

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género de la SCJN

Jaqueline Jongitud Zamora*

1. Advertencias en torno al protocolo

Respecto al protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual y la identidad de género (en adelante protocolo) cabe destacar tres aspectos: primero, es una guía para todos los jueces del país a fin de que sus decisiones protejan los derechos humanos (DDHH) de la comunidad LGBTI;¹ segundo, no es de aplicación obligatoria, pero su contenido refiere normas y resoluciones claramente obligatorias; y, tercero, está abierto (al 30 de noviembre de 2014) a sugerencias para su mejora.

El protocolo consta de cuatro partes, la **primera** referida a sí mismo, es decir: su presentación, justificación y los marcos conceptual y jurídico de los que parte; la **segunda**, se refiere a herramientas básicas para los jueces; la **tercera**, desarrolla recomendaciones para quienes imparten justicia en el país, y, la **cuarta**, plantea sus expectativas de aplicación.

2. Contenido

La emisión del protocolo se justifica a partir de dos razones fundamentales: la obligación de todas las autoridades del país, en el ámbito de su competencia, de combatir la discriminación por orientación sexual (OS) e identidad de género (IG) y la urgencia de tomar medidas para evitarla.

El protocolo desarrolla y delimita² los términos sexo, género, IG, persona trans (mujer y hombre), expresión de género y OS (heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad) con el fin de proveer de claridad conceptual a sus lectores. Asimismo

* Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

¹ Personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, transexuales, travesti e intersexuales.

² A partir del conocimiento científico y criterios de órganos internacionales de DDHH.

expone algunos de los principales estereotipos que afectan a la comunidad LGBTI y les recuerda a todos los jueces de este país su obligación de cuestionar los hechos y valorar las pruebas *desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, de IG u OS*.

Sentadas las bases del protocolo, la Corte expone consideraciones generales para todas las y los juzgadores del fuero común y federal, entre ellas que, en la solución de cualquier caso que involucre la IG y la OS, deben llevar de oficio el *control de constitucionalidad y convencionalidad, juzgar con perspectiva de género y de diversidad sexual*,³ apearse a los principios *pro persona* y *pro libertatis*, dispensar un *trato digno* a las personas y *respetar la privacidad* de las mismas, así como documentarse sobre la OS y la IG a través de documentos científicos y de instrumentos de DDHH.

Posterior a lo anterior, la SCJN sostiene que las expresiones de la OS y de la IG son protegidas por el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, el cual se fundamenta en la dignidad humana e implica el derecho de toda persona de elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida. Y, dado que una dimensión básica protegida por este derecho es el de las relaciones sexuales y afectivas de las personas, así como pueden decidir sobre su profesión, también pueden hacerlo sobre su vida sexual y amorosa. En tal sentido, la Corte concluye que todas las OS e IG son protegidas por el libre desarrollo de la personalidad y que la *restricción de los derechos de las personas LGBTI en virtud de su OS e IG son inconstitucionales*, además de ser categorías protegidas por el *derecho a la no discriminación*.

En el anterior orden de ideas, la Corte reafirma que *la igualdad y la no discriminación* son principios fundantes del régimen democrático y de aplicación transversal en el sistema jurídico mexicano. Precisa además en nueve puntos: que *la igualdad* exige un trato igual en supuestos de hecho equivalentes y un trato desigual en supuestos de hecho distintos; que el *derecho a la igualdad* implica que las autoridades tomen acciones positivas; que los *derechos a la igualdad y la no discriminación* gozan de eficacia aun en relaciones entre particulares y prohíben a las autoridades restringir un derecho haciendo una distinción con base en la OS o la IG; que el *derecho a la no discriminación* prohíbe a las autoridades hacer distinciones que no cuenten con sustento constitucional sólido, les obliga a atender la discriminación múltiple que sufren las personas (por distintas causas) y otorga a las personas un interés legítimo para impugnar a través del juicio de amparo toda norma que genere discriminación o estigmatización; y, que la OS y la IG son categorías sospechosas para efectos de realizar una distinción en el trato de una

³ Lo cual implica la aplicación de los siguientes pasos: 1) identificar si existe desequilibrio entre las partes por cuestiones de género u OS, 2) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando estereotipos, 3) ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, 4) ordenar las pruebas necesarias para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género u OS, 5) cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, evaluando el impacto diferenciado de la solución propuesta, y, 6) evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe usarse un lenguaje incluyente.

persona y por lo tanto cuentan con una protección adicional y que las autoridades deben atender a la discriminación indirecta⁴ que pueda darse a causa de ellas.

Posteriormente, la Corte revisa las violaciones más comunes a los DDHH de la comunidad LGBTI y provee recomendaciones a quienes imparten justicia en el país. Por la relevancia del tema, y por el escaso espacio con el que se cuenta en esta contribución para darlos a conocer, se sintetizan en la siguiente tabla.

Derechos	Recomendaciones y consideraciones para jueces y juezas
El sexo registral y la identidad de género	<p>Vigilar que la expresión de la IG sea respetada en cualquier situación.</p> <p>Resolver casos de cambios de identidad y que este cambio no sea público.</p> <p>La solicitud de cambio de nombre y sexo, con base en la IG, debe ser procedente.</p> <p>No se debe condicionar el ejercicio del derecho a la IG a violentar el derecho a la integridad física o el derecho a decidir.</p> <p>Vigilar el no condicionamiento en las leyes al cambio de nombre y sexo a que las personas trans no se puedan casar.</p> <p>Vigilar que no se alteren las relaciones filiales de las personas que se cambien de nombre y sexo.</p> <p>No es válido que el cambio de nombre y sexo aparezca en anotación marginal del acta de nacimiento.</p> <p>Vigilar que el cambio de nombre y sexo se realice en toda la documentación oficial y no sólo en el acta de nacimiento.</p> <p>Asegurar que en las prisiones las trans femeninas estén con las mujeres y no con los hombres.</p> <p>Vigilar que no se apliquen sanciones administrativas a las personas trans que ocupen baños correspondientes a su identidad.</p> <p>Los niños y las niñas tienen derecho a elegir su propia identidad.</p> <p>Los padres no tienen la prerrogativa de corregir la identidad de género de los hijos.</p>
A la protección de la familia y a la vida privada	<p>La intervención en la relación de padres y madres con sus hijos en virtud de la OS o IG de los primeros es una injerencia arbitraria y discriminatoria.</p> <p>No se puede separar a un niño o niña de padres LGBTI argumentando el interés superior del niño, sin probar un daño concreto.</p> <p>La OS o la IG no debe formar parte de la argumentación o del material probatorio en los juicios.</p> <p>No es válido sostener (directa o indirectamente) que la OS o la IG de los padres, en sí, genera un daño a los hijos, les genera “confusión sexual” o les hará objeto de discriminación social.</p> <p>Deben proteger el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder al matrimonio, concubinato o cualquier otra forma de regulación de la vida en pareja, lo cual incluye a las personas trans que decidan casarse.</p> <p>No debe aceptarse el argumento de nombrar de otra forma la unión de entre parejas del mismo sexo.</p> <p>No se debe preguntar en los juicios de alimentos sobre quién es el hombre y quién la mujer, sino acerca de los roles desempeñados.</p> <p>Debe garantizarse a las personas LGBTI el acceso a la reproducción asistida, su exclusión de la adopción es inconstitucional.</p> <p>El orden de los apellidos de los hijos puede ser decidido por padres y madres.</p>
Al trabajo	Evitar la discriminación en la oferta, contratación, promoción y despido.

⁴ El tipo de discriminación que se sufre por los efectos de una medida que, si bien neutral por cuanto a los criterios que incorpora, no lo es en cuanto a su impacto.

	<p>La carga de la prueba por discriminación laboral por OS e IG está a cargo del patrón.</p> <p>Existe discriminación por OS o IG cuando se sanciona a la persona por creer pertenecer a la comunidad LGBTI, cuando se sabe que lo es o cuando se sancionan actos relacionados con ser LGBTI.</p> <p>No debe proceder el despido por someterse a cirugía de reasignación de sexo.</p> <p>En casos de acoso laboral, debe tenerse en cuenta los insultos dirigidos a las personas LGBTI en general y no sólo al demandante.</p>
<p>Detenciones arbitrarias</p>	<p>Han de realizar control de constitucionalidad y convencionalidad para cuidar que se demuestre que en el caso de una detención: la persona LGBTI estaba realizando un comportamiento no relacionado con su condición y que, en efecto, provocó un daño; que la detención estaba encaminada a que se continuara el daño y que no se violentaba otro derecho, como el libre desarrollo de la personalidad.</p> <p>Deben atender a la necesidad y proporcionalidad de la medida.</p> <p>Las manifestaciones afectivas de la OS y la IG no son atentados a la moral pública, lo cual incluye que una persona trans vaya al baño público de acuerdo a su IG.</p>
<p>Violencia y acceso a la justicia</p>	<p>Las personas LGBTI deben ser tratadas como cualquier otra cuando acceda a la justicia, con respeto.</p> <p>Las expresiones en las que se refiere a la homosexualidad no como una OS sino como una condición de inferioridad o exclusión constituye discriminación.</p> <p>Poner especial atención a cómo los crímenes, en contra de personas LGBTI, son denunciados y procesados.</p> <p>Vigilar que en las investigaciones por homicidios no se consideren como crímenes pasionales <i>per se</i>.</p> <p>No es válido aceptar la agresión de un hombre a su pareja mujer trans porque no le dijo que lo era.</p>
<p>Salud</p>	<p>Negar servicio médico (público o privado) a una persona LGTBI es discriminatorio, y atenta contra el derecho a la salud.</p> <p>Deben dictarse medidas cautelares cuando esté en riesgo la salud de personas LGBTI.</p> <p>Se debe proteger a la persona LGBTI frente al internamiento en contra de su voluntad a efectos de tratar su OS o IG, especialmente en niñas y niños.</p> <p>Deben conocerse los casos de negación de tratamientos hormonales o quirúrgicos a personas trans.</p> <p>Deben conocerse los casos en que compañías de seguros rehúsen sus servicios a personas LGBTI o les cobren extra prima.</p>
<p>Libertad de expresión y asociación</p>	<p>Se viola cuando se impute delito relacionada con ultrajes a la moral a personas LGBTI por el sólo hecho de expresarse como son o cuando se les impide la realización de actos o eventos.</p> <p>Vigilar que no se les exija a las asociaciones LGBTI requisitos adicionales para su constitución o funcionamiento.</p>
<p>Educación</p>	<p>Conocer los casos en los que se niegue el acceso o se expulse de la escuela (pública, privada o religiosa) a menores por su OS o IG o la de sus padres, lo cual constituye discriminación y viola el derecho a la educación.</p> <p>Conocer cualquier caso de exclusión de actividades escolares por OS o IG.</p> <p>Los niños y niñas deben recibir información acerca de la OS y la IG.</p> <p>En el caso de niñas y niños trans es discriminatorio no permitirles usar el baño de su elección.</p>

3. Comentario final

Suele reconocerse que el derecho va a la zaga del cambio social, la emisión del protocolo que se comenta es una notable excepción a tal experiencia, pues se trata de un texto que recoge los más importantes avances en el mundo respecto al tema de los DDHH de la comunidad LGBTI y porque hace frente a un contexto adverso, como lo prueban los estudios de la discriminación en México del CONAPRED.⁵

El retraso social respecto a la discriminación y violencia de la que son víctimas las personas de la comunidad LGBTI conecta con diversos factores como el prejuicio, la ignorancia, el fanatismo o la intolerancia religiosa. En todo caso, lo rescatable es que el protocolo constituirá un importante referente en la materia y será de gran ayuda para el tratamiento de casos concretos. Lo lamentable del protocolo es que éste se presente en forma de recomendaciones o sugerencias a las y los jueces, cuando, en buena lid, todas ellas constituyen obligaciones específicas del Estado mexicano en materia del derecho a la igualdad y la no discriminación y respecto a las cuales no cabe la idea de “arbitrio judicial”, sino la de obligaciones plenamente exigibles en materia de DDHH.

⁵ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.