala-imagen-al-lugar/>>.

²⁰⁴ Raphael, Ricardo, *supra* nota 201.

²⁰⁵ Véase Council of Europe, Commissioner for Human Rights, “Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe”, 2011, pp. 166-168.

²⁰⁶ Organización Internacional del Trabajo, *Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: resultados del estudio piloto*, GB. 319/LILS/INF/1 (OIT, 2013), p. 3.

²⁰⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/19/41 (CDH, 2011), p. 18.

discriminación o acoso por motivo de su aparente orientación sexual.”²⁰⁸ Lo mismo ocurre con las personas que abiertamente declaran su homosexualidad o bisexualidad; o con aquellas que revelan su transexualidad. A la par de que revelar su orientación sexual o identidad de género puede convertirse en una razón para sufrir discriminación en el empleo, no revelarla, según la OIT, termina por impactar negativamente a estas personas, incluidos sus niveles de productividad y su progresión profesional.²⁰⁹

Marco normativo: el derecho al trabajo

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículos 5 y 123; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículos 6 y 7; Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”: Artículos 6 y 7; Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) (núm. 111): Artículo 1; Principios de Yogyakarta: Principio 12; Ley Federal del Trabajo: Artículos 2, 3, 46, 47 y 133; Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación: Artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 9.

Alcance de este derecho

En México toda persona tiene derecho al trabajo digno de su elección. El Comité DESC ha determinado que el derecho al trabajo “incluye el derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo [e] implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo.”²¹⁰

El mismo Comité ha establecido que “el [PDESC] proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluso en caso de [tener] VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil, político, social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible.”²¹¹

De esta forma, el derecho al trabajo, interpretado junto con el derecho a no ser discriminado por orientación sexual e identidad de género, implica que las personas están protegidas en todo el proceso laboral: desde la oferta y contratación, pasando por el ingreso, la permanencia en el trabajo, la promoción y el despido.

²⁰⁸ Organización Internacional del Trabajo, *supra* nota 206, p. 3.

²⁰⁹ *Ibidem*

²¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 18, El derecho al trabajo*, E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005.

²¹¹ *Ibidem*

Concepto de discriminación en el empleo

El artículo 1 del Convenio 111 de la OIT determina que se entenderá por discriminación en el empleo a cualquier “distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”.

En la interpretación de este artículo se ha establecido que de este precepto “se advierte que el derecho fundamental de igualdad de oportunidades para acceder a un empleo [...] constituye un derecho fundamental que merece la protección por parte de todas las autoridades [...]”.²¹² En consecuencia, en ningún momento del proceso laboral, las patronas o los patronos podrán discriminar a las personas por razón de su orientación sexual o identidad de género. Las personas sólo pueden ser juzgadas por el trabajo que, en efecto, desempeñan. Si no van a ser contratadas, promovidas o si van a ser despedidas, su orientación sexual, expresión o identidad de género no puede ser una de las razones detrás de la decisión laboral. La decisión debe basarse en que la persona no es apta para desempeñar el trabajo en específico.

El derecho al trabajo digno también protege las condiciones en las que las personas desempeñan su trabajo. Éste, junto con el derecho a la integridad psíquica y física, implica que las personas deben ser protegidas de malos tratos y abusos, al interior de los mismos. Este mal trato puede provenir de compañeros y compañeras de trabajo; o de las personas que están a cargo. Puede manifestarse en diferentes maneras: desde insultos hasta violencia física. En todos los casos, las personas deben ser protegidas frente a este abuso por parte de terceros (conforme, también, al tercer párrafo del artículo primero de la Constitución). Si bien el acoso laboral puede ser visto también como una violación a la integridad física o psíquica de una persona (dependiendo del acto), es también un problema de discriminación en el empleo porque el efecto final de estas prácticas, si no se detienen, es que las personas sean excluidas de la esfera laboral (porque ante tanta violencia, renunciar puede llegar a convertirse en una salida sensata para la persona).²¹³ Dado que son prácticas que, en los hechos, ocurren más en contra de ciertas poblaciones, por razón de su género, orientación sexual, raza, etcétera, se consideran un problema de discriminación.²¹⁴

Cabe destacar que en México, el derecho al trabajo está protegido tanto frente a instituciones públicas, como a instituciones privadas. Esta determinación ha sido confirmada por Tribunales Mexicanos, al establecerse que el principio de no discriminación rige “no sólo para las autoridades sino también para los particulares”.

²¹² Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito, Amparo Directo Laboral 36/2013, 2013, p. 40.

²¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “(Re)conceptualizando el acoso”, Boletín Género y Justicia, No. 54, diciembre 2013, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/dic_publica4_281_29.pdf>; Eckes, Suzanne E. y McCarthy, Martha M., “GLBT Teachers: The Evolving Legal Protections”, American Educational Research Journal, Vol. 45, No. 3, 2008, p. 532.

²¹⁴ *Ibidem*

Aplicación del derecho a la no discriminación en relaciones laborales entre particulares.

De forma específica, se ha señalado que entre los ejemplos que podrían mostrarse sobre la aplicación de este principio a relaciones entre particulares se encuentra: “[que] en principio los empleadores no podrán lícitamente distinguir entre sus trabajadores con base en alguno de los criterios prohibidos por la Constitución; tampoco lo podrán hacer [...] quienes hagan una oferta pública para contratar”. Lo anterior fue resuelto en virtud de que

“la prohibición de no discriminar puede traducirse en una limitación a la autonomía de la voluntad, o autonomía de las partes para contratar, misma que debe ceder siempre que esté en juego la dignidad de la persona, de suerte que si mediante el pretexto de la autonomía de la voluntad se pretende cubrir una ofensa manifiesta, humillante, anuladora de la dignidad, los derechos fundamentales deben entrar en acción para reparar la violación”.²¹⁵

Consideraciones para quien imparte justicia

- Los casos sobre discriminación en el empleo pueden analizarse por diversas vías: se ha identificado que las personas están utilizando la vía del daño moral para combatir discriminación y acoso en el empleo; ciertos códigos penales locales y el federal establecen a la discriminación, específicamente en el empleo, como un delito y también al acoso sexual como un delito; y está, además, la Ley Federal del Trabajo (LFT), que prohíbe la discriminación en el empleo y el acoso. Según la SCJN, cada “procedimiento dará lugar a la distribución de cargas probatorias distintas, según la normatividad sustantiva y procesal aplicable al caso específico.”²¹⁶ A pesar de atender a las particularidades de la vía de que se trate, las siguientes consideraciones pueden servir como base para los diversos casos que puedan presentarse.
- Se sugiere que quienes imparten justicia vigilen que los patrones y las patronas no discriminen en ningún momento del proceso laboral, desde la oferta y contratación, hasta la promoción y el despido, a las personas por razón de su orientación sexual o identidad de género. Se sugiere que los y las juzgadoras estén atentas a que las personas sólo sean juzgadas por el trabajo que, en efecto, desempeñan. Esto es, los argumentos tienen que comprobar que la persona no tiene la capacidad para

²¹⁵ Tesis I.8o.C.41 K (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. V, diciembre de 2011, p. 3771. Reg. 160554. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, PRINCIPIO DE. SU VIOLACIÓN POR LOS PARTICULARES.

²¹⁶ Primera Sala de la SCJN, Amparo Directo 47/2013, 2014, p. 30.

desempeñar sus funciones.²¹⁷ Si no van a ser contratadas, las razones para que esta contratación no proceda no pueden ser su orientación sexual o identidad de género.

- Quienes imparten justicia podrán revisar las convocatorias de contratación, cuidando que no utilicen a la orientación sexual e identidad de género como criterios para la contratación, con la excusa de que está conectado con el perfil deseado de la o el trabajador.²¹⁸ En las convocatorias de contratación, se tiene que publicitar al trabajo describiéndolo, junto con las cualidades específicas que se buscan en las personas (amabilidad, asertividad, creatividad, capacidad de relacionarse con clientes, capacidad de coordinar proyectos, etcétera).²¹⁹

- Si una persona alega que una razón por la cual no fue contratada o promovida o por la que fue despedida, fue su identidad de género u orientación sexual, le corresponde a los y las patronas demostrar las razones que sustentaron su decisión.²²⁰ De la misma forma en que un despido es injustificado si “dentro del juicio respectivo no se comprueba la causa de rescisión,”²²¹ la no contratación o no promoción son injustificadas si no se comprueba una causa válida para ello. Se sugiere que la orientación sexual, la identidad o la expresión de género de una persona, no sean aceptadas como causas justificadas. Los y las juzgadoras podrán considerar que en materia laboral existe una regla general en torno a que son los y las patronas quienes tienen la carga probatoria, conforme al artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo. Al respecto, se podrá solicitar a la persona que alegue discriminación que demuestre que contaba con las aptitudes y características solicitadas en el empleo, respecto del cual se considera discriminada.²²²

- Se sugiere que los y las juzgadoras no acepten argumentos, o argumenten ellas mismas, que la orientación sexual o identidad de género de una persona impacta su capacidad de desempeñar un trabajo, porque las personas (sean colegas de trabajo o clientes, por ejemplo), las perciben de manera negativa, y que dicha circunstancia “impacta” su eficacia laboral.

²¹⁷ Tesis I.4º.C.295 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 1251. Reg. 163824. DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO DE ACCESO AL EMPLEO. TIENE COMO PRESUPUESTO LA PRUEBA DE LAS APTITUDES O CALIFICACIONES PARA SU DESEMPEÑO.

²¹⁸ Mora, Erica, “SCJN ampara a joven discapacitada”, *Noticieros Televisa*, 23 de enero de 2014, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://noticieros.televisa.com/mexico/1401/scjn-ampara-joven-discapacitada/>>

²¹⁹ Véase Schultz, Vick, “Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation on the Job in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument”, *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 8, 1990.

²²⁰ Supreme Court of the United States, “*Price Waterhouse v. Hopkins*”, 490 U.S. 228, 1989, p. 244.

²²¹ Tesis:, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 58, quinta parte, p. 20. Reg. 243,929. DESPIDO INJUSTIFICADO, QUÉ DEBE ENTENDERSE POR.

²²² Tesis I.4º.C.295 C, *supra* nota 217.

- En el contexto laboral se ha argumentado que la sola orientación sexual o identidad de género de las personas las hacen incapaces o no ideales para desempeñar ciertos trabajos. Se sugiere revisar que la exclusión respecto a un trabajo se base en conductas concretas y no en la orientación sexual o identidad de género.

- Podrán resolverse casos en que la homosexualidad sea considerada como un criterio que inhabilita a las personas para ejercer ciertos cargos públicos.²²³ La Corte Constitucional de Colombia ha establecido en dichos casos que, si bien “la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público [...] no se puede llegar al extremo de tipificar una serie de ilícitos disciplinarios que remiten a conductas que cuestionan la [del] servidor haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben”.²²⁴ Los y las juzgadoras podrán considerar el argumento de la Corte Colombiana en el sentido de que la homosexualidad no está relacionada con el desempeño del trabajo de servidor público.

- Dado que en México existen, como se verá en el capítulo sobre detenciones arbitrarias, códigos que penalizan el ultraje a la moral pública, y se trata de un delito que puede ser utilizado, inconstitucionalmente, para detener a las personas por su sola orientación sexual o identidad de género, los y las juzgadoras podrán revisar que este tipo de detenciones no se conviertan, después, en una razón para que una persona no obtenga un trabajo.

- En el contexto escolar se argumenta que maestras o maestros LGBT ponen en peligro a los niños y niñas que están a su cargo o, en última instancia, a su “proceso de aprendizaje”.²²⁵ Se han utilizado códigos de conducta para justificar estos despidos, interpretando a la homosexualidad o bisexualidad de una persona como una “conducta inmoral” (causal similar a la que tiene la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 47, fracción VIII) o una “falta administrativa”.²²⁶ Se ha sostenido que el hecho de que los y las alumnas, y la comunidad, conozcan que una persona es LGBT puede llegar a impactar la “eficacia” de su docencia.²²⁷ Los supuestos del despido varían: en ciertos casos, el sólo hecho de que se sepa que una persona es LGBT ha sido suficiente para el despido; en otros, la mera creencia de que una persona es LGBT ha sido

²²³ Puede ilustrar el asunto que resolvió la Corte Constitucional de Colombia sobre los requisitos que se exigían para ser notario público: uno de ellos era que la persona no hubiera sido sancionada disciplinariamente con ocasión del homosexualismo. Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373/02, 2002.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ Yared, Christine, “Where Are the Civil Rights for Gay and Lesbian Teachers?”, *Human Rights*, Vol. 24, No. 3 (1997), pp. 22-24; Eckes, Suzanne E. y McCarthy, Martha M., *supra* nota 213; Mayo Jr., J.B., “Gay Teachers’ Negotiated Interactions with Their Students and (Straight) Colleagues”, *The High School Journal*, vol. 92, No. 1 (2008).

²²⁶ Véase, por ejemplo, United States District Court for the District of Oregon, “*Burton v. Cascade School District*”, 353 F. Supp. 254, 1973 o Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481/98, 1998.

²²⁷ Véase, por ejemplo, Supreme Court of Washington, “*Gaylord v. Tacoma School District*”, 535 P. 2d 804, 1975.

suficiente;²²⁸ en otros incluso, es motivo de despido el que desplieguen “conductas homosexuales públicas”.²²⁹

- Los casos explicados en el punto anterior, serían violatorios del derecho al trabajo ya que como se señaló anteriormente existe una prohibición clara a la discriminación por orientación sexual o identidad de género, en torno a este derecho. Esta prohibición incluye afirmar conclusiones generales en torno a la orientación sexual o identidad de género de una persona y los efectos que tienen las mismas sobre la capacidad para desempeñar cierto trabajo. Por tanto, se sugiere garantizar que las personas sean evaluadas por su capacidad de desempeñar el trabajo, no por su orientación sexual o identidad de género, ni por cómo ésta sea percibida por los demás. En el contexto laboral, también se debe destacar que: “el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.”²³⁰

- Como ilustra el párrafo anterior, existe una discriminación por orientación sexual o identidad de género cuando se sanciona a la persona porque se cree que es LGBT, cuando se sabe que lo es, o cuando se sancionan actos relacionados con ser LGBT, como besarse con la pareja en público, casarse con una persona del mismo sexo, realizarse una cirugía de reasignación sexual, etcétera. Se sugiere que los y las juzgadoras interpreten la frase “por razón de su orientación sexual o identidad de género”, favoreciendo el derecho al trabajo y no discriminación de las personas LGBT.

- Se recomienda que los y las juzgadoras estén particularmente atentas a pruebas relativas al conocimiento, por parte de los y las empleadoras, de la identidad de género, la orientación sexual o el estado de salud (como ocurre con el VIH, por ejemplo) de los y las trabajadoras. Es decir, estar atentos al momento en el que se enteran de ello y cómo reaccionan a la información. De la misma manera en que quienes imparten justicia, por ejemplo, deben ser sensibles a lo que ocurre una vez que una mujer embarazada revela su embarazo en el trabajo, y presumir que si, después de ello, presenta una carta de renuncia, esto es sospechoso,²³¹ en estos temas pueden proceder de la misma forma.

²²⁸ Véase, por ejemplo, United States District Court for the District of Kansas, “*Jantz v. Muci*”, 759 F. Supp. 1543, 1991.

²²⁹ Véase, por ejemplo, United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, “*National Gay Task Force v. Board of Education of the City of Oklahoma*”, 729 F. 2d 1270 (10th. Cir. 1984).

²³⁰ *Caso Karen Atala Riffo y Niñas*, supra nota 90, p. 42.

²³¹ Tesis IV.3o.T.272 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 2035. Reg. 167850. RENUNCIA. SI PARA DETERMINAR SOBRE SU VEROSIMILITUD LA JUNTA NO TOMÓ EN CUENTA EL ESTADO DE EMBARAZO DE LA TRABAJADORA, INFRINGE LOS PRINCIPIOS PREVISTOS EN EL NUMERAL 841 DE LA LEY FEDERAL DE TRABAJO, LA GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER; Tesis XXI. 2º C.T.1. L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVII, tomo 2, febrero de 2013, p. 1353. Reg. 2002752. DESPIDO INJUSTIFICADO POR MOTIVO DE EMBARAZO. SI EL PATRÓN SE EXCEPCIONA Y PRESENTA LA RENUNCIA DE LA TRABAJADORA, A ÉL CORRESPONDE DEMOSTRAR TAL EXTREMO Y A LA JUNTA RESOLVER DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO, Y NO SÓLO CONSIDERAR LO QUE A ELLA LE PERJUDICA.

- En caso de que los o las juzgadoras sean llamadas a resolver el despido de una persona trans por someterse a una cirugía de reasignación de sexo, se podrá evaluar si dicha conducta es discriminatoria, teniendo en cuenta que la discriminación se puede generar tanto por no dar un trato igual a personas iguales, como por no otorgar un trato diferente a personas diferentes. En estos casos el precedente resuelto por el TJUE que determinó que dicha situación violentó derechos puede ser una referencia útil.²³²
- En el trabajo, también se podrá vigilar que no existan prácticas de discriminación indirecta. Por ejemplo, el despido de un trabajador o trabajadora por el solo hecho de tener VIH, además de constituir discriminación por razón de salud, puede convertirse en un mecanismo de discriminación indirecta por orientación sexual o identidad de género.²³³
- Los y las juzgadoras revisarán que las parejas del mismo sexo gocen de los mismos beneficios laborales que se extienden a parejas heterosexuales. Para el caso de que los beneficios sean más de los contemplados en la ley como obligatorios para las empresas, no es válido argumentar que, porque las empresas los han establecido, pueden discriminar por razón de la orientación sexual o identidad de género de una persona. Al respecto, el derecho a la igualdad y no discriminación no sólo protege el contenido de los derechos que están reconocidos en nuestro sistema jurídico, sino también prohíbe de forma general la discriminación en cualquier tipo de trato hacia una persona, aunque dicho trato no se encuentre formalmente reconocido dentro del alcance de un derecho.²³⁴
- Se sugiere que los y las juzgadoras resuelvan los casos relativos a la discriminación en el empleo de forma tal que incentiven a los y las patronas a enfocarse en los atributos de las personas de hecho relacionados con el trabajo que desempeñan.
- El derecho al trabajo digno también protege las condiciones en las que las personas se desempeñan en su empleo. Esto implica que deben ser protegidas de malos tratos y abusos, al interior de los mismos. Al resolver un caso, se recomienda atender a todos los actos al interior de un espacio laboral cuyo efecto último puede ser el acoso de una persona, en razón de su orientación sexual o identidad de género.

²³² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “P. c S. and Cornwall County Council”, Caso C-13/94, 1996, párrs. 21-22, relativo a la discriminación sexual (reasignación de género).

²³³ Para el tema específico del VIH, los y las juzgadoras también pueden acudir a la *Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200)* de la Organización Internacional del Trabajo.

²³⁴ Esta es la lógica que aplicó la Corte IDH en el caso *Apitz Barbera y otros*, al determinar que si bien un derecho *en concreto* —como, en ese caso, fue acceder a un cargo específico— puede no encontrarse reconocido en la CADH, ésta garantiza que cualquier derecho que una legislación establece, las personas deben poder acceder a él en “condiciones generales de igualdad”. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”)*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, p. 55, párr. 206.

- Para el caso de una demanda por acoso laboral a través de la vía civil, según la SCJN, “la demandante debe probar los elementos de su pretensión, el primero de ellos es la conducta ilícita de su contraria, la que es susceptible de demostrarse, bien mediante alguna resolución judicial en la que se haya declarado la ilicitud en la manera de proceder de los demandados o bien, mediante las pruebas necesarias que demuestren los hechos relevantes de la demanda, de manera que, si en el caso, la conducta ilícita se identifica con el [...] acoso laboral, los elementos que han de demostrarse son, en cuanto al preciso tema de la ilicitud:

.....

Elementos para comprobar la existencia de acoso laboral, conforme a la SCJN.

(i) el objetivo de intimidar u opacar o aplanar o amedrentar o consumir emocional o intelectualmente al demandante, con miras a excluirlo de la organización o a satisfacer la necesidad de agredir, controlar y destruir, por el hostigador;

(ii) que esa agresividad o el hostigamiento laboral haya ocurrido bien entre compañeros del ambiente del trabajo, es decir, donde activo y pasivo ocupan un nivel similar en la jerarquía ocupacional o por parte de sus superiores jerárquicos;

(iii) que esas conductas se hayan presentado de manera sistémica, es decir, a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles hacia uno de los integrantes de la relación laboral, de manera que un acto aislado no puede constituir [acoso laboral], ante la falta de continuidad en la agresión en contra de algún empleado o del jefe mismo; y

(iv) que la dinámica en la conducta hostil se haya desarrollado como lo describió la demandante en su escrito inicial.”²³⁵ Estos son estándares a ser utilizados para determinar la existencia de este fenómeno.

- Se sugiere que en casos relacionados con acoso laboral, los y las juzgadoras estén atentas a expresiones por parte de los y las compañeras de trabajo o superiores jerárquicos, relacionadas con la orientación sexual o identidad de género. Éstas pueden tratarse de burlas, insultos o similares. No necesariamente tienen que estar dirigidas a la persona que alega el acoso laboral, sino pueden ser afirmaciones sobre la orientación sexual o identidad de género de otros, pero que se hagan en presencia de o le lleguen a la persona que alega el acoso laboral. Además de expresiones, también podrán vigilar que no se desplieguen actos de burlas o agresiones en contra de una persona, sus posesiones o su espacio de trabajo. Un acto no tiene que pasar por el cuerpo de una persona para que sea considerado acoso. Los actos no tienen que tener una naturaleza sexual, o relacionada con la orientación sexual o identidad de género, para que caigan bajo el supuesto de acoso; pueden ser actos de violencia cotidianos pero que, al ser dirigidos en contra de una persona por su orientación sexual o identidad de género, se convierten en acoso.

²³⁵ Amparo Directo 47/2013, *supra* nota 216, pp. 33-34.

3.4. Las detenciones arbitrarias

Otra de las situaciones que afectan los derechos humanos de las personas LGBT, especialmente aquellas cuya expresión de género no siempre se adecúa a lo que otras consideran debe ser lo “correcto”, es el de las detenciones arbitrarias. Esto es, existen casos en que las personas LGBT son privadas de su libertad por miembros de la policía por su orientación sexual o identidad de género, si bien muchas veces los y las policías llegan a argumentar que tenían alguna otra razón para hacerlo, como la de preservar el orden o la moral públicas. Por ejemplo, puede presentarse una situación en la que se considere que el hecho de que una pareja del mismo sexo se bese en público altera “el orden público” o que se pida matrimonio en una plaza pública va en contra de la “moral y buenas costumbres”.²³⁶ Las detenciones con base en este tipo de consideraciones son inaceptables.

Marco normativo: el derecho a no ser detenido arbitrariamente

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículos 14 y 16; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículos 9, 17 y 22; Convención Americana de Derechos Humanos: Artículo 7; Principios de Yogyakarta: Principio 7.

Alcance de este derecho

De acuerdo a la Corte IDH, el artículo 7 de la CADH protege la libertad, en sentido general y específico. En sentido general la libertad sería la “capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido” y de organizar su vida conforme a sus acciones y convicciones.²³⁷

El artículo 7.2 de la CADH, por su parte, establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Por virtud de este artículo, sólo a través de una ley puede afectarse este derecho. Es decir, la reserva de ley se debe acompañar por el principio de tipicidad, estableciendo las causas y condiciones de la privación de la libertad. De forma que sino se cumple un requisito establecido en la ley, la privación de la libertad sería ilegal.²³⁸

Por su parte, el artículo 7.3 de la Convención Americana, establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. La Corte IDH ha establecido que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que aún

²³⁶ La Redacción, “Arrestan a pareja gay por besarse en el malecón de La Paz”, Proceso, 20 de abril de 2014, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.proceso.com.mx/?p=370163>>; Redacción, “Promueven encuentros gay en Parque central”, El Mexicano, 25 de marzo de 2014, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.oem.com.mx/elmexicano/notas/n3335122.htm#.UzQ7GyKtHzc.facebook>>.

²³⁷ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itiiguez*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, p. 13.

²³⁸ *Ibidem*, p. 14.

calificados de legales puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.”²³⁹ Para respetar el derecho a no ser detenido arbitrariamente, la detención no sólo tiene que tener un fundamento legal, sino que es necesario que la ley, esto es, la forma en la que está regulada la causal de la detención, cumpla con ciertos requisitos:

Requisitos para que una detención no sea arbitraria, conforme a la Corte IDH:

- i) la finalidad de la medida que prive o restrinja la libertad debe ser compatible con la Constitución y los tratados internacionales (siguiendo la lógica de la Corte Interamericana);
- ii) debe ser idónea para cumplir con el fin perseguido;
- iii) debe ser “necesaria, en el sentido de que sea absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.” Por esta razón, “el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y
- iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.”²⁴⁰

El CDCyP se ha pronunciado en el mismo sentido, subrayando que “para que una detención esté en conformidad con el párrafo 1 del artículo 9 [del PIDCyP] necesita no sólo ser lícita, sino también razonable y necesaria en todas las circunstancias”.²⁴¹ También ha establecido que para que la injerencia en la vida de las personas no sea arbitraria, debe estar “en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto” y que sea “razonable en las circunstancias particulares del caso”.²⁴² Conforme a este criterio, detener a las personas por la sola manifestación de su orientación sexual o identidad de género directamente (criminalizando, por ejemplo, la conducta sexual consentida entre adultos del mismo sexo) o indirectamente (deteniendo a personas por manifestar su orientación sexual o identidad de género bajo figuras que tutelan la “moral pública”) no es proporcional ni necesario. Ello ya que, si bien se puede argumentar que persiguen fines válidos como proteger la salud pública o la moral pública, éste no es un medio para lograrlo.

²³⁹ *Ibidem*, p. 20.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 21.

²⁴¹ Comité de Derechos Humanos, *Aage Spakmo v. Norway*, Comunicación No. 631/1995, U.N. Doc. CCPR/C/67/D/631/1995 (HRC, 1999), 11 de noviembre de 1999, párr. 6.3.

²⁴² Comité de Derechos Humanos. *Observación general No. 16 (Derecho al respeto de la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y protección contra ataques ilegales a la honra y la reputación)*, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II), 27 de mayo de 2008.

En este sentido se pronunció el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria que ha señalado que la detención de una persona por delitos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género, “incluidos los delitos que no se refieran directamente a las relaciones sexuales, como los relativos a la apariencia física o el denominado ‘escándalo público’, constituye una vulneración del derecho internacional”.²⁴³ En una decisión relativa a 55 personas detenidas por razón de su orientación sexual, este Grupo consideró que la “detención de [estas] personas, procesadas por la razón de que, por su orientación sexual, incitaron a la ‘disensión social’ constituye una privación de libertad arbitraria, pues infringe lo dispuesto en el párrafo [...]1 del artículo 2 y el artículo 26 del [PDCyP]”.²⁴⁴

En un sentido similar se pronunció la Corte Constitucional de Colombia en la Acción de Tutela T-301/04, en la que determinó que apelar a la “moral pública” para detener a un hombre por su orientación sexual era inconstitucional. Para dicha Corte, la moral pública “debe ser examinada en cada caso a la luz del principio que establece una presunción a favor del criterio *pro libertate*.”²⁴⁵ Las autoridades administrativas, dado que afectan la libertad personal al detener a las personas, “no pueden tener como fundamento tan sólo una consideración de moral pública, que a su vez, no ampare bienes constitucionalmente protegidos”.²⁴⁶

Para dicha Corte Constitucional para que “un principio de moral pública sea fuente legítima de una [...] decisión” se requiere “que la misma no debe ser tan sólo la expresión de idearios perfeccionistas colectivos o individuales.” Debe ser necesaria para “armonizar proyectos individuales de vida” en una democracia constitucional. Dado que la orientación sexual e identidad de género no dañan a nadie, sino que forman parte del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la detención por esta orientación o identidad con base en la moral pública tampoco tiene justificación constitucional en México.

En este mismo sentido, “el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la detención arbitraria considera arbitraria cualquier privación de libertad resultante del ejercicio de los derechos o libertades garantizados en los artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo ha considerado arbitraria la detención de las personas ‘por haber ejercido pacíficamente su derecho a la libertad de opinión y de expresión’”.²⁴⁷

Congruente con lo anterior, la SCJN ha determinado lo que debe entenderse por “moral” o por “buenas costumbres”, señalando que estos conceptos deben interpretarse como “moral pública” y que ésta debe entenderse como “el núcleo de convicciones básicas y fundamentales sobre lo bueno y lo malo en una sociedad”.

²⁴³ Consejo de Derechos Humanos, *supra* nota 207, p. 16; citando al Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, No. 22/2006 (Cameroon) (A/HRC/4/40/Add.1) y No. 42/2008 (Egypt) (A/HRC/13/30/Add.1).

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Acción de Tutela T-301/04, 2004.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ International Commission of Jurists, “Orientación sexual e identidad de género y derecho internacional de los derechos humanos. Guía para profesionales no. 4”, Suiza, 2009, p. 77.

“De ahí que interpretar el término "moral" o "buenas costumbres" en forma más extensa, o apelando a lo que consideran las mayorías, constituiría una herramienta para hacer nugatorios los derechos fundamentales de las minorías, y resultaría contrario al pluralismo característico de una sociedad democrática”.²⁴⁸

Consideraciones para quien imparte justicia

- Los y las juzgadas conocerán de casos en los que las personas LGBT sean detenidas por cometer faltas administrativas o delitos, por lo general relacionados con la protección del “orden público” o la “moral pública”, o incluso, asociados con la salud pública.
- En estos casos, los y las juzgadas tienen la potestad de realizar un control de constitucionalidad/convencionalidad para que aquellos tipos penales o sanciones que puedan resultar en la privación de la libertad de una persona no constituyan una privación arbitraria de la libertad y por tanto un límite prohibido a este derecho. Es decir, en una privación de libertad, los y las juzgadas pueden no limitarse a determinar que la misma sea “legal” sino también pueden evaluar que la misma no sea “arbitraria”.
- Para que una detención no sea arbitraria, los y las juzgadas revisarán que se persiga una finalidad constitucionalmente válida, ser necesarias para su consecución y ser proporcionales. Esto es, hay que demostrar que las personas LGBT estaban realizando un comportamiento no relacionado con su orientación sexual o identidad de género que, en efecto, provocaron un daño a algún fin constitucional; que su detención era una medida encaminada a que cesara el daño; y que no se violentaba otro derecho, como lo es su libre desarrollo de la personalidad, con la misma.
- En estos casos, es recomendable que quienes imparten justicia estén particularmente atentos a las razones que ofrezcan las autoridades que realizaron la detención: la manifestación de la orientación sexual o identidad de género de las personas no puede ser la razón final directa o indirecta por lo que se realizan estas detenciones.
- Como lo ha determinado la SCJN, la “moral pública” no se puede interpretar de forma tal que se castiguen comportamientos que algún sector de la sociedad considere “inmoral”, más aún cuando esos comportamientos están amparados por el libre desarrollo de la personalidad, como ocurre con las manifestaciones afectivas de la orientación sexual o de la identidad de género. De esta forma, se sugiere vigilar que

²⁴⁸ Tesis 1ª L/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 3, t. I, febrero de 2014, p. 672. Reg. 2005536. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. FORMA EN QUE LA “MORAL” O “LAS BUENAS COSTUMBRES”, PUEDEN CONSTITUIR RESTRICCIONES LEGÍTIMAS A DICHOS DERECHOS FUNDAMENTALES. En esta misma tesis se señala que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas “ha reconocido que la **moral pública** varía ampliamente, por lo que no existe un principio aplicable universalmente; Por lo tanto, debe distinguirse entre el fomento a la conducta inmoral, que puede ser un motivo legítimo para la aplicación de restricciones, y la expresión de opiniones disidentes o la ruptura de tabúes”.

las razones por las que se priva de la libertad a una persona no estén basadas en esta concepción sobre la moral pública.

- Entre los comportamientos que están amparados como parte del libre desarrollo de la personalidad y por tanto no pueden constituir motivos para detener a una persona se encuentran, que una pareja del mismo sexo se esté tomando de la mano en un lugar público, que se den un beso o estén abrazados en la vía pública, que se propongan matrimonio, o algún otro acto similar. Una herramienta que puede ser útil para comprobar que la detención no tiene su origen en la orientación sexual, la identidad o la expresión de género de una persona, puede ser preguntarse si una persona heterosexual o con una identidad de género conforme a las ideas “debidas” sobre lo masculino o femenino sería detenida por realizar la misma acción. Esto también abarca, por ejemplo, el que una persona trans vaya a un baño público del género con el que se identifique.
- Esto incluye que las personas sean detenidas por formar parte de una marcha del orgullo LGBT; o que se encuentren, simplemente, en ciertas zonas de la ciudad como aquellas en las que se ejerce el trabajo sexual, bajo pretexto de que son sospechosas.²⁴⁹ Los y las juzgadoras revisarán que no se realicen detenciones de personas motivadas por estas causas, ya que las mismas serían detenciones arbitrarias. En el caso de detenciones por participar en una marcha, dicha detención también podría afectar el derecho a la libertad de expresión y de reunión de una persona (como se verá en el apartado relativo a esos derechos).
- En el mismo sentido, la manifestación de la orientación sexual o identidad de género no pueden interpretarse en el sentido de constituir actos “pornográficos”, “obscenos” o “lascivos” para efectos de configurar la comisión de un delito.²⁵⁰

²⁴⁹ Sobre este punto, también véase: Corte Constitucional de Colombia, Acción de Tutela T-301/00, 2000; además de la ya mencionada Acción de Tutela T-301/04, *supra* nota 245.

²⁵⁰ Diversos códigos penales —como el de Durango, Yucatán, San Luis Potosí, Tamaulipas, Nuevo León, Nayarit, Baja California Sur, Hidalgo, Coahuila y el de Colima— incluyen, como una de las calificaciones de los actos que ultrajan a la moral pública, el que éste sea pornográfico, obsceno o lascivo.

3.5. La violencia y el acceso a la justicia

Otra de las afectaciones que más enfrentan las personas LGBT a sus derechos es la violencia. Ésta va desde los insultos, hasta las golpizas y, en ciertos casos, la muerte. Es una violencia que experimentan en sus propias casas: niños sometidos a golpes por sus padres que buscan “corregir” su comportamiento de género; en la escuela, a través de golpes o insultos de los y las compañeras de clase o de los propios maestros o maestras; en el trabajo, a través del acoso; en la calle; y a manos de miembros del Estado. Esta violencia se debe a su orientación sexual, expresión o identidad de género. Las burlas, las agresiones, los golpes tienen como trasfondo el castigo por o el repudio hacia esta diferencia. Si bien todo tipo de violencia es condenable, la violencia se conecta con la discriminación cuando tiende a ser perpetrada en contra de un grupo, cuya característica es una de las señaladas por el artículo primero constitucional. El problema se agrava cuando el Estado, encargado de prevenir, investigar, sancionar y remediar esta violencia, sistemáticamente falla en hacerlo.

De acuerdo a la ONU, “desde 1999, la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha señalado periódicamente casos de personas amenazadas de muerte o asesinadas por su orientación sexual e identidad de género.²⁵¹ Muchos de esos casos se referían a [personas] transgénero.”²⁵² Además de ser víctimas de asesinatos, las personas LGBT pueden sufrir otro tipo de ataques. “En muchas regiones se reciben denuncias de lesbianas atacadas, violadas, inseminadas por la fuerza o maltratadas de otra manera debido a su orientación sexual.²⁵³ El Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) expresó su preocupación por los diversos delitos sexuales que se cometen en contra de las mujeres específicamente por su orientación sexual.²⁵⁴ En particular se refirió a la práctica llamada “violación correctiva”, por virtud de la cual los hombres violan a las mujeres que consideran lesbianas para “corregirlas”.

²⁵¹ Véanse los informes de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; E/CN.4/1999/39 (CDH, 1999), párr. 76; E/CN.4/2000/3 (CDH, 2000), párr. 54; E/CN.4/2001/9 (CDH, 2001), párr. 48; E/CN.4/2002/74 (CDH, 2002), párr. 62; A/57/138, párr. 38; E/CN.4/2003/3 (CDH, 2003), párr. 66; A/59/319 (AG, 2004), párr. 60; A/HRC/4/20 (CDH, 2007) y A/HRC/4/20/Add.1 (CDH, 2007); A/HRC/4/29/Add.2 (CDH, 2007); A/HRC/11/2/Add.7 (CDH, 2009); A/HRC/14/24/Add.2 (CDH, 2010); y A/HRC/17/28/Add.1 (CDH, 2011).

²⁵² Informes de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: E/CN.4/2000/3 (CDH, 2003), párr. 54 (“trabajador sexual travestista” en el Brasil); E/CN.4/2001/9 (CDH, 2001), párr. 49 (travestista asesinado a disparos en El Salvador); E/CN.4/2003/3/Add.2 (CDH, 2003), párr. 68 (trabajador transgénero aparentemente asesinado detrás de la catedral de San Pedro Sula); E/CN.4/2003/3 (CDH, 2003), párr. 66 (asesinato de tres personas transgénero en Venezuela sin que el Gobierno iniciara una investigación); Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 15.

²⁵³ Véase A/HRC/17/26 (CDH, 2011), párr. 40; véase también A/HRC/14/22/Add.2 (CDH, 2010), párr. 23; A/HRC/17/26/Add.1 (CDH, 2011), párrs. 204 a 213; E/CN.4/2002/83 (CDH, 2002), párr. 102; A/HRC/4/34/Add.3 (CDH, 2007) párr. 34 y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer respecto de la Federación de Rusia, C/USR/CO/7* (CEDAW, 2010), párrs. 40 y 41; Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 16.

²⁵⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer respecto de Sudáfrica, CEDAW/C/ZAF/CO/4*, (CEDAW, 2011), párrs. 39 y 40”; citado en, Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 17.

En el *Informe de Crímenes de Odio por Homofobia en México*, se “pudieron demostrar 464 ejecuciones homofóbicas y se presume que más de mil ejecuciones estuvieron motivadas por este fenómeno”.²⁵⁵ En años recientes, la OEA ha emitido varias resoluciones en las que condena “los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género”.²⁵⁶ En torno a México, la Comisión ha llamado la atención sobre varios asuntos. Uno prominente fue el de un profesor golpeado y destituido de su puesto por su homosexualidad.²⁵⁷ La CIDH también condenó el asesinato de otro joven de 18 años de edad que fue encontrado “vestido con ropas de mujer”, “con heridas profundas y golpes contusos” en un barranco en la ciudad de Chilpancingo, Guerrero, dos días después de la marcha de la diversidad sexual en esa ciudad.²⁵⁸ En el mismo comunicado de prensa en el que condenó este acto, la CIDH mencionó que sólo en lo que iba del 2012, 7 otros crímenes similares habían sido cometidos en Guerrero. La CIDH también condenó dos homicidios perpetrados en contra de una mujer y una adolescente trans en Tepic.²⁵⁹ En Altamira, Tamaulipas, se perpetró otro asesinato cometido en contra de un joven de 17 años de edad, cuyo cuerpo “presentaba golpes en el rostro y otras partes [y] fue encontrado desnudo, únicamente con zapatos de mujer y un collar, en una calle apartada de la ciudad de Altamira.”²⁶⁰ La CIDH también condenó el asesinato de Agnes Torres Sulca, “persona trans y defensora de los derechos humanos de personas LGBT en México”.²⁶¹

Además de la violencia que sufren las personas LGBT a manos de particulares, también está la que sufren a manos del Estado. Conforme a la ONU, diversos “mecanismos de derechos humanos han reunido pruebas sustanciales de abuso y maltrato de personas LGBT por parte de policías, personal penitenciario y otros oficiales encargados del cumplimiento de la ley.”²⁶²

²⁵⁵ Letra S, Sida, Cultura y Vida Cotidiana A.C., “Informe de Crímenes de Odio por Homofobia en México. 1995-2008”, diciembre de 2009, consultado el 18 de junio de 2014, p. 5, disponible en: <<http://www.letraese.org.mx/wp-content/uploads/2010/05/Informe.pdf>>.

²⁵⁶ Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos: AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10), 8 de junio de 2010; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), 7 de junio de 2011; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), 4 de junio de 2012; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), 2 de junio de 2013.

²⁵⁷ Rea Tizcareño, Christian, “Solicita CIDH medidas cautelares para profesor víctima de homofobia”, Notiese, 8 de abril de 2010, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.notiese.org/notiese.php?ctn_id=3767>.

²⁵⁸ CIDH, “CIDH condena asesinato LGBT en México”, 18 de junio de 2012, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/069.asp>>.

²⁵⁹ CIDH, “CIDH condena asesinato de mujer trans en México”, 6 de julio de 2012, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/078.asp>> y CIDH, “CIDH condena asesinato de adolescente trans en México”, 25 de junio de 2012, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/073.asp>>.

²⁶⁰ CIDH, “CIDH condena asesinato de adolescente LGBT en México”, 22 de junio de 2012, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/071.asp>>.

²⁶¹ CIDH, “CIDH condena asesinato de defensora de derechos humanos en México”, 20 de marzo de 2012, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/032.asp>>.

²⁶² Puede compararse: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de los Estados Unidos de América (CCPR/C/USA/CO/3) párr. 25; Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto de los Estados Unidos de América (CAT/C/USA/CO/2), párrs. 32 y 37; Ecuador (CAT/C/EQU/CO/3), párr. 17; Argentina (CAT/C/CR/33/1), párr. 6 g); Egipto (CAT/C/CR/29/4), párr. 5 e); Comité contra la Tortura, Observación general No. 2, párr. 21 [Ref: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II)]; véanse también las observaciones finales del Comité respecto del Ecuador (CAT/C/EQU/CO/3), párr. 17; Argentina (CAT/C/CR/33/1), párr. 6; y Brasil (A/56/44), párr. 119.” en Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 22.

En un estudio que publicó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), se encontró que “entre las autoridades y/o servidores públicos señalados como probables responsables de violaciones a los derechos humanos se encuentran, en primer lugar, los cuerpos de seguridad, particularmente los del ámbito estatal y municipal, y que versan principalmente sobre detenciones arbitrarias [...] y uso excesivo de la fuerza pública, entre otras.”²⁶³ La ONU ha detectado, por ejemplo, que si las personas LGBT entran en contacto con el sistema policiaco y penitenciario, se encuentran expuestas, más que otras, a malos tratos y tortura. El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes expresó que parecía que miembros de minorías sexuales son sometidos en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos por no responder a lo socialmente aceptado de uno y otro sexo, así como que su orientación sexual o identidad de género contribuyen a su deshumanización.²⁶⁴

También se ha identificado que dentro de la cárcel, las personas de “diversas orientaciones sexuales e identidades de género” pueden ser víctimas de discriminación. Estas personas pueden tener más miedo y pueden ser víctimas de abuso físico y sexual.²⁶⁵

Por último, las personas LGBT llegan a tener dificultades con acceder a la justicia, para que se investigue y sancione la violencia de la que han sido objeto. Esto es, además de la violencia a la que han sido sometidos a mano de las personas, cuando acuden al Estado para que la misma se investigue, éste no responde adecuadamente. Se ha expresado que en diversos países las instancias oficiales “no tratan con seriedad los delitos y crímenes cometidos” y no “investigan bien” los delitos reportados contra personas LGBT.²⁶⁶ Según un estudio, sólo un 5.6% de las personas LGBT que sufrieron una agresión acudieron a una agencia del Ministerio Público o a una delegación de policía a levantar una denuncia.²⁶⁷ En otro informe, se calcula que por cada caso que se denuncia, ocurren tres hechos que no lo son.²⁶⁸

Por virtud del orden jurídico mexicano, las personas LGBT tienen derecho a que se proteja su vida, su integridad física y psíquica en contra de ataques y a que se investigue y sancione a los responsables cuando ello ocurra.

²⁶³ Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Informe especial de la CNDH sobre violaciones a los derechos humanos y delitos cometidos por la homofobia*, p. 10. (CNDH, 2010).

²⁶⁴ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, A/56/156 (ACNUDH, 2001) párr.19.

²⁶⁵ “Guía del activista para usar los principios de Yogyakarta”. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. 2010, p. 54.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 50.

²⁶⁷ Centro de Estudios Políticos (CEP), Facultad de Ciencias Políticas y Sociales (FCPyS) UNAM, Letra S, Sida, Cultura y Vida Cotidiana A.C., Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM). “Política, derechos, violencia y sexualidad. Encuesta Marcha del Orgullo y la Diversidad Sexual. Ciudad de México – 2008”. Ciudad de México. 2008, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.clam.org.br/uploads/archivo/Encuesta_Marcha_Mexico.pdf>.

²⁶⁸ “Explorat”, “La homofobia extrema: los crímenes de odio”; 17 de enero de 2013, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.explorat.org.mx/2013/01/la-homofobia/>>.

Marco normativo: el derecho a la protección de la vida e integridad y el acceso a la justicia

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículos 1, 17 y 20; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículos 6, 7 y 9; Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículos 1, 4, 5 y 7; Principios de Yogyakarta: Principios 5, 9 y 10.

Alcance de estos derechos

La violencia que enfrentan las personas LGBT es un fenómeno tutelado por múltiples derechos interconectados. De manera importante, están los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica, que protegen a las personas de la violencia que pueden sufrir a manos de otras personas. Estos son derechos que le generan al Estado obligaciones de elaborar un marco adecuado para prevenir este tipo de actos y, también, para investigarlos y sancionarlos cuando lleguen a ocurrir. Por esta razón, el tema de la violencia está conectado de manera importante con el derecho de acceso a la justicia.

El derecho a la vida no sólo supone que nadie sea privado de su vida arbitrariamente, sino requiere que los Estados tomen las medidas necesarias para proteger y garantizar este derecho. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que los Estados deben establecer un “sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares”.²⁶⁹

El CDH se ha pronunciado en el mismo sentido.²⁷⁰ La Corte IDH también ha establecido que los Estados deben adoptar medidas para “desalentar, prevenir y castigar a los perpetradores”, así como abordar las actitudes de la sociedad que “fomenten o faciliten dichos delitos”.²⁷¹

Por otra parte, también se ha establecido que el Estado tiene el deber:

“de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.²⁷²

²⁶⁹ Corte IDH. *Caso Baldeón García*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párrs. 84 y 85.

²⁷⁰ A/HRC/19/41, *supra* nota 207, p. 8.

²⁷¹ International Commission of Jurists, *op.cit.*, *supra* nota 42, p. 97.

²⁷² Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párr.236. Este párrafo cita los siguientes casos en su nota 258: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de fondo de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 174 y Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro*. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 62.

Como la Corte IDH estableció en *Campo Algodonero*, las autoridades deben iniciar *ex officio* y sin dilación, en cuanto tengan conocimiento del hecho, una “investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada” a determinar la verdad y capturar, enjuiciar y eventualmente castigar a todos los autores de los hechos, sobre todo si están o pueden estar involucrados agentes estatales.²⁷⁵

De esta forma, el Estado está obligado a crear un marco jurídico que prevenga y desincentive los crímenes cometidos en contra de las personas LGBT. En México esta regulación existe de dos maneras. En primer lugar, existe la regulación general en torno a delitos como homicidios o lesiones. En segundo lugar, hasta el día de hoy, los códigos penales en los estados de Puebla, Michoacán, Baja California, Baja California Sur, San Luis Potosí, Nayarit, Guerrero, Distrito Federal y Coahuila contemplan al odio, por razón de identidad de género u orientación sexual, como una agravante de los delitos en contra de la vida y la integridad física. En Campeche y Chiapas, se han establecido delitos independientes (que buscan proteger la dignidad de las personas), para resolver el problema de la violencia en contra de ciertos grupos específicos.²⁷³ Por lo tanto, existe un marco jurídico que sanciona los actos de violencia que sufren las personas LGBT.

En torno al derecho de acceso a la justicia en virtud de la violencia que puede padecer una persona LGBT, la ex Relatora Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, señaló que se deben investigar “rápida y rigurosamente los asesinatos y las amenazas de muerte, con independencia de la orientación sexual de las víctimas.” La misma ha establecido que es necesario adoptar “políticas y programas encaminados a superar el odio y los prejuicios contra los homosexuales y a sensibilizar a las autoridades y al público en general hacia los delitos y actos de violencia contra quienes pertenecen a una minoría sexual”.²⁷⁴

La obligación de investigar debe cumplirse en todos los casos; la orientación sexual o identidad de género de una persona no es una razón para la dilación de una investigación o justificación de un crimen. Más aun, siguiendo la lógica de la Corte Interamericana, si se trata de un asesinato relacionado con la orientación sexual o identidad de género puede ser particularmente importante realizar una investigación con vigor e imparcialidad debido a la necesidad de reiterar la condena hacia la discriminación y para mantener la confianza de las minorías en la protección de las autoridades frente a la violencia.²⁷⁶

²⁷³ Véase por ejemplo: Tesis 1a. LXXXVI/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 4, marzo de 2014, t. I, p. 526, Reg. IUS. 2005800. ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA NO TRANSGREDE EL DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER.

²⁷⁴ Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/220/74 (ACNUDH, 2002). Véase también Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2001/9 (ACNUDH, 2001), párr. 118.

²⁷⁵ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, supra nota 272, párr. 293.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 77.

Este último punto es fundamental: se debe tener presente que al resolver un caso, se envía una señal sobre cómo el Estado lidiará con casos similares. Las autoridades jurisdiccionales tienen un compromiso con el acceso a la justicia, lo que implica generar las condiciones para que las personas sientan que pueden acudir al sistema judicial para remediar las violaciones a sus derechos. La mejor forma de realizar esto es cumplir con los mandatos legales existentes y que obligan a que las autoridades actúen con la debida diligencia en la investigación de un atentado contra la vida o la integridad personal.

Las autoridades, incluidas las jurisdiccionales, también tienen el deber de prevenir razonablemente actos de terceros que puedan atentar contra la vida o la integridad personal de una persona.²⁷⁷ Sin embargo, resulta claro que esta obligación no es ilimitada. De acuerdo a la Corte IDH, no toda violación al derecho a la vida de una persona por parte de terceros automáticamente genera responsabilidad internacional para el Estado.²⁷⁸ Sino que es necesario que las “autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida”, y que no actuarán con la debida diligencia.²⁷⁹

Precedentes del Comité contra la Tortura en torno a la obligación de investigar

Conforme al Comité contra la Tortura, los Estados están obligados a proteger “a todas las personas, cualesquiera que sean su [...] orientación sexual [o] identidad [de] género” contra la tortura y los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.²⁸⁰ También están obligados “a prohibir, prevenir y ofrecer reparación para los casos de tortura y maltrato en todos los contextos de custodia o control del Estado.” De esta forma, los Estados deberían velar por que “las denuncias de brutalidad y malos tratos a grupos vulnerables a manos de la fuerza del orden sean investigadas con imparcialidad y prontitud y de manera exhaustiva y por que los autores sean encausados y castigados como corresponde.”²⁸¹

Por último, también existe un deber de regular el discurso de odio y el lenguaje discriminatorio. Para la SCJN, ésta es otra forma de discriminación que válidamente puede llegar a limitar la libertad de expresión de las personas. Para la SCJN, el “lenguaje discriminatorio” es un tipo de discurso no protegido por la libertad de expresión. Éste “se caracteriza por destacar categorías de las señaladas en el artículo 1 constitucional para clasificar a determinadas personas, tales como el origen étnico o nacional, el género, las discapacidades, la condición social, la religión y las preferencias sexuales, ello mediante elecciones lingüísticas que denotan un rechazo social.”²⁸²

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 77.

²⁷⁸ *Ibidem*, párr. 280.

²⁷⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 155.

²⁸⁰ Comité contra la Tortura, *Observación General No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados partes*, CAT/C/GC/2, 23 de noviembre de 2007, párr. 21.

²⁸¹ Comité contra la Tortura, *EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONVENCION, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA*, CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006, párrs. 32 y 37.

²⁸² Primera Sala de la SCJN, Amparo Directo en Revisión, 2806/2012, 2013, p. 40.

Concepto de discursos de odio para la SCJN

Además del lenguaje discriminatorio, están los discursos de odio; que “son aquellos que incitan a la violencia física, verbal, psicológica, entre otras, contra los ciudadanos en general, o contra determinados grupos caracterizados por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos”.²⁸³

Diferencia entre lenguaje discriminatorio y discursos de odio

La diferencia entre el lenguaje discriminatorio y los discursos de odio es de grado, en cuanto al efecto que tienen (y no el contenido): “las primeras pueden resultar contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, generando incluso molestia o inconformidad en torno a su contenido y su finalidad se agota en la simple fijación de una postura; [...] los segundos se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad que a su vez puede concretarse en acciones de violencia en todas sus manifestaciones.”²⁸⁴ Para la SCJN, las expresiones homóforas son un tipo de lenguaje discriminatorio, que generalmente se caracteriza por “insinuaciones de homosexualidad en un sentido denigrante, burlesco y ofensivo” a través de un lenguaje “fuertemente arraigado en la sociedad”. En este sentido, las expresiones en las que existan “referencia a la homosexualidad no como una opción sexual personal [...] sino como una condición de inferioridad o de exclusión, constituyen manifestaciones discriminatorias”.²⁸⁵

Consideraciones para quien imparte justicia

- Los y las juzgadoras conocerán de casos relacionados con la violación al derecho a la vida y a la integridad de las personas LGBT, primordialmente a través de juicios penales. A veces, los códigos penales pueden incluir, para el caso del delito de homicidio y lesiones, una agravante cuando se determina que el acto ha sido cometido con odio, en razón de la orientación sexual y la identidad de género de la persona. En esos casos, los y las juzgadoras tienen la potestad de revisar que exista una investigación con la debida diligencia dentro del proceso en torno a la comprobación de esta agravante. Sin embargo, la no existencia de esta agravante no puede ser motivo para dejar de atender el delito, utilizando otros tipos penales, como lo son el homicidio, las lesiones, la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

²⁸³ *Ibidem*, p. 46.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 44.

- Se sugiere que los y las juzgadas estén particularmente atentos a cómo los crímenes en contra de personas LGBT son procesados y denunciados. En algunos casos, los miembros de la policía pueden catalogar los delitos en contra de personas LGBT como “crímenes pasionales”.²⁸⁶ Una vez que identifican que hay “algo distinto” con la víctima, una vez que “se dan cuenta” que pertenecen a una minoría sexual, pueden dejar de ponerle mucha atención a la escena del crimen, en sentido estricto, y ahondan en esta narrativa. “Si se considera que el crimen responde a uno de odio, el victimario no debería estar en el círculo cercano de la víctima. Si se supone que es pasional, entonces se lo podría encontrar en sus relaciones inmediatas. [...] Los homosexuales, las lesbianas y las personas trans se asesinan entre ellos, motivados por pleitos, por envidias o celos.”²⁸⁷

• De lo anterior se deriva que, al revisar un expediente, es recomendable valorar no sólo las pruebas, en sí, sino los hechos mismos en los que se enfocan las y los investigadores, para asegurar que no se han omitido otros que podrían arrojar luz a lo ocurrido.

- Además de cómo se investigan los hechos, los y las juzgadas pueden vigilar el tipo de argumentos que se ofrecen en los juicios en torno a la violencia. Existe la idea de que las personas LGBT pueden merecer la violencia de la que son objeto. En un estudio del *Human Rights Campaign Foundation*,²⁹⁰ se determinó que es más común que se culpe a las personas LGBT por los ataques que reciben que a las personas heterosexuales. El estudio determinó que si las personas LGBT, antes de ser atacadas, responden a la amenaza o a los insultos, se les culpa en una mayor medida por el ataque. Esto también ocurre cuando, previo al incidente, las personas LGBT se encontraban manifestando afecto por su pareja: en ambos casos, se considera que lo “provocaron”. Ocurre con estas personas algo similar a lo que se ha denunciado reiteradamente en cuanto al género: las mismas autoridades reproducen

²⁸⁶ Mogul, Joey L.; Ritchie, Andrea J.; Whitlock, Kay, “Queer (In)Justice: The Criminalization of LGBT People in the United States”, Beacon Press, Kindle Edition, 2011, (Kindle Locations 2792-2793).

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 53.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres*. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, pp. 42-43.

²⁹⁰ Marzullo, Michelle A. y Libman, Alyn J., “Hate Crimes and Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People”. Human Rights Campaign Foundation. 2009. p. 9.

Crímenes pasionales

En un caso en Estados Unidos, por ejemplo, una joven lesbiana fue atacada por tres hombres. Cuando reportó el crimen a la policía, procedieron a interrogarla a ella y a su novia requiriendo tomar una prueba de poligrafía para comprobar que no mentían y que el ataque no había sido provocado por una pelea entre ellas o, en última instancia, no había sido una herida auto-infligida.²⁸⁸ Al articularlo así, las autoridades investigadoras dejan de perseguir pistas que podrían ser valiosas para la dilucidación del crimen.

Obligación de realizar investigaciones plausibles

La Corte Interamericana, en el Caso de la masacre de las dos erres vs. Guatemala resolvió que los y las juzgadas tienen la obligación de realizar investigaciones plausibles conforme a los hechos que están siendo denunciados.²⁸⁹ Derivado de lo anterior, se sugiere vigilar que el proceso vaya encaminado a la investigación de hipótesis lógicas de hechos.

estereotipos de género y sexuales que justifican la violencia que las personas reciben. Se considera que estos argumentos no son válidos.

- De la misma manera en la que la celotipia funcionaba para justificar el asesinato de una mujer a manos de su pareja hombre, tratándose de personas LGBT se razona de manera similar para excusar a la violencia. Una justificación recurrente es que el hombre que perpetró la violencia quería defenderse porque el homosexual en cuestión intentó seducirlo.²⁹¹ Éste es el estereotipo del homosexual como una persona muy sexual que siempre buscará convertir al otro. Ante esta conversión, que se vive como una invasión, la violencia se justifica. Una argumentación similar se ha identificado en ataques a personas trans: se han documentado casos de hombres que matan a mujeres trans con las que están saliendo al enterarse de que lo son. “Si no me hubiera mentado sobre su condición”, afirman, “no la hubiera matado”.²⁹² Defensa aceptada por algunos tribunales.²⁹³ Se estima que conforme al marco jurídico mexicano, esto es inaceptable. Los y las juzgadoras no pueden aceptar argumentos que estén encaminados a excusar la violencia en contra de las personas LGBT cuando provienen del rechazo a la orientación sexual o identidad de género, en sí. Nada relacionado con la orientación sexual o identidad de género de las personas excusa a la violencia.
- La Constitución y los tratados internacionales, al tutelar la protección de la vida y el acceso a la justicia, establecen la obligación para quienes imparten justicia, de garantizar que el proceso penal esté libre de estereotipos. Es decir, para que se trate a las personas LGBT como cualquier otra persona violentada: como alguien que tiene el derecho a ser protegida de esta violencia; y que se trate a quien perpetra esta violencia como cualquiera otra: como alguien que ha violentado el orden constitucional. En el mismo sentido, se sugiere que quienes imparten justicia vigilen que a lo largo del proceso se trate a la víctima con respeto, sin violentar su derecho a la privacidad haciéndole preguntas innecesarias sobre su vida sexual, por ejemplo, o someterla a un trato estereotípico partiendo de la premisa de que si fue violentada, es porque lo buscó.

²⁹¹ Lee, Cynthia, *op.cit.*, *supra* nota 62.

²⁹² *Ibidem*, p. 478.

²⁹³ *Ibidem*.

Trato sugerido a personas LGBT

Del mismo modo se sugiere el trato que reciban las personas LGBT tanto por personal jurisdiccional, como por personal no jurisdiccional, sea respetuoso y no discriminatorio. Se estima conveniente que los y las juzgadoras vigilen que el trato y conducta de cualquier autoridad pública, dentro de un proceso penal, hacia personas LGBT, ya sea en su carácter de víctimas o testigos, sea respetuoso.

- Ahora, cuando los y las juzgadoras conozcan un caso en el que exista la posibilidad de agravar el delito de lesiones u homicidio por odio, se recomienda que no se convierta en una excusa para inquirir innecesariamente en la vida privada de la víctima, menos aún de una forma estereotípica. Cuando exista la agravante de odio para el homicidio o las lesiones, no se puede olvidar que quien debe ser analizado, evaluado y juzgado es el perpetrador o perpetradora y no la víctima. Esto significa que la información necesaria debe girar en torno a lo que el o la atacante sabía, pensaba o sentía en torno a la víctima, más que lo que la víctima hubiera hecho o no.
- Los y las juzgadoras pueden ser llamadas a intervenir en casos sobre la prevención de riesgos contra la vida o integridad personal de personas LGBT. Por ejemplo, pueden conocer de procesos en los que se esté denunciando la desaparición de una persona LGBT. Si bien los y las juzgadoras no serán necesariamente la autoridad ante la cual se hagan conocer estos actos, sí podrán estar involucradas en la vigilancia y control de las acciones que tomen las autoridades responsables en torno a dicha denuncia. De esta forma podrán garantizar, sobre todo en lugares en los que se tenga conocimiento sobre un clima de hostilidad y violencia hacia la población LGBT, que las autoridades actúen con la debida diligencia desde los primeros momentos, con el objeto de que se pueda localizar a la persona desaparecida, y/o en su caso recuperar los elementos probatorios necesarios para la realización de una investigación adecuada. Siguiendo la lógica de la Corte IDH en *Campo Algodonero*, puede afirmarse que las personas LGBT están expuestas a altos índices de violencia y, por lo mismo podría ser considerado, que “ante tal contexto surge un

Se sugiere que los y las juzgadoras vigilen que la orientación sexual, la identidad o la expresión de género de una persona no sea utilizada, dentro de un proceso, como un factor que califica la fiabilidad, idoneidad o veracidad del dicho de una persona respecto a cualquier hecho. La descalificación de un testimonio por parte de una persona LGBT debe estar basada en hechos concretos y no en creencias y estereotipos.

deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de [personas LGBT], respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días.”²⁹⁴

- **Protección de personas LGBT frente a posibles atentados contra su vida o integridad personal.**

El conocimiento de casos en torno a la prevención de posibles atentados contra la vida o integridad personal de una persona LGBT también puede provenir fuera del contexto de una desaparición, es decir a partir de demandas (de amparo, por ejemplo) en el que se haga del conocimiento de los o las juzgadoras que la vida o integridad personal de una persona corre peligro. En estos casos pueden dictar la toma de medidas apropiadas para que la seguridad, vida e integridad de las personas sean aseguradas. Se recomienda que tengan especialmente en cuenta sus facultades en torno a la toma de medidas cautelares y suspensiones (ya sea frente a acciones u omisiones) en el cumplimiento de su obligación de proteger los derechos a la vida y a la integridad personal de las personas LGBT.

- Los y las juzgadoras pueden intervenir en casos en torno a la limitación del derecho a la libertad de expresión de alguna persona en virtud de que está utilizando lenguaje discriminatorio o está realizando un discurso de odio. Podrán conocer, por ejemplo, de juicios civiles por daño moral hacia el honor o dignidad de una persona víctima de este discurso. En estos casos, se sugiere utilizar los antecedentes de la SCJN en torno a las limitaciones aceptables al derecho a la libertad de expresión con respecto a este tipo de lenguaje y/o discurso. En esos casos, se estima que podrán realizar un ejercicio de ponderación entre la afectación causada por el discurso y el derecho a la libertad de expresión de la persona que lo haya realizado. También habrá que considerar las diferencias entre lenguaje discriminatorio y discurso de odio para determinar que la consecuencia de dichos actos no sea desproporcionada.

²⁹⁴ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”), supra nota 272, párr. 283.*

3.6. La salud

Una de las situaciones en la que más se han enfocado tanto activistas, como las autoridades internacionales, son las violaciones que las personas LGBT sufren en torno a su derecho a la salud. Son violaciones que se producen a lo largo de sus vidas, a veces desde su mismo nacimiento, como pasa con las personas intersex, por ejemplo, que desde que nacen se busca intervenir en sus cuerpos para “ajustarlos” al sexo considerado “normal”.²⁹⁵

De acuerdo con el Comité DESC,²⁹⁶ persiste aún el problema de la patologización de las personas LGBT. Esto es, muchos creen que están “enfermas”. A pesar de que esto no tiene sustento médico, ya que la homosexualidad no es una patología para la OMS,²⁹⁷ lo anterior puede “resultar en el confinamiento de las personas [LGBT] en instituciones psiquiátricas, donde pueden ser sometidas a técnicas de aversión, que incluyen terapia con descargas eléctricas para ‘curar’ esa ‘enfermedad’”.²⁹⁸ En el mismo sentido se pronunció el CDH, llamando la atención a cómo se ha criticado esta terapia “por carecer de rigor científico, ser potencialmente perjudicial y contribuir al estigma.”²⁹⁹ En años recientes en México, se ha buscado implementar diversas iniciativas de tratamientos terapéuticos para homosexuales.³⁰⁰

El CDH también ha afirmado que “las prácticas y las actitudes homofóbicas, sexistas y transfóbicas de las instituciones y el personal de atención de la salud pueden disuadir a las personas [LGBT] de recabar servicios”.³⁰¹ “Entre las preocupaciones de los posibles pacientes”, según este Consejo, “cabe mencionar la vulneración de la confidencialidad, el aumento del estigma y las represalias violentas.”³⁰² El Comité CEDAW, por su parte, ha expresado preocupación por que las mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersex fueran “víctimas de abusos y maltratos por parte de los proveedores de servicios de salud”.³⁰³ Se ha identificado que en ciertos países, existe la práctica de que se llega a encerrar a homosexuales y a personas con VIH/SIDA, “bajo la explicación de que representan un riesgo para la sociedad”.³⁰⁴

²⁹⁵ Alcántara Zavala, Eva, *op. cit.*, *supra* nota 115. También véase: Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 51.

²⁹⁶ Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 45.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 48. También véase: Commissioner for Human Rights, *op. cit.*, *supra* nota 212, p. 189.

²⁹⁸ “Guía del activista para usar los principios de Yogyakarta”, *op. cit.*, *supra* nota 265, p. 60.

²⁹⁹ A/HRC/19/41, *supra* nota 207, p. 19.

³⁰⁰ Pérez-Stadelmann, Cristina, “Gobierno de Jalisco paga ‘terapia para curar gays’”. El Universal, 23 de noviembre de 2010, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en < <http://www.eluniversal.com.mx/primer/35912.html> >.

³⁰¹ A/HRC/19/41, *supra* nota 207, p. 19.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ *Ibidem*.

³⁰⁴ “Guía del activista para usar los principios de Yogyakarta”, *op. cit.*, *supra* nota 265, p. 62.

Marco normativo: el derecho a la salud

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículos 1 y 4; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículo 12; Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”: Artículo 10; Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Artículo 26; Principios de Yogyakarta: Principios 17 y 18; Ley General de Salud: Artículos 17, 38, 44 y 55; Reglamento en Materia de Prestación de Servicios y Atención Médica: Artículos 71 y 75; NORMA OFICIAL MEXICANA, NOM 005-SSA2-1993, De los Servicios de Planificación Familiar: Artículos 5.1.1 y 5.1.3; RESOLUCION por la que se modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SA2-1993, De los servicios de planificación familiar: Artículo 0; NORMA Oficial Mexicana NOM-039-SSA2-2002, Para la prevención y control de las infecciones de transmisión sexual: Artículos 6.1 y 6.2.

Alcance de este derecho

El Comité DESC ha establecido que: “el derecho a la salud no debe entenderse [solamente] como un derecho a estar sano.”³⁰⁵ Se trata de un derecho que cubre tanto libertades, como derechos. “Entre las libertades figura el derecho [de una persona] a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.”³⁰⁶ Es decir, el derecho a la salud es un derecho que protege a las personas frente a intervenciones, tanto por parte de terceros, como por parte del mismo Estado que vulneren su salud. Desde aquí, y siguiendo a los Principios de Yogyakarta, queda “claro que la orientación sexual y la identidad de género nunca deben ser consideradas padecimientos médicos a ser curados, tratados o suprimidos.”³⁰⁷ Tampoco pueden ser “el fundamento para realizar prueba física o psicológica alguna, confinamiento en instituciones médicas” u otras prácticas dañinas como la participación involuntaria en investigaciones médicas.”³⁰⁸

Entre las obligaciones positivas que genera el derecho a la salud para los Estados, el Comité DESC ha establecido que se incluye el brindar un sistema de protección de salud que brinde oportunidades iguales “para disfrutar del más alto nivel posible de salud.”³⁰⁹ El Comité DESC también ha descrito que la salud abarca los principales factores determinantes de la salud,

³⁰⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N°.14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 8.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ “Guía del activista para usar los principios de Yogyakarta”, *op. cit.*, supra nota 265, p. 59

³⁰⁸ Por ejemplo, tratamientos contra el VIH/SIDA. *Ibidem*.

³⁰⁹ *Observación General No.14*, supra nota 305, párr. 8.

como acceso al agua y otros factores, incluyendo el “acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”.³¹⁰

El derecho a la salud, además de cubrir todos los ámbitos anteriores, garantiza, de manera importante, que “todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica”.³¹¹ Ello implica que deben ser “sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”.³¹²

No discriminación en torno al derecho a la salud.

En su Observación general No. 14, el Comité DESC indicó que el PIDESC “prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de [...] orientación sexual”.³¹³ Garantizar “el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados” es una obligación de los Estados.³¹⁴

Conforme a la Resolución por la que se modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SA2-1993, “todos los individuos, sin importar su sexo, edad, raza, condición social o política, credo o preferencias sexuales, tienen el derecho a la información, a la libre decisión, a la protección de la salud, a la no discriminación, al estándar más alto posible en salud y a gozar de los beneficios del progreso científico.”

Por virtud de la relación entre el derecho a la no discriminación y el derecho a la salud, no se puede negar un servicio o atención médica, ni realizar un trato diferenciado por razón de la orientación sexual o identidad de género de una persona. Esto es, en todo el proceso de atención médica, desde que las personas llegan al hospital, hasta su atención, diagnóstico y liberación, se tiene que brindar la misma calidad de atención y el mismo respeto, con independencia de la orientación sexual e identidad de género de las personas. Esta obligación de no discriminar en los servicios de salud, obliga tanto a hospitales públicos, como a hospitales privados.

³¹⁰ *Ibidem*, párr. 11.

³¹¹ *Ibidem*, párr. 12, inciso c).

³¹² *Ibidem*.

³¹³ *Ibidem*, párr. 18.

³¹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N°20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32.

Deberes de particulares en torno al derecho a la salud.

La SCJN ha reconocido que el derecho a la salud impone deberes complejos en todos los poderes y hospitales, “pero también a los particulares, tales como los médicos, hospitales privados, empleadores y administradores de pensiones y jubilaciones”. Es decir este derecho posee “eficacia jurídica” también en ciertas relaciones entre particulares.³¹⁵

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH, al determinar que los Estados tienen el deber de “regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción”.³¹⁶ Ello, ha determinado la Corte Interamericana abarca tanto a entidades públicas como privadas, ya sea que presten servicios públicos o privados de salud.³¹⁷ Respecto de las instituciones que prestan servicio público de salud sostuvo esta misma Corte, “el Estado no sólo debe regularlas y fiscalizarlas, sino que además tiene el especial deber de cuidado en relación con las personas ahí internadas.”³¹⁸

En la legislación internacional de derechos humanos está prohibido discriminar con base al estado de salud de una persona, esto incluye la prohibición de discriminar a una persona por un diagnóstico de VIH/SIDA. El Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detenciones Arbitrarias, informó que en algunos países se priva de libertad a las personas que padecen SIDA (homosexuales o no) bajo la explicación de que representan un riesgo para la sociedad.³¹⁹ Esto, se determinó, viola el derecho de estas personas a no ser privadas arbitrariamente de su libertad como ya se vio en el apartado en torno a las detenciones arbitrarias, pero también viola su derecho a la salud.

Los Principios de Yogyakarta refieren a la importancia de proporcionar atención médica y de salud para las personas LGBT en situaciones concretas. “Cuando son detenidas, [por ejemplo,] las personas LGBT tienen derecho a servicios de salud adecuados, apropiados a su orientación sexual y/o identidad de género.”³²⁰

³¹⁵ Tesis 1a. XXIII/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 16, enero de 2013, t.I, p. 626, Reg. 2002501. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD.

³¹⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 141.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ “Guía del activista para usar los principios de Yogyakarta”, *op. cit.*, *supra* nota 265, p. 62.

³²⁰ Esto incluye acceso a “servicios de salud reproductiva, información y tratamiento para el VIH/SIDA, terapia hormonal, orientación psicológica y tratamientos para la reasignación de género. *Ibidem*, p.59.

Consideraciones para quien imparte justicia

- Los y las juzgadas podrán conocer de situaciones en las que fue negado un servicio médico a una persona por virtud de su orientación sexual o identidad de género. Esto es violatorio del derecho a la salud y del derecho a la igualdad y no discriminación. En ningún momento se puede negar un servicio a una persona por su sola orientación sexual o identidad de género. Ésta es una obligación que cubre tanto a hospitales públicos como privados. La falta de los establecimientos de salud es más grave, si la persona LGBT que requiere del servicio se encuentra en un estado que requiere una atención urgente. Los y las juzgadas pueden vigilar que no se realicen estas conductas, y en caso de realizarse, dictar las medidas necesarias para que esas violaciones sean reparadas.
- Actualmente, conforme al artículo 55 de la Ley General de Salud, las personas o instituciones públicas o privadas que tengan conocimiento de accidentes o de alguna persona que requiera de la prestación urgente de servicios de salud, cuidarán, por los medios a su alcance, que los mismos sean trasladados a los establecimientos de salud más cercanos, sin perjuicio de su posterior remisión a otras instituciones. Se sugiere que los y las juzgadas vigilen que se cumpla esta obligación en todo momento, sin que se pueda dejar de atender a una persona por virtud de su orientación sexual o identidad de género.
- La obligación anterior es respaldada por los artículos 71 y 75 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios y Atención Médica. Estos artículos establecen obligaciones en torno a la atención que debe prestarse en casos de urgencia, y las acciones que deben tomar los centros de atención, públicos y privados, ante esas situaciones o ante la falta de recursos para enfrentar esta situación. Los y las juzgadas podrán ser llamadas a vigilar que no se deje de atender a una persona por virtud de su orientación sexual o identidad de género conforme a estos artículos, menos aún cuando la persona requiera de atención urgente.
- Es recomendable que los y las juzgadas presten particular atención a la toma de medidas cautelares de oficio que busquen proteger

En materia de amparo, los y las juzgadas pueden conocer de juicios contra la negativa de un hospital público para brindar atención médica a una persona LGBT que ponga en peligro la vida de esta persona. En estos casos, se recomienda que quienes imparten justicia tengan presente la obligación de decretar la suspensión de oficio y de plano del acto reclamado cuando dicho acto pueda poner en peligro la vida de una persona, conforme a los artículos 125 y 126 de la Ley de Amparo.

Los artículos 125, 126 y 147 de la ley de amparo, así como el artículo 26 de la Ley Federal del procedimiento Contencioso Administrativo, son disposiciones particularmente relevantes para la toma de medidas cautelares en torno al derecho a la salud, por parte de quienes imparten justicia.

la salud de personas LGBT, en casos en que la falta de acceso a la salud, represente un riesgo a la vida o a la integridad personal. Independientemente de la vía o forma por la cual los y las juzgadoras conozcan de esta petición, existe la obligación de prevenir de forma razonable cualquier acción que pueda poner en peligro la integridad personal (incluida la salud) o la vida de una persona.

- Los y las juzgadoras podrán conocer de amparos en contra de omisiones por parte de las autoridades en el cumplimiento del derecho a la salud de las personas. En estos casos, se sugiere que los y las juzgadoras también consideren la obligación de suspender la omisión de la autoridad en casos en que dicha omisión ponga en peligro la vida de una persona. Del mismo modo, habrá que considerar el contenido del artículo 147 de la Ley de Amparo, que los faculta a que “atendiendo a la naturaleza del acto reclamado”, ordenen que las cosas se mantengan en el estado que guardan y “de ser jurídica y materialmente posible” restablecer “provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado mientras se dicta sentencia ejecutoria en el juicio de amparo”. Los y las juzgadoras resolverán si el restablecimiento provisional de la parte quejosa en el goce de su derecho a la vida, a la integridad personal y a la salud, puede comprender ordenar la toma de actos positivos por parte de la autoridad responsable para la protección de dichos derechos de la parte quejosa, como podría ser el brindar atención médica en casos que impliquen un peligro a la vida.
- Los y las juzgadoras de la rama administrativa también pueden resolver casos de solicitud de medidas cautelares positivas para la atención médica de una persona. Se sugiere que en estos casos tengan en cuenta la obligación general de prevención, y adicionalmente consideren las facultades específicas que les otorga la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo en materia de medidas cautelares. Al respecto, el artículo 26 de esa ley faculta expresamente a las Salas Regionales para decretar medidas cautelares positivas “entre otros casos, cuando, tratándose de situaciones jurídicas duraderas, se produzcan daños substanciales al actor o una lesión importante del derecho que pretende, por el simple transcurso del tiempo”. En esos casos se podrá valorar, por ejemplo, el dictar medidas cautelares positivas

que permitan que se brinde una atención médica de urgencia a una persona LGBT si el “simple transcurso del tiempo” puede producir daños substanciales o una lesión importante en los derechos a la salud, integridad personal o a la vida de esa persona.

- También puede darse el caso de que una persona LGBT sea maltratada por el personal médico, por virtud de su orientación sexual o identidad de género. Se sugiere que los y las juzgadoras vigilen que no se realicen estos comportamientos, y en su caso ordenar la modificación, cesión y reparación del acto, conforme al derecho de las personas LGBT a recibir atención médica de calidad y profesional.
- Los y las juzgadoras tienen la facultad de proteger a una persona LGBT frente al internamiento en contra de su voluntad, para efectos de tratar su orientación sexual o identidad de género; o frente a tratamiento terapéutico para tal efecto (esto puede ocurrir también con niños y niñas LGBT). Estas conductas violarían el derecho a la salud de estas personas, considerando que como se estableció en el apartado relativo a los estereotipos más comunes, ni la homosexualidad, bisexualidad o la transexualidad, son enfermedades que se deben “curar”, menos aún en contra de la voluntad de la persona. Los establecimientos médicos, psiquiátricos, psicológicos o de atención a la salud que acepten este tipo de prácticas podrán ser responsables por violar el derecho a la salud de las personas.
- La negación de tratamientos hormonales o quirúrgicos que las personas trans requieren para vivir su identidad de género también es un caso que podrán conocer los y las juzgadoras. Esto se puede dar en contextos estatales como en las cárceles, o privados, porque los hospitales que llegan a ofrecer estos servicios, se rehúsan a dárselos. Esto es violatorio de su derecho a la salud, además de su derecho a la identidad de género. Si bien el derecho a la salud no necesariamente implica el derecho de una persona a acceder a algún procedimiento o medicamento en específico, salvo que el mismo ya esté garantizado explícitamente, los y las juzgadoras pueden vigilar que el no acceso a dicho procedimiento no violente el derecho a la salud y el derecho a la igualdad y no discriminación. Como se explicó en el capítulo del derecho a la igualdad y no discriminación, el no acceso a este tipo de tratamiento además de violentar el derecho a la salud de una persona, puede implicar un caso de discriminación interseccional, al privar del acceso a este servicio a personas trans que no tengan los recursos económicos para cubrir los altos costos de estas operaciones. En su caso, los y las juzgadoras evaluarán que la posible afectación a este derecho no sea desproporcionada frente al beneficio o fin que se busque proteger (por ejemplo el avance progresivo en el goce del derecho a la salud o el cuidado de las erogaciones de recursos públicos).

- También podrán conocer casos de personas a las que les sean negados bienes o servicios relacionados con el ejercicio de su sexualidad, como puede ser el acceso a preservativos, a información sobre salud sexual o tratamiento para el VIH y otras infecciones de transmisión sexual. Por virtud del derecho a la salud, las personas tienen derecho a recibir toda la información, tratamiento y bienes que les permitan ejercer una sexualidad plena y saludable, por lo que los y las juzgadoras podrán vigilar que la negación de estos bienes o servicios no constituyan una limitación desproporcionada a su derecho a la salud. En esta materia, los y las juzgadoras podrán revisar las normas oficiales mexicanas relevantes, ya que en ellas se llegan a determinar que muchos de los servicios asociados a la sexualidad y la reproducción, pueden llegar a ser gratuitos, incluso. Por ejemplo, conforme a la NOM-010-SSA2-2010, ofrecer estos servicios es obligación de todos los servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud, como puede ser ofrecer la prueba de detección de VIH a los grupos más afectados por la epidemia del VIH/SIDA de manera gratuita. Los y las juzgadoras podrán ser llamadas a vigilar que estos derechos se ejerzan efectivamente.
- Lo anterior es particularmente relevante cuando se trata de niños, niñas y adolescentes. Se considera que no se les puede negar el acceso a información sobre salud sexual y reproductiva, ni a bienes relacionados con el ejercicio de su sexualidad, como lo son los preservativos. Si bien se pueden establecer, en ciertos casos, que para acceder a estos servicios requieran del acompañamiento de una de las personas que ejercen la patria potestad sobre ellos, se sugiere que los y las juzgadoras cuiden que estos condicionamientos al ejercicio de sus derechos no los hagan nugatorios. Por ejemplo, para el caso de las pruebas de VIH, se puede llegar a establecer que los resultados de una prueba de un menor de edad le sean comunicados a quien ejerce la patria potestad. Si la normatividad no distingue adecuadamente, conforme al principio de la adquisición progresiva de la autonomía de los niños,³²¹ esta disposición puede llegar a ser violatoria del derecho a la salud y a la privacidad del niño, la niña o adolescente.
- Los y las juzgadoras podrán conocer de casos sobre compañías que rehúsan venderle a personas trans seguros de vida o médicos; o que, si se los venden, deben de pagar un precio considerablemente mayor.³²² Se estima que esto es violatorio del derecho a la salud de las personas trans ya que como se estableció anteriormente, el derecho a la salud y a la no discriminación son derechos fundamentales que imponen límites a las acciones de los particulares.

³²¹ Tesis 1a. LXXIX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 18, marzo de 2013, t. I, p. 884, Reg. 2003022. DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO.

³²² Commissioner for Human Rights, *op. cit. supra* nota 205, p. 179

3.7. La libertad de expresión y asociación

En diversos países, la libertad de expresión y asociación de personas LGBT es sistemáticamente violentada. De acuerdo a la ONU, “las restricciones al goce de los derechos de libertad de asociación, expresión y reunión respecto de personas y organizaciones [LGBT] están ampliamente documentadas por los mecanismos de derechos humanos” de las mismas Naciones Unidas.³²³ Estas restricciones pueden implicar la promoción pública de la homosexualidad, la prohibición de marchas y otras reuniones, o la negación del registro a asociaciones.”³²⁴

Las asociaciones también pueden enfrentar problemas en torno a los trámites de registro, o para establecer oficinas, o para tener acceso a medios de comunicación o a lugares para conferencias.”³²⁵

A nivel individual, según otro documento, “las personas [LGBT] pueden sufrir violaciones a su derecho de libre expresión cuando son censuradas en su manera de vestir, moverse, características físicas, o en la elección de su nombre”.

Se ha llegado incluso a arrestar a las personas “por considerarse que su autoexpresión es inmoral u ofensiva.”³²⁶

Marco normativo: el derecho a libertad de expresión y asociación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículos 6 y 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículos 19, 21 y 22; Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículos 13, 15 y 16; Principios de Yogyakarta: Principios 19 y 20.

Alcance de estos derechos

Para la SCJN, la libertad de expresión y el derecho a la información son “derechos funcionalmente centrales en un estado constitucional”.³²⁷ Y son derechos que tienen una doble

³²³ Puede compararse: “Véase, por ejemplo, el informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia (E/CN.4/2006/16/Add.1), párr. 72. Informes en que se destaca los riesgos que corren los defensores de las personas LGBT: Informes de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos: A/HRC/16/44, párrs. 37, 43 y 85; A/HRC/13/22/Add.3; A/HRC/13/22, párr. 49; A/HRC/10/12, párrs. 21, 65, 72, 74 y 82; A/HRC/4/37, párrs. 93 a 96; Informe anual de la Representante Especial a la Asamblea General (A/61/312), párr. 7; Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en todo el mundo (C/CN.4/2001/94), párr. 89; Informes del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión: A/HRC/17/27/Add.1, párrs. 671 a 676, 1654 a 1659, 2228 a 2231 y 2012 a 2018; A/HRC/14/23/Add.1, párrs. 485 a 505, 1018 a 1048, 2483 a 2489, 2508 a 2512; 2093 a 2113 y 1400 a 1414; A/HRC/14/23/Add.2, párr. 5; A/HRC/7/14/Add.1, párrs. 529 y 530; E/CN.4/2006/55/Add.1, párr. 1046; E/CN.4/2005/64/Add.3, párrs. 75 a 77; E/CN.4/2002/75/Add.1, párrs. 122 a 124; E/CN.4/2005/64/Add.1, párrs. 494, 648, 790, 972 y 981.” en Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 58.

³²⁴ *Ibidem*, p. 56

³²⁵ “Guía del activista para usar los principios de Yogyakarta”, *op. cit.*, *supra* nota 265, p. 67.

³²⁶ *Ibidem*

³²⁷ Tesis 1a. CCXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2009, t. XXX, p. 287, Reg. 165760. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.

La Corte IDH y la libertad de asociación

Por su parte, la Corte IDH ha establecido que “el artículo 16.1 de la Convención Americana establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Parte tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho.”³²⁹ Por esta razón, este derecho protege el “agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito” como lo es el luchar por los derechos de las personas LGBT, “sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad”.³³⁰

faceta: están conectados con el libre desarrollo de la personalidad, ya que le “aseguran a las personas espacios esenciales para el despliegue de su autonomía” (ésta es su dimensión individual), pero también están conectados con el debate democrático, ya que son los derechos que permiten que exista un intercambio de ideas que sirva, fundamentalmente, para discutir los asuntos de interés público (ésta es su dimensión social). En relación a su dimensión social, estos derechos son fundamentales porque son “condición para ejercer plenamente otros derechos fundamentales[, como] el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición o el derecho a votar y ser votado- y como elemento determinante de la calidad de la vida democrática en un país.”

Desde esta perspectiva, la expresión de la identidad de género u orientación sexual de una persona, en tanto relacionadas con su libre desarrollo de la personalidad, resultan protegidas por la libertad de expresión. Del mismo modo, estas características se encuentran protegidas cuando son objeto de discusión pública.

La emisión de comunicados, campañas, reparto de boletines, difusión de anuncios o cualquier otro tipo de mensaje similar, con el objeto de politizar a la población en torno a asuntos relativos a la orientación sexual o identidad de género, son expresiones mayormente protegidas, por estar relacionadas con el debate democrático.

Para la SCJN, “el discurso político está más directamente relacionado que otros con la dimensión social y con las funciones institucionales de las libertades de expresión e información. Por tanto, proteger su libre difusión resulta especialmente relevante para que estas libertades desempeñen cabalmente sus funciones estratégicas de cara a la formación de la opinión pública.”³²⁸

Por lo tanto, la discusión pública sobre la orientación sexual e identidad de género está protegida por la libertad de expresión. Esto abarca cualquier medio en el que se realice la discusión, en la plaza pública o en redes cibernéticas, en radio o televisión. Igualmente cubre las marchas sobre el orgullo gay, las páginas de internet sobre la vida de las personas LGBT, así como documentos, panfletos, boletines y similares, relativos al ejercicio de los derechos de estas personas.

³²⁸ Tesis 1a. CCXVII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2009, t. XXX, p. 287, Reg. 165759. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU PROTECCIÓN ES ESPECIALMENTE INTENSA EN MATERIA POLÍTICA Y ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO.

³²⁹ Corte IDH. *Caso Fleury y otros*. Sentencia de fondo y reparaciones de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, p. 28.

³³⁰ *Ibidem*, p. 29.

Según la ONU, “las limitaciones a los derechos de libertad de expresión, asociación y reunión pacífica que se fundamentan en la orientación sexual o identidad de género de la persona constituyen una infracción de los derechos garantizados por los artículos 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”³³² Ello ya que “las limitaciones a esos derechos deben ser compatibles con las disposiciones sobre no discriminación del derecho internacional.”³³³

Muchos Estados, para justificar las restricciones a la libertad de expresión y asociación de las personas LGBT, invocan la “moral pública”. Para el Comité de Derechos Humanos, “las leyes que restringen esos derechos ‘han de ser compatibles con las disposiciones, fines y objetivos’ del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] y ‘no deben vulnerar las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación’”.³³⁴ Restringir la expresión o asociación de las personas LGBT, argumentando la vulneración a la moral pública, es una razón inválida conforme al régimen convencional.

Las restricciones a la libertad de expresión, en este sentido, no pueden interpretarse de forma tal que “fomenten el prejuicio y la intolerancia, sino que deben protegerse las opiniones minoritarias, incluso aquellas que incomoden a las mayorías.”³³⁶

▲
Además de un deber de abstención, este derecho le genera obligaciones positivas al Estado. De acuerdo a la Corte IDH, los Estados “tienen el deber de facilitar los medios necesarios para que los defensores de derechos humanos realicen libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad.”³³¹

Concepto de moral y buenas costumbres para la SCJN

La SCJN ha señalado que “lo que debe entenderse por ‘moral’ o por ‘buenas costumbres’, no puede identificarse con las normas culturales que prevalecen en una sociedad y época determinadas, sino que debe constreñirse al concepto de moral ‘pública’, entendida como el núcleo de convicciones básicas y fundamentales sobre lo bueno y lo malo en una sociedad.”³³⁵

³³¹ *Ibidem*

³³² Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 54.

³³³ *Ibidem*

³³⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 34, Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión*, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 26; véase también Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 30 de julio de 1993: “No se podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se podrán aplicar de manera discriminatoria”).

³³⁵ Tesis 1a. L/2014, *supra* nota 248.

³³⁶ *Ibidem*.

Consideraciones para quien imparte justicia

- Los y las juzgadoras podrán conocer de casos en que se impute a las personas algún delito relacionado con los ultrajes a la moral, por haber cometido un acto de expresión que se considere “obsceno”, “lascivo” o “pornográfico”. Si en estos casos, los hechos imputados a la persona están relacionados con la simple expresión de su identidad de género u orientación sexual, en su dimensión individual o política, esta situación viola la libertad de expresión. Este mismo supuesto puede presentarse a través de sanciones y detenciones administrativas. Se sugiere que los y las juzgadoras encuentren que aquellas sanciones administrativas basadas en entender la expresión de la identidad de género o la orientación sexual de una persona como una falta a la moral violentan desproporcionadamente la libertad de expresión.
- Los y las juzgadoras podrán conocer del no otorgamiento, la cancelación o clausura de un evento, en un lugar público, dedicado a la manifestación o protesta en torno a los derechos de las personas LGBT (como puede ser una marcha del orgullo gay) o eventos organizados en espacios institucionales o académicos (como puede ser una semana dedicada a la diversidad sexual o conferencias al respecto). En ambos supuestos, podrán tener en cuenta que es violatorio de la libertad de expresión impedir el flujo de información relativa a la orientación sexual o identidad de género de las personas, basado exclusivamente en esta situación.
- Los y las juzgadoras podrán conocer de casos en que alguna autoridad censure la transmisión de material (físico, digital o de cualquier medio) que tenga como objeto compartir información o generar una discusión política en temas de orientación sexual y/o identidad de género. En estos casos se recomienda que evalúen si la limitación del derecho a la libertad de expresión, teniendo en cuenta la protección estricta de ese derecho cuando tiene como objeto el generar una discusión política, cumple con los requisitos de finalidad, idoneidad y proporcionalidad establecidos por la SCJN.
- Los y las juzgadoras podrán vigilar que las asociaciones y organizaciones civiles para la promoción de los derechos de personas LGBT no enfrenten dificultades en su registro y operación y no sean sometidas a requisitos adicionales que otros tipos de asociaciones.

- **Daño moral y libertad de expresión.**

Los y las juzgadoras podrán asegurar que el artículo 1916 del Código Civil Federal, que define el daño moral,³³⁷ no sea interpretado de forma tal, que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de las personas LGBT al diseminar información, al iniciar o participar en una campaña, o una marcha, o cualquier otra conducta protegida por este derecho, sea calificado como un acto que pueda generar responsabilidad por daño moral, en virtud de que otra persona considere que dichas acciones han afectado sus sentimientos, creencias, decoro u honor. En dado caso, los y las juzgadoras podrán considerar, dentro del juicio civil respectivo, si las ideas y dichos difundidos por una persona y que se alegue violenten los sentimientos o creencias de otra, se realizaron en ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Al respecto, los y las juzgadoras tendrán a su disposición el contenido del propio artículo 1916 Bis del Código Civil Federal que determina que las personas que ejerzan su derecho “de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6º y 7º de la Constitución” no están obligadas a la reparación del daño moral. Igualmente podrán tomar en cuenta que, conforme al mismo artículo, “no se considerarán ofensivas las opiniones desfavorables realizadas” ejerciendo un derecho “cuando el modo de proceder o la falta de reserva no tenga un propósito ofensivo”. Como se puede observar, la combinación de este amplio marco normativo de protección de la libertad de expresión, hace muy difícil que los y las juzgadoras puedan justificar la limitación del derecho de las personas LGBT a difundir y expresar su opinión en torno a temas de orientación sexual e identidad de género.

- Los y las juzgadoras pueden considerar que los atentados contra la vida o integridad personal de una persona que sea considerada defensora de derechos LGBT no solamente afecta dichos derechos, sino que puede afectar el derecho de asociación de esa persona y de la colectividad en general que se ve favorecida por la labor que realiza.³³⁸ Por lo tanto, los y las juzgadoras tienen la facultad de vigilar con particular atención que la investigación en torno a estos hechos se realice con la debida diligencia para no afectar también el derecho de asociación.

³³⁷ Que lo define como "la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás".

³³⁸ Véase *Caso Fleury y otros*, *supra* nota 329, pp. 28-29.

3.8. La educación

Diversos documentos señalan la importancia de atender al contexto escolar, tratándose de la población LGBT. De acuerdo a la ONU, las personas LGBT, particularmente niños y niñas, sufren discriminación en su educación.³³⁹ Esta es una práctica que se ha identificado también en México.³⁴⁰ También se ha dado el caso en el país de que los niños y niñas son expulsados de las escuelas por su propia orientación sexual o identidad de género o la de sus padres y madres.³⁴¹

Por otro lado, además del problema del acceso a la educación, “los jóvenes [LGBT] a menudo experimentan violencia y hostigamiento en la escuela por parte de compañeros y maestros.”³⁴² Por esta razón, tanto el Comité de Derechos Humanos, como el Comité DESC y el Comité de los Derechos del Niño han expresado su preocupación por la discriminación que sufren las personas LGBT en el contexto escolar.³⁴³

Si bien muchas de las situaciones que sufren los niños y niñas pueden ser abordadas desde la perspectiva de otros derechos (al libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo o a la protección de la vida e integridad física y psíquica), las mismas también tienen efectos en torno al derecho a la educación.

Marco normativo: el derecho a la educación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículo 3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículo 13; Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”: Artículo 13; Convención sobre los Derechos del Niño: Artículos 2, 28 y 29; Principios de Yogyakarta: Principio 16; Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación: Artículo 9.

³³⁹ “En algunos casos, las autoridades educativas y las escuelas discriminan activamente contra los jóvenes en razón de su orientación sexual o expresión de género, y a menudo se les niega el ingreso o se los expulsa” en Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 51. Véase por ejemplo: Sánchez, Jesús, “Gabriela, niña transexual del colegio San Patricio, abandona el centro”, Cadena Ser, 22 de febrero de 2014, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.cadenaser.com/espana/articulo/gabriela-nina-transexual-colegio-san-patricio-abandona-centro/csrcsrpor/20140222csrcsrnac_6/Tes>; Raj, Senthoran, “Students expelled from schools for being gay? It’s not ok”, The Guardian, 11 de noviembre de 2013, consultado el (fecha), disponible en <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/11/students-expelled-from-schools-for-being-gay-its-not-ok>>.

³⁴⁰ Bañuelos, Claudio, “Regresa a clases niño gay expulsado en Aguascalientes”, La Jornada, 13 de noviembre de 2006, cconsultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2006/11/14/index.php?section=estados&article=037n2est>>.

³⁴¹ Mendoza Luna, Daniela, “Colegio pagará 161 mil por expulsar a hija de pareja gay”, Milenio Monterrey, 27 de marzo de 2014, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <http://www.milenio.com/region/Gana-pareja-caso-discriminacion-Colegio_0_269973504.html>.

³⁴² Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, 2012, p. 51.

³⁴³ Puede compararse: “Véase, por ejemplo, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de México (CCPR/C/MEX/CO/5), párr. 21; Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de Polonia (E/C.12/POL/CO/5), párrs. 12 y 13; y Comité de los Derechos del Niño: Observación general No. 3 (CRC/GC/2003/3), párr. 8; y No. 13 (CRC/C/GC/13), párrs. 60 y 72 g); y Observaciones finales del Comité respecto de Nueva Zelanda (CRC/C/NZL/CO/3-4), párr. 25; Eslovaquia (CRC/C/SVK/CO/2), párrs. 27 y 28; y Malasia (CRC/C/MYS/CO/1), párr. 31.” en Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 51.

Alcance de este derecho

El derecho a la educación tutela que todas las personas, con independencia de su identidad de género y orientación sexual, tengan acceso a la educación. Conforme a la Observación General No. 13 del Comité DESC, la educación, en todas sus formas y en todos los niveles, “debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos”.³⁴⁴

El Comité DESC ha establecido que: “la prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente.”³⁴⁵

Para el CRC, el derecho a la educación tutela, además el derecho a recibir información respecto de la sexualidad, a efecto de poder adoptar decisiones con conocimiento de causa y asegurar la protección de la vida sexual.³⁴⁶ El Relator Especial sobre el derecho a la educación señaló que “en procura de una educación integral, la información sobre la sexualidad debe prestar particular atención a la diversidad, pues todas las personas tienen derecho a vivir su sexualidad sin ser discriminadas en razón de su orientación sexual o de su identidad de género”.³⁴⁷

Por último, el derecho a la educación, también abarca el derecho de los niños y niñas a una educación escolar libre de violencia, lo cual implica que en los centros escolares públicos o privados, no se ejerza violencia física, sexual, verbal o psicoemocional contra los niños, niñas y adolescentes, por lo que todos los órganos del Estado tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar dicho derecho a través de acciones que generen respuestas eficientes, eficaces, oportunas y responsables.³⁴⁸

³⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999.

³⁴⁵ Además, “los Estados Partes deben supervisar cuidadosamente la enseñanza, comprendida las correspondientes políticas, instituciones, programas, pautas de gastos y demás prácticas, a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho y adoptar las medidas para subsanarla”. *Ibidem*.

³⁴⁶ Puede compararse: “Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 4 (CRC/GC/2003/4), párrs. 26 y 28. Véase también Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Programa of Acción, párr. 7.47; Comisión de Población y Desarrollo, resolución 2009/1, párr. 7; y UNESCO, Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad, secciones 2.3 y 3.4.” en Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 52.

³⁴⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. A/65/162 (AG, 2010) párr. 23..

³⁴⁸ Tesis XXVII.1o.(VIII Región) 18 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 23, agosto de 2013, t. III, p. 1630, Reg. 2004202. DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A UNA EDUCACIÓN LIBRE DE VIOLENCIA EN EL CENTRO ESCOLAR.

Restricción al acceso a la educación

Para que se restrinja válidamente el acceso a la educación de una persona, debe cometer una falta que no esté relacionada con su orientación sexual o identidad de género, que esté contenida en un reglamento y que cumpla con los requisitos que se exige para cualquier restricción a un derecho fundamental. Igualmente, en estos casos habrá que considerar que la educación no sólo es un derecho sino que conforme al artículo tercero constitucional es una obligación, y su impartición en nivel básico y medio superior es de carácter obligatorio.

Consideraciones para quien imparte justicia

- Las personas que imparten justicia podrán conocer casos en que a una persona se le niegue el acceso a la escuela o se le expulse de la misma, por virtud de su propia orientación sexual o identidad de género. Se recomienda que los y las juzgadoras al resolver estos casos, no acepten como argumentación de la escuela la no aceptación o la expulsión de una persona por esta razón.³⁴⁹ Las reglas de comportamiento para los y las alumnas se deben aplicar de manera igualitaria, con independencia de la orientación sexual o identidad de género de las personas.
- Puede presentarse el caso de un niño o niña, adolescente o adulto que, si bien no es expulsado de la escuela por su orientación sexual o identidad de género, reciba un tratamiento diferenciado que menoscabe su dignidad por parte de las autoridades escolares. Por ejemplo, que sea objeto de castigos constantes u otras formas de tratamiento diferenciado por virtud de manifestar su orientación sexual o identidad de género. Puede ser, que no se le permita ir al baile de graduación con la pareja de su elección o con la ropa de su elección. Esto constituye discriminación. En el caso de los niños y niñas trans, no permitirles utilizar el baño de su elección también constituye discriminación. Los y las juzgadoras pueden asegurar que no se someta a los niños y niñas a este tipo de violaciones.
- Los y las juzgadoras pueden ser llamadas a resolver casos en los que un niño o niña no sea aceptado o aceptada o sea expulsado o expulsada de la escuela, por virtud de la identidad de género u orientación sexual de sus padres o madres. Se considera que esto es inadmisibles por violentar el derecho a la educación del niño o niña en cuestión, además de su derecho a no ser discriminado o discriminada por virtud de sus padres, consagrado en la CDN.

³⁴⁹ Por ejemplo, se estima que no podría ser válido argumentar que el que un alumno o alumna se vista conforme a lo que socialmente se considera es el “género opuesto” es una razón válida para expulsarlo (ello sin importar que en la escuela se utilice uniforme o no). Tampoco se podría considerar una razón válida para expulsar a un alumno o alumna el que manifieste su amor, afecto o deseo por una persona de su mismo sexo, en el salón de clase o en las redes sociales (Sobre este punto, véase, por ejemplo, la Acción de Tutela T-101/98 de la Corte Constitucional de Colombia, en la que resolvió que era discriminatorio que se le negara el cupo en una institución educativa a dos alumnos por su presunta relación homosexual afectiva), o el que realice actos afectivos con una persona de su mismo sexo que serían válidos si se realizaran entre personas del sexo opuesto. Corte Constitucional de Colombia, Tutela T-101/98, 1998.

- En todos estos casos, se estima que los y las juzgadoras no podrán aceptar como justificación a la restricción del derecho a la educación de la persona, el que se trate de una institución privada o religiosa.³⁵⁰

- Conforme al derecho a la educación en conjunción con el derecho a la información y a la expresión, las personas, incluidos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información sobre su sexualidad, lo que abarca la orientación sexual e identidad de género. Los y las juzgadoras podrán conocer de casos relacionados con esto. Por ejemplo, pueden conocer casos en los que un profesor o profesora sea despedida por darle a los niños y niñas información relativa a la orientación sexual o identidad de género.³⁵¹ Además de ser una causa injustificada de despido para este profesor o profesora, esta medida viola el derecho de los niños y niñas mismos a recibir este tipo de información.

- También pueden conocer de casos en los que se cuestione o se solicite el retiro de información en torno a la orientación sexual o identidad de género en los planes de educación. Al respecto, los y las juzgadoras podrán analizar únicamente que la información que reciban los niños y las niñas sea “amplia, exacta y adecuada a la edad respecto a la sexualidad humana”, así como que la misma sea integral y preste atención particular a la diversidad.³⁵² Por tanto, se estima que no sería válido retirar esta información con la única base de que la misma está relacionada con la orientación sexual o la identidad de género.

- En casos relacionados con la información que reciban los niños y niñas, se considera que no es aceptable argumentar que la relativa a la orientación sexual e identidad de género sea pornográfica, obscena, lasciva o violatoria de la moral pública. Se trata de información relacionada con el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad para algunas personas y con el ejercicio de diversos derechos humanos para el cual la educación en México debe estar encaminada. En consecuencia, los y las juzgadoras podrán vigilar el uso de estos argumentos en los casos que conozcan.

³⁵⁰ Sobre este punto, véase la Acción de Tutela T-435/02 de la Corte Constitucional de Colombia, en la que determinó que cancelarle la matrícula a un estudiante de una institución educativa religiosa debido a la duda respecto de su orientación sexual era discriminatorio. Corte Constitucional de Colombia, Tutela T-435/02, 2002. En México, conforme al artículo 3 de la Constitución, la educación que impartan las escuelas privadas debe fomentar “el respeto a los derechos humanos” y estar basada en los resultados del progreso científico. Por esta razón, es inadmisibles que en sus políticas de acceso educativas, no respeten los presupuestos constitucionales de la educación, en particular, y de los derechos humanos, en general. CPEUM, 3, segundo párrafo y II, pp. 4-5. Como fundamento para esto, también está la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que las instituciones privadas deben apegarse a los principios ahí establecidos, incluido el de la no discriminación, así como a la normatividad del país. Convención sobre los Derechos del Niño (CDE). Ratificado por el Estado mexicano el 21 de septiembre de 1990. Del mismo modo, la Observación General No. 13, establece que el derecho a la no discriminación rige para todos los aspectos de la educación, incluido el acceso a la misma. *Observación General No. 13, supra* nota 344.

³⁵¹ Ramos, Claudia, “Conapred interviene en caso de maestra despedida por proyectar película”, *Animal Político*, 1 de diciembre de 2012, consultado el 18 de junio de 2014, disponible en <<http://www.animalpolitico.com/2012/12/conapred-interviene-en-caso-de-maestra-despedida-por-proyectar-pelicula/#axzz30693OCIN>>.

³⁵² Conforme a lo antes señalado por el Comité de los Derechos del Niño y el Relator Especial sobre el derecho a la educación.

Capítulo

4.

EXPECTATIVAS DE LA
APLICACIÓN DEL PROTOCOLO





Expectativas de la Aplicación del Protocolo

La Constitución y los instrumentos internacionales establecen una serie de recursos judiciales a través de los cuales cualquier persona, sin distinción alguna, puede acceder cuando considere que existe una violación a sus derechos. Sin embargo, en la práctica el acceso y la efectividad de aquellos recursos para la población LGBT se reduce debido a la discriminación de la que históricamente han sido objeto.

Si bien la SCJN ha desarrollado criterios importantes en materia de derechos de las parejas del mismo sexo, la discriminación en razón a la orientación sexual y a la identidad de género persiste. Por tanto, la razón principal de este Protocolo de Actuación se traduce en proponer las vías concretas para garantizar que los derechos de las personas LGBT se ejerzan plenamente, en el ámbito judicial.

De ahí que se visualice como una herramienta que brinda a quien la utilice la posibilidad de hacer efectivos estos derechos, en la labor jurisdiccional. Por lo tanto, se espera que sea un documento útil sobre todo para titulares, operadores y operadoras de justicia. Sin embargo, también podrá servir a personas en lo individual, organizaciones civiles, entre otros actores, como un material de referencia en torno a los derechos de las personas LGBT y las vías para protegerlos.

En tanto estos derechos tienen también su origen en instrumentos internacionales, el Protocolo es una vía para cumplir con lo que en ellos está establecido. De esta forma, el Protocolo supone, por una parte, concretizar los estándares internacionales con los respectivos derechos relacionados y, por la otra, actuar de manera acorde con el contenido de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano.



Capítulo

5.

BIBLIOGRAFÍA



I. Normativa

A. De origen interno

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil Federal

Ley Federal del Trabajo

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

Ley General de Salud

Código Civil para el Distrito Federal

Código Civil para el Estado de Tabasco

Códigos penales de los estados de Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Coahuila, Colima, Durango, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, San Luis Potosí, Tamaulipas, Yucatán y del Distrito Federal.

Reglamento en Materia de Prestación de Servicios y Atención Médica

Norma Oficial Mexicana, NOM 005-SSA2-1993, De los Servicios de Planificación Familiar.

Resolución por la que se modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SA2-1993, De los servicios de planificación familiar.

Norma Oficial Mexicana, NOM-039-SSA2-2002, Para la prevención y control de las infecciones de transmisión sexual.

Decreto por el que se deroga el diverso por el que se declara Día de la Tolerancia y el Respeto de las Preferencias, el 17 de mayo de cada año, y se declara el Día Nacional de la Lucha contra la Homofobia el 17 de mayo de cada año, DOF, 1ª. Mat. P.E. 21-03-2014.

B. De origen internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de Derechos Humanos

Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Convención sobre los Derechos del Niño

Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo

II. Observaciones, declaraciones y resoluciones de órganos internacionales

Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados partes, CAT/C/GC/2, 23 de noviembre de 2007.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°.14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

_____. Observación General N°20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

_____. Observación General No. 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999.

_____. Observación General No. 18, El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34, Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011.

_____. Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 30 de julio de 1993.

_____. Observación general No. 16 (Derecho al respeto de la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y protección contra ataques ilegales a la honra y la reputación), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 27 de mayo de 2008.

_____. Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171, 1990.

_____. Aage Spakmo v. Norway, Comunicación No. 631/1995, U.N. Doc. CCPR/C/67/D/631/1995 (HRC, 1999), 11 de noviembre de 1999.

Asamblea General de las Naciones Unidas, AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008.

_____. AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009.

_____. AG/RES. 2600 (XL-O/10), 8 de junio de 2010.

_____. AG/RES. 2653 (XLI-O/11), 7 de junio de 2011.

_____. A/63/635 (AG, 2008).

_____. A/65/162 (AG, 2010).

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer respecto de la Federación de Rusia, C/USR/CO/7, (CEDAW, 2010).

_____. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer respecto de Sudáfrica, CEDAW/C/ZAF/CO/4, (CEDAW, 2011).

Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2001/9 (ACNUDH, 2001).

_____. E/CN.4/220/74 (ACNUDH, 2002).

Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos: AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10), 8 de junio de 2010; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), 7 de junio de 2011; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), 4 de junio de 2012; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), 2 de junio de 2013.

Consejo de Derechos Humanos, Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, A/HRC/19/41 (CDH, 2011).

_____. Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.

Informe del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/89/D/1361/200514 (HRC, 2007).

Informes de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: E/CN.4/1999/39 (CDH, 1999); E/CN.4/2000/3 (CDH, 2000); E/CN.4/2001/9 (CDH, 2001); E/CN.4/2002/74 (CDH, 2002); A/57/138; E/CN.4/2003/3 (CDH, 2003); A/59/319 (AG, 2004); A/HRC/4/20 (CDH, 2007); A/HRC/4/20/Add.1 (CDH, 2007); A/HRC/4/29/Add.2 (CDH, 2007); A/HRC/11/2/Add.7 (CDH, 2009); A/HRC/14/24/Add.2 (CDH, 2010); A/HRC/17/28/Add.1 (CDH, 2011); A/HRC/17/26 (CDH, 2011), A/HRC/14/22/Add.2 (CDH, 2010); A/HRC/17/26/Add.1 (CDH, 2011), E/CN.4/2002/83 (CDH, 2002); A/HRC/4/34/Add.3 (CDH, 2007).

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, A/56/156 (ACNUDH, 2001).

III. Jurisprudencia

A. De origen internacional

Corte IDH, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.” Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16.

_____. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro). Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

_____. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”). Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182.

_____. Caso Atala Riffo y Niñas. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

_____. Caso Baldeón García. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

_____. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170.

_____. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

_____. Caso De la Masacre de las Dos Erres. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

_____. Caso Fleury y otros. Sentencia de fondo y reparaciones de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.

_____. Caso González y otras (“Campo Algodonero”). Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205.

_____. Caso Ximenes Lopes. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

B. De origen nacional

Cuarta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Recurso de Apelación interpuesto por ***** en contra de la sentencia definitiva de la C. Jueza Décima Quinta de lo Familiar en el Distrito Federal, en los autos del Juicio Ordinario Civil, Juicio Especial de Levantamiento de Acta por Reasignación para la Concordancia de Sexo Genérico promovido por el señor ***** en contra del C. Director del Registro Civil en el Distrito Federal, expediente ***** y *****.

Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Querétaro, Cuaderno auxiliar número 362/2010-III relativo al juicio de amparo 1238/2010-4, 2010.

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, 2008.

_____. Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 2010.

_____. Amparo Directo Civil 6/2008, 2009.

_____. Amparo en Revisión 307/2007, 2007.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 47/2013, 2014.

_____. Amparo Directo en Revisión 1905/2012, 2012.

_____. Amparo Directo en Revisión 917/2009, 2012.

_____. Amparo Directo en Revisión 2806/2012, 2013.

_____. Amparo en Revisión 581/2012, 2012.

_____. Amparo en Revisión 567/2012, 2012.

_____. Amparo en Revisión 457/2012, 2012.

_____. Amparo en Revisión 152/2013, 2014.

Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito, Amparo Directo Laboral 36/2013, 2013.

Primera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro, Toca Penal 255/2009, 2009.

Tesis Jurisprudencial: Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202. Reg. 2006224. DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Tesis Jurisprudencial: Tesis P./J. 21/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 204. Reg. 2006225. JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Tesis Aislada: Tesis 1ª L/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 3, t. I, febrero de 2014, p. 672. Reg. 2005536. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. FORMA EN QUE LA “MORAL” O “LAS BUENAS COSTUMBRES”, PUEDEN CONSTITUIR RESTRICCIONES LEGÍTIMAS A DICHOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Tesis Aislada: Tesis 1a. C/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 4, marzo de 2014, t. I, p. 523. Reg. 2005793. ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGAULDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Tesis Aislada: Tesis 1a. CCXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, diciembre de 2009, t. XXX, p. 287. Reg. 165760. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.

Tesis Aislada: Tesis 1a. CCXVII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, diciembre de 2009, t. XXX, p. 287. Reg. 165759. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU PROTECCIÓN ES ESPECIALMENTE INTENSA EN MATERIA POLÍTICA Y ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO.

Tesis Aislada: Tesis 1a. LXVIII/2014, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 3, febrero de 2014, t. I, p. 639. Reg. 2005623. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. NO ES UNA CUESTIÓN DE SUBSIDIARIEDAD, POR LO QUE DEBE LLEVARSE A CABO AUN CUANDO EL DERECHO HUMANO DE QUE SE TRATE ESTÉ CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Tesis Aislada: Tesis 1a. LXXIX/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 18, marzo de 2013, t. I, p. 884. Reg. 2003022. DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO.

Tesis Aislada: Tesis 1a. LXXXVI/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 4, marzo de 2014, t. I, p. 526. Reg. IUS. 2005800. ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA NO TRANSGREDE EL DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER.

Tesis Aislada: Tesis 1a. XCIX/2014, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 4, marzo de 2014, t. I, p. 524. Reg. 2005794. ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ORGANOS JURISDICCIONALES DEL PAIS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Tesis Aislada: Tesis 1a. XIV/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 2, enero de 2014, t. II, p. 1117. Reg. 2005404. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. NO PUEDE SER EL FUNDAMENTO LEGAL DE UNA SENTENCIA DE AMPARO.

Tesis Aislada: Tesis 1a. XXIII/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 16, enero de 2013, t. I, p. 626. Reg. 2002501. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD.

Tesis Aislada: Tesis 2a. CXVI/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p.639. Reg. 171756. GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

Tesis Aislada: Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, volumen 58, quinta parte, p. 20. Reg. 243929. DESPIDO INJUSTIFICADO, QUÉ DEBE ENTENDERSE POR.

Tesis Aislada: Tesis I.4º.C.295 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 1251. Reg. 163,824. DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO DE ACCESO AL EMPLEO. TIENE COMO PRESUPUESTO LA PRUEBA DE LAS APTITUDES O CALIFICACIONES PARA SU DESEMPEÑO.

Tesis Aislada: Tesis I.8o.C.41 K (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. V, diciembre de 2011, p. 3771. Reg. 160554. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, PRINCIPIO DE. SU VIOLACIÓN POR LOS PARTICULARES.

Tesis Aislada: Tesis IV.3o.T.272 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 2035. Reg. 167850. RENUNCIA. SI PARA DETERMINAR SOBRE SU VEROSIMILITUD LA JUNTA NO TOMÓ EN CUENTA EL ESTADO DE EMBARAZO DE LA TRABAJADORA, INFRINGE LOS PRINCIPIOS PREVISTOS EN EL NUMERAL 841 DE LA LEY FEDERAL DE TRABAJO, LA GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

Tesis Aislada: Tesis P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7. Reg. 165822. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.

Tesis Aislada: Tesis P. LXVII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. XXX, diciembre de 2009, p. 7. Reg. 165821. DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA.

Tesis Aislada: Tesis P. LXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, diciembre de 2011, t. 1, Reg. 160526. PARAMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Tesis Aislada: Tesis XXI. 2º C.T.1. L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XVII, tomo 2, febrero de 2013, p. 1353. Reg. 2002752. DESPIDO INJUSTIFICADO POR MOTIVO DE EMBARAZO. SI EL PATRÓN SE EXCEPCIONA Y PRESENTA LA RENUNCIA DE LA TRABAJADORA, A ÉL CORRESPONDE DEMOSTRAR TAL EXTREMO Y A LA JUNTA RESOLVER DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO, Y NO SÓLO CONSIDERAR LO QUE A ELLA LE PERJUDICA.

Tesis Aislada: Tesis XXVII.1o.(VIII Región) 18 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 23, agosto de 2013, t. III, p. 1630. Reg. 2004202. DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A UNA EDUCACIÓN LIBRE DE VIOLENCIA EN EL CENTRO ESCOLAR.

Tesis Aislada: Tesis 1a. CIV/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183. Reg. 163768. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.

Tesis Aislada: Tesis 1a. XLIII/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 3, febrero de 2014, t. I, p.644. Reg. 2005528. DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. CONTENIDO Y ALCANCES DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO.

Tesis Aislada: Tesis 1a. XX/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XVI, enero de 2013, t.1, p.627. Reg. 2002504. DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

Tesis Aislada: Tesis 2a. LXXXII/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 448. Reg. 169439. PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE.

Tesis Aislada: Tesis P. LXX/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 6. Reg. 165825. DERECHO A LA SALUD. TRATÁNDOSE DE LA REASIGNACIÓN DEL SEXO DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, ES NECESARIA LA EXPEDICIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD, A FIN DE LOGRAR EL ESTADO DE BIENESTAR GENERAL PLENO QUE AQUEL DERECHO IMPLICA.

Tesis Aislada: Tesis P. LXXIV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p.19. Reg. 165694. REASIGNACIÓN SEXUAL. NO EXISTE RAZONABILIDAD PARA LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, IMPIDIÉNDOLE LA ADECUACIÓN DE SUS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD, BAJO EL PRETEXTO DE PRESERVAR DERECHOS DE TERCEROS O EL ORDEN PÚBLICO.

C. De otros países o sistemas de derechos

Corte Constitucional de Colombia, Acción de Tutela T-477/95,1995.

_____. Acción de Tutela T-101/98, 1998.

_____. Acción de Tutela T-301/00, 2000.

_____. Acción de Tutela T-435/02, 2002.

_____. Acción de Tutela T-301/04, 2004.

_____. Acción de Tutela T-912/08 2008.

_____. Acción de Tutela T-248/12, 2012.

_____. Sentencia C-481/98, 1998.

_____. Sentencia C-507/99, 1999.

_____. Sentencia SU-377/99, 1999.

_____. Sentencia C-373/02, 2002.

Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sentencia 00961/2013, 2013.

Supreme Court of Hawai'i, "Baehr v. Lewin", 74 Haw. 530, 852 P.2d 44, 1993.

Supreme Court of the United States, "Price Waterhouse v. Hopkins", 490 U.S. 228, 1989.

Supreme Court of Washington, "Gaylord v. Tacoma School District", 535 P. 2d 804, 1975.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Smith and Grady v. the United Kingdom", 1999.

_____. "Van Kück v. Germany", Application No. 35968/97.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "P. c S. and Cornwall County Council", Caso C-13/94, 1996.

United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, "National Gay Task Force v. Board of Education of the City of Oklahoma", 729 F. 2d 1270, 1984.

United States Courts for the Ninth Circuit, “Pickup v. Brown”, 12-17681 and “Welch v. Brown”, California, 4 de diciembre de 2012.

United States District Court for the District of Kansas, “Jantz v. Muci”, 759 F. Supp. 1543, 1991.

United States District Court for the District of Oregon, “Burton v. Cascade School District”, 353 F. Supp. 254, 1973.

IV. Documentos de órganos gubernamentales o internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “CIDH condena asesinato de adolescente LGBT en México”, 22 de junio de 2012, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/071.asp>>.

_____. “CIDH condena asesinato de adolescente LGBT en México”, 22 de junio de 2012, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/071.asp>>.

_____. “CIDH condena asesinato de adolescente trans en México”, 25 de junio de 2012, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/073.asp>>.

_____. “CIDH condena asesinato de defensora de derechos humanos en México”, 20 de marzo de 2012, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/032.asp>>.

_____. “CIDH condena asesinato de defensora de derechos humanos en México”, 20 de marzo de 2012, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/032.asp>>.

_____. “CIDH condena asesinato de mujer trans en México”, 6 de julio de 2012, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/078.asp>>.

_____. “CIDH condena asesinato LGBT en México”, 18 de junio de 2012, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/069.asp>>.

_____. “ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y EXPRESIÓN DE GÉNERO: ALGUNOS TÉRMINOS Y ESTÁNDARES RELEVANTES. Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, OEA, 23 de abril de 2012.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Informe especial de la CNDH sobre violaciones a los derechos humanos y delitos cometidos por la homofobia, p. 10. (CNDH, 2010).

Comité contra la Tortura, EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONVENCIÓN, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006.

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, “El combate a la homofobia: entre avances y desafíos”, disponible en <http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/DocumentoHomofobia_ACCSS.pdf>.

_____. “Encuesta Nacional sobre Discriminación en México. ENADIS 2010. Resultados sobre diversidad sexual”, México, 2011, disponible en <<http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Enadis-2010-DS-Accss-001.pdf>>.

Council of Europe, Commissioner for Human Rights, “Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe”, 2011.

Organización de las Naciones Unidas, “Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos”, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf>.

_____. Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. A/63/653, 22 de diciembre de 2008.

Organización Internacional del Trabajo, Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: resultados del estudio piloto, GB. 319/LILS/INF/1 (OIT, 2013).

_____. Recomendación sobre el VIH y el sida, (núm. 200), OIT, 2010.

Organización Mundial de la Salud, “Prevention and Treatment of HIV and Other Sexually Transmitted Infections Among Men Who Have Sex With Men and Transgender People. Recommendations for a Public Health Approach”, OMS, 2011.

Programa Nacional para la Igualdad y la No Discriminación 2014-2018, 30 de abril de 2014, disponible en <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Pronaid_Hechz_INACSS.pdf>.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Panorama de violencia contra las mujeres en los Estados Unidos Mexicanos”, ENDIREH 2011, 2013.

International Commission of Jurists, “Sexual Orientation, Gender Identity, and Justice: A Comparative Law Casebook”, Ginebra.

_____. “Orientación sexual e identidad de género y Derecho internacional de los derechos humanos. Guía para profesionales no. 4”, 2009.

Raphael, Ricardo (coord.), “Reporte sobre la discriminación en México 2012. Trabajo”, CONAPRED, México, 2012

Secretaría de Salud, “CENSIDA, VIH/SIDA en México 2012”, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo de Actuación para personas que imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes”, disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo_infancia_2da_version.pdf>.

_____. “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad”, disponible en <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Protocolo%20DiscapacidadISBN.pdf>>.

_____. “Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad”, 2013, primera edición, disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/PROTOCOLO_PARA_JUZGAR-CON_PERSPECTIVA_DE_GENERO.pdf>.

_____. “¿Quiénes son las mujeres?”, Boletín Género y justicia, No. 31, enero 2012, disponible en <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Boletin_31_Enero_2012.pdf>.

_____. “¿Cómo se construye la filiación?”, Boletín Género y Justicia, No. 33, marzo 2012, disponible en <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/marzo_fecha_final.pdf>.

_____. “(Re)conceptualizando el acoso”, Boletín Género y Justicia, No. 54, diciembre 2013, disponible en <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/dic_publica4_281_29.pdf>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Handbook on European Non-discrimination law”, Luxemburgo, 2010.

V. Libros

Albertson Fineman, Martha, Jackson, Jack E. y Romero, Adam P. (eds.), “Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations”, Ashgate Publishing Limited, 2009.

Butler, Judith, “Gender Trouble”, Routledge, EUA, 1990.

Cusack, Simone y Cook, Rebecca J., Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales, Profamilia, 2010.

De la Dehesa, Rafael, “Queering the Public Sphere in Mexico and Brazil”, Duke University Press, EUA, 2010.

Diduck, Alison & O’Donovan, Katherine, “Feminist Perspectives on Family Law, Routledge-Cavendish”, RU, 2006.

Eribon, Didier, “Reflexiones sobre la cuestión gay”, Anagrama, España, 2001.

Eskridge, William N. y Gaylaw, Jr., “Challenging the Apartheid of the Closet”, Harvard University Press, 1999.

Fausto-Sterling, Anne, “Sexing the Body. Gender Politics and the Construction of Sexuality”, Perseus Books Group, 2000.

Foucault, Michel, “La historia de la sexualidad”, vol. 1, Siglo XXI, México.

Greenberg, Julie A., “Intersexuality and the Law. Why Sex Matters”, New York University Press, EUA, 2012.

McKee, Robert et al., “The Famous 41: Sexuality and Social Control in Mexico, 1901”, New Directions in Latino American Cultures, 2003.

Mogul, Joey L.; Ritchie, Andrea J.; Whitlock, Kay, "Queer (In)Justice: The Criminalization of LGBT People in the United States", Beacon Press, Kindle Edition, EUA, 2011, (Kindle Locations 2792-2793).

Polikoff, Nancy D., "Beyond (Straight and Gay) Marriage. Valuing All Families Under the Law", Beacon Press, 2008.

Preciado, Beatriz, "Testo Yonqui", Espasa, España, 2008.

Szasz, Ivonne & Lerner, Susana (comp.), "Sexualidades en México. Algunas aproximaciones desde la perspectiva de las ciencias sociales", El Colegio de México, 2005.

Torr, Diane & Bottoms, Stephen, "Sex, Drag, and Male Roles. Investigating Gender as Performance", University of Michigan Press, 2010.

Witte, John Jr., "From Sacrament to Contract. Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition", Westminster John Knox Press, 1997.

A. Artículos de libros

Alcántara Zavala, Eva, "Pobreza y condición intersexual en México: reflexiones y preguntas en torno al dispositivo médico", Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano, Mauro Cabral (ed.), Anarrés Editorial, Argentina, 2009, disponible en <<http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf>>.

Cohen, Kenneth M., Mitchell, Ryan S., Pardo, Seth T., Savin-Williams, Ritch C. y Vrangalova, Zhana, "Sexual and Gender Prejudice", Handbook of Gender Research in Psychology, 2010.

Gruzinski, Serge, "Las cenizas del deseo. Homosexuales novohispanos a mediados del siglo XVII", De la Sanidad a la perversión o de por qué no se cumplía la ley de Dios en la sociedad novohispana, Sergio Ortega (ed.), Grijalbo, México, 1986.

Madrazo Lajous, Alejandro & Vela Barba, Estefanía, "Conservando esencias: el uso conservador del lenguaje de los derechos fundamentales (dos estudios de caso)", Conservadurismos, Estado y política. Perspectivas de investigación en América Latina, Mujica, Jaris & Vaggione, Juan Carlos, Cordoba: CDD-Argentina, 2013.

Rubin, Gayle, "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad", Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina, Carole, Vance (ed.), Editorial Revolución, España, 1989.

Saldivia, Laura, "Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad", Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2009, 1ª edición, Librería, Buenos Aires, 2010.

Weeks, Jeffrey, "La invención de la sexualidad", Sexualidad, Paidós-UNAM, México, 1998.

VI. Artículos de revistas especializadas

Bailey, Norma J., "Let Us Not Forget to Support LGBT Youth in the Middle School Years", Middle School Journal, Vol. 37, No. 2, 2005.

Bazant, Milada, "Bestialismo, el delito nefando, 1800-1856", Documentos de Investigación 66, El Colegio Mexiquense, México, 2002.

Boyer, C. Reyn, Calupo, M. Paz y Hackl, Andrea M., "From 'Gay Marriage Controversy' (2004) to 'Endorsement of Same-sex Marriage' (2012): Framing Bisexuality in the Marriage Equality Discourse", *Sexuality and Culture*, Vol. 17, 2013.

Boysen, Guy A., Madon, Stephanie, Vogel, David L. y Wester, Stephen R., "Mental Health Stereotypes About Gay Men", *Sex Roles*, Vol. 54, No. ½, 2006.

Caballero, Marta, Campero, Lourdes, Herrera Marta y Kendall Tamil, "HIV Prevention and Men Who Have Sex with Women and Men in México: Findings from a Qualitative Study with HIV-Positive Men", *Culture, Health & Sexuality*, Vol. 9, No. 5, 2007.

Bedecarré, Corrinne, "Swear by the Moon", *Hypatia*, Vol. 12, No. 3, 1997.

Cruz, David B., "Controlling Desires: Sexual Orientation Conversion and the Limits of Knowledge and the Law", *California Law Review*, Vol. 72, 1999.

Currah, Paisley y Mulqueen, Tara, "Securitizing Gender: Identity, Biometrics, and Transgender Bodies at the Airport", *Social Research*, Vol. 78, No. 2, 2011.

Durso, Laura E. y Gates, Gary J., "Serving Our Youth: Findings from a National Survey of Service Providers Working with Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Youth who are Homeless or At Risk of Becoming Homeless", The Williams Institute with True Colors Fund and The Palette Fund, Los Angeles, 2012.

Eckes, Suzanne E. & McCarthy, Martha M., "GLBT Teachers: The Evolving Legal Protections", *American Educational Research Journal*, Vol. 45, No. 3, 2008.

Frankwoski, Barbara L., "Sexual Orientation and Adolescents", *Pediatrics*, Vol. 113, EUA, 2004.

Herman, Jody L, "Gendered Restrooms and Minority Stress: The Public Regulation of Gender and Its Impact on Transgender People's Lives", *Journal of Public Management & Social Policy*, Vol. 19, 2013, disponible en <<http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Herman-Gendered-Restrooms-and-Minority-Stress-June-2013.pdf>>.

Lee, Cynthia, "The Gay Panic Defense", University of California, Davis, Vol. 42, 2008.

Lin, Timothy E., "Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-Sex Adoption Cases", *Columbia Law Review*, Vol. 99, No. 3, abril de 1999.

Madrazo Lajous, Alejandro & Vela Barba, Estefanía, "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", *Texas Law Review*, Vol. 89, 2011.

Mayberry, Maralee, "School Reform Efforts for Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgendered Students", *The Clearing House*, Vol. 79, No. 6, 2006.

Meyer, Walter J., "Gender Identity Disorder: An Emerging Problem for Pediatricians", *Pediatrics*, Vol. 129, No. 3, 2012, disponible en <<http://pediatrics.aappublications.org/content/129/3/571.long#ref-6>>.

Mezey, Naomi, "Dismantling the Wall: Bisexuality and the Possibilities of Sexual Identity Classification Based on Acts", *Berkeley Women's Law Journal*, Vol. 10, 1995.

- Morgenstern, Joy, "Myths of Bisexuality", *Off Our Backs*, Vol. 34, No 5/6.2004.
- Norton, Terry L. y Vare, Jonatha W., "Understanding Gay and Lesbian Youth: Sticks, Stones, and Silence", *The Clearing House*, Vol. 71, No. 6, 1998.
- Robinson, Christine M. y Spivey, Sue E., "The Politics of Masculinity and the Ex-Gay Movement", *Gender and Society*, Vol. 21, No. 5, 2007.
- Rust, Paula C, "Neutralizing the Political Threat of the Marginal Woman: Lesbians' Beliefs About Bisexual Women", *The Journal of Sex Research*, Vol. 3, No. 3, 1993.
- Saewyc, Elizabeth M., "Research on Adolescent Sexual Orientation: Development, Health Disparities, Stigma, and Resilience", *Journal of Research on Adolescence*, Vol. 21, No. 1, 2011.
- Scherrer, Kristin. "Culturally Competent Practice with Bisexual Individuals", *Clin. Soc. Work. J.*, Vol. 41, 2013.
- Schilt, Kristen y Westbrook, Laurel, "Doing Gender, Doing Heteronormativity: 'Gender normals', Transgender People, and the Social Maintenance of Heterosexuality", *Gender and Society*, Vol. 23, No. 4, 2009.
- Shultz, Vicki, "Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation on the Job in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument", *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 8, 1990.
- Suffredini, Kara S., "Pride and Prejudice: the Homosexual Panic Defense", *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 21, 2001.
- Talburt, Susan, "Constructions of LGBT Youth: Opening Up Subject Positions", *Theory into Practice*, Vol. 43, No. 2, 2004.
- Taylor, Howard E., "Meeting the Needs of Lesbian and Gay Young Adolescents", *The Clearing House*, Vol. 73, No. 4, 2000.
- Thomas, Genéa y Yost, Megan R, "Gender and Binegativity: Men's and Women's Attitudes Toward Male and Female Bisexuals", *Archive of Sex Behavior*, Vol. 41, 2012.
- Tortorici, Zeb, "'Heran Todos Putos': Sodomía, Deseo y Colonialismo en el Michoacán Colonial", *Etnohistory*, Vol. 54, 2007.
- Uribe, Virginia, "The Silent Minority: Rethinking Our Commitment to Gay and Lesbian Youth", *Theory into Practice*, Vol. 33, No. 3, 1994.
- Vaggione, Juan Marco y Jones, Daniel, "Los vínculos entre religión y política a la luz del debate sobre matrimonio para parejas del mismo sexo en Argentina", *Civitas Revista de Ciências Sociais*, Vol. 12, No. 3, 2012.
- Wiley, Tisha R. A. y Bottoms, Bette L., "Effects of Defendant Sexual Orientation on Jurors' Perceptions of Child Sexual Assault", *Law and Human Behavior*, Vol. 33, No. 1, 2009.
- Worthen, Meredith G. F., "Understanding College Student Attitudes toward LGBT Individuals", *Sociological Focus*, Vol. 45, No. 4, 2012.

Yared, Christine, "Where Are the Civil Rights for Gay and Lesbian Teachers?", *Human Rights*, vol. 24, No. 3, 1997.

Yoshino, Kenji, "Covering", *The Yale Law Journal*, Vol. 111, 2001.

Yoshino, Kenji, "The epistemic contract of bisexual erasure", *Stanford Law Review*, Vol. 25, 2000.

VII. Otros artículos

American Bar Association, "ABA Annual Meeting Provides Forum for Family Law Experts", *Family Law Reporter (BNA)*, 25 de agosto de 1987, Vol. 13.

American Psychiatric Association, "Gender dysphoria", American Psychiatric Publishing, 2013, disponible en <<http://www.dsm5.org/Documents/Gender%20Dysphoria%20Fact%20Sheet.pdf>>.

_____. "Paraphilic Disorders", American Psychiatric Publishing, 2013, disponible en <<http://www.dsm5.org/Documents/Paraphilic%20Disorders%20Fact%20Sheet.pdf>>.

_____. "Adoption and Co-parenting of Children by Same-sex Couples", Position Statement of the American Psychiatric Association, 2002.

American Psychological Association, "Respuestas a sus preguntas. Para una mejor comprensión de la orientación sexual y la homosexualidad", Washington, disponible en <<http://www.apa.org/topics/lgbt/answers-questions-so-spanish.pdf>>.

Bañuelos, Claudio "Regresa a clases niño gay expulsado en Aguascalientes", *La Jornada*, 13 de noviembre de 2006, disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2006/11/14/index.php?section=estados&article=037n2est>>.

Bastida Aguilar, Leonardo. "Muxes: entre la tradición y el cambio", *La Jornada*. Letra S. No. 203, 6 de junio de 2013, disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2013/06/06/ls-portada.html>>.

Centro de Estudios Políticos (CEP), Facultad de Ciencias Políticas y Sociales (FCPyS) UNAM, Letra S, Sida, Cultura y Vida Cotidiana A.C., Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM). "Política, derechos, violencia y sexualidad.

Encuesta Marcha del Orgullo y la Diversidad Sexual. Ciudad de México – 2008". Ciudad de México. 2008, disponible en <http://www.clam.org.br/uploads/archivo/Encuesta_Marcha_Mexico.pdf>.

Committee on Children, Youth and Families, Committee on Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns y Committee on Woman in Psychology, "Lesbian and Gay Parenting", American Psychological Association, 2005.

Córdova Villalobos, José Ángel, Ponce de León Rosales, Samuel y Valdespino, José Luis. "25 años de SIDA en México. Logros, desaciertos y retos", 2009, disponible en <<http://www.censida.salud.gob.mx/descargas/SIDA25axos-26mar.pdf>>.

Enehache, "Resultados de la 1era encuesta sobre homofobia y el mundo laboral en México 2014", Enehache, 22 de mayo de 2014, disponible en <http://www.enehache.com/viewArticle.php?p_Id=4580&which=3>.

Explorat, “La homofobia”, 17 de enero de 2013, disponible en <<http://www.explorat.org.mx/2013/01/la-homofobia/>>.

Feliciano, Omar, “Divorcio Igualitario”, Nexos: Blog de la Redacción, 26 de junio de 2013, disponible en <<http://redaccion.nexos.com.mx/?p=5130>>.

Ferrer, Mauricio, “Hospital Puerta de Hierro despide a empleada lesbiana por ‘dar mala imagen al lugar’”, La Jornada Jalisco, 21 de marzo de 2014, disponible en <<http://www.lajornadajalisco.com.mx/2014/03/21/hospital-puerta-de-hierro-despide-a-empleada-lesbiana-porque-daba-mala-imagen-al-lugar/>>.

GIRE, “6. Reproducción asistida”, Omisión e indiferencia. Derechos reproductivos en México, GIRE, 2013, disponible en <<http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf>>.

“Guía del activista para usar los principios de Yogyakarta”, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2010.

Herek, Gregory, “Facts about Homosexuality and Child Molestation”, University of California, Davis: Sexual Orientation: Science, Education, and Policy Blog, disponible en <http://psychology.ucdavis.edu/faculty_sites/rainbow/html/facts_molestation.html>.

Immigration Equality, “3. Introduction to Identity Documents”, disponible en <<http://immigrationequality.org/issues/law-library/trans-manual/introduction-to-identity-documents/>>.

International Women’s Rights Action Watch – Asia Pacific, “Enfoque interseccional o contextual de la discriminación”, 2006, disponible en <<http://www.iwraw-ap.org/PFCedawEspanyol/contextual.htm>>.

J.B. Mayo Jr. “Gay Teachers’ Negotiated Interactions with Their Students and (Straight) Colleagues”, The High School Journal, vol. 92, No. 1, 2008.

La Redacción, “Arrestan a pareja gay por besarse en el malecón de La Paz”, Proceso, 20 de abril de 2014, disponible en <<http://www.proceso.com.mx/?p=370163>>.

Letra S, Sida, Cultura y Vida Cotidiana A.C., Informe de Crímenes de Odio por Homofobia en México. 1995-2008, diciembre de 2009, disponible en: <<http://www.letraese.org.mx/wp-content/uploads/2010/05/Informe.pdf>>.

Martínez Cruz, Francisco y Ramos Cruz, Gerardo, “¿Cuál debe ser el orden de los apellidos en la nueva familia plural e igualitaria?”, Nexos: El Juego de la Corte, 28 de octubre de 2013, disponible en <<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3317>>.

Marzullo, Michelle A. & Libman, Alyn J., “Hate Crimes and Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People”, Human Rights Campaign Foundation, 2009.

Mendoza Luna, Daniela, “Colegio pagará 161 mil por expulsar a hija de pareja gay”, Milenio Monterrey, 27 de marzo de 2014, disponible en <http://www.milenio.com/region/Gana-pareja-caso-discriminacion-Colegio_0_269973504.html>.

Miano Borruso, Marinella, “Género y homosexualidad entre los zapotecos del Istmo de Tehuantepec. El caso de los muxes”, artículo en línea, 2001, disponible en <<http://isisweb.com.ar/muxe.htm>>.

Monsiváis, Carlos, “La gran redada”, *Letra S*, 8 de noviembre de 2001, disponible en: <<http://www.jornada.unam.mx/2001/11/08/ls-monsivais.html>>.

Mora, Erica, “SCJN ampara a joven discapacitada”, *Noticieros Televisa*, 23 de enero de 2014, disponible en <<http://noticieros.televisa.com/mexico/1401/scjn-ampara-joven-discapacitada/>>.

Navi, Pillay, “¿Crees que a todos se nos trata con igualdad? Plantéatelo de nuevo.”, traducción propia del video, disponible en <https://www.unfe.org/es/actions/pillay_homophobia>.

Pan American Health Organization, ““Cures” For an Illness that Does Not Exist”, disponible en <http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17703&Itemid>.

_____. “‘Therapies’ to change sexual orientation lack medical justification and threaten health”, 17 de mayo de 2012, disponible en <http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=6803%3Atherapies-change-sexual-orientation-lack-medical-justification-threaten-health-&catid=740%3Anews-press-releases&Itemid=1926&lang=en>.

Pérez-Stadelmann, Cristina, “Gobierno de Jalisco paga ‘terapia para curar gays’”. *El Universal*, 23 de noviembre de 2010, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/primer/35912.html>>.

Pew Research Center, Religion & Public Life Project, “Gay Marriage Around the World”, 19 de diciembre de 2013, disponible en <<http://www.pewforum.org/2013/12/19/gay-marriage-around-the-world-2013/>>.

Proyecto “Freedom to marry internationally”, disponible en <<http://www.freedomto-marry.org/landscape/entry/c/international>>.

Raj, Senthoran “Students expelled from schools for being gay? It’s not ok”, *The Guardian*, 11 de noviembre de 2013, disponible en <<http://www.theguardian.com/commentis-free/2013/nov/11/students-expelled-from-schools-for-being-gay-its-not-ok>>.

Ramos, Claudia “Conapred interviene en caso de maestra despedida por proyectar película”, *Animal Político*, 1 de diciembre de 2012, disponible en <<http://www.animalpolitico.com/2012/12/conapred-interviene-en-caso-de-maestra-despedida-por-proyectar-pelicula/#axzz30693OCIN>>.

Rea Tizcareño, Christian, “Solicita CIDH medidas cautelares para profesor víctima de homofobia”, *Notiese*, 8 de abril de 2010, disponible en <http://www.notiese.org/notiese.php?ctn_id=3767>.

Redacción, “Promueven encuentros gay en Parque central”, *El Mexicano*, 25 de marzo de 2014, disponible en <<http://www.oem.com.mx/elmexicano/notas/n3335122.htm#UzQ7GyKtHzc.facebook>>.

Sánchez, Jesús “Gabriela, niña transexual del colegio San Patricio, abandona el centro”, *Cadena Ser*, 22 de febrero de 2014, disponible en <<http://www.cadenaser.com/>>

espana/articulo/gabriela-nina-transexual-colegio-san-patricio-abandona-centro/csrcsrpor/20140222csrcsrnac_6/Tes.>.

Transgender Law Center, “Peeing in Peace. A Resource Guide for Transgender Activists and Allies”, 2005, disponible en <<http://transgenderlawcenter.org/issues/public-accomodations/peeing-in-peace>>.

Vela Barba, Estefanía, “La evolución del divorcio en clave de derechos y libertades”, Nexos: El Juego de la Corte, 20 de agosto de 2013, disponible en <<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3004>>.

Vela Barba, Estefanía, “Matrimonio gay, una victoria no definitiva”, Nexos: El Juego de la Corte, 18 de julio de 2013, disponible en <<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=2902>>.

World Professional Association for Transgender Health, “WPATH Consensus Process Regarding Transgender and Transsexual Related Diagnoses in ICD-11”, World Professional Association for Transgender Health, 31 de mayo de 2013, disponible en <http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/ICD%20Meeting%20Packet-Report-Final-sm.pdf>.

**PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA
EN CASOS QUE INVOLUCREN LA ORIENTACIÓN SEXUAL O LA
IDENTIDAD DE GÉNERO**

La reproducción de este protocolo se concluyó en noviembre de 2015. Consta de 3,000 copias.

Impresor Responsable: Digitalizaciones Mexicanas, S. de R.L. de C.V., con domicilio en Calle 5 No. 1364, Zona Industrial, Guadalajara, Jalisco.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN