

## ESTUDIOS

La Civilización del Espectáculo (Vargas Llosa, 2007 & 2012) nos ha inundado a todos de tanta información que ya no tenemos espacio para encontrar y diferenciar el oro del cobre, la verdad de la mentira, la información de la desinformación, por estar fundidas en el “mar de irrelevancia” que nos advirtió Huxley (1932 & 1958). Este factor es el cómplice necesario para desnaturalizar los conceptos de discriminación, así como el debido y correcto dimensionamiento de la libertad de expresión y la libertad religiosa, desatando los conflictos modernos entre diferentes sectores de las sociedades. Esto, ha abierto un espacio a que los grupos opresores de derechos humanos (supuestamente ya superados) vuelvan a escena, fortalecidos con la idea de tratarse de una “derecha alternativa” o “Alt-Right” y vienen equipados con la siempre, letal y fiel retórica deshumanizadora de la discursiva peligrosa que levantó al Third Reich de las penumbras en que el Tratado de Versalles los colocó.

Estos temas son tratados en el libro “¿Es justificable discriminar? Una discusión cultural sobre Estado de Derecho, libertades y sexualidad”. El estilo del libro denota un desarrollo de una manera dinámica, entretenida e integral. A lo largo de XIII capítulos se cubren temas como: la explicación de qué consiste el Estado de Derecho por medio del contraste de lo que ocurrió en la Alemania Nazi cuando dejó de existir, aportando criterios prácticos para distinguir la discriminación injustificada de la que no lo es. También, desmitifica las trampas retóricas alrededor de la identidad sexual, repasa los diferentes tipos de discriminación contra las minorías y dimensiona el correcto alcance de la libertad religiosa. Todos entramos en el espectro cultural de la libertad de expresión dentro de la civilización del espectáculo, en la que desnuda el odio que se esconde tras la discursiva peligrosa, tal y como lo advirtió Mandela el 14 de febrero de 1995 cuando inauguró la Corte Constitucional de su país. Además, realiza un análisis de los elementos que configuran los discursos como los crímenes de odio, en el terreno político entra al análisis de la derecha alternativa y el fundamentalismo religioso con aspiraciones políticas. El capítulo final expone las experiencias, tips y consejos que en su momento hubiese deseado tener, para no cometer los errores con los que se enfrentó como activista, creando así el primer manual de América Latina de cómo volverse activista.

El libro contiene enfoques multidisciplinarios tocando ramas como la psicología, historia, antropología, filosofía, ciencias políticas, medicina, y por supuesto, el derecho. El documento ha sido nutrido con cientos de casos jurisprudenciales de EUA, Costa Rica, El Salvador, Colombia, Suráfrica, Chile, México, Kenia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos entre otras entidades.

**El precio de esta obra incluye la publicación en formato DÚO sin coste adicional (papel + libro electrónico).**

ACCEDE A LA VERSIÓN EBOOK SIGUIENDO LAS INDICACIONES DEL INTERIOR DEL LIBRO.



CÓDIGO DE USO EXCLUSIVO POR LA EDITORIAL



THOMSON REUTERS  
**ARANZADI**

ESTUDIOS

¿ES JUSTIFICABLE DISCRIMINAR? UNA DISCUSIÓN CULTURAL SOBRE ESTADO DE DERECHO, LIBERTADES Y SEXUALIDAD

## ESTUDIOS

# ¿ES JUSTIFICABLE DISCRIMINAR? UNA DISCUSIÓN CULTURAL SOBRE ESTADO DE DERECHO, LIBERTADES Y SEXUALIDAD

**HERMAN DUARTE**

**PRÓLOGO DE EVAN WOLFSON**

INCLUYE LIBRO ELECTRÓNICO  
**THOMSON REUTERS PROVIEW™**

THOMSON REUTERS  
**ARANZADI**





¿ES JUSTIFICABLE DISCRIMINAR? UNA DISCUSIÓN  
CULTURAL SOBRE ESTADO DE DERECHO,  
LIBERTADES Y SEXUALIDAD



*HERMAN DUARTE*

¿ES JUSTIFICABLE  
DISCRIMINAR? UNA  
DISCUSIÓN CULTURAL  
SOBRE ESTADO DE DERECHO,  
LIBERTADES Y SEXUALIDAD



THOMSON REUTERS

**ARANZADI**

Primera edición, 2018



El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Herman Duarte]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9177-050-3

DL NA 1997-2018

*Printed in Spain. Impreso en España*

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

«En mi mente, mis pensamientos, he estado meditando sobre mi vida y he llegado a la conclusión, que aunque no he hecho ningún libor, si me he llevado un gran éxito, mejorando ingresos; de los resultados de esto es que se ha formado una gran familia» reza el segundo párrafo de la última carta que dictó mi abuelito Rolando Duarte Fuentes desde la cama de un hospital, así ahora que yo he escrito un libro le dedico el esfuerzo, esmero y dedicación para escribirlo a él. Desconozco y no sabremos nunca sus posturas sobre algunos temas que planteo, pero se que él admiraba al trabajador y alguien decidido en sus convicciones, no por nada fue hermano de don Napoleón Duarte, así que este esfuerzo en primera instancia se lo dedico a él, a mi abuelito Rolando, fuente inalcanzable de inspiración y esmero. Seguido de ello, se lo dedico a su bella y querida esposa, la Margotita, que para mi fortuna es mi abuelita Margoth. El corazón que vive en el mundo de lo emocional y espiritual, se expande con los sentimientos y me resulta posible además dedicarlo a mi abuelita Ligia y a su amor, el abuelito Manuel (QEPD) con quien tuvo 5 hijos y que en un domingo su cuerpo físico dejó de latir, con tan solo 40 años, pero su amor sigue latente en mi abuelita ya ahora con 86 años. Finalmente, este libro se lo dedico a mi hermano, así como a mi papá y mi mamá, quienes me demuestran el incondicional valor del amor. Gracias por todo lo que han hecho por mí. Además, lo dedico a toda persona que ha sentido miedo o experimentado el peso de la discriminación por ser quien es.

Finalmente, se lo dedico a usted que cree que puede hacer la diferencia, por que si cree que puede hacerlo, esta ya encaminado en lograr su cometido, creer es poder.



“Un Mundo Perfecto” Leticia Banegas (Honduras, 2018)  
Dorado es luz. Luz es amor.





# Índice General

	<u>Página</u>
AGRADECIMIENTOS .....	19
ABREVIATURAS .....	21
PRÓLOGO DE DR. EVAN WOLFSON .....	23
INTRODUCCIÓN .....	31
CAPÍTULO I	
<b>ESTADO DE DERECHO: TERRENO NEUTRAL PARA COEXISTIR .....</b>	
	43
<b>I. El régimen nazi: la ausencia del estado de derecho .....</b>	44
<b>II. El estado de derecho y democracia: terreno fértil de los derechos humanos .....</b>	51
<b>III. Mecanismos de protección de derechos humanos .....</b>	55
1. <i>Corte Penal Internacional</i> .....	56
2. <i>Sistema Arbitraje de Protección de Inversiones</i> .....	58
3. <i>Sistema Interamericano De Derechos Humanos</i> .....	61
3.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos .....	62
3.2. CorteIDH .....	63
A. Carácter vinculante de sentencias .....	64
B. ¿Las opiniones consultivas son vinculantes? .....	66
C. ¿Interfiere la Soberanía? .....	68
D. ¿La Corte puede crear derechos? .....	69
4. <i>El sistema universal de protección de derechos humanos</i> .....	70
CAPÍTULO II	
<b>¿DISCRIMINAR O NO DISCRIMINAR? HE AHÍ EL DILEMA .....</b>	73

	<i>Página</i>
<b>I. Principio de igualdad y no discriminación</b> .....	74
<b>II. Definiendo la discriminación</b> .....	77
1. <i>Concepto</i> .....	77
2. <i>Contexto y parámetros objetivos</i> .....	78
3. <i>La degradación como elemento clave para determinar la existencia de la discriminación injustificada</i> .....	81
3.1. «Ciegofobia» o la desnaturalización del concepto de discriminación .....	82

### CAPÍTULO III

#### **PARA LOS GUSTOS, LOS COLORES: LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO** .....

<b>I. La orientación sexual</b> .....	88
<b>II. Despatologización de la orientación sexual e identidad de género</b> .....	92
<b>III. Las fraudulentas y peligrosas clínicas de conversión</b> .....	95
<b>IV. Identidad de género</b> .....	99

### CAPÍTULO IV

#### **EL GÉNESIS DE LA HOMO, LESBO Y TRANSFOBOÍA** .....

<b>I. ¿Existe o no existe?</b> .....	103
--------------------------------------	-----

### CAPÍTULO V

#### **¿ES JUSTIFICABLE DISCRIMINAR POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO?** .....

<b>I. Criminalización de la homosexualidad</b> .....	111
<b>II. Discriminación en las prisiones</b> .....	117
<b>III. Discriminación científica: la homosexualidad no puede «restaurarse»</b> .....	119
<b>IV. Discriminación en la libertad de asociación</b> .....	121
1. <i>Restricción al derecho a manifestarse y a configurar organizaciones sociales</i> .....	121
2. <i>Redadas genéricas bajo la bandera de la salud pública</i> .....	125

	<i>Página</i>
<b>V. Discriminación educativa</b> .....	126
1. <i>Derecho a la educación</i> .....	126
2. <i>Discriminación a estudiantes/profesores LGBTIQ</i> .....	128
3. <i>Bullying escolar</i> .....	130
<b>VI. Discriminación para donar sangre</b> .....	133
<b>VII. Discriminación en estado de viudez: pensiones</b> .....	134
<b>VIII. Discriminación en las fuerzas militares</b> .....	135
<b>IX. Discriminación en aspectos migratorios</b> .....	136
<b>X. Discriminación matrimonial (no religiosa)</b> .....	138
1. <i>Porqué el matrimonio civil (no religioso) importa</i> .....	138
2. <i>La exclusión del matrimonio civil a parejas del mismo sexo es injustificada</i> .....	144
3. <i>Argumentos en contra del matrimonio civil (no religioso) entre personas del mismo sexo</i> .....	148
3.1. <i>La raíz de la palabra matrimonio supuestamente lo impide</i> .....	148
3.2. <i>La relación sexual heterosexual como criterio para derrumbar el sagrado principio de igualdad</i> .....	149
3.3. <i>Apelar a una supuesta «mayoría» en contra</i> .....	152
3.4. <i>Las parejas del mismo sexo deben tener una regulación aparte</i> .....	155
3.5. <i>El supuesto «estilo de vida» perjudicial de las personas de la diversidad sexual</i> .....	159
3.6. <i>La supuesta modificación a una milenaria institución</i> ....	160
3.7. <i>Supuesta violación al fin último del matrimonio civil: la procreación</i> .....	163
3.8. <i>El supuesto riesgo de extinción de la humanidad</i> .....	164
3.9. <i>Supuesto que la población LGBTIQ no tiene interés en casar</i> .....	164
3.10. <i>Supuesta violación a la libertad religiosa</i> .....	165
<b>XI. Discriminación familiar</b> .....	168
1. <i>Orientación sexual, dignidad y familia</i> .....	168
2. <i>Familias homoparentales con hijos</i> .....	172
2.1. <i>Respaldo técnico-científico a favor de la crianza de las familias homoparentales</i> .....	172

	<u>Página</u>
2.2. Oposiciones comunes a familias homoparentales .....	177
A. Derecho a una mamá y un papá .....	177
B. Supuesta violación a la libertad religiosa .....	178
3. <i>Problemas por vacíos legales en familias homoparentales</i> .....	178
3.1. Adopción .....	179
3.2. Reproducción asistida .....	180
3.3. Gestación por Subrogación .....	181
CAPÍTULO VI	
<b>LIBERTAD RELIGIOSA: ¿LICENCIA PARA DISCRIMINAR?</b> .....	185
<b>I. La libertad religiosa: ¿espada o escudo?</b> .....	187
<b>II. ¿Quién impone a quién? Libertad religiosa y los «otros» derechos</b> .....	189
1. <i>Libertad religiosa desde la óptica de relaciones comerciales y personales</i> .....	191
2. <i>Libertad religiosa desde la óptica Estatal</i> .....	196
3. <i>¿Clases de Biblia o de Sexo? Conflictos de libertad religiosa y educación</i> .....	200
3.1. Oposición a educación religiosa .....	200
3.2. Oposición a educación sexual .....	203
4. <i>Los quirófanos y Dios: libertad religiosa y salud</i> .....	205
5. <i>El ejercicio de la libertad de culto</i> .....	206
<b>III. ¿Costa Rica la Suiza o la Arabia Saudita de Centroamérica? El estado confesional</b> .....	208

## CAPÍTULO VII

<b>LA EXPRESIÓN EN LA «CIVILIZACIÓN DEL ESPECTÁCULO»</b> .....	211
<b>I. Concepto de la libertad de expresión</b> .....	212
<b>II. Límites a la libertad de expresión</b> .....	213
1. <i>Restricciones indirectas a la libertad de expresión</i> .....	217
<b>III. Violaciones y excesos de la libertad de expresión</b> .....	219
<b>IV. La plataforma cultural: el entretenimiento</b> .....	220

## ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
<b>V. Un recorrido por América y Europa en libertad de expresión</b> .....	226
1. <i>Despojo de medios de comunicación</i> .....	227
2. <i>Responsabilidad en campañas políticas</i> .....	227
3. <i>Condenas por difamación a periodistas y a otros profesionales</i> .....	228
4. <i>Insultos y expresiones injuriosas</i> .....	230
5. <i>Canciones que insultan y degradan</i> .....	231
6. <i>Críticas a figuras públicas</i> .....	231
7. <i>Críticas a las Fuerzas armadas</i> .....	232
8. <i>Libros y novelas con un contenido polémico</i> .....	233
9. <i>Vocerías de empresas y organismos públicos</i> .....	234
10. <i>Aplicaciones web/móviles y elecciones</i> .....	235
11. <i>Publicaciones en redes sociales</i> .....	235
12. <i>Censura a manifestación contra Asamblea Legislativa</i> .....	236
13. <i>Congresos y actividades académicas</i> .....	236
14. <i>Participación en desfiles</i> .....	237
15. <i>Publicidad comercial</i> .....	237
16. <i>Conflicto con la libertad religiosa</i> .....	238

### CAPÍTULO VIII

<b>LA DISCURSIVA PELIGROSA</b> .....	241
<b>I. El cerebro: la máquina de asociación de ideas</b> .....	241
<b>II. Discursiva peligrosa</b> .....	245
<b>III. La bolsa que atrapa todos los males: «La ideología de género»</b> .....	251

### CAPÍTULO IX

<b>DISCURSOS DE ODIO</b> .....	261
<b>I. ¿Qué son los discursos de odio?</b> .....	261
<b>II. De la teoría a la práctica: un recorrido por América y Europa en libertad de expresión</b> .....	265
1. <i>Irrespeto a símbolos patrios</i> .....	266
2. <i>Insultos proferidos por periodistas</i> .....	266

	<u>Página</u>
3. <i>Quema de cruces</i> .....	266
4. <i>Manifestaciones políticas de la ideología de odio</i> .....	267
5. <i>Difusión de propaganda, folletos, carteles y mensajes políticos de odio</i> .....	267
6. <i>Libros, artículos, caricaturas y novelas racistas o de odio</i> .....	268
7. <i>Antisemitismo y negación del holocausto</i> .....	269
8. <i>Declaraciones anti-inmigrantes</i> .....	270
9. <i>Degradación a la religión</i> .....	271
10. <i>Degradación a personas LGBTIQ</i> .....	272
CAPÍTULO X	
<b>CRÍMENES DE ODIO</b> .....	275
<b>I. Factores determinantes para la existencia de un crimen de odio</b> .....	275
<b>II. El asesinato de la población trans</b> .....	278
<b>III. El caso de Daniel Zamudio</b> .....	280
<b>IV. ¿Qué hacer con los discursos de odio y la discursiva peligrosa?</b> .....	281
CAPÍTULO XI	
<b>LOS RIESGOS PARA EL ESTADO DE DERECHO: EXTREMOS IDEOLÓGICOS Y FUNDAMENTALISTAS CONSERVADORES</b> .....	287
<b>I. Derecha alternativa (ALT-Right)</b> .....	288
1. <i>Imagen mesiánica</i> .....	292
2. <i>Retórica conservadora</i> .....	292
3. <i>Discriminación matrimonial</i> .....	293
4. <i>Nacionalismo exacerbado, creando «amenazas» contra la soberanía</i> .....	293
5. <i>Discursiva peligrosa deshumanizante</i> .....	293
6. <i>Falsa atribución de vínculos con el marxismo y comunismo</i> .....	294
7. <i>Intención de exclusión del Estado al grupo instrumental</i> .....	294
<b>II. Fundamentalismo religioso con aspiración política</b> .....	295
<b>III. La Izquierda Totalitaria</b> .....	298

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
CAPÍTULO XII	
<b>¿CÓMO HACERSE ACTIVISTA?</b> .....	301
<b>I. Encontrando su «causa»</b> .....	302
<b>II. Big picture thinking</b> .....	305
<b>III. «La Escalera de Claridad» de Evan Wolfson</b> .....	306
<b>IV. Perspectiva financiera</b> .....	307
<b>V. Perspectiva legal</b> .....	307
<b>VI. Perspectiva política</b> .....	310
<b>VII. Perspectiva social y emocional</b> .....	311
CAPÍTULO XIII	
<b>CONCLUSIONES</b> .....	317
SOBRE EL AUTOR .....	321
BIBLIOGRAFÍA .....	323
TABLA DE JURISPRUDENCIA UTILIZADA .....	325
ANEXO.-TABLA DE DERECHOS DE LA CADH RELACIONADA CON CASOS .....	327
<i>Thomson Reuters ProView. Guía de uso</i>	



# Agradecimientos

Agradezco a todos los autores que he citado, pues por su trabajo ha servido de cimiento del mío. Agradezco a mi familia –¡hermano y cuñada, tíos (especialmente a Tío Carlos Schlageter, Tía Bruny, Tío Alfredo, tío Mauricio y Tía Mily), tías primos y primas– que me han acompañado y acompañan en este camino por la vida, con especial agradecimiento a: Juan Carlos Páez Mena y Evan Wolfson por su guía y apoyo incondicional en este proyecto; al jurista venezolano Railen Alejandro Hernández, por su labor investigativa, sus consejos, el apoyo, las discusiones jurídicas y su ética profesional; Pieter Kuiper Vega y Daniel Ortuño por su labor en trabajar en el formato; Gabriel Durán Herrera y Víctor Sibaja por tener un canal habilitado para la discusión de temas de estrategia y constitucionales. Aclarando que las limitaciones y errores de este libro son exclusivamente mías. También, imposible no mencionar el apoyo, empatía, solidaridad, consejos, acompañamiento en los momentos más duros que he tenido de Paula Siverino Bavio, Cindy Regidor, Ross des Bouillon, Thalia Zapatos, Amaral Palevi, Arévalo Gómez, Edy Perdomo y Margarita Salas.

En las diversas facetas de la vida también he tenido la fortuna de contar con el apoyo de muchas personas y quiero decirles que, como dirigía Borges, estoy agradecido con cada uno de ustedes. Me gustaría mencionar todos los nombres, pero después de hablar con doña María solventé la si debería poner nombre y apellido o solamente el nombre. Lo anterior por el respeto a su privacidad y por no meterlos en problemas por algunas de mis valoraciones personales, pero quiero agradecer con gran cariño a: James Hill, Mirko Giuilietti, Peter Derek Hof, Maryse Guilbeault, María Amo González, Chris Kay, Mónica Fuertes-Britez, Silvia Castro, Ana Lucy Zamora, Sergio Artavia, Paula Artavia, Alejandro Quinteros, André Solorzano, Vicky Rovira, Beita Herrera, Nisa Sanz, Luis Sánchez, Cruz Torres, Iván Chanís y César Francia, Sebastián Chinchilla, Karla Avelar, Bianka Rodríguez, William Hernández, Claudia R., don Marcelo Castro, Angela Castillo, Lara Valencia, Esteban Arrieta, Alexandra Cubero, Maríaangel Obando, Jessica C., Laura de León, Angie Meneses, Ramazan Demir, Federica D’Alessandra, Franklin y Barney, Karla P., Noelia Cisneros, Richard E., Elsy, Zene, Ana, Don Carlos Segnini, Jorge y Rolo, Daniel Madrigal, Karima

S., Alberto A., Iván Chanís, Alex «Alí» Méndez, Luis Barrueto, don Juan Manuel C., Suhki y Ori, Juan Pablo B., José C., Paula P., Laura R., Wilberth, Warren Hernández y Jean Paul Sotil.

También al apoyo que he recibido de *alumni* y claustro académico de miembros de la comunidad ESEN (*Carmen Aida, Carito, Alvarito, Majo, Leo, Fanny, Cris, Sarita, Roberto, Adri, Rogel, Lucio*), así como el empuje y cariño de Patricia Shaughnessy y mi ICAL Family (*Gretta, Ewe, Rafa, Arsy, Anastasia LV, Eleni, Anton, Leo, Dimi, Ruchi, Paul, Giulio, Mandy, Lilja, Maria*). Imposible no mencionar el apoyo del Instituto Costarricense de Derecho Procesal Civil y Científico fundada por don Sergio Artavia, la Asociación Costarricense de Derecho Internacional y sus miembros: Ely, Edgar, Mariel, Felipe. Así como la Asociación Rule of Law, liderada por don José Antonio, don Eduardo y don Ignacio. De igual manera, dejo un agradecimiento especial al equipo de White & Case: Adrian Beasley, Michael Richter y Patrick Rickeford; y a Torsten Schwarze de Morgan Lewis por su apoyo técnico en diferentes jurisdicciones.

Finalmente, mi agradecimiento eterno a mis amigxs por quererme o que me han querido pero su presencia ha dejado sin duda un efecto: Diane y Diego, Euge, Marshmallow, Dani (no tomorrow), Eto, Leti Banegas, Ben Eveslage, Roberto Díaz Flores, Alexito, Mauricio Guim y María José Álvarez, Inés, Nacho, Diego F., Anders, Manfred, Chamaeleo y Dann A., Andrés A., Biebs, Julien, Fran F., Mathilde, Michael Teys, Kristel, Anastas, Andreas Laustsen, Line, Chris, Marito, Renecito, Marisol, Magnus, Diego R., Isabellita, Catita, Dani T., Mack, Stefano, Tío Manuel, Chele, mi querido primo Victor a quien extraño muchísimo, Fernan y Milita, Ana Paty, Camilita R., Alfred R., Luis Carlos B., José Andrés M., Marisol F., Sebas P., Florent Zemouche, José María de la Jara, Luis Rene, Hombie, Patricio W., Denissita, Denise V., Ric U., Ric P., Matias D., Matías Z., José René, Maria Venus, Sebas R., Edu, Ricardo Av., Manue, Love, Paquito, Carmensita<sup>2</sup>, Karensita... quienes con su cariño inmensurable, sus dulces palabras y sus compañía inigualable me alegran mis días. Una lista tan larga como justa, pues el caminante camina gracias a quien le ayuda en el camino para andar. Solo tengo admiración, gratitud y simpatía para cada uno de ustedes. Gracias por todo.

# Abreviaturas

AAP	Asociación Americana de Psicología
ACoHPR	Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
APA	Asociación Americana de Psiquiatría
Art.	Artículo
BIT/MIT	Acuerdo Bilaterales/Multilaterales de Inversión
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CICA-AMCHAM CR	Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Costarricense Norteamericana
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución
CorteIDH	Corte Interamericana De Derechos Humanos. (CIDH para jurisprudencia).
CPI	Corte Penal Internacional
CR	Costa Rica
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DDHH	Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Diversidad sexual	Además de LGBTIQ abarca personas no binarias, sapiosexuales.
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
EE.UU.	Estados Unidos de América
EUA	Estados Unidos de América
Fundación Igualitxs	Fundación Latinoamericana para la Promoción y Protección de la Población LGBTI
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	Corte Internacional de Justicia
LGBTIQ	Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales, Intersexuales y Queer; así como también personas con género no binario, diferencias en el desarrollo sexual y espíritu dual.
NAZI	Partido Obrero Nacional Socialista Alemán
NMHRA	National Medicine and Health Products Regulatory Authority
NOI	Nation of Islam

H. DUARTE: ¿ES JUSTIFICABLE DISCRIMINAR? UNA DISCUSIÓN...

OC-24 - Corte IDH	CIDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.
OEA	Organización de Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
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.
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SCOTUS	Supreme Court of the United States of America
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SV	El Salvador
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo
YAF	Young Arbitrator Forum de la International Chamber of Commerce

## Prólogo de Dr. Evan Wolfson

En junio de 2015, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que la exclusión de parejas comprometidas del mismo sexo de la figura del matrimonio civil viola las garantías constitucionales de libertad, igualdad y dignidad, y concluyó que el matrimonio civil es una institución para todos. Desde ese momento, más de un millón de parejas homosexuales se han casado legalmente en los EE.UU., y mientras soportamos los asaltos y daños casi diarios del régimen *Trump/Pence* (un gobierno por el que el pueblo estadounidense no votó), el apoyo a la libertad de casarse ha seguido creciendo. Como los estadounidenses vieron con sus propios ojos, poner fin a la negación del matrimonio a parejas del mismo sexo no le quitó nada a nadie, el apoyo a la libertad para casarse y a la no discriminación se amplía y profundiza. Las afirmaciones de aquellos que querían mantener la discriminación en la ley han demostrado ser falsas.

A principios de 2018, la CorteIDH estableció que la discriminación contra las personas homosexuales y trans, viola derechos que son esenciales para la democracia y el pluralismo. Además, resaltó que la negación de la libertad para contraer matrimonio a parejas del mismo sexo también es una forma de discriminación. Esta poderosa decisión brindó una herramienta legal y un impulso moral para terminar con la discriminación en toda América Latina.

En Costa Rica, las fuerzas políticas que buscaban perpetuar la discriminación intentaron explotar la histórica decisión de la Corte para sembrar el miedo y manejar su agenda. El candidato religioso-conservador para las elecciones presidenciales juró combatir la decisión de la CorteIDH, y hacer retroceder al país, logrando un aumento temporal en sus encuestas debido al constante bombardeo de discursos divisionistas y estigmas sobre las personas homosexuales y trans, que recibió el pueblo de Costa Rica.

Los activistas de derechos humanos y el pueblo pluralista costarricense se pusieron en acción, hablando sobre vidas de personas reales y valores, confiando en que, con compromiso real y empatía, la gente llegaría a la justicia. Afortunadamente, el día de la elección, el voto trajo un fuerte repudio a los ataques contra la gente de la comunidad LGBTIQ, y una afirmación fuerte de

los votantes para mantener el compromiso del país con la libertad, la dignidad y la igualdad ante la ley para todos.

Motivados por la reivindicación que el pueblo de Costa Rica dio a través del voto, los líderes y defensores de derechos humanos en muchos de los países restantes donde la ley aún discrimina, están aumentando su trabajo, a efectos de lograr revertir esta situación, trazando planes para defender el derecho a la no discriminación no solo en los tribunales de justicia, sino en la palestra de la opinión pública. Su objetivo: derechos humanos plenos para todas las personas, incluidas las personas homosexuales y trans, en todo el hemisferio. Los defensores de derechos humanos en Panamá, Perú, El Salvador, Ecuador, y otros países de la región se preguntan, ¿por qué dejar atrás a cualquier familia, o a cualquier país?

De hecho, existe un enorme y creciente apoyo en todo el mundo a favor de los derechos humanos de la comunidad LGBTIQ, incluida la libertad de contraer matrimonio, a pesar de que hay muchas partes del mundo donde las personas homosexuales y trans son horriblemente maltratadas y discriminadas. Los defensores del derecho a la no discriminación pueden y deben destacar las montañas de evidencias y experiencias que muestran que las familias son ayudadas y que nadie resulta dañado cuando termina la exclusión de las parejas del mismo sexo a la institución del matrimonio civil.

El espantoso asalto a los derechos esenciales de los homosexuales en Rusia, gran parte del mundo musulmán y, cada vez más, del África subsahariana, hace que sea aún más importante que los países donde impera la Ley y el Estado de Derecho y que tienen un fuerte compromiso con el respeto y garantía de los derechos humanos, estén a la altura ese compromiso y de sus valores democráticos.

En medio de esta oportunidad de avanzar y progresar en América Latina y en otras partes del mundo, en este momento de desafío, cuando resulta importante luchar por valores democráticos y promover los derechos humanos para todos, Herman Duarte ha escrito un importante estudio sobre la discriminación a efectos de terminar con ella, ayudar a promover la discusión necesaria en una sociedad democrática y servir como herramienta para aquellos que se esfuerzan para organizarse, litigar, presionar y persuadir.

Con la creencia del poder del cambio, a través del trabajo duro y tenaz para llegar a los demás, y con herramientas como este libro, la transformación de las actitudes y la ley se hace posible.

Cuando escribí mi tesis doctoral en Derecho en 1983, argumentando en favor de libertad de las parejas del mismo sexo para acceder al matrimonio igualitario en los Estados Unidos, no había países en la tierra donde ello fuera una posibilidad. Hoy en día –con Malta, Alemania y Australia permitiendo el matrimonio a parejas del mismo sexo el año pasado– hemos crecido ese número a

24 países. Eso significa que más de mil millones de personas en todo el mundo, es decir, más del 15% de la población mundial, ahora viven en un país con acceso al matrimonio para todos, en comparación con el cero de hace menos de dos décadas.

Uno de mis mantras en nuestra campaña de décadas para ganar el acceso al matrimonio igualitario en los Estados Unidos era que «*La conversación es el motor principal del cambio*». O, como lo expresaba a menudo en un discurso tras otro, cruzaba mi país instando a las personas homosexuales y no homosexuales que creían en la equidad y en la familia a hablar en apoyo a las parejas del mismo sexo, «*No hay matrimonio sin compromiso*».

En la campaña «Freedom to marry» en los Estados Unidos, centramos nuestra estrategia en crear un clima que alentaría e impulsaría a los responsables de la toma de decisiones, ya sean legisladores o jueces, a hacer lo correcto, y nuestra idea para lograrlo era hacer que las personas compartieran sus historias, hablar sobre valores compartidos, y llegar a ver la humanidad común de las personas homosexuales y nuestro deseo de participar de la responsabilidad y la dignidad que implica estar de pie ante los amigos y familiares y hacer un compromiso basado en el amor.

Es a través de estas conversaciones e historias que las personas fueron motivadas a abandonar o trabajar sobre los estereotipos obsoletos y el prejuicio inconsciente sobre las personas homosexuales, así como sobre lo que les dicen sus oponentes. El poder de involucrar a las personas en las conversaciones, con historias personales y empatía explica, por ejemplo, por qué a pesar de la oposición oficial de gran parte de la jerarquía católica, los católicos han sido de gran apoyo en países de todo el mundo, desde España hasta Argentina, desde Irlanda hasta Estados Unidos. En Chile, por ejemplo, la encuesta de Plaza Pública en enero de 2017 mostró el apoyo católico a la libertad de contraer matrimonio con un 66% de súper mayoría.

Como en muchos de los países que ahora luchan contra la discriminación y a favor del matrimonio igualitario, en los Estados Unidos perdimos muchas batallas, muchos casos judiciales, muchas peleas legislativas, perdíamos y perdíamos una y otra vez. Pero finalmente, comenzamos a persuadir y ganar. En los dos años previos a nuestra victoria final nacional en la Corte Suprema en junio de 2015, ganamos más de 70 fallos judiciales en todo el país. Los tribunales de apelación y los tribunales de primera instancia, los jueces nombrados por presidentes y gobernadores republicanos y demócratas, encontraron una y otra vez que no hay una buena razón para excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo, ninguna buena razón para negar la dignidad y la protección a sus hijos, no hay una buena razón para que el gobierno trate a un grupo de personas como menos valiosas, menos amorosas, menos merecedores del conjunto de significados que tiene el matrimonio para todos.

En todas esas más de 70 sentencias judiciales, basadas en evidencia, experticia y experiencia, mi frase favorita vino en el caso en que trajimos el matrimonio igualitario en Utah, uno de los Estados más conservadores y religiosos en los Estados Unidos. Después de analizar todos los escritos y argumentos, el interrogatorio y la evidencia, el juez de Utah falló a favor de las parejas que buscaban acceso al matrimonio civil de manera igualitaria. Y notó, «*No es la Constitución lo que ha cambiado, sino el conocimiento de lo que significa ser gay o lesbiana*».

Esa frase resumió nuestra estrategia de una mejor manera, plasmó cómo fue que pudimos a través de una transformación profunda y empoderante, cambiar corazones y mentes, y luego la ley.

Y, como muestra Duarte aquí, esa montaña de evidencia, experticia y experiencia (de décadas de debate en los EE.UU. Y también en otros 24 países y contando) ahora está ahí para que otros en otros países puedan recurrir. Esta no es una pregunta nueva. Hay respuestas y un historial. Lo que es crucial es romper el silencio, hacer el caso, contar las historias, invocar los valores, compartir las respuestas, asegurar lo incierto y ayudar al aumento de la equidad, alcanzable pero no alcanzado.

La importancia de unir el trabajo y organizar en las legislaturas y tribunales con la participación de persona a persona en el tribunal de la opinión pública no sorprenderá a quienes han trabajado para promover la inclusión y el respeto por la igualdad a pesar de la diferencia en el lugar de trabajo y otras latitudes.

Como [379 negocios](#) dispusieron en un *Amicus Curiae* en el cual instan a la Corte Suprema de los Estados Unidos a fallar a favor del matrimonio igualitario en 2015:

*«[I]nclusión fortalece, en lugar de debilitar, nuestras instituciones más importantes. Cuando integramos nuestras escuelas, la educación mejoró. Cuando abrimos nuestros jurados a las mujeres, nuestra democracia se volvió más vital. Cuando permitimos que los soldados homosexuales y lesbianas sirvieran abiertamente en uniforme, mejoraba la cohesión de la unidad. Cuando las parejas del mismo sexo están casadas, al igual que cuando las parejas del sexo opuesto están casadas, sirven como modelos de compromiso amoroso para todos. Estas mismas observaciones son ciertas para... las empresas: la diversidad y la inclusión fortalecen, no debilitan, nuestros negocios».*

Bufetes de abogados como Dentons, el más grande del mundo, en el que soy Asesor Senior, entienden que no se trata de eliminar o minimizar la diferencia, sino de ayudar a las personas a ver los valores, aspiraciones y necesidades que compartimos a pesar de nuestras diferencias. La diferencia en realidad puede fortalecer nuestro esfuerzo común, ya sea construyendo una sociedad o economía mejor, o administrando un bufete de abogados o compañía con más éxito, estableciendo un mejor equipo.

El activista/autor Eric Liu lo pone así en su libro, *Eres más poderoso de lo que piensas*:

*«Diversos grupos que descubren cómo cooperar superan a los grupos que no lo hacen. Hay una montaña de ciencias sociales detrás de esa declaración. La cooperación, a su vez, es el producto de la inclusión. Las sociedades que descubren cómo mantener la inclusión superan y duran más que las que no lo hacen. Esa es la lección de la historia humana».*

Cuando los activistas y abogados desde México a Chile, involucran al público y piensan en cómo ayudar e impulsar a quienes toman las decisiones, las ideas y tácticas que utilizan son las que Duarte presenta en este libro: los aspectos comunes en cómo ganar, las lecciones que se encuentran en las transformaciones y victorias que hemos logrado en países tan diferentes como Irlanda, donde ganamos un referéndum nacional; Sudáfrica, donde ganamos en los tribunales; o, nuevamente, en los EE. UU., donde condujo una campaña de décadas en muchos estados y muchas metodologías para cambiar corazones y mentes, y luego la ley.

Las lecciones del trabajo para ganar el acceso igualitario al matrimonio civil y terminar con la discriminación incluyen la importancia de la claridad sobre el objetivo y la estrategia, para inspirar a las personas a que pasen a la acción. La necesidad de combinar el mensaje y la entrega de mensajes para llegar a las personas tanto en sus corazones como en sus cabezas, involucrando su comprensión y empatía a través de historias personales y valores compartidos, a través del motor de la conversación. El imperativo de combinar la cobertura de la discusión con la organización y la conexión personal. El libro de estrategias para mover legisladores, para la educación pública, para refutar y rechazar esfuerzos de oposición de la oposición, para reclutar expertos en bienestar infantil, salud pública y derecho junto con voces de fe, alcaldes, líderes sindicales y empresariales. La urgencia de transmitir a lo largo del tiempo las cosas clave que se necesitan para ganar: Esperanza, Claridad y Tenacidad.

La no discriminación en todos los ámbitos de la ley y la vida es una cuestión de derechos humanos básicos, equidad básica y compasión, y un básico interés propio en la promoción de familias fuertes, comunidades y sociedades para todos. Ya sea en el lugar de trabajo o en el mercado, los pasillos del poder o el hogar, todos somos más fuertes cuando todos pueden participar y contribuir. Y eso incluye a las personas homosexuales y trans, y ello incluye la libertad de contraer matrimonio para todos.

A través de diferentes sociedades y muchos siglos, el matrimonio ha sido y sigue siendo el lenguaje preeminente del amor, el vocabulario de la inclusión y el respeto, en las sociedades actuales, el matrimonio ofrece una amplia gama de protecciones y responsabilidades legales y económicas, desde el inicio hasta

la muerte (con impuestos en el medio). El matrimonio toca cada área vital de la vida: crear parientes, criar hijos, construir una vida en común, celebrar y reforzar el amor y el compromiso, el cuidado mutuo, el retiro y la herencia.

Por todas estas razones, respetar los derechos humanos de las personas homosexuales y trans, incluida la libertad de contraer matrimonio, no va en contra de los valores familiares, sino que los cumple. Aunque los opositores de las personas homosexuales y trans a menudo se visten con religiosidad, no debe haber conflicto entre la religión y tratar a las personas homosexuales y trans con dignidad. Duarte expone la táctica común de abusar de valores como la religión y la libertad religiosa de aquellos que buscan una licencia especial para discriminar desafiando la igualdad de trato para todos, o que exigen que el gobierno niegue los derechos humanos básicos, y la libertad bajo la ley a algunos.

Defender los derechos humanos es la manifestación de valores profundos: tratar a los demás como quisieras ser tratado, amar a tu prójimo, no juzgar para no ser juzgado, ser amable y justo con los vulnerables, celebrar el amor. No debe haber conflicto entre la libertad religiosa y la libertad personal; todas las personas deben ser libres de creer y adorar como lo deseen, aun cuando el gobierno no tome partido, sino que proteja la libertad y la igualdad de todos. La mejor manera de preservar la libertad religiosa, así como la libertad personal, no es mediante la creación de exclusiones religiosas especiales y la discriminación, sino más bien, asegurando el respeto de todos bajo la ley.

Llevar el acceso igualitario al matrimonio civil a tantas personas, por mucho, ha marcado una profunda diferencia en la vida, la felicidad y el bienestar de las personas en el precioso corto tiempo que compartimos en este planeta. Después de todo, hay suficiente matrimonio para compartir. Las parejas del mismo sexo no van a agotar las actas de matrimonio. Y las leyes que protegen a todas las personas contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género no solo les importan a las personas homosexuales y trans y a sus seres queridos; significan un equipo más fuerte, una economía más fuerte, un país más fuerte para todos.

Hemos recorrido un largo camino y todavía tenemos mucho más por hacer. En la vida no hay nada más gratificante que hacer una diferencia para mejorar el mundo... y ahora es el momento. Sumérgete en el nuevo libro de Herman Duarte y únete al trabajo de reparar el mundo.

=====

*Evan Wolfson fue fundador y presidente de Freedom to Marry, la campaña que ganó el matrimonio igualitario en los Estados Unidos, y es ampliamente considerado el arquitecto del movimiento que llevó a la victoria nacional en 2015. En 1983, Wolfson escribió su tesis de Harvard Law School sobre las parejas del mismo sexo y el matrimonio igualitario. Durante la década de 1990 se desempeñó como abogado adjunto en el histórico caso de matrimonio de Hawaiki que lanzó el movimiento mundial «Freedom*

to marry», y ha participado en numerosos casos de derechos de homosexuales y VIH/SIDA. Wolfson obtuvo una licenciatura en historia de Yale College en 1978; sirvió como voluntario del Cuerpo de Paz en una aldea en Togo, África Occidental; y escribió el libro, Por qué importa el matrimonio: Estados Unidos, la igualdad y el derecho de las personas homosexuales a casarse, publicado por Simon & Schuster en julio de 2004. Citando su liderazgo nacional en el matrimonio y su aparición ante la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Boy Scouts of America Vs. James Dale*, *National Law Journal* en 2000, nombró a Wolfson uno de los «100 abogados más influyentes de Estados Unidos». *Newsweek / The Daily Beast* apodó a Wolfson «el padrino del matrimonio gay» y *La revista Time* nombró una de «las 100 personas más influyentes del mundo». En 2012, Wolfson recibió la Medalla de Distinción Barnard junto con el presidente Barack Obama. Tras alcanzar en 2015 el objetivo perseguido durante 32 años, Wolfson ahora dedica su tiempo a asesorar y ayudar a diversos movimientos y causas en los EE. UU. Y en todo el mundo deseosos de adaptar el modelo y aplicar las lecciones que hicieron que la campaña *Freedom to Marry* exitosa. Con sede en la ciudad de Nueva York, Wolfson ha sido nombrado Visitador Distinguido de la Práctica en el Centro de Derecho de Georgetown, donde enseña derecho y cambio social; un Distinguido practicante en *Grand Strategy* en la Universidad de Yale; y Senior Counsel en *Dentons*, la firma de abogados más grande del mundo, con más de 125 oficinas en más de 50 países.

EVAN WOLFSON

18 de junio de 2018



# Introducción

Al momento de escribir este libro está en marcha la tercera gran revolución, la del mundo de las computadoras, donde la inteligencia artificial ha trazado un nuevo camino hacia un mundo diferente al que el derecho Romano trazó. Así estamos en presencia de la disruptiva entrada de las criptomonedas, la incorporación de contratos inteligentes que se auto ejecutan por *blockchain*, la toma de decisión por medio de *data mining*, los procesos de automatización en producción y análisis de documentos, la irrupción de la economía del *Big Data* o como ignorar los avances médicos que permiten que parejas estériles tengan hijos, que médicos puedan operar a distancia por medio de brazos robóticos, hasta evidencia que se han realizado trasplantes... de cabeza.

La revolución tecnológica, también ha tocado el campo de las relaciones humanas. Así vimos como con el inicio del milenio surgen redes sociales, donde se abre el campo para interacciones virtuales entre usuarios conectados por medio de internet en cualquier lugar del mundo, abriéndose campos especializados en el mundo de los negocios y hasta en el de las citas<sup>1</sup>, dando lugar a la creación de aplicaciones en la que más de alguno encontró el amor<sup>2</sup>. La revolución

1. Sobre el tema, un interesante análisis hace Marcos Bartolomé sobre el uso de Tinder como aplicación de citas y ligues: Bartolomé, M. (2018). El amor en los tiempos del Tinder Tendencias y comportamientos emergentes derivados de la popularización de la aplicación de citas. (Trabajo de fin de licenciatura). Universidad Rey Juan Carlos. La problemática del almacenamiento de la data que se intercambia en ese tipo de aplicaciones es un (alarmante) tema que merece una discusión por aparte, el interés por puede despertarse tras leer la columna de: Duportail, J. (26 de setiembre del 2017). I asked Tinder for my data. It sent me 800 pages of my deepest, darkest, secrets. The Guardian. Extraído de: <https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/26/tinder-personal-data-dating-app-messages-hacked-sold>
2. El mundo del amor en la modernidad, es uno muy diferente al imaginado por Romeo y Julieta, tal y como explica: Haynes, G. (8 de mayo del 2017) Cushioning, breadcrumbing or benching: the language of modern dating. The Guardian. Extraído de: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2017/may/08/cushioning-breadcrumbing-benching-language-modern-dating>

tecnológica ha sido objeto de estudios<sup>3</sup> y premoniciones<sup>4</sup> sobre lo que deparará para el futuro, en particular sobre la creación de masas inútiles a raíz de la automatización de profesiones mecánicas y quedarán a la deriva millones de personas sin nada que aportar a la sociedad. Sin olvidar que hay quienes, como Bill Gates o Elon Musk, que consideran que la Inteligencia Artificial podría llegar a causar la extinción de la especie humana.

Los cambios también son sociales. Vivimos en un mundo donde existen mejores condiciones económicas, un mayor nivel de escolaridad, más expectativa de vida, es un planeta más progresista<sup>5</sup> en comparación con el que era hace 100 años. En el ámbito de la sexualidad, podemos decir que tanto la orientación sexual e identidad de género<sup>6</sup>, en la mayoría países<sup>7</sup>, ha pasado de ser criminalizada a ser una condición jurídicamente protegida, despojando en ese recorrido, la degradante condición de patología.

En 1989, el Reino de Holanda se transforma el primer país del mundo que regula las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, creando la institución de «parejas registradas», una suerte de ornitorrinco jurídico, diferente al matrimonio y con menos derechos. Esta situación deja atrás la discusión si las parejas del mismo sexo entre adultos deben surtir efectos jurídicos y abre el debate un nuevo debate: ¿Debe existir una figura diferente e inferior

3. Wisskirchen, G., et al. (2017) Artificial Intelligence and Robotics and their Impact on the Workplace. Extraído de: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=c06aa1a3-d355-4866-beda-9a3a8779ba6e>
4. Harari, Y. (2016). Homo Deus: Breve historia del mañana. [Versión Kindle]. Extraído de [www.amazon.com](http://www.amazon.com) El honorable ex presidente, Barack Obama también advirtió sobre ello en la «Nelson Mandela Annual Lecture»: «And while globalization and technology... reduced the demand for certain workers, has helped weaken unions and labor's bargaining power». Disponible en: Obama, B. (18 de julio de 2018). Barack Obama's Johannesburg Speech in Full. Extraído de: <https://www.theguardian.com/us-news/2018/jul/18/barack-obamas-johannesburg-speech-in-full>
5. Pinker, S., (2018). Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism, and Progress. New York, NY. Penguin Books Limited.
6. La Asociación Americana de Psicología creó un cuadro con las definiciones que sus guías aportan para explicar qué es la orientación sexual (homosexualidad, bisexualidad y heterosexualidad) y como se difiere con la identidad de género. Ver: Definitions Related to Sexual Orientation and Gender Diversity in APA Documents. (s.f.). Extraído de: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/sexuality-definitions.pdf>
7. Es imposible ignorar que en más de 70 Estados se penalizan a personas homosexuales, bisexuales y transexuales con castigos que van desde prisión hasta la muerte. Al respecto ver: Carroll, A. y Mendos, L., (2017). Sponsored Homophobia. A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalization, Protection and Recognition. 12th edition. Extraído de: [https://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_State\\_Sponsored\\_Homophobia\\_2017\\_WEB.pdf](https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf) Por otra parte, para una visión positiva de los avances en América Latina: Pérez-Damasco, D. (2018). Somos imparables: Radiografía de organizaciones, medios y derechos de las comunidades LGBTI+ en América Latina. Distintas Latitudes [E-Book]. Extraído de: <https://distintaslatitudes.net/aqui-puedes-descargar-imparables-ebook>

al matrimonio civil (no religioso) o las personas deben ser tratadas igual, sin importar su orientación sexual?

Holanda, sin haber experimentado las plagas de Egipto, en el año 2001 decide que es momento de terminar la discusión y establece que, en su Reino, no existen ciudadanos de segunda categoría, abriendo a paso a tener una regulación uniforme para aquellas personas que quieran regular su relación de pareja, sin importar su orientación sexual.

Hasta hoy día, al menos 25 países han seguido ese ejemplo, bien por medio de referéndums, voto legislativo o por decisiones judiciales. Uno a uno, estos países han ido borrando de su historia la clasificación inmoral de ciudadanos de primera y segunda categoría. Habilitando el acceso igualitario a la institución civil del matrimonio (no religioso) sin importar la orientación sexual de los contrayentes. Hoy en día, más de 1000 millones de personas, el 15% de la población mundial<sup>8</sup>, viven en territorios donde se reconoce que existen diferentes formas de amar y que parejas de adultos comprometidas, con afán de hacer una familia, podrán recibir las protecciones legales, sociales y culturales que conlleva enlazarse por medio del matrimonio civil (no religioso).

«Nuestras dolorosas experiencias nos han enseñado que el opresor no concede nunca voluntariamente la libertad, sino que esa libertad debe ser demandada por el oprimido» explicaba Martin Luther King<sup>9</sup>, y al igual y como ocurrió con el movimiento de derechos civiles, cuando parecía que se había alcanzado *la tierra prometida*<sup>10</sup>, los grupos opresores se levantaron con más furia para contrarrestar las victorias políticas y legales alcanzadas con la decisión *Brown* contra *Board of Education* y el *Civil Rights Act* de 1964.

Tal y como ocurrió en el movimiento de los derechos civiles de los afroamericanos<sup>11</sup>, *el opresor* se ha levantado contra el progreso social. Este choque viene

8. Gormley, A. (11 de marzo de 2017). Inclusion, Momentum, and the Freedom to Marry Worldwide by Evan Wolfson. Extraído de: <http://diversity.chambersandpartners.com/inclusion-momentum-and-the-freedom-to-marry-worldwide-by-evan-wolfson/>
9. King Jr., M. (1963). Carta desde la cárcel de Birmingham. Extraído de: <http://wpd.ugr.es/~diegoch/?p=312>
10. Parafraseando a Martin Luther King quien en sus discursos hacía referencia a la «promised land» (tierra prometida) como metáfora que explicaba un momento en el tiempo donde el racismo no predominaría en las relaciones sociales en los EUA. El 3 de abril de 1968, un día antes de su magnicidio, King dio el discurso «I've Been to the Mountaintop»: «Like anybody, I would like to live a long life. Longevity has its place. But I am not concerned about that now. I just want to do God's will. And He's allowed me to go up to the mountain. And I have looked over. And I have seen the Promised Land. I may not get there with you. But I want you to know tonight, that we, as a people, will get to the promised land!» King Jr., M. (3 de abril de 1968). Carta desde la cárcel de Birmingham. Extraído de: <https://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkivebeentothemountaintop.htm>
11. Coretta Scott King, esposa de Martin Luther King, fue una activista por los derechos de los gays y lesbianas, recordando que su esposo enseñó que: «la injusticia en cualquier lado, es una

de diferentes frentes, pues se trata de una amalgama de grupos (antiinmigrantes, supremacistas blancos, anti-**diversidad sexual**<sup>12</sup>, antisemita, anti musulmanes, anti-derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, ultraconservadores, fundamentalistas religiosos, anticomunistas, homonacionalistas y demás que entidades que conforman la derecha alternativa)<sup>13</sup> que tienen diferentes ideologías y posturas pero que comparten alguna visión discriminatoria.

El intelectual Steven Pinker, al hablar de este fenómeno, lo explica muy bien: «*Se sienten inquietos y marginados frente a esa corriente gradual e inexorable que conduce al cosmopolitismo, la liberalización de las costumbres, los derechos de las mujeres, los gais, las minorías... Eso asusta a esos hombres blancos mayores que forman su núcleo, que apoyan a Trump, al Brexit, a los partidos xenófobos europeos. Tienen en común una mentalidad tribal, la misma que conduce al nacionalismo y al autoritarismo. Sienten hostilidad hacia las instituciones, buscan un líder natural que exprese la pureza y la verdad de la tribu. Les cuesta aceptar la idea democrática e ilustrada de que el gobernante es un custodio temporal del poder sometido a deberes y limitaciones*<sup>14</sup>».

Con esa multiplicidad de frentes abiertos contra el progreso social, hay una variedad de tácticas que van desde: (i) desinformar, mezclando conceptos falsos con reales; (ii) sembrar miedo, con el único fin de alarmar a la población sobre peligros inexistentes; (iii) deshumanizar, para generar una repulsión. Sin dejar a un lado las clásicas difamaciones, calumnias e intimidaciones por medio de ejecuciones extrajudiciales.

De todas estas tácticas, destaca uno de los métodos que han utilizado para para la situación de la discursiva peligrosa<sup>15</sup> que ha iniciado con el movimiento de la «Ideología de Género». Un término inventado por opresores de derechos humanos, que sirve como herramienta discursiva para manifestar públicamente

---

amenaza a la justicia para todos». *Esto como respuesta a grupos de activistas de derechos civiles que rechazaban la comparación, ellos podrán tener su opinión, pero ninguno tendrá el peso de ser la esposa y quien continuó el legado del Nobel de la Paz, Martin Luther King. Long, M. (31 de enero de 2013). Coretta's Big Dream: Coretta Scott King on Gay Rights. Extraído de: [https://www.huffingtonpost.com/michael-g-long/coretta-scott-king\\_b\\_2592049.html](https://www.huffingtonpost.com/michael-g-long/coretta-scott-king_b_2592049.html)*

12. El término «Diversidad Sexual» celebra todas las formas de expresión que muestran las diferentes orientaciones sexuales (homosexual, heterosexual, bisexualidad, asexual, pansexual, «queer») y la identidad de género. La expresión LGBTIQ comprende a las personas «lesbianas, gay, bisexual, trans e intersexuales». Mientras que con «transgénero» lo utilizo para personas transexuales, travestis e intersexuales, «cross-dressers» o demás inconformistas de género.
13. El Southern Poverty Law Center ha instaurado un observatorio de ideologías extremistas en los Estados Unidos de América: Ideologies. (s.f.). Extraído de: <https://www.splcenter.org/fighting-hate/extremist-files/ideology>
14. Martínez, J. (17 de junio de 2018). Steven Pinker: «Los populistas están en el lado oscuro de la historia». Extraído de: [https://elpais.com/elpais/2018/06/07/eps/1528366679\\_426068.html?id\\_externo\\_rsoc=TW\\_CC](https://elpais.com/elpais/2018/06/07/eps/1528366679_426068.html?id_externo_rsoc=TW_CC)
15. En referencia a la teoría de la profesora Susan Benesch, sobre su investigación relacionada al lenguaje y paso previo a los discursos de odio. Al respecto ver: <https://dangerousspeech.org>

una estrategia política conservadora tendiente a disminuir, restringir y/o retirar derechos a las poblaciones históricamente marginalizadas como las personas que componen la **diversidad sexual**, y las mujeres<sup>16</sup>. No podemos olvidar del importante rol que el lenguaje tiene en la preparación del terreno para la comisión de atrocidades como genocidios<sup>17</sup>.

Estas palabras peligrosas, son como la sal del mar que oxida la infraestructura, y son precisamente el problema que advirtió Nelson Mandela en su discurso inaugural de la Corte Constitucional de Suráfrica: «*los ataques a los derechos básicos de las personas se expresan invariablemente en lenguaje inocente*<sup>18</sup>». Este problema, no es sencillo de abordar, pues algunos de estos grupos están altamente estructurados, financiados por grandes poderes económicos y que al tocar temas tabú que han sido ignorados por siglos, les resulta fácil desinformar, alimentar prejuicios, implantar miedo trayendo fantasmas del pasado (marxismo/comunismo) y propagar una ideología de odio, que tiene como finalidad deshumanizar a todas las personas que escapan de la realidad binaria (hombre-mujer) y su excluyente visión del mundo.

Toda esta interacción humana, ocurre en el marco de una época cultural que tiene como valor supremo la diversión, el escapar del aburrimiento, alejarse del sufrimiento y la búsqueda de todo aquello que sea instantáneo, inmediato y fugaz. Esta situación genera que la verdad se funda en un *mar de irrelevancia* producida por el exceso de información consecuencia del *apetito casi infinito del hombre por las distracciones*<sup>19</sup>. Esto genera el pernicioso efecto de promover todo aquello capaz de generar escándalo: la propaganda, las noticias falsas, la prensa amarillista, la ausencia del pensamiento crítico, la aparición de la información *exprés*, el arte sin fondo. Todo ello y más, es lo que caracteriza a la civilización del espectáculo que Vargas Llosa bautizó<sup>20</sup>.

16. La doctora Siverino Bavio, miembro del comité de bioética de la UNESCO y consultora de Hduarte Legal expone sobre la ideología de género: «Es un invento de grupos conservadores para denostar algo tan elemental de los derechos humanos como es el enfoque de género, que básicamente sostiene que quienes que no somos hombres heterosexuales también existimos (mujeres y el colectivo LGBTIQ) y tenemos necesidades y perspectivas propias». Silverino, P. (9 de julio de 2018). Ideología de género: el reggaetón conservador. Extraído de: <https://elfaro.net/es/201807/columnas/22219/Ideolog%C3%ADa-de-g%C3%A9nero-el-reggaet%C3%B3n-conservador.htm>
17. Ver el capítulo I.1 destinado a la dictadura Nazi. También ver: Steinitz, J. (2015). What's Metaphor Got to Do with It? Troping and Counter-Troping in Holocaust Victim Language. Extraído de: <https://ir.uiowa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5966&context=etd>
18. Mandela, N. (14 de febrero de 1995). Speech by President Nelson Mandela at the Inauguration of the Constitutional Court. Extraído de: <http://www.anc.org.za/content/speech-president-nelson-mandela-inauguration-constitutional-court>
19. Huxley, A. (1958). Retorno a un Mundo Feliz. [Edición Kindle], Capítulo IV. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)
20. Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html)

Una de las soluciones a este problema, ya la adelantaba Evan Wolfson en el prólogo: **el motor de la conversación**. El impacto que las conversaciones 1-1 pueden generar es enorme, por lo que es tarea de todas las personas que creemos que todos los seres humanos somos iguales en dignidad, que expongamos nuestras historias<sup>21</sup> personales y tengamos un entendimiento de las temáticas recurrentes que surgen en conversaciones del día a día. Por eso surge este libro, para servir como herramienta que permita a personas formarse en la materia. Se trata de un proyecto que ordena la discusión en XII capítulos.

El punto de partida, debe ser entender el escenario en donde se lleva a cabo la discusión: El Estado de Derecho. Esto es importante entenderlo, porque todos estamos sujetos a estas reglas, que buscan que no exista una sola persona que sea considerada inferior según la Ley. Ni tampoco, otra que sea tan importante, que pueda estar por encima de la Ley, al punto que no se le apliquen consecuencias por su incumplimiento. Para explicarlo, nos sumergiremos al terrible momento de la historia donde el Estado de Derecho fue borrado por más de una década, reviviendo el terror del Estado Nazi, analizando cómo sus discursos eran la gasolina para encender la maquinaria del holocausto. En el capítulo I también se presenta una pincelada de los mecanismos de protección de derechos humanos que hay en el mundo y en particular en América Latina.

El capítulo II versa sobre qué es la discriminación<sup>22</sup>, pues existe una distorsión del término producto de las mal intencionadas de los grupos opresores en confundir al sentido común de cuándo la discriminación es justificada y cuando no lo es. Es importante entender que todo el tiempo discriminamos, pero únicamente cuando esa discriminación degrada a una persona, es decir le despoja de su igualdad como ser humano, es cuando ello será considerando injustificado conforme al Estado de Derecho.

21. La gran arma secreta que tenemos es el poder de la conversación. Esto es algo que Harvey Milk entendió muy bien, al respecto ver estos discursos: (i) «salgan ahora, mantengan la educación en marcha, sigan hablando 1-1, sigan hablando con sus amigos y familiares... para que podamos vivir en armonía». Milk, H. (7 de noviembre de 1978). Rally de victoria contra el referéndum de Proposición No.6. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=DPSn4A-obFM> y (ii) «Me gustaría ver a todos los abogados homosexuales, a todos los arquitectos gay salir, ponerse de pie y dejar que el mundo lo sepa. Eso haría más para terminar con los prejuicios de la noche a la mañana de lo que nadie podría imaginar. Los insto a hacer eso, los insto a que salgan. Solo así podremos comenzar a lograr nuestros derechos.... Todo lo que pido es que el movimiento continúe, y si una bala entrara en mi cerebro, deja que esa bala destruya cada puerta del armario...». Milk, H. (18 de noviembre de 1978). Grabación de mensaje en caso de ser asesinado. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=CVb9nt8huMY>.
22. La cual esa es la semilla que sirve como fruto para este libro. La columna originalmente publicada en el año 2011 en La Prensa Gráfica de El Salvador: Duarte, H. (2 de diciembre de 2017). El derecho a discriminar. Extraído de: <https://hduartelegal.com/blog/2017/12/2/el-derecho-a-discriminar>.

## INTRODUCCIÓN

El capítulo III está destinado a frenar de una vez por todas, las erradas deslegitimaciones<sup>23</sup> a los pronunciamientos técnicos por la Organización Mundial de la Salud, Asociación Americana de Psiquiatría y Asociación Americana de Psicología en relación con la orientación sexual y la identidad de género<sup>24</sup>. Además, me refiero al fraudulento mundo de las clínicas de conversión, no solo para desenmascarar que estas prácticas no tienen base científica alguna, sino para dejar claro que representan un riesgo en la vida de muchas personas.

Como diría Miguel Bosé, *El cuarto viene después*, y recorreremos rápidamente el mundo de la psicología para entender como nuestro cerebro funciona, esa máquina asociativa que todos tenemos, previo a entrar a las raíces de las Homofobia, Lesbofobia y Transfobia que, a diferencia de lo que sostienen algunos grupos opresores<sup>25</sup>, sí existen. Ello se evidencia con las cifras de violencia<sup>26</sup> y homicidios que sufren las personas LGBTIQ, como les ocurrió a Daniel

23. Ver por ejemplo los párrafos 200 al 213 del reporte preparado en el año 2015 por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la violencia que sufren las personas LGBT+ en América Latina, en donde se evidencia los constantes eventos relacionados con la supuesta conversión de homosexuales en países como Estados Unidos de América, Ecuador y otros: *Violencia contra las personas LGTBI*. (2015). Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTIQ.pdf> Párrafo 200-213. En el mismo sentido, ver el reportaje: Golubeva, A. (1 de mayo de 2017). Los controvertidos tratamientos que médicos usan en Rusia para «curar la homosexualidad». British Broadcasting Company, extraído de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39770514>
24. Identidad de género, intersexualidad y no binarismo, los cuales son temas complejos que, si bien he intentado hacer una aproximación de ellos y que en gran medida los principios soslayados le resultan aplicables, cada categoría conlleva su particularidad, diferenciación y su especialidad de la cual considero que no tengo las credenciales en tales materias, por lo que consideré que es mejor dejar estas discusiones en manos de otros colegas. Al respecto, remito al lector a los trabajos de Paula Siverino Bavio sobre la materia de identidad de género, mientras que en la temática de la intersexualidad es abordado de manera ejemplar por Lucía Camacho Gutiérrez y Natasha Jiménez.
25. Algunos autores enfocados únicamente en la etimología de la palabra, niegan que exista la homofobia, pero esto escapa más allá de las raíces de las palabras, pues se trata de toda una cultura que comienza desde la misma concepción del individuo, tal y como se expone en el capítulo IV de este libro. Las personas son más que una palabra.
26. «... los actos denunciados de violencia contra las personas por razón de su orientación sexual o identidad de género real o percibida también figuran amenazas de muerte, palizas, castigos corporales impuestos como pena por conducta homosexual, detención y privación de libertad arbitrarias, secuestro, reclusión en régimen de incomunicación, violación y agresión sexual, humillaciones, insultos, hostigamiento, acoso, discurso de odio y exámenes médicos forzados, como exploraciones anales, y casos de la denominada “terapia de conversión”». (A/HRC/38/43). ONU. (11 de mayo de 2018). «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género». Extraído de: <https://www.avid.org/sites/default/files/atoms/files/g1813215.pdf>

Zamudio<sup>27</sup> y a de Harvey Milk<sup>28</sup>. Sin dejar a un lado el rechazo y acoso a los que son sometidas algunas de estas personas, que los empujan al abismo del suicidio, como ocurrió con Bobby Griffiths<sup>29</sup> y Sergio Urrego<sup>30</sup>. Sus vidas no son en vano.

Teniendo estas bases, resulta procedente abrir la puerta del siguiente capítulo, pues en los *Cinco Continentes* se han presentado la injusta situación que el Estado, haciendo uso de su poder de imperio, decide discriminar a aquellos pobladores que no son heterosexuales. Por lo que en este capítulo se cubren situaciones injustificadas que van desde la criminalización hasta la exclusión de instituciones centrales de la sociedad, impidiéndole a las personas homosexuales una protección legal en relaciones románticas de pareja. También se cubre el tema de las familias homoparentales y métodos de reproducción asistida. Cabe decir que las posiciones que se exponen se sustentan en jurisprudencia vinculante para los países que componen el sistema interamericano de derechos humanos.

27. El 27 de marzo del 2012, Daniel Zamudio fue brutalmente asesinado por medio de una golpiza de grupos anti homosexuales, lo cual generó una conmoción en Chile que promovió la implementación de una ley marco antidiscriminación conocida informalmente como Ley Zamudio.
28. Harvey Milk fue un político de los Estados Unidos de América conocido por ser el primer funcionario público abiertamente gay en dicho país. Milk pasó a la historia por inspirar a cientos de miles de personas en dicho país y encender la lucha por la reivindicación de los derechos de la diversidad sexual. Desafortunadamente, su llama fue apagada demasiado rápida por las fuerzas homofóbicas del conservador ultra religioso y también concejal de la Municipalidad de San Francisco, el señor Dan White quien asesinó a sangre fría al concejal Milk y al Alcade Moscone. Posteriormente, el señor White se suicidó tras unos meses del incidente. La historia de Milk quedó inmortalizada por el film «MILK» producido por Axon Films, Groundswell Productions y Jinks/Cohen Company. De igual manera, el legado de Milk continua por medio de su fundación: <http://milkfoundation.org>
29. Bobby Griffiths fue un joven americano quien se suicidó en 1983 a raíz del desprecio que sufrió por su familia quien lo rechazaba porque su religión condenaba a la homosexualidad. El caso sale a relucir, a raíz del activismo a favor de homosexuales por parte de su madre, Mary Griffiths, a manera de buscar una respuesta ante todo lo que aconteció de la vida de Bobby. Sobre su vida, consta un libro y una película: Leroy Aarons (1995). *Prayers for Bobby: A Mother's Coming to Terms with the Suicide of Her Gay Son*. Harper Collins y «Prayers for Bobby» (2009) producida por Lifetime Television.
30. Sergio Urrego fue un joven colombiano quien a la edad de 16 años decidió suicidarse ante la presión, acoso y difamación que sufrió por ser homosexual por medio de las mal intencionadas actuaciones de las autoridades del colegio privado donde estudió. El caso de Sergio Urrego levantó toda una serie de temas tabú en Colombia y culminó con una decisión histórica de CSJ de Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-478/15, en la que se obligó revisar los reglamentos de más de 5000 instituciones académicas colombianas a fin de comprobar que no existían sanciones discriminatorias a parejas homosexuales, todo sobre la vida de este mártir de las Américas: <http://fundacionsergiourrego.org>

## INTRODUCCIÓN

Superado los impulsos discriminadores del Estado ¿qué hay de los particulares? ¿pueden discriminar a alguien por su orientación sexual? Un enfoque particular, es el que se le ha dado al ámbito privado de la religión, como una herramienta para discriminar<sup>31</sup> ¿son aspectos propios de la fe? o se trata de ¿una excusa insuficiente para intentar justificar una actuación contraria a derecho? Esto lo examinamos en el capítulo VI.

Lo cual abre el camino para hablar otra de las libertades del título, que nos lleva al núcleo de este libro, pues se trata de entender qué es la libertad de expresión, sus alcances, límites y consecuencias de su ejercicio abusivo. Todo ello, dentro del ámbito cultural en el cual opera la «Civilización del Espectáculo» y las dificultades que ello conlleva. El capítulo VIII continua sobre esta temática, pero entra a analizar diferentes casos de la discursiva peligrosa que adelantamos en esta introducción, evidenciando casos históricos de cómo estos discursos, sin llegar a ser propiamente de odio, empujan a las personas a tomar medidas que pueden tener como consecuencias graves peligros para las personas instrumentalizadas en los ataques de odio.

El odio es el agente central de los capítulos IX y X, primero como ejemplos de discursos que se han presentado en diferentes lugares y segundo con manifestaciones de crímenes atroces que han tenido como motivación ese enojo irracional frente a una persona que lo motivan a tomar acciones tan drásticas e ilegales como arrebatarse la vida a una persona.

El penúltimo capítulo nos regresa al inicio, pues se analizan algunos de los grupos opresores de derechos humanos y como estos vienen a representar un riesgo para el Estado de Derecho. Un ejemplo de ello, lo encontramos en el fundamentalismo religioso con aspiraciones políticas, que ofrece candidatos únicamente preparados en discriminar a personas que no se apegan a la religión que ellos profesan, un ejemplo de eso se encuentra en la última elección presidencial del Costa Rica<sup>32</sup>. También hablamos de grupos de extrema derecha,

31. Un ejemplo de ello se da con el *Masterpiece Cakeshop, Ltd. Vs. Colorado Civil Rights Commission* de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en donde un pastelero se rehusó a hacer un encargo para una boda de personas del mismo sexo, alegando que, por razones de su libertad religiosa, le resultaba imposible aceptar tal encargo. Las discusiones sobre el alcance de la libertad religiosa, no es una materia nueva, pues con religión se ha fundamentado segregaciones que han sido superadas, como la esclavitud o el matrimonio interracial.

32. Un ejemplo de ello se deslumbra en la elección presidencial de Costa Rica del año 2018, en donde el candidato evangélico Fabricio Alvarado se amparó del término de «ideología de género» apelando a los «valores de la familia tradicional» y el rechazo absoluto a la igualdad de derechos de las personas LGBTIQ para colarse a la segunda ronda presidencial. Costa Rica no ha sido la única excepción, pues en México, Brasil y en general Latinoamérica se ha visto afectada por este fenómeno que crece como un incendio en un bosque en pleno verano. Sobre la campaña presidencial costarricense, recomiendo ver el debate que sostuve en Teletica con el mencionado candidato presidencial, disponible en: Castro, M. (6 de diciembre de 2017). *Matrimonio civil*

que cubiertos con un ropaje ultraconservador, discriminador y crudo se configuran como una amenaza para el Estado de Derecho por los molotov verbales que lanzan con cada impropio en contra del progreso social.

Finalmente, el ciclo se cierra con el XII capítulo donde respondo la pregunta de ¿Cómo hacerse activista? Exponiendo algunos puntos que he aprendido y que considero hubieran sido útiles conocer cuando se intensificó mi activismo por las minorías de la diversidad sexual el 11 de noviembre del 2016. Cerrando con un capítulo, el XIII, con las conclusiones generales de este trabajo: Existe un riesgo real que los avances en materia de derechos civiles se pierdan.

He nutrido este libro con enfoques multidisciplinarios, pero no puedo dejar de resaltar que el enfoque predominante es el legal, pues como abogado, me resulta imprescindible esta visión para entender el mundo. Para compensar este martirio (para algunos) el libro contiene discusiones jurídicas de casos reales en diferentes jurisdicciones europeas y americana, con un factor predominante de Costa Rica y El Salvador. El libro tiene muchas limitantes<sup>33</sup> que se han intentado compensar con pies de página donde se refieren a los puntos que no se han podido desarrollar, bien por falta de espacio o por *expertise*

El libro tiene una triple finalidad: exponer la verdad en lo que respecta a tres conceptos fundamentales para el buen funcionamiento de un Estado de Derecho: ¿Qué es la discriminación? ¿Qué es la libertad religiosa? ¿Qué es la libertad de expresión; seguido de ello, en el mismo rango de importancia, tiene como objetivo el de evidenciar las trampas retóricas que los grupos anti derechos humanos utilizan para confundir las discusiones alrededor de la igualdad de las personas LGBTIQ; y finalmente, tiene como finalidad dotar de herramientas para que cualquier persona pueda transformarse como un activista, ya que cuenta con un capítulo con los consejos y herramientas que me hubiera gustado tener al momento de iniciar mi trabajo como tal.

---

igualitario: Fabricio Alvarado y Herman Duarte debatieron sobre el tema. Teletica, extraído de: [https://www.teletica.com/180220\\_matrimonio-civil-igualitario-fabricio-alvarado-y-herman-duarte-debatieron-sobre-el-tema](https://www.teletica.com/180220_matrimonio-civil-igualitario-fabricio-alvarado-y-herman-duarte-debatieron-sobre-el-tema). Con relación al panorama latinoamericano, ver: (i) García, J. (11 de mayo de 2018). El voto evangélico prueba suerte en México. El País, extraído de: [https://elpais.com/internacional/2018/05/11/mexico/1526066336\\_424521.html](https://elpais.com/internacional/2018/05/11/mexico/1526066336_424521.html) (ii) Corrales, J. (19 de enero de 2018). Un matrimonio perfecto: evangélicos y conservadores en América Latina. The New York Times, extraído de: <https://www.nytimes.com/es/2018/01/19/opinion-evangelicos-conservadores-america-latina-corrales/>

33. He dejado por fuera temáticas importantes, que dada su complejidad considero que deben ser tratados por aparte en libros específicos para ello tales como: comportamiento sexual, identidad sexual. Así como aspectos avanzados de la orientación sexual como la pansexualidad que se encuentra relacionada con otra área que no se encuentra cubierta debidamente como resulta el desarrollo completo de los géneros no binarios. Por fuera quedan también aspectos propios de la queer, asexualidad, antrosexualidad y la intersexualidad. No obstante, las conclusiones y protecciones de no discriminación le resultan también aplicables, ya que no son patologías, ni tampoco desordenes sexuales.

## INTRODUCCIÓN

Este libro podría resumirse con la frase que mi amado padre dijo en respuesta a comentarios alrededor del «riesgo para la familia» que supuestamente implica que la población LGBTIQ tenga los mismos derechos que los heterosexuales: «*Tranquilos, sus matrimonios seguirán intactos*» pues tal y como lo entiende mi querido padre Luis, el trato igualitario no significa un privilegio, ni tampoco es una amenaza para los derechos de otros. Solamente se trata de materializar lo establecido en el artículo 1 de la Declaratoria Universal de Derechos del Hombre: «*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*».



## Capítulo I

# Estado de derecho: terreno neutral para coexistir

SUMARIO: I. EL RÉGIMEN NAZI: LA AUSENCIA DEL ESTADO DE DERECHO. II. EL ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA: TERRENO FÉRTIL DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 1. *Corte Penal Internacional*. 2. *Sistema Arbitraje de Protección de Inversiones*. 3. *Sistema Interamericano De Derechos Humanos*. 3.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 3.2. CorteIDH. A. Carácter vinculante de sentencias. B. ¿Las opiniones consultivas son vinculantes? C. ¿Interfiere la Soberanía? D. ¿La Corte puede crear derechos? 4. *El sistema universal de protección de derechos humanos*.

En los países democráticos, somos testigos que a diario ocurren millones de transacciones comerciales que van desde complejas operaciones bancarias de financiamiento de infraestructura de mega proyectos hasta compras en supermercados, la prensa emite editoriales criticando a los gobernantes de turno, entidades Estatales proceden a emitir órdenes a sus administrados, individuos particulares se comportan civilizadamente en sus interacciones cotidianas, mientras que otros deciden tomar la justicia por sus propias manos y terminan siendo juzgados por funcionarios judiciales provistos por el Estado... llegando a un sinfín de posibles interacciones entre particulares y el Estado que se sostienen sobre un andamiaje jurídico que se conoce como el Estado de Derecho.

Al hablar de Estado de Derecho, partimos de una serie de conceptos que damos por sentado: existe una división de poderes estatales para evitar abusos que surgen por la concentración del mismo, el proceso de formación de ley es efectuado por medio de un sistema de pesos y contrapesos, con la participación directa (en el caso de referéndums por ejemplo) o indirecta (por medio de celebración de elecciones para miembros del Órgano Legislativo) del pueblo soberano, que leyes que son emitidas son de aplicación general para todas

las personas, al punto que nadie estará por encima, ni por debajo de la Ley. Así como otros componentes que se han ido desarrollando a raíz de las experiencias brutales que han ocurrido (y que siguen ocurriendo) a lo largo de la historia.

En este capítulo se explica precisamente la importancia del Estado de Derecho, del *Rule of Law*, por medio del contraste que ocurre al recordar ejemplos históricos, donde dicho sistema fue mermado hasta aniquilarlo y darle paso al despiadado sistema dictatorial que se erigió alrededor del nacionalismo del Régimen Nazi. Seguido de ello, se entra al detalle de los componentes del Estado de Derecho, su relación con los derechos humanos, pues viene a ser una especie de terreno fértil para el surgimiento de estos. También en este capítulo se da un pincelazo de los diferentes mecanismos nacionales e internacionales que existen para hacerlos valer.

¿Por qué el Estado de Derecho importa? Porque sin Estado de Derecho, no hay espacio para que existan derechos humanos. Por ello, entender este esencial concepto es el necesario punto de partida para este libro.

## I. EL RÉGIMEN NAZI: LA AUSENCIA DEL ESTADO DE DERECHO

¿Se debe permitir «destruir la democracia por medio de las armas de la democracia»<sup>1</sup>? es la pregunta que surge tras hacer una retrospectiva del final de la II Guerra Mundial y cómo se desencadenaron los hechos, así como el contexto económico, político y social que llevaron a que Adolfo Hitler, llegara al poder en Alemania.

Hitler tenía un carisma que resultó irresistible para millones de alemanes que fueron engañados por medio de la maquinaria de propaganda<sup>2</sup> que

1. Frase de Adolfo Hitler según lo reportado por: Grunfeld, F. (1974). *The Hitler File: A Social History of Germany and the Nazis, 1918-45*. Worthing, England, Little Hampton Book Services Ltd., p. 109. Como explica la investigadora Bárbara Koehn: «Hitler accedió al poder absoluto en etapas sucesivas, pero siempre respetando estrictamente la legalidad. La sorprendente paradoja es que Hitler se sirvió de los mecanismos que le ofreció la propia democracia parlamentaria para abolirla». Koehn, B. (2005). *La Resistencia Alemana contra Hitler 1933-1945*. España, Alianza Editorial, P. 39.
2. Mein Kampf tiene dos capítulos destinados a propaganda, los cuales sugieren la admiración de Hitler a la exitosa campaña que los aliados lanzaron la primera guerra mundial. Hitler consideraba que la derrota de Alemania se debió precisamente por el impacto de las palabras en la moral del pueblo alemán, lo que analizó de los Aliados, lo implementó en su Alemania Nazi. Sobre la propaganda consideraba que: «toda la propaganda debe ser popular y su nivel intelectual debe ajustarse a la inteligencia más limitada entre las personas a las que va dirigida... para influir en un pueblo entero, debemos evitar las demandas intelectuales excesivas de nuestro público, y no se puede ejercer demasiada precaución en esta dirección». Con relación a las masas opinaba que: «En general, los lectores

estableció el régimen Nazi. Sus seguidores vieron en él a un profeta mesiánico capaz de sacar a Alemania adelante, la cual se encontraba en una profunda crisis económica por sostener en sus hombros, toda la carga impuesta por el Tratado de Versalles, como consecuencia de haber perdido la I Guerra Mundial. Todo ello con la agravante de la crisis mundial de 1929<sup>3</sup>.

Fue en el período de 1928 a 1930 cuando Hitler logró atraer la mayor cantidad de apoyo por parte de votantes que componían las clases medias bajas, la burguesía, los trabajadores no sindicalizados, las masas rurales y los conservadores compuestos por protestantes y evangélicos. De esta manera Hitler pasó de tener 12 diputados en 1928 a llegar a 230 para 1932, convirtiendo al Partido Obrero Nacional Socialista Alemán (NAZI) en la primera fuerza de Alemania. Posteriormente, llegando a ser Canciller a raíz de la nominación que el presidente Hidenburg le confirió en enero de 1933 para lograr un acuerdo de gobernabilidad, al ser el partido Nazi el partido mayoritario.

Para estas fechas, Hitler ya había recorrido un camino político considerable: veterano de la I Guerra Mundial, participó de un fallido golpe de Estado que lo envió a prisión un tiempo, en prisión escribió «*Mi Lucha*» donde dejó expuesta su visión racial y antisemita que vendría a moldear la ideología Nazi, la ideología que logró instaurar en el Partido Obrero Alemán al cual se incorporó en 1919, partido que rebautizó con el nombre de Partido Obrero Nacional Socialista Alemán (NAZI) y con el cual logró posicionarse en la mente de millones de personas, una ideología nacionalista, racista, anticomunista y antisemita<sup>4</sup>.

---

*de la prensa pueden clasificarse en tres grupos: primero, aquellos que creen todo lo que leen; Segundo, aquellos que ya no creen en nada; Tercero, aquellos que críticamente examinan lo que leen y forman sus juicios en consecuencia. Numéricamente, el primer grupo es con mucho el más fuerte, formado por las amplias masas de la gente. Intelectualmente, forma la porción más simple de la nación». Hitler, A. (1924). *Mein Kampf: My Struggle*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) p. 181 y 183.*

3. Al respecto ver: Zentner, C. y Bedürftig, F. (1997). *The Encyclopedia of the Third Reich*. New York, NY: Da Capo Press y Fernández. Además, puede consultar: Fernández, M. (2015). *Las edades de Hitler. De Satán a un ser de carne y hueso, y su representación en clave paródica*. Madrid, España: Ediciones Complutense. Vol. 24, págs. 67-84.
4. La Consolidación del Poder Nazi. Yad Vashem. Disponible en: La Consolidación del Poder Nazi. (s.f.). Extraído de: <http://www.yadvashem.org/es/holocaust/about/nazi-germany-1933-39/beginning-of-persecution.html> Es solamente justo indicar que no todos los alemanes apoyaron el régimen nazi, muchos de ellos establecieron valientes y fuertes resistencias dentro de Alemania y fuera de ella, sin embargo, al tener socavadas las libertades y estar frente al poderío del aparato estatal, resultó imposible hacerle frente al mismo. Por ejemplo, el intelectual alemán Richard Huch escribió: «*Lo que el gobierno actual impone como sentimiento nacional no se corresponde con mi manera de concebir los sentimientos alemanes o la germanidad. Considero la centralización, la obligación, los métodos brutales, la difamación de los que piensan de otras maneras y la autosatisfacción ruidosa como peligrosas y contrarias a las verdaderas tradiciones alemanes*». Según reportado por Koehn, B. (2005). *La Resistencia Alemana contra Hitler 1933-1945*. España: Alianza Editorial, P.161.

El 27 de febrero de 1933, el Partido Comunista Alemán fue acusado por el partido NAZI de perpetuar el incendio del Parlamento Alemán, lo que le generó el espacio a Hitler para manipular al presidente von Hidenburg en la necesidad de conferirle poderes especiales y suspender todas las garantías constitucionales. El presidente, con una edad avanzada y fácil de manipular, accedió.

Un día después, el 28 de febrero de 1933, se firmó el decreto «*Para la protección del pueblo y del Estado*» el cual otorgó a Hitler la facultad de suprimir derechos fundamentales como la libertad de expresión, libertad de prensa<sup>5</sup>, libertad individual de la persona, libertad de asociación, libertad de reunión y derecho de la privacidad de las comunicaciones. El decreto otorgó poderes extraordinarios para confiscar bienes, efectuar allanamientos sin orden judicial la imposición de penas severas, incluyendo la de muerte por oponerse a la autoridad estatal.

El régimen Nazi desde su primer día, desmanteló las garantías del Estado de Derecho<sup>6</sup>.

El 5 de marzo de 1933, en medio del ambiente de terror y opresión Nazi se celebraron nuevamente elecciones parlamentarias, en donde el partido de gobierno logró alcanzar la mayoría, pero no contaba con los votos suficientes para llegar a tener el poder absoluto. No obstante, por medio de dudosos acuerdos con otros partidos e intimidaciones ilegales, el *Reichstag* aprobó el 23 de marzo la Ley Habilitante que le otorgó a Hitler la capacidad de dictar leyes, saltando las garantías constitucionales, instaurando oficialmente una dictadura que se consolidó en 1934 con la muerte del presidente von Hidenburg.

El aparato estatal del *Third Reich* funcionó a toda potencia para transformar a los judíos en ciudadanos de segunda clase, comenzando en marzo de 1933, con la instauración de medidas que prohibieron a los judíos a fungir como: médicos, oficiales del servicio gubernamental, miembros de la profesión legal<sup>7</sup>,

5. El odio de Hitler hacia la prensa siempre fue expreso: «*The function of the so-called liberal Press was to dig the grave for the German people and REICH. No mention need be made of the lying Marxist Press. To them the spreading of falsehood is as much a vital necessity as the mouse is to a cat... thus preparing the nation to become the slaves of international finance and its masters, the Jews*». Hitler, A. (1924). *Mein Kampf: My Struggle*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) p. 184.
6. En 1949 el sistema legal de Alemania fue rediseñado introduciendo la nueva constitución alemana, llamada «Ley Básica» (*Grundgesetz*). La «Ley Básica» tiene como objetivo garantizar que los crímenes cometidos por Alemania en la Segunda Guerra Mundial nunca puedan repetirse. En este sentido se protege la garantía de la dignidad humana, la libertad de expresión, el derecho general de la personalidad y los principios de igualdad sirven como protección contra el odio, el discurso de odio y el comportamiento discriminatorio.
7. Resulta curioso resaltar como el totalitarismo Nazi impregnó hasta el lenguaje mismo, pues los juristas dejaron de llamarse tal y le dio paso a un término germanizado

editores en medio, parteras, oficiales del ejército, subastadores, comercializadores de armas, asesores de impuestos, maestros/profesores, veterinarios, vendedores de lotería, celebración de contratos con el Estado, el uso de palomas mensajeras<sup>8</sup> y hasta sermones de los Rabinos<sup>9</sup>.

El desmantelamiento de la calidad de ciudadano (1933-1939), continuó por medio de más acciones degradantes, en 1935 se instauran las infames Leyes de Nuremberg o «*Ley de ciudadanía del Reich y la Ley para la protección de la sangre y el honor alemán*», con lo que se materializó en derecho vigente las prácticas e ideas paganas<sup>10</sup> de la raza aria<sup>11</sup> y la necesidad de protegerla del

---

«*Law Guardians/Rechtswahrer*». Esta era una técnica común de los nazis, de utilizar el lenguaje para generar efectos de anclaje en los cerebros, un «Guardian de la Ley» de manera indirecta legitima el cuerpo normativo, aún y cuando su contenido sea manifiestamente ilegal. Zentner, C. y Bedürftig, F. (1997). *The Encyclopedia of the Third Reich*. New York, NY: Da Capo Press y Fernández, p. 529.

8. El 7 de abril de 1933 fue decretada la Ley de Restablecimiento del Servicio Civil Profesional, la finalidad de dicha Ley era expulsar del aparato estatal a judíos por ser considerados una amenaza. La consecuencia fueron miles de despidos en todas las carteras del Estado, incluyendo el ejército. El sitio web del museo del holocausto de los Estados Unidos contiene un detalle de estas normas: United States Holocaust Memorial Museum. (s.f.). Ejemplos de legislación antisemita, 1933-1939. Extraído de: <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007569>.
9. 37 Zentner, C. y Bedürftig, F. (1997). *The Encyclopedia of the Third Reich*. New York, NY: Da Capo Press y Fernández, p. 699 y siguientes. Sobre esta enciclopedia cabe señalar que es una obra completa con más de 1000 páginas que incluye reseñas biográficas de políticos, funcionarios públicos Nazis, actores, escritores, compositores, líderes de la resistencia. También aspectos cotidianos de la vida en Alemania: música de marzo, película de Revue, sellos postales, mordedor de alfombra, deportes y más. Sin dejar a un lado aspectos cruciales: Antisemitismo, Campos de concentración, Fascismo, Solución final, política exterior, Justicia, Propaganda, Segunda Guerra Mundial, Política social y Mujeres en el Tercer Reich.
10. El partido Nazi fue fundado sobre las teorías racistas y ocultista provenientes de la Sociedad Thule que tenía como principal objetivo preservar los orígenes de la raza aria, evitando mezclarse con otras sangres impuras. Dentro del núcleo de la ideología del partido Nazi se encontraba el líder del grupo de choque y encargado de los campos de concentración, Heinrich Himmler, quien se encargó de implantar las prácticas religiosas de la secta política que significó el partido Nazi. Al respecto ver: Herradón, O. (2011). *La Orden Negra. El Ejército Pagano del III Reich*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)
11. La posición racial de Hitler se dislumbra en declaraciones como esta: «*If for a period of only 600 years those individuals would be sterilized who are physically degenerate or mentally diseased, humanity would not only be delivered from an immense misfortune but also restored to a state of general health such as we at present can hardly imagine. If the fecundity of the healthy portion of the nation should be made a practical matter in a conscientious and methodical way, we should have at least the beginnings of a race from which all those germs would be eliminated which are to-day the cause of our moral and physical decadence. If a people and a State take this course to develop that nucleus of the nation which is most valuable from the racial standpoint and thus increase its fecundity, the people as a whole will subsequently enjoy that most precious of gifts which consists in a racial quality fashioned on truly noble*

«genocidio blanco<sup>12</sup>» al cual estaban siendo sometidas. Por medio de estas leyes se prohibieron y disolvieron los matrimonios entre alemanes y judíos<sup>13</sup>.

En materia educativa, paulatinamente se prohibió que fueran admitidos los niños judíos en las escuelas públicas, hasta que fueron expulsados en su totalidad del sistema educativo el 12 de noviembre de 1938, sin olvidar los irrespetos a la autonomía universitaria que el régimen cometió. Esta prohibición se extendió al sistema de salud, fundamentado en las erradas teorías raciales sobre la pureza de la sangre alemana.

También se tomaron acciones para destruir la identidad cultural e intelectual, por medio de saqueos artísticos<sup>14</sup>, quema<sup>15</sup> y censura de libros. Asimismo, con el fin de identificar de manera peyorativa, se estableció una

---

lines». Hitler, A. (1924). *Mein Kampf: My Struggle*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) p. 307. Es por estas ideas de promover la reproducción de la «raza aria» es que la homosexualidad fue tan fuertemente castigada por los Nazis, al respecto se puede consultar el archivo del Museo del Holocausto en los Estados Unidos de América: United States Holocaust Memorial Museum. (s.f.). Nazi Persecution of Homosexuals. Extraído de: <https://www.ushmm.org/information/exhibitions/online-exhibitions/special-focus/nazi-persecution-of-homosexuals>

12. Parafraseando a grupos racistas que, en el año 2018, han saltado a reivindicar sus convicciones discriminatorias e ilegales. Cabe señalar que Hitler, promovía el celibato, a fin de: «*to put an end to this truly original sin of racial corruption which is steadily being passed on from one generation to another*». Hitler, A. (1924). *Mein Kampf: My Struggle*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) p. 308. Siempre en la línea conservadora, se instauró en 1936 la Oficina del Reich para Combatir la Homosexualidad y el Aborto (*Reichszentrale zur Bekämpfung der Homosexualität und der Abtreibung*).
13. La cúspide de ello fue la promulgación de las Leyes de Ciudadanía del Reich del 15 de septiembre de 1935, y la Ley para la Protección de la Sangre Alemana y el Honor Alemán, conocidas como las Leyes de Nuremberg; así como decretos conexos para socavar los derechos de la población. Los textos completos de las leyes en inglés: 22 Laws and Decrees Nazis Anti-Semites. (2014). Extraído de: <http://www.elholocausto.net/pdf2/leyes%20nazis%20antisemitas.pdf>
14. En relación con el golpe cultural que significó la prohibición de determinadas expresiones artísticas por ser considerado un arte vulgar, así como el saqueo metódico al cual fueron sometidos ver: de Palmer, N. (2000). *Museums and the Holocaust: Law, Principles and Practice*. Wales, United Kingdom: Institute of Art and Law.
15. Esta fue una orden instaurada por el Ministro de Propaganda y su objetivo era eliminar toda señal de impureza de Alemania. Esta orden fue llevada a cabo de la mano con la Unión de Estudiantes Alemanes que fueron manipulados y llenados de envidia, en sus corazones por medio de las «12 Tesis» emitidas por el Ministerio. Dentro de los millares de libros que se quemaron se encontraban los más de 20 mil ejemplares propiedad del *Institut für Sexualwissenschaft* (Instituto de Investigación de Educación Sexual), una entidad pionera en velar por los derechos de las personas homosexuales y transexuales, fundada por Magnus Hirschfeld en 1919, con sede en Berlín. Dicho Instituto trabajaba en promover la educación sexual, emancipación de las mujeres y aceptación de las personas homosexuales y transexuales.

prohibición de cambio de nombre para personas naturales y jurídicas judías, posteriormente se obligó a que las personas naturales agregaran un nombre adicional: Sara para las mujeres e Israel para los hombres. Esta medida, además fue complementada por medio de estampar una «J» a los pasaportes de los judíos.

En cuanto al patrimonio, en los primeros años de la dictadura se fijó la obligación a los judíos de declarar sus bienes, posteriormente se limitó la capacidad jurídica para celebrar negocios, hasta que por Ley se confiscó la propiedad y se disolvieron las empresas a nombre de los judíos. Esta restricción absoluta a la libertad de asociación, también impactó a las asociaciones, las cuales fueron disueltas.

Todo ello acompañado de discursos tendenciosos, falsos, injuriosos y calumniosos, creados específicamente para implantar repulsión, peligro<sup>16</sup>, asco y odio en hacia la población judía. Estos discursos de odio fueron emitidos por medios privados<sup>17</sup> y por el Ministerio de la Propaganda del Estado<sup>18</sup>, en donde

16. Un ejemplo de ello lo encontramos en el caso de la publicación alemana para niños «La Seta Venenosa» que pertenecía a la editorial de Julius Streicher el periodista que, sin ser parte de los funcionarios públicos alemanes, que fue condenado a muerte por el Tribunal Militar Internacional. Un extracto de dicha publicación indicaba lo siguiente: «Los relatos breves que incluimos en este libro revelan la verdad de esta seta venenosa judía. En ellos podrá el lector observar las diferentes formas de que se revisten los judíos. En ellas se nos muestra el envilecimiento y la bajeza de la reza judía. Se nos muestra a los judíos tal como son en realidad, como demonios en forma humana». Según lo explica Zentner (1974) citado por Fernández Aguado, C. (2013). *La prensa antisemita en la Alemania Nazi*. (Tesis de Maestría) Universidad de Sevilla, P. 11. Esto viene a ser parte de lo que consideramos una discursiva peligrosa, la cual se explica en el capítulo VIII.
17. Julius Streicher editó *Der Stürmer*, un periódico vulgar que se dedicó a hacer apología del odio con el objeto de persuadir a la población del problema que está generando en la sociedad el judaísmo. Otros periódicos en la misma línea fue el *Völkischer Beobachter*. Por su parte, la revista *Das Reich* estaba dirigido a un sector más intelectual, pero igualmente ignorante, racista y antisemita alcanzando hasta un tiraje de 1.4 millones de copias semanales en 1940. Al respecto puede consultarse: Herf, J. (2005, March). The «Jewish War»: Goebbels and the Antisemitic Campaigns of the Nazi Propaganda Ministry. *Holocaust and Genocide Studies*, 19(1), p. 51-80.
18. Zentner nos explica que la propaganda estaba diseñada para impactar a la psicología en masa, apelando a palabras pegajosas y slogans («Los Judíos son nuestra desgracia») y utilizando una técnica de repetición para impregnar la psiquis colectiva. Un método utilizado comúnmente fue recurrir a las películas, existiendo un gran auge de producción cinematográfica alemana que se utilizó para implantar la ideología del odio en contra judíos y otras minorías como testigos de jehová y homosexuales. Zentner, C. y Bedürftig, F. (1997). *The Encyclopedia of the Third Reich*. New York, NY: Da Capo Press y Fernández, p. 263 y 731.

se acusaban a los judíos de ser los culpables de todos los males de la sociedad<sup>19</sup>, manipulando a la sociedad a creer que todas las atrocidades eran justificables<sup>20</sup>.

En adición a las atrocidades descritas que ocurrieron entre 1933 y 1938, no debe obviarse que de forma paralela miles de personas estaban siendo torturadas, esclavizadas y asesinadas por parte del Estado en los campos de concentración construidos específicamente para trabajo forzoso y exterminación. En medio de toda esa calamidad, Alemania fue la anfitriona de los juegos Olímpicos de 1936, lo cual deja en evidencia la falta de visión del Comité Olímpico internacional que, a pesar de haber seleccionado la sede en 1931, no hecho atrás la decisión. Para Hitler ese evento significó uno de sus momentos cúspides, pues al ganar las olimpiadas, logró su objetivo demostrar la «superioridad» de la raza aria.

Siempre en la sección de vergüenzas internacionales, la revista **Time** condecoró al criminal Adolfo Hitler como «Hombre del Año» en 1938 por lograr rearmar a Alemania<sup>21</sup>. Ello a pesar de que la comunidad internacional fue advertida por medio de las migraciones masivas<sup>22</sup>, denuncias por prensa internacional y

19. El antisemitismo en Alemania no se originó en Hitler, pues se remonta hasta 1873 cuando ocurrió la crisis económica de la especulación, que al igual y como ocurrió con la crisis mundial de 1929, se buscaban culpables y todos los dedos apuntaban a los judíos. Hitler construyó su plan político sobre estos sesgos inconscientes del pueblo alemán y con la crisis económica, alcanzó a aumentar su poder político. Al respecto ver: Zentner, C. y Bedürftig, F. (1997). *The Encyclopedia of the Third Reich*. New York, NY: Da Capo Press y Schifter, J. (2012). *Genocidio: ¿Por qué cometemos crímenes atroces?* San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, p. 195-196.
20. Al respecto ver: Fernández Aguado, C. (2013). *La prensa antisemita en la Alemania Nazi*. (Tesis de Maestría) Universidad de Sevilla. De igual manera resaltamos el comentario de Portero: «Esta ideología dominó Alemania de forma oficial y estatal hasta 1945, con una propaganda constante y entendida como un medio hacia un fin. Su objetivo final era hacer entender a las personas que debían dedicarse a sus tareas de manera voluntaria y compartir las preocupaciones del Estado. Los fracasos, así como las victorias, tenían que ser presentados ante el pueblo alemán de tal manera que los sintieran como propios. Por ello, la propaganda nazi simplificaba los hechos y resaltaba solo los más importantes –y no siempre la verdad–, aquellos que promovían el sentimiento de nación entre los ciudadanos». Portero, A. (11 de enero de 2018). El eterno tabú alemán. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2018/01/11/el-eterno-tabu-aleman/>
21. Al respecto se puede consultar el archivo de la revista Time correspondiente al 2 de enero de 1939: Adolf Hitler, Man of the Year. 1938. (2 de enero de 1939). *Time*, Extraído de: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,760539,00.html> La revista Time no fue la única empresa privada que apoyó a Hitler, también están otras empresas de renombre, las cuales se involucraron de diferentes maneras: IBM por medio de su subsidiaria Dehomag, Volkswagen que dicho sea de paso fue una creación de Hitler, Coca Cola, Hugo Boss, Kodak, Mercedes Benz, Bayer al ser parte del conglomerado químico IG Fabern y muchas otras.
22. «La mayoría no quería abandonar Alemania, pensaron que las cosas se iban a mejorar con el tiempo» Koehn, B. (2005). *La Resistencia Alemana contra Hitler 1933-1945*. España: Alianza Editorial, p. 141.

canales diplomáticos. Posterior a 1939, la situación en el mundo se agrava con el período de la II Guerra Mundial y el genocidio del Holocausto Judío<sup>23</sup>.

Tras la II Guerra Mundial, en la búsqueda de reinstalar el imperio de la Ley por medio del Estado de Derecho, se crea el Tribunal Militar Internacional que juzgó a criminales de guerra y se instaura un plan para desnazificar al país, dado que fue contaminado por la ideología del odio que comenzó con expresiones de un desquiciado pintor que en 1919 logró conseguir atención de un grupo de extremistas y ocultistas arios....

Nada de esto habría ocurrido si el Estado de Derecho hubiera prevalecido, como dice el historiador judío costarricense, Jacobo Schifter: «*Tal vez la relación inversa más fuerte es la de genocidio y democracia. Ningún genocidio se ha realizado hasta la fecha en una nación en donde existan garantías civiles, partidos políticos, prensa libre, libertad de asociación y de culto*<sup>24</sup>».

## II. EL ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA: TERRENO FÉRTIL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En esencia, Estado de Derecho significa que tanto los ciudadanos como quienes gobiernan se encuentran bajo el imperio de la ley<sup>25</sup>, que la barra de legalidad no está por encima de ningún ciudadano, ni por debajo de ningún gobernante. Hablar de Estado de Derecho implica sometimiento del Estado a su propio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, que han sido creadas –lo cual es decisivo– según determinados procedimientos de abierta y libre participación popular, con respeto pues para derechos fundamentales concordes con tal organización institucional<sup>26</sup>.

La existencia de un Estado de Derecho resulta importante por cuanto: (i) impone límites al ejercicio del poder al obligar a los funcionarios a actuar dentro de los límites establecidos en la ley<sup>27</sup>; (ii) da seguridad jurídica, en la medida en que el poder se ejerce de acuerdo con la ley, de manera que los ciudadanos podrán

23. La «solución final» o el plan de exterminación masiva llevado a cabo en los campos de concentración se encuentra detallada en: Zentner, C. y Bedürftig, F. (1997). *The Encyclopedia of the Third Reich*. New York, NY: Da Capo Press y Fernández, p. 265.

24. Schifter, J. (2012). *Genocidio: ¿Por qué cometemos crímenes atroces?* San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, p. 227.

25. Raoul Wallenberg Institute. (27 de marzo de 2017). *Rule of Law: A Guide for Politicians*. Extraído de: <http://rwi.lu.se/2017/03/rule-law-guide-politicians/>

26. Díaz E. (s.f.) *Estado de Derecho y democracia*. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid, 19-20, p. 201-217.

27. La ley por su parte, tiene límites definidos por las constituciones las cuales se inspiran en concepciones humanistas en donde se reconoce la dignidad de la persona humana y de igual valor.

dedicarse a sus actividades en la confortable certidumbre de que no se tendrán que enfrentar a acciones hostiles del gobierno; y, (iii) asegura la igualdad de trato, toda vez que, los ciudadanos son considerados iguales ante la ley<sup>28</sup>.

De esta manera, se requiere para el normal funcionamiento del Estado de derecho que, entre otras, la ley sea accesible, legible, clara y predecible<sup>29</sup>. No obstante, otros autores han indicado que se requieren elementos que van más allá del imperio de ley, y que conforman el Estado de derecho, a saber:

- a) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, (no escisión ni confusión de ellos).
- b) Fiscalización de la Administración: actuación según ley en todos los órdenes y niveles de ella, así como consecuente y eficaz control por los competentes órganos constitucionales y jurisdiccionales, y
- c) Protección de Derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas y la efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos<sup>30</sup>.

Especial énfasis se ha dado en el último punto, es decir, la protección de Derechos y libertades fundamentales pues ello constituye «**la razón de ser**» del Estado de Derecho<sup>31</sup>. En ese sentido, vale destacar el preámbulo de la Declaración Universal de Derecho Humanos de 1948, el cual estipula como esencial la protección de los Derechos Humanos en un Estado de Derecho<sup>32</sup>. De esta manera, es posible afirmar que los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho y este último ve reflejada su institucionalización jurídica a través de la democracia<sup>33</sup>.

La democracia es el terreno fértil para que surjan los derechos humanos, guardando una relación directa para que broten los últimos como resultado de la existencia de la primera. En el continente americano hemos deriva esencialmente del respeto a la Democracia y la plena vigencia de los Derechos Humanos, prácticamente todos los problemas de la región se pueden

28. Raoul Wallenberg Institute. (27 de marzo de 2017). Rule of Law: A Guide for Politicians. Extraído de: <http://rwi.lu.se/2017/03/rule-law-guide-politicians/>

29. Bingham, T. (2010) *The Rule of Law*. London, United Kingdom: Allen Lane, P. 37.

30. Díaz E. (s.f.) *Estado de Derecho y democracia*. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid, 19-20, p. 201-217.

31. Díaz E. (s.f.) *Estado de Derecho y democracia*. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid, 19-20, p. 201-217.

32. ONU. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Extraído de: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

33. Díaz E. (s.f.) *Estado de Derecho y democracia*. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid, 19-20, p. 201-217.

simplificar en violaciones a los derechos humanos, los cuales se dan por la falta del buen funcionamiento democrático. El Estado de Derecho ve reflejado su institucionalización jurídica a través de la democracia, y que existe una relación intrínseca entre el primero y la protección de derechos humanos, es que procedemos a hacer un análisis más profundo al respecto.

La democracia es un concepto esencialmente disputado por actores que sustentan proyectos diversos de construcción social. Por ello, resulta complejo definirla y estudiarla<sup>34</sup>. Lo que resulta necesario es entender sus elementos esenciales, los cuales constituyen la base para para su verdadero ejercicio (independientemente de sus acepciones) y por consecuencia el goce de los derechos humanos.

Claro está, el problema de los derechos y su reconocimiento y vigencia, se encuentra íntimamente ligado a la cuestión del orden social, político y jurídico interno en cada país<sup>35</sup>, y es por esto que la cuestión de si existe o no un sistema democrático, y la plena vigencia de un Estado de Derecho en el ámbito nacional, resultan ser las claves esenciales para garantizar el efectivo respeto de los derechos humanos.

De esta manera, entendemos que estamos bajo un Estado de Derecho, y por ende, un sistema plenamente democrático (aun con las diversas acepciones de democracia planteadas por distintos autores) cuando existen, además de elecciones periódicas libres, competitivas y en condiciones de igualdad ciudadana: (i) Instituciones sólidas e independientes; (ii) control del ciudadano sobre ellas y sus titulares; (iii) y una clara distribución de poder entre los distintos órganos del Estado, así como la capacidad de actuación independiente del poder judicial y la representación parlamentaria<sup>36</sup>.

En el contexto de nuestros Estados americanos, no solo es necesario fundamentar la existencia de derechos humanos, sino que es además obligatorio que existan medios para su adecuada protección. Esta exigencia de protección no es solo una cuestión jurídica, sino también política y consiste en la suma de garantías que tengan una adecuada implementación social, económica y política, que le den una medida real de eficacia<sup>37</sup>. El desarrollo integral de los individuos requiere necesariamente acciones positivas mediante políticas públicas que garanticen estos derechos a todos los individuos<sup>38</sup>.

34. Touraine, A. (2005). Los caminos sinuosos de la democracia. Extraído de: [http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2005/2004/informe\\_democracia/touraine\\_18%20.pdf](http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2005/2004/informe_democracia/touraine_18%20.pdf) p. 1.

35. Cerdas, R. (1994), Democracia y derechos humanos. *Estudios de derechos humanos*: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1, p. 303.

36. Cerdas, R. (1994), Democracia y derechos humanos. *Estudios de derechos humanos*: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1, p. 297.

37. Valdés, C., El juicio político: La impunidad, los encubrimientos y otras formas de opresión Tomo II, *Cd. De México, México: Ed. Porrúa., p. 1360.*

38. Villaseñor, I. (2015). La democracia y los derechos humanos: una relación compleja. Extraído de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-013X2015000401115&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-013X2015000401115&lng=es&tlng=es)

En ese sentido, los Estados con un sistema democrático sólido son aquellos que, por lo general, brindan a sus ciudadanos acciones positivas tendientes a mejorar su calidad de vida, y a garantizar el acceso pleno al goce de los Derechos Humanos. De esta manera, en la medida que un Estado cuente con un sistema democrático estable, en esa medida disminuye el nivel de represión y violaciones de Derechos Humanos.

No obstante, concluir que la existencia de una democracia estable es la condición indispensable para que no existan violaciones de derechos humanos, es sino iluso, excesivo. La adopción de prácticas democráticas no disminuye ni elimina por completo las posibles violaciones de derechos humanos<sup>39</sup>, sino que faculta a los individuos a que en caso de que ocurran violaciones de sus derechos, tengan mecanismos independientes e imparciales a los cuales recurrir y plantear sus reclamos<sup>40</sup>.

Debido a lo anterior, es dable decir que, si bien la democracia constituye el telón de fondo, institucional y político, donde se visibiliza un mayor respeto a los derechos humanos<sup>41</sup>, no por ello, las violaciones desaparecen por completo. Es justamente por eso que, entre otras causas, existe el **Derecho Internacional de los Derechos Humanos** (en adelante «DIHD»), toda vez que: (i) impone obligaciones a los Estados (respetar y garantizar los derechos de los individuos bajo su jurisdicción) y (ii) se constituye como un mecanismo de defensa al cual los ciudadanos pueden recurrir, para que se condene a los Estados, por faltar a esas obligaciones de respetar y garantizar.

El DIDH hace más estrecha la relación entre democracia y derechos humanos, ya que, aunado a la legitimidad que exige la comunidad internacional para la formación de Estados democráticos, se demanda que dichos Estados tengan un compromiso serio con los derechos humanos<sup>42</sup>. Ello no excluye que en determinadas circunstancias entre la Democracia y los Derechos Humanos existan tensiones, sobre todo, cuando en virtud del DIDH se impone al Estado cumplir con una serie de medidas (políticas, legislativas o de otro carácter).

39. Davenport, C. y Armstrong, D. (2004) Democracy and the Violation of Human Rights. *American Journal of Political Science*, 48(3), p. 538-554.

40. En contraste con lo que ocurrió en la Alemania Nazi donde los judíos que fueron despojados de sus derechos fundamentales, incluso de su ciudadanía, no tenían a quién recurrir pues para esa época no existían tratados de derechos humanos, ni muchos menos tribunales internacionales para velar violaciones de derechos humanos como ocurre en estos días.

41. Cerdas, R. (1994), Democracia y derechos humanos. *Estudios de derechos humanos*: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1, p. 301.

42. Villaseñor, I. (2015). La democracia y los derechos humanos: una relación compleja. Extraído de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-013X2015000401115&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-013X2015000401115&lng=es&tlng=es) p. 1115-1138.

Cuando los Estados deciden dar garantías plenas, como por ejemplo elevar los derechos humanos a rango constitucional –como ha ocurrido con la mayoría de nuestros Estados Americanos–, adopta los derechos humanos como una política de Estado y les confiere una legitimidad que por sí misma contribuye al fortalecimiento de su ejercicio.

De esta manera, a pesar de que en determinados casos la relación entre derechos humanos y democracia puede tensarse, es la Democracia el medio ideal para el cumplimiento, respeto y vigencia de los Derechos Humanos.

Los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho y este último ve reflejada su institucionalización jurídica a través de la democracia. De manera que, la democracia constituye el telón de fondo, institucional y político, donde se visibiliza un mayor respeto a los derechos humanos y, en consecuencia, no podría concebirse respeto ni garantías en favor de los derechos humanos si no hay democracia.

### III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

En las democracias existen mecanismos de diversa naturaleza para hacer frente a las violaciones de derechos humanos. Así vemos que dentro de las muy diversas clasificaciones existen **mecanismos jurídicos**, los cuales pueden dividirse en diferentes categorías, según se trate sobre aspectos:

- a) Nacionales o internacionales;
- b) Jurisdiccionales o administrativos, como resulta recurrir a instituciones como la entidad encargada de perseguir el delito (fiscalías), presentar un reclamo ante la Defensoría de Derechos Humanos, o bien cuando se recurre a presentar una demanda en sede judicial o arbitral ante la necesidad de reclamar algún asunto de trascendencia jurídica (cumplimiento de contrato, resarcimiento de daños, delimitación de un derecho, por ejemplo) a un tercero.
- c) Según los efectos vinculantes o sugestivos, como ocurre con los resultados de la Evaluación Periódica Universal del Consejo de Derechos Humanos de ONU, en contraste con una decisión jurisdiccional que es de acatamiento obligatorio.

También existen mecanismos de **control político**, que son aquellos que se realizan por medio de presión social ya sea por medio de manifestaciones o los medios para presionar sobre algún aspecto en específico que pueda generar cambios sociales, como ocurrió con el movimiento de derechos civiles en los Estados Unidos de América el cual fue liderado por el Nobel de la Paz Dr. Martin Luther King Jr., quien por medio de sus protestas pacíficas, sin nunca

recurrir a la violencia, logró una y otra vez, abrir espacios de negociación por medio de **acciones directas no violentas**<sup>43</sup>.

En este apartado se hace una revisión de algunos de los mecanismos a nivel internacional que son relevantes para América Latina en materia de derechos humanos<sup>44</sup>.

## 1. CORTE PENAL INTERNACIONAL

En la historia del mundo se han escrito páginas con tinta de sangre por las preciadas vidas que se han perdido. En la modernidad hemos encontrado respuestas reactivas ante crisis humanas para casos específicos, como ha sucedido con creación de Tribunales Penales Internacionales para juzgar casos concretos como ocurrió tras la II Guerra Mundial y se establecieron los Tribunales *Nuremberg* y Tokio para juzgar los crímenes de esa guerra. También encontramos otros ejemplos de respuestas *ad hoc* por los delitos de lesa humanidad que ocurrieron en la antigua Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, East Timor, Camboya y Líbano.

43. En una magistral nota de activismo político, escrita con la imborrable letra de la justicia, Martin Luther King explica el fin detrás de una campaña no violenta: «*En cualquier campaña civil no violenta existen cuatro fases: recopilación de información para determinar si existen injusticias; negociación; auto-purificación y acción directa. ... Puede que ustedes se pregunten: "¿Por qué la acción directa? ¿Por qué las sentadas, las manifestaciones y demás? ¿No es más recomendable la negociación". Tienen ustedes toda la razón al pedir negociaciones. De hecho, ese es el principal objetivo de la acción directa. La acción directa no violenta trata de provocar tal crisis y de inducir tal tensión, que una comunidad que ha rehusado sistemáticamente negociar, se vea obligada a enfrentarse al problema. La acción directa busca dramatizar el problema de tal modo que ya no pueda ser ignorado. Quizá pueda resultar chocante que yo diga que el provocar tensión es parte del trabajo de los activistas de la no violencia, pero debo confesar que no me da miedo la palabra "tensión". Siempre me he opuesto de manera ferviente a la tensión violenta, pero existe un tipo de tensión constructiva, no violenta, que resulta imprescindible para el desarrollo. Sócrates creía que es necesario crear tensión mental para que los individuos se liberen de las cadenas de los mitos y las medias verdades, y se adentren en un mundo liberador, de análisis creativo y de apreciación objetiva. De la misma manera, los activistas de la resistencia no violenta deben crear en la sociedad ese tipo de tensión que ayudará a los hombres a salir de las oscuras simas del prejuicio y el racismo, para ascender a las majestuosas alturas de la hermandad y la comprensión*». King Jr., M. (3 de abril de 1968). Carta desde la cárcel de Birmingham. Extraído de: <http://wpd.ugr.es/~diegoch/?p=312>

44. La Corte Internacional de Justicia, el órgano jurisdiccional más importante de ONU, al lidiar con litigios de derecho internacional público entre Estados, se ha dejado por fuera. Mientras que entidades internacionales relacionadas a la materia de derechos humanos que han sido excluidas se encuentran: Sistema Africano de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o «Tribunal de Estrasburgo», Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) o «Tribunal de Luxemburgo», Comisión Europea y Defensor del Pueblo Europeo.

Estas respuestas jurídicas del mundo moderno a las expresiones del odio en su máxima expresión, han venido por parte de diseños legales que el Consejo de Seguridad de ONU ha propuesto en cumplimiento con su misión de preservar la paz y seguridad internacional. En cumplimiento con esta finalidad el Consejo de Seguridad, planteó la necesidad de contar con un cuerpo jurisdiccional permanente, independiente y con facultades de investigar la comisión de delitos de un nivel de gravedad tan alta, que pongan en riesgo la humanidad misma.

En este contexto, la Corte Penal Internacional (CPI), es la primera Corte permanente, independiente, con la capacidad de investigar y llevar ante la justicia a quienes cometan las violaciones más graves en contra del derecho internacional humanitario<sup>45</sup>: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. Estas normas, como es conocido, forman parte del dominio de *Jus Cogens*<sup>46</sup>:

La CPI tiene jurisdicción sobre 121 Estados<sup>47</sup> que ratificaron el Estatuto de Roma. Esto significa que tiene competencia<sup>48</sup> para investigar y enjuiciar los crímenes identificados en el Estatuto de Roma que hayan sido cometidos, en un Estado Parte, por individuos a partir del 1 de julio de 2002. El Estatuto (Art. 13) también establece que la Corte puede ejercer su competencia cuando el Consejo de Seguridad le remita una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes competencia de la Corte.

45. «Las normas fundamentales de derecho humanitario deben ser respetadas por todos los Estados, hayan ratificado o no las convenciones en que están inscritas, pues constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario». Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso: ICJ, Sentencia Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. (1996) (nota 6), p. 257, párr. 79.

46. «Deberá establecerse una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las que le incumban respecto de otro Estado (...). Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos de que se trata, se puede sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en protegerlos; son obligaciones erga omnes. Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y normas relativos a derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial». Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso: ICJ, Sentencia Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium Vs. Spain). (1970), p. 32, párr. 33.

47. A la fecha únicamente Cuba, El Salvador y Nicaragua se mantienen en América Latina sin ratificar el Estatuto de Roma.

48. La materia de derecho penal internacional y sus procedimientos pueden revisarse en estos libros: *The International Court of Justice Handbook*. (2014). Maubeuge, France: Triangle Bleu. Extraído de:

<http://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf> y, Boeglin, N., Hoffmann, J. y Sainz-Borgo, J. (2012). *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva Latinoamericana*. San José, Costa Rica: UPeace University Press. Extraído de: <https://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenalar/La%20Corte%20Penal%20Internacional-Una%20perspectiva%20latinoamericana.pdf>

En este sentido, la CPI viene a ser una de las más importantes para la preservación de la humanidad, pues es un constante recordatorio que si ocurren crímenes de lesa humanidad: serán perseguidos.

## 2. SISTEMA ARBITRAJE DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

*Al Jazeera* es uno de los medios de comunicación más importantes del mundo, teniendo una predominancia en el mercado de medio oriente, zona geográfica que se vio fuertemente sacudida por los movimientos sociales que se levantaron en contra los gobiernos antidemocráticos que por años han suprimido las libertades básicas de sus poblaciones. Como en toda dictadura, uno de los puntos centrales es la debilitar a los medios de comunicación opositores. Desde el 2011 al 2016, *Al Jazeera* experimentó un ataque constante en sus oficinas ubicadas en Egipto, al punto que experimentó la destrucción del negocio, sufrió el arresto y detención de empleados, ataques a instalaciones, interferencia con transmisiones y emisiones, cierre de oficinas, cancelación de la licencia de transmisión y liquidación obligatoria de su sucursal local.

En el año 2016, *Al Jazeera* presentó un reclamo ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (**CIADI**) con sede en el Banco Mundial en Washington D.C.<sup>49</sup>. El Banco Mundial fue creado en 1944 tras la II Guerra Mundial teniendo como objetivo contribuir en reducir la pobreza, desarrollar los países en vías de desarrollo y reconstruir las Naciones afectadas por la guerra.

Conscientes de la incapacidad de lograr su cometido sin la cooperación entre países e inversionistas privados, el Banco Mundial ideó cómo incentivar a que estos cooperaran. Irónicamente, para ello era necesario enfocarse en las soluciones existentes al momento del surgimiento de conflictos, siendo este el vacío principal en el proceso de toma de decisión de los inversionistas. Ante de 1965, las opciones que existían para inversionistas que consideraban sus derechos violados, solo podían recurrir a las cortes nacionales para reclamar los abusos de poder del Estado (¿Se imaginan a *Al Jazeera* demandando a Egipto ante sus propias Cortes?), efectuar labores de presión por medio de representaciones diplomáticas o bien no hacer nada.

En 1958, la Asamblea General de las ONU adoptaba la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (La Convención de Nueva York) protegiendo la ejecución de los laudos arbitrales internacionales, fue descrita desde el principio por los miembros de la comunidad internacional como «un paso constructivo para facilitar el comercio internacional

49. CIADI, Sentencia No. ARB/16/1 *Al Jazeera Media Network* contra la República Árabe de Egipto. (2016).

y, finalmente, hacia la paz y la prosperidad en general<sup>50</sup>». La convención de Nueva York es a la fecha, una de las convenciones de ONU más exitosas después de la Carta Constitutiva<sup>51</sup>.

Este impacto favorable para las disputas comerciales entre particulares, marcó un eco, para configurar la solución que brindaría la confianza en los inversionistas privados para invertir en países necesitados económicamente. Dada la proporción directa entre riesgos políticos y necesidad económica, la creación de un foro neutral para resolver las disputas que surgieran entre inversionistas y Estados, por medio del arbitraje, cumplía con dar esa respuesta de una manera independiente, confiable y expedita<sup>52</sup>.

Esa solución fue lo que se ideó con la creación del **CIADI**, una organización internacional de carácter público creada mediante un tratado internacional: el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, una convención que a la fecha cuenta con 156 suscriptores. Este mecanismo de solución de disputas, basado en arbitraje internacional para resolver conflictos de inversiones, es el que se conoce como «**Acuerdo de Disputa entre Inversores y Estados**», el cual resulta posible iniciar cuando una inversión surge a raíz de un Acuerdo Bilaterales/Multilaterales de Inversión (BIT/MIT)<sup>53</sup>.

En este tipo de tratados de promoción de inversión, además de incluir el «**Acuerdo de Disputa entre Inversores y Estados**» suelen contener, además, una sección destinada a los «Estándares de Protección de la Inversión» en donde se garantizan que los inversionistas que lleguen a su país a invertir, recibirán un trato en el que se respeten los principios de trato nacional y nación más favorecida, trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, trato no

50. Según lo presentó la doctora Annette Magnusson el 7 de junio del 2012 en una conferencia sobre el éxito en la modernidad que la resolución de disputas internacionales significa para el mundo. El discurso está disponible en: Magnusson, A. (7 de junio de 2012). International Dispute Resolution – a Modern Success Story of Legal Integration. Extraído de: <http://sccinstitute.com/media/61990/magnusson-7-june-2012-ekaterinburg.pdf>

51. Consta con 159 Estados Parte según se puede verificar en el sitio web de la Comisión de las ONU para el Derecho Mercantil Internacional: Comisión de las ONU para el Derecho Mercantil Internacional. (s.f.). Situación actual Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Extraído de: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

52. González de Cossio, F. (s.f.). The International Centre for Settlement of Investment Disputes, The Mexican Experience. Extraído de: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SETTLEMENT%20INVESTMENT%20DISPUTES.pdf>

53. Es importante resaltar que es posible llevar un arbitraje de inversiones en otros centros de arbitraje y que no se requiere que sean llevados en CIADI. Por ejemplo, otros centros de arbitrajes relevantes son: ICC, SCC, SIAC, CICA-AMCHAM CR entre otros.

arbitrario, compensación por expropiación, un trato no discriminatorio y medios eficaces (juicios por ejemplo) para hacer valer sus derechos.

En el caso de *Al Jazeera* contra Egipto, resulta que Egipto y Catar celebraron en 1999 un BIT en el cual se prometieron respetar a sus inversionistas, de tal manera que los inversionistas de Qatar sintieran confianza de invertir en Egipto y viceversa. A la fecha, son más de 3500 Tratados de Promoción de Inversiones que existen en el mundo y que han generado más de 855 disputas entre inversionistas y Estado con un total de 297 casos pendiente de resolver<sup>54</sup>, los cuales versan sobre una variedad de industrias, materias y tienen sus propias particularidades que en algunos casos se entremezclan temas de inversiones, comercio, derecho administrativo, derecho constitucional, derecho ambiental y derechos humanos<sup>55</sup>.

La relación entre inversión y derechos humanos: «... representa una cuestión problemática para los Estados, quienes deben equilibrar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en virtud de los instrumentos de derechos humanos, con la protección de los intereses de los inversionistas garantizados por los Acuerdos de Inversiones<sup>56</sup>». En este contexto, el arbitraje internacional es uno de los pilares en donde se erige la paz mundial<sup>57</sup> y uno de los mecanismos de protección de

54. En el sitio web de United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) se puede acceder a la información histórica: Investment Dispute Settlement Navigator. (s.f.). Extraído de: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByAmounts>. Una crítica al sistema de arbitraje de inversión: Olivet, C., Müller, B. y Ghiotto, L. (2017). *Impacts of Investment Arbitration Against Latin America And the Caribbean*. Amsterdam, Netherlands: Transnational Institute. Extraído de: [https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds\\_en\\_numerosen2017.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_en_numerosen2017.pdf) En relación con los casos de Costa Rica, puede consultarse: Jiménez, D. (2012). Investment Arbitration in Costa Rica. *Journal of International Arbitration*, 29(4), p. 453 y ss.
55. Sobre el tema de arbitraje y derechos humanos: Nikken, P. (2009). Balancing of Human Rights and Investment Law. Dupuy, P., Francioni, F. y Petersmann, E.U., Francesco Francioni and Ernst-Ulrich Petersmann, *Human rights in international investment law and arbitration*. United Kingdom: Oxford University Press. Extraído de: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199578184.001.0001/acprof-9780199578184-chapter-12> Este último autor, el doctor Pedro Nikken, es un caso muy particular pues ha sido juez de la CorteIDH y en la actualidad funge como árbitro en diferentes casos de arbitraje de inversiones.
56. En un trabajo extraordinario, el doctor Polanco Lazo, presenta un análisis de casos en Europa y América en donde han ocurrido paralelismos que de los mismos hechos se generen casos de reclamos de inversiones y de derechos humanos planteados contra un Estado. En ese documento se hace un repaso por los complejos hechos de los Casos de La Oroya y Renco contra Perú; Los casos Chevron/Texaco y de la Comunidad de Sarayaku en contra de Ecuador; y los casos de Yukos contra Rusia. Polanco, R. (2017). Arbitraje De Inversiones Y Casos De Derechos Humanos En América Latina. Extraído de: [https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17\\_polanco\\_cv\\_sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_polanco_cv_sp.pdf)
57. Una visión integral de cómo el arbitraje ha contribuido en marcar la diferencia para contribuir en la paz mundial puede visualizarse en el documental de los 100 años del Arbitration Institute de la Stockholm Chamber of Commerce: Borngs, M. (2017).

derechos humanos (derecho de propiedad, por ejemplo), dado que es el sistema predilecto para la resolución de conflictos comerciales entre particulares y un bastión importante en la búsqueda de seguridad jurídica tan necesaria para la promoción de inversiones.

Tal y como explicó el Premio Nobel de la Paz, Kofi Annan: «*El poder del estado de derecho representa una fuerza esencial para lograr sociedades sostenibles. También es un bloque de construcción necesario para enfrentar algunos de los desafíos futuros de la humanidad. La paz y la seguridad, el desarrollo sostenible e inclusivo, y el respeto de los derechos humanos y el estado de derecho deberían ser nuestro objetivo a medida que luchamos por lograr un mundo mejor... Arbitration for Peace nos enseña que el estado de derecho es uno de los instrumentos más poderosos que tenemos para la paz sostenible. No olvidemos*<sup>58</sup>».

### 3. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Los Estados Americanos, en ejercicio de su soberanía y en el marco de la Organización de Estados Americanos, adoptaron una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, conocido como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Dicho sistema reconoce y define los derechos consagrados en esos instrumentos y establece obligaciones tendientes a su promoción y protección. Asimismo, a través de este Sistema se crearon dos órganos destinados a velar por su observancia: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la CorteIDH. La CorteIDH representa la autoridad jurisdiccional más importante de

---

The Quiet Triumph – How Arbitration Changed the World. [Documentary]. Sweden: Arbitration Institute, Stockholm Chamber of Commerce. Este documental se ha presentado en dos ocasiones en América Latina: (i) En noviembre 2017 en la capital de El Salvador, lo cual fue posible gracias al trabajo que realizamos con Manuela de la Helguera, Camila Escobar, Enrique Escobar de Lexincorp. Al respecto ver The Quiet Triumph in San Salvador: Promoting Peace. (30 de noviembre de 2017). Extraído de: <http://sccinstitute.com/about-the-scc/news/2017/the-quiet-triumph-in-san-salvador-promoting-peace/> (ii) En Marzo del 2018 en Costa Rica, gracias al trabajo que realizamos en equipo con Karima Sauma, directora del Centro de Arbitraje CICA-AMCHAM. Al respecto, ver: Second Screening of the Quiet Triumph in Central America. (30 de enero de 2018). Extraído de: <http://sccinstitute.com/about-the-scc/news/2018/second-screening-of-the-quiet-triumph-in-central-america/>

58. Prólogo del libro: Franke, U., Magnusson, A. y Dahlquist, J. (2016). *Arbitrating for Peace: How Arbitration Made a Difference*. Holanda del Sur, Países Bajos: Wolters Kluwer. El libro se centra en el papel geopolítico desempeñado por el arbitraje internacional a lo largo de los siglos y cómo el arbitraje internacional ha marcado una diferencia y ha contribuido a la resolución pacífica de conflictos, promoviendo el desarrollo del derecho internacional y las instituciones internacionales, y facilitado el bienestar de la humanidad de manera importante.

todo el sistema interamericano, teniendo capacidad para revertir decisiones de cortes constitucionales<sup>59</sup>.

El Sistema Interamericano se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948. Adicionalmente, el Sistema cuenta con otros instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolos y Convenciones sobre temas especializados, como la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención sobre la Desaparición Forzada y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otros; y los Reglamentos y Estatutos de sus órganos.

Para iniciar un proceso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –SIDH–, es necesario, en primer lugar, haber agotado los recursos en la jurisdicción interna de los Estados<sup>60</sup>. Estos recursos internos, no aplican de manera general para todos los casos, por lo que, es en atención al caso individual que podrán agotarse unos u otros.

Ya la Corte IDH ha dejado claro que esos recursos deben ser idóneos y efectivos, entendiendo por esto que, los recursos estén disponibles en el ordenamiento jurídico, que permitan remediar la situación que generó la violación, y sean capaces de obtener el resultado por el cual están creados<sup>61</sup>.

Esta obligación de agotar los recursos internos desaparece cuando a) no existe en la legislación interna del Estado, el debido proceso legal para la protección del derecho violado; b) no se permite al presunto lesionado el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o; c) hay retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos<sup>62</sup>.

### 3.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La función principal de la Comisión es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos en esta materia. La Comisión, por un lado, tiene competencias con dimensiones políticas, entre las cuales destacan

59. Es importante aclarar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no es el tribunal de derechos humanos «más importante del mundo» como se suele decir en grupos de legos latinos. Existen tres sistemas de protección de derechos humanos: el interamericano, europeo y africano y no se superponen entre sí. Cada uno de ellos, resulta el más importante en su respectiva región.

60. Fáundez, H. (2007) El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Editorial Ex Libris. Extraído de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22020.pdf>

61. Corte IDH. Sentencia Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. (2001). Serie C No. 74. Párr. 126; Corte IDH. Sentencia Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. (2000). Serie C No. 69. Párr. 164.

62. Convención Americana, Artículo 46.

la realización de visitas in loco y la preparación de informes acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros. Por otro lado, realiza funciones con una dimensión cuasi-judicial. Es dentro de esta competencia que recibe las denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos, examina esas peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad.

Ante la comisión interamericana se puede: (i) Interponer un caso por violación de algún artículo de la convención, que posteriormente podría elevarse a la CorteIDH en caso de encontrar solución en esta fase, (ii) solicitar una medida cautelar (iii) asistir a las audiencias para la elaboración de informes por país, (iv) asistir a las audiencias de sesiones y, (v) asistir a las audiencias temáticas para tratar un tema de urgencia.

### 3.2. CorteIDH

La CorteIDH es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, juntamente con la Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, los cuales no se superponen, ni guardan jerarquía entre sí. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La CorteIDH ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales.

Son veinte los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, a decir: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

Una vez que la Comisión Interamericana emite su informe de fondo y el Estado no cumple con sus recomendaciones en el tiempo designado para ello, la Comisión puede presentar el caso ante la CorteIDH, para ello, debe dirigir un escrito de sometimiento más el informe de fondo a la Secretaría de la CorteIDH.

Posterior al sometimiento del Caso por parte de la Comisión y las notificaciones correspondientes, se da un plazo de dos meses para que las presuntas víctimas o sus representantes presenten el Escrito de Solicitudes Argumentos y Pruebas, una vez que las presuntas víctimas o sus representantes emiten su escrito, el Estado contará de igual manera, con dos meses para presentar su Escrito de contestación en el cual puede: (a) interponer excepciones preliminares; (b) reconocer total o parcialmente su responsabilidad internacional; (c) ofrecer un acuerdo de solución amistosa; o (d) continuar con el curso del caso.

En los dos primeros casos, es decir, excepciones preliminares o reconocimiento de responsabilidad, se abre un plazo para que los Representantes y la Comisión presenten sus observaciones y posteriormente continúa el proceso

normal del caso, es decir: (a) solicitud y presentación de lista de declarantes, los cuales pueden ser objeto de recusación; (b) resolución de convocatoria de audiencia, en la cual, se resuelve además, las objeciones o recusaciones a los declarantes, la forma de recepción de las declaraciones y la fecha para ello; (c) recepción de preguntas para declarantes por affidavits; (d) recepción de affidavits; (e) observaciones a los affidavits; (f) audiencia pública sobre excepciones preliminares (en caso de haberlas) fondo, reparaciones y costas; (g) solicitud de pruebas para mejor resolver; (h) presentación de alegatos finales de las partes y observaciones de la Comisión; (i) observaciones a las pruebas y anexos aportados en los alegatos finales en caso de haberlos; (j) sentencia, sobre la cual puede pedirse una interpretación.

En el tercer caso, es decir, en el caso de un acuerdo de una solución amistosa, la Corte IDH emite una sentencia de homologación de acuerdo de solución amistosa.

En el caso de las medidas provisionales, al igual que las Cautelares, cumplen una doble función, esto es, (i) una función cautelar y (ii) una función tutelar. Sin embargo, para solicitar las medidas provisionales en la Corte el estándar para solicitarla se refuerza, requiriendo, no gravedad y urgencia como lo hace la comisión. Si no, extrema gravedad y urgencia, y un peligro de daño irreparable.

De conformidad con la Convención Americana, los Estados podrán denunciar este instrumento, mediante preaviso de un año, notificando al Secretario General de la OEA quien debe notificar a las otras partes<sup>63</sup>. Sin embargo, dicha denuncia no desliga al Estado de las obligaciones contenidas en la Convención Americana en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido con anterioridad a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

De lo anterior se colide entonces que, la denuncia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos surte efectos al término de un año de la notificación de Denuncia, y que el Estado queda sujeto a las disposiciones de la Convención y la competencia contenciosa de la Corte IDH hasta esa fecha, pudiendo la Corte IDH conocer de cualquier violación de Derechos Humanos respecto de ese estado antes de la fecha en que surte efectos la Denuncia.

#### A. *Carácter vinculante de sentencias*

Las sentencias de la Corte IDH tienen carácter de vinculantes para el Estado que ha sido declarado responsable. Esto es así a la luz del Derecho Internacional por cuanto, de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*<sup>64</sup>,

63. Artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

64. De conformidad con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

según el cual, todos los Estados están obligados a cumplir de buena fe con los compromisos adquiridos en el plano del Derecho Internacional, y no cabe invocar disposiciones de derecho interno como justificación para un incumplimiento<sup>65</sup>.

La CorteIDH ha sido enfática en que los Estados deben cumplir con la obligación establecida en el artículo 2 del Pacto de San José, el cual establece el vinculante compromiso en adoptar disposiciones que permitan cumplir la letra e interpretación jurisprudencial de dicho tratado internacional. La Corte ha indicado que: «[l]as obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado<sup>66</sup>, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional<sup>67</sup>. Asimismo, este Tribunal ha resaltado en su jurisprudencia que los Estados “no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida”<sup>68</sup>».

En el caso denominado «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile<sup>69</sup>, en el marco de evaluar una reforma constitucional, se refirió a la obligación de los Estados Parte de adaptar su ordenamiento jurídico a las corrientes jurídicas que emanen de las decisiones de la Corte: «La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías (...) La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*).

65. De conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).
66. Corte IDH. Sentencia Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la CorteIDH (1999), Considerando cuarto; Corte IDH. El Amparo, Blanco Romero y otros Vs. Venezuela, Montero Aranguren y otros Vs. Venezuela, Barreto Leiva y Usón Ramírez Vs. Venezuela, Considerando sexto.
67. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la CorteIDH (2013), Considerando 59.
68. Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94 (1994). Serie A No. 14, párr. 35; Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi, supra nota, Considerando cuarto, y Corte IDH. Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la CorteIDH (2015), nota al pie 16.
69. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado debido a la censura judicial impuesta a la exhibición de la película «La Última Tentación de Cristo» por parte del Consejo de Calificación Cinematográfica.

*Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención<sup>70</sup>».*

Muchos de los casos respecto de los cuales la Corte IDH ejerce supervisión llevan más de 15 años en cumplimiento<sup>71</sup>, lo que deja en evidencia ciertas problemáticas en relación con este punto. En respuesta a las deficiencias respecto de la supervisión de cumplimiento de sentencias<sup>72</sup>, la Corte implementó en 2007 un mecanismo de supervisión a través de audiencias privadas<sup>73</sup>, y en el año 2014 creó la nueva Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias<sup>74</sup> con el fin de sistematizar la supervisión conjunta y estratégica de los casos y que permitiría identificar los factores comunes entre ellos, en relación con los diversos Estados y las principales temáticas en supervisión, a fin de ofrecer soluciones efectivas. Es entonces a partir de 2014 donde se mejoran los mecanismos existentes a efectos de ser más efectivos.

#### B. *¿Las opiniones consultivas son vinculantes?*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos atribuye a la Corte, además de la competencia, resolver casos contenciosos, la facultad de responder consultas que le sean formuladas dentro del marco del artículo 64 del Pacto de San José<sup>75</sup>.

70. CORTE IDH. Sentencia «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile» (2001).
71. Calderón Gamboa, J. (2014). *Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH*. Anuario de Derechos Humanos, (10), Págs. 105-116.
72. A pesar de que desde la: CORTE IDH. Sentencia Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1989), la Corte dispuso que «supervisaría el cumplimiento de la decisión», no fue sino hasta el 10 de septiembre de 1996 que emitió su primera resolución al respecto. Es decir, 6 años después.
73. CorteIDH. (2014). Informe Anual 2014. Extraído de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/ia2014/espanol.pdf> p. 8. «Cabe destacar que las audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencias se llevan a cabo desde el año 2007. Desde su implementación se han obtenido resultados favorables, registrándose un avance significativo en el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal».
74. Calderón, J. (2014). Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH. *Anuario de Derechos Humanos*, (10), p. 105-116.
75. Nikken, Pedro, «La función consultiva de la CorteIDH», Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, San José, Corte IDH, 2003. Roa, J. (2015). Las fisuras de la función consultiva de la CorteIDH. La función consultiva de la CorteIDH. Colombia: Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Extraído de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34199.pdf>

Esta competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano<sup>76</sup>.

La Corte ha indicado lo siguiente sobre el carácter vinculante de las Opiniones Consultiva: «... cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”<sup>77</sup>».

Algunas jurisdicciones han ido más allá e incluso han reconocido que también las Opiniones Consultivas que emite la CorteIDH tienen carácter vinculante en la medida en que esa opinión se emita debido a una solicitud hecha por ese propio Estado<sup>78</sup>, tal es el caso de Costa Rica.

Para el caso concreto de Costa Rica, el artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica da autoridad superior a las leyes<sup>79</sup>, a los tratados internacionales debidamente ratificados. En este sentido, Costa Rica es Estado Parte de la Convención Americana desde el 8 de abril de 1970 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980. En dicha declaración, la cual solamente puede ser efectuada por medio del ejercicio de la soberanía, Costa Rica indicó: «... La República de Costa Rica declaro reconocer, sin condiciones y durante todo el lapso de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la competencia obligatoria de pleno derecho y sin Convención especial de la CorteIDH,

76. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82. (1982). «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1. Conclusiones.

77. Corte IDH. Opinión Consultiva No. 25 (2018). de la Corte IDH sobre el asilo y su reconocimiento como derecho humano. 30 mayo 2018 solicitada por la República de Ecuador.

78. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 2313-1995. Asimismo, la sentencia de CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional No.12703-2014, establece que los precedentes de la CorteIDH son vinculantes para Costa Rica.

79. Es importante también relacionar el artículo 105 de la Constitución de Costa Rica, por cuanto limita la potestad de la Asamblea Legislativa a lo establecido en los principios de derecho internacional. Lo cual deja claro la intención del constituyente de seguir y mantener el orden internacional.

sobre todos los casos relativos a la interpretación [opiniones consultivas] o aplicación [sentencias] del referido Tratado multilateral<sup>80</sup>».

Asimismo, de conformidad con la obligación de los Estados parte de ejercer el control de convencionalidad, establecido por la propia CorteIDH desde el caso Almonacid Arellano y que ha sido desarrollado en su jurisprudencia a través del tiempo, los Estados parte al cumplir con esta obligación deben «tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CorteIDH, intérprete última de la Convención Americana». Además, Costa Rica en la Ley No. 6889 de 9 de septiembre de 1983 dispone la incorporación de las decisiones de ese Tribunal internacional como directamente ejecutables a nivel interno.

Sin dejar a un lado, el giro jurisprudencial que en el año 2014 con la sentencia 12703-2014 experimentó la Sala Constitucional de Corte Suprema de la República de Costa Rica en dónde deja claro el carácter vinculante del control de convencionalidad, alejándose de un criterio inicial plasmado en el año 2012: «CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. El control de convencionalidad diseñado por la CorteIDH... es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas». Esta postura es la que también ha tomado la Procuraduría General de la República de Costa Rica y la Defensora de los Habitantes de Costa Rica<sup>81</sup>.

En el caso de El Salvador, cabe indicar que la sentencia de amparo No. 18-2004 emitida por Sala Constitucional, menciona la Opinión Consultiva OC 5/85 pero no hace referencia sobre si resulta vinculante o no. Debido a lo anterior, los países parte de la Convención Americana que soliciten opiniones consultivas, deben ejercer de oficio el control de convencionalidad y aplicar la interpretación realizada por la Corte en sus diferentes decisiones sin importar que sean sentencias u opiniones consultivas.

### C. ¿Interfiere la Soberanía?

No. La función contenciosa de la CorteIDH no interfiere con la soberanía estatal, en la medida en que la Corte IDH solo conocerá de casos siempre y cuando existan violaciones de derechos humanos y que estas no hayan

80. Esto puede ser verificado en el sitio oficial de la OEA: Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32). (s.f.). Extraído de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)

81. Los criterios de las entidades fueron vertidos en el marco de proceso de inconstitucionalidad: CSJ, Sala Constitucional de Costa Rica, en el expediente 18-001265-0007-CO. (caso matrimonio civil igualitario).

sido subsanadas en el ordenamiento jurídico interno, de ser el caso. Todo ello con base en el principio de subsidiariedad que desarrollaremos más adelante, y de conformidad con el principio de buena fe que rige en el derecho internacional.

Por otro lado, los Estados al firmar la Convención se comprometieron a cumplir, conforme a los principios que rigen el derecho internacional, con las sentencias que emanan de la CorteIDH. De esta manera, no es posible afirmar que la CorteIDH interfiere en la soberanía de los Estados.

Ya la CorteIDH ha dejado claro que el Sistema Interamericano de Protección Derechos Humanos encuentra sus bases, en el principio de subsidiariedad que lo rige, este principio obliga a los órganos del Sistema Interamericano a ser, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana: «*coadyuvantes o complementarios de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*», pues El Estado «*es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos*»<sup>82</sup>.

El referido carácter subsidiario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa<sup>83</sup>. Por tanto, la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de establecer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios<sup>84</sup>.

#### D. ¿La Corte puede crear derechos?

No. Dentro de las atribuciones otorgadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la CorteIDH, no existe ni se contempla la

82. Corte IDH. Sentencia Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2006) Serie C No. 157, párr. 66.

83. Corte IDH. Sentencia Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2015). Serie C No. 299., Párrafo 159.

84. Corte IDH. Sentencia Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (2014). Serie C No. 286, Párrafo 137. En el mismo sentido: «*los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Por tanto debe entenderse a la orientación sexual como una de las categorías por las cuales está prescrito todo tipo de discriminación*» Corte IDH. Sentencia Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. /2012). Serie C No. 239, párrafo 83.

posibilidad de que la Corte modifique, altere o suprima alguna disposición de la Convención. De manera que la Corte no puede crear, eliminar o modificar los derechos contenidos en la Convención Americana. No obstante, lo anterior, es necesario destacar lo que la Corte ha señalado que la Convención es un instrumento vivo cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>85</sup>.

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>86</sup>. Lo que quiere decir que, la CorteIDH puede interpretar otros tratados, normas o simplemente tomar en cuenta la evolución de los tiempos a efectos de ampliar o no la esfera de protección de un derecho.

En otras palabras, y a modo de ejemplo, sí la Convención no contempla un derecho de propiedad exclusivo para los indígenas, y existe un tratado en esa materia del cual son signatarios los Estados Americanos, la Corte podrá interpretar el Derecho a la propiedad contemplado en la Convención Americana a la luz de dicho tratado, por lo que, podría ampliar la esfera de protección del derecho a la propiedad a los indígenas como en efecto lo ha hecho<sup>87</sup>.

Conviene hacer la diferenciación entre ampliar la esfera de un derecho, y modificar un derecho, por cuanto, el primero se refiere a la extensión en la cobertura de un derecho a aquellos a quienes normalmente no se les consideraban como titulares de este, en tanto que la modificación implica mutar el contenido del derecho, es decir que ya no se trate de derecho de propiedad sino derecho de propiedad y tenencia.

De manera que no es lo mismo reconocer al indígena un derecho de los cuales no se consideraba titulares, pero que, en el fondo, conforme al principio de dignidad humana también son titulares y que sin embargo históricamente le fue negado, a mutar el contenido de este de manera que la Convención se lea diferente.

#### 4. EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El consejo de Derechos Humanos, puede conocer de violaciones a la Carta de las ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros

85. Corte IDH. Sentencia de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. (1999) Serie C No. 63, Párrafo 193.

86. Corte IDH. Sentencia de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. (2004). Serie C No. 110, Párrafo 165.

87. Corte IDH. Sentencia Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. (2005). Serie C No. 125, Párrafo 125.

instrumentos aplicables en el campo de los derechos humanos, en la medida en que esta no tenga motivaciones manifiestamente políticas.

Esta comunicación puede presentarla la(s) víctima(s) o un tercero en representación de ella(s) que actúen de buena fe de conformidad con los principios de derechos humanos, no tengan posturas políticamente motivadas contrarias a lo dispuesto en la Carta de las ONU y que sostengan tener conocimiento directo y fidedigno de esas violaciones<sup>88</sup>. Es necesario que la comunicación dirigida al Consejo contenga un relato claro de las presuntas violaciones, e incluya tanto los derechos que se consideran vulnerados, como la prueba que sustente los hechos relatados, esta prueba no debe basarse exclusivamente en informes de los medios de comunicación.

Además, debe tratarse de un caso que no esté siendo tratado por un procedimiento especial, un órgano creado en virtud de un tratado u otro procedimiento de denuncia análogo, de las ONU o regional, en la esfera de los derechos humanos. Finalmente, es de destacar que se deben agotar los recursos de la jurisdicción interna, salvo que esos recursos sean ineficaces o se prolonguen injustificadamente.

El proceso ante el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, resulta complejo en la medida en que existe gran diversidad de órganos a los cuales recurrir ante una violación de Derechos Humanos. De esta manera encontramos: (a) El Consejo de Derechos Humanos y dentro de este el Examen Periódico Universal; (b) Los procedimientos especiales; y (c) los Órganos de Tratados.

88. Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 18/06/2007 «Construcción Institucional Del Consejo De Derechos Humanos» (A/HRC/RES/5/1).



## Capítulo II

# ¿Discriminar o no discriminar? He ahí el dilema

SUMARIO: I. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. II. DEFINIENDO LA DISCRIMINACIÓN. 1. *Concepto*. 2. *Contexto y parámetros objetivos*. 3. *La degradación como elemento clave para determinar la existencia de la discriminación injustificada*. 3.1. «Ciegotofobia» o la desnaturalización del concepto de discriminación.

La cotidianeidad de nuestras vidas presenta un sin fin de situaciones en las que tenemos que tomar decisiones y otras en las que alguien más ha decidido por nosotros. En todo caso, al decidir, discriminamos: tomar una ruta u otra, vestir de determinada manera, llamar a tal persona o dejar de hablar con otra, llegar temprano al trabajo, al dejar de contestar a alguien o al rechazar una salida... en todo momento nos enfrentamos a la discriminación.

En una cárcel de Suráfrica, privados de libertad, de raza negra son obligados a utilizar pantalones cortos; mientras que los blancos, pantalones largos<sup>1</sup>. Un hotel decide no alquilar una habitación a un viajero negro<sup>2</sup>. En la entrada de un juzgado, se visualiza un rótulo que indica: «Solamente Hombres». Un hombre negro, cede su asiento en un autobús, al ser requerido por un hombre blanco. Un joven de 25 años, se refiere a un hombre negro que le duplica la edad, como «niño»<sup>3</sup>. Un sobre se abre, descubriendo una notificación de «No

1. Nelson Mandela. (1994). *Long Walk to Freedom: The autobiography of Nelson Mandela*. Boston: Little, Brown. Pág. 334-335, 338-339.
2. «uno obligado a dormir noche tras noche en algún rincón incómodo del propio automóvil porque no están abiertas las puertas de ningún hotel para uno». King, M. (1963). «Carta desde la Cárcel de Birmingham». Extraído de: <http://wpd.ugr.es/~diegoch/?p=312>
3. Kennedy, R. (2002). *Niger: The Strange Career of a Troublesome Word*. New York: Pantheon Books, P. 114-115

Admisión» para la Universidad<sup>4</sup>. Un adolescente, recoge su equipo deportivo, al no ser seleccionado para jugar en el recreo. Una pareja de lesbianas, es invitada a retirarse del restaurante en donde cenaban, después de tomarse las manos sobre la mesa. Una persona decide, excluir algunos nombres de la lista de su boda. A una mujer trans se le niega la posibilidad de vestir conforme a su identidad en su trabajo. Al no tener la mayoría de edad, una joven se queda sin la oportunidad de votar en elecciones... ¿Son todos casos de discriminación injustificada?

Como seres humanos poseemos una multiplicidad de rasgos: raza, sexo, apariencia, color de ojos, fisionomía, edad, fertilidad, creencias religiosas, visión económica, orientación sexual. Algunos son más fáciles de identificar, mientras que otros, al ser estar ligados con el pensamiento y convicciones internas solamente se identifican al momento de exteriorizarlas. También, podemos diferenciar los rasgos en inmutables o mutables, ciertas condiciones, que, en principio, no se pueden cambiar (la raza, e.g.), mientras que otras sí (el peso, por ejemplo). Posiblemente usted puede continuar sacando más y más subclasificaciones de los rasgos, pero nada de eso es relevante para determinar si el acto diferenciador, con el cual discriminamos, es justificado<sup>5</sup> o no.

¿Cuándo esa discriminación es injustificada? De eso se trata este capítulo, de entender el concepto de discriminación, brindar herramientas prácticas para su debido dimensionamiento y de esta forma hacer frente a grupos opresores, que buscan confundir sobre el verdadero alcance de la discriminación injustificada. Es innegable que el concepto de discriminación es un concepto complejo, que requiere un análisis desde diferentes perspectivas, para comprender cuándo estamos frente a una discriminación injustificada.

## I. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La dignidad, al ser inherente a todo ser humano, y al no estar sujeta o condicionada a ninguna circunstancia, no puede ser sujeta de discriminaciones por causa alguna. Así lo define la jurisprudencia salvadoreña: «*La dignidad de la persona humana, –cuyo respeto es elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos jurídicos de la convivencia nacional–, comprende*

4. Sobre las bondades de las acciones afirmativas (affirmative actions) en materia educativa ver: Randall K. (2013). For discrimination, Race Affirmative Action and the Law. Nueva York, Estados Unidos: Pantheon Book, pág. 5-8.
5. Algunas personas prefieren utilizar los términos de diferenciación para referirse a lo que considero «discriminación justificada» y discriminación para los casos de discriminación injustificada.

*la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. La dignidad es inherente a toda persona humana y no está sujeta a las circunstancias particulares de cada cual –edad, sexo, condición económica o nivel de instrucción–; tampoco se desvanece en razón de la conducta mostrada, pues aun cuando el individuo incurre en actos reprobados socialmente o incluso perpetra hechos que el ordenamiento jurídico considera como delictivos, su dignidad –en tanto es consustancial a su calidad de ser humano– permanece<sup>6</sup>».*

El artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece cuales son las categorías protegidas, sobre las cuales no puede discriminarse: *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*». Por su parte el artículo 24 de la CADH establece que: *Todas las personas son iguales ante la ley*.

En consecuencia, todos los Estado dentro del sistema interamericano tienen la obligación de establecer parámetros necesarios para la convivencia pacífica entre la diversidad que habita en una sociedad, estando obligado a respetar la dignidad de todos sus habitantes. En este sentido, a diferencia de la facultad discriminatoria que sí posee el individuo<sup>7</sup>, el Estado no tiene derecho a discriminar y tiene la obligación de velar y garantizar los derechos de todas las personas, sin discriminación, por tener derecho a igual protección de la ley.

6. CSJ de El Salvador, Sala de lo Constitucional, No. 165-2005. También ver: «*En la STC 53/1985 del 11 de abril, se estimó que la dignidad es un “valor espiritual y moral inherente a la persona, que debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona encuentre, constituyendo un mínimo vulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”*». Díaz L. José (2014). El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. En *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Coords. Cuesta L. Víctor y Santana VS. Dulce, 305-320. España: Thomson Reuters Aranzadi, P. 318.
7. «*La intimidad reconoce que todos tenemos un derecho a una esfera de intimidad privada y autonomía que nos permite establecer y cultivar relaciones humanas sin injerencia de la comunidad exterior. La manera como damos expresión a nuestra sexualidad esta en el núcleo de esta zona de intimidad privada. Si al expresar nuestra sexualidad actuamos de mutuo acuerdo y sin perjudicarnos entre si, la invasión de esos límites será una violación de nuestra intimidad*». Sentencia del Tribunal Constitucional Sudáfricano del 9 de octubre de 1998, National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another Vs. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, parrafo 32 (original en inglés, traducción libre).

Asimismo, la CorteIDH explica sobre el artículo 1.1 de la CADH: «78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma<sup>8</sup>».

Al interpretar la expresión «cualquier otra condición social» del artículo 1.1. de la Convención, destacó la Corte que, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano<sup>9</sup>. De manera que, podrán incluirse otras categorías como la orientación sexual, identidad de género<sup>10</sup> o VIH<sup>11</sup> a la luz de «cualquier otra condición social» y de conformidad con las normas de interpretación, especialmente el artículo 29 de la Convención Americana, y el *Corpus Iuris Internacional*<sup>12</sup>.

La importancia de este principio de no discriminación ha llegado a tal punto que ha subido al olimpo de los principios y valores jurídicos, al punto que se reconoce que forma parte de las normas de *jus cogens*<sup>13</sup>, tal y como ha indicado

8. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239
9. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 párr. 84-86.
10. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 párr. 91. La Sentencia 176/2008 del Tribunal Supremo Español indicó lo siguiente, en relación a las personas trans: «no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura de principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del art 14 CE a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos, a quien define como transexual y alega haber sido discriminada, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incomprensión que produce en terceros su disforia de género».
11. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298 párr. 255.
12. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 párr. 91; Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298 párr. 255.
13. La Corte Internacional de Justicia, sobre las normas de *jus cogens*, indicó lo siguiente: «Una distinción esencial se debe dibujar entre las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, así como las relativas vis-à-vis otro Estado (...). Por su propia naturaleza, las primeras de la preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados puede considerarse que tienen un

la Corte: «El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*<sup>14</sup>».

Los incumplimientos a dicha obligación, generan responsabilidad internacional de los Estados, tal y como ha sido puntualizado por la Corte: «Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional<sup>15</sup>».

Por lo que el aspecto central está en definir qué es la discriminación y cuando será injustificada.

## II. DEFINIENDO LA DISCRIMINACIÓN

### 1. CONCEPTO

Todas las personas, al ser iguales en dignidad, tenemos derecho al reconocimiento, goce y ejercicio de derechos fundamentales. En este entender, constituye discriminación injustificada toda diferenciación, exclusión, restricción y cualquier otra acción u omisión que, atendiendo al contexto social e histórico, objetivamente degraden, humillen o disminuyan la dignidad humana de una persona o grupo de personas.

---

*interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes. Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, como también de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial».* Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium Vs. Spain). Sobre la concepción y conceptualización de *Jus Cogens*, recomiendo ver: Verdross, A. (1966). *Jus dispositivum and jus cogens in international law. American Journal of International Law*, Vol. 60, P. 55-63.

14. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, párr. 269. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párrafo 215.
15. Dictamen Consultivo emitido por la CorteIDH No.OC-18/03, Condicion Juridica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, Serie A No 18, párrafo 85

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante «Comité de Derechos Humanos») la define como: *«toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas»*<sup>16</sup>.

La Corte IDH ha señalado que la discriminación se relaciona con toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en categorías protegidas y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas<sup>17</sup>.

En un caso relacionado con materia de derecho de familia, la Corte IDH indicó: *«79...la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación»*<sup>18</sup>.

## 2. CONTEXTO Y PARÁMETROS OBJETIVOS

De estas definiciones se extraen varios elementos. Lo primero es entender que lo importante<sup>19</sup>, son los significados sociales de esos rasgos en un determinado contexto: no es lo mismo un rótulo que diga «solo hombres» en la puerta de un juzgado, a que lo diga en la puerta de unos *lockers* de un gimnasio. En el primero de los casos, conlleva una humillante denigración hacia el género femenino, como indicando que las mujeres no podrían ser abogadas; lo cual no está presente en el caso de los casilleros.

16. ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No. Discriminación, párr. 6.

17. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 párr. 81; Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298 párr. 253; Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

18. Corte IDH, caso Átala Riffo y Niñas vs. Chile (2012).

19. Hellman, D. (2008). *When is Discrimination Wrong?* Boston, Massachusetts: Harvard University Press, p. 7.

Distinguir sobre rasgos en un contexto determinado, puede tener un impacto diferente en otro. Cuando revisamos el ejemplo de la diferenciación de pantalones (cortos o largos) entre prisioneros, dependiendo de su raza, da una sensación de extrañeza ¿no?, esa sensación viene determinada por la finalidad racista y segregacionista que la prisión había implementado: hacer sentir a los negros como unos niños, demarcando una inferioridad frente a los prisioneros blancos. Esa diferenciación, degrada y por tanto es un caso de discriminación injustificada<sup>20</sup>.

En Costa Rica ocurrió el caso de un restaurante que se rehusó atender a una persona que violentó la regla de aplicación general para todos sus clientes, según la cual todos debían utilizar camisa dentro del local. La Sala Constitucional de Costa Rica consideró que el trato que recibió no era discriminación injustificada porque no atentaba contra la dignidad humana del recurrente<sup>21</sup>. Pero en otro caso, por ejemplo, la misma Corte amparó a una persona que fue expulsada de un centro comercial por andar sin zapatos, violentando la regla general que todos los usuarios debían utilizar calzado, en ese caso, se utilizó la carta especial de la libertad religiosa (algo así como la tarjeta de «salir de la cárcel gratis» de *Monopoly*), en la que se explicó que al ser una práctica Taoísta que no ofendía, podía realizarla sin problema<sup>22</sup>.

La CorteIDH ha establecido un estándar<sup>23</sup> que apela a la objetividad de la medida diferenciadora, para determinar si se trata de un caso de discriminación

20. Hay quienes hablan de discriminación cuando algo una situación (acción/ omisión) es injustificado y de diferenciación cuando no lo es. En mi caso, prefiero hablar de discriminación injustificada cuando existe un componente que degrada al ser humano, mientras que discriminación a secas cuando no lo hay. Por ejemplo, Sala Constitucional de Costa Rica utiliza el binomio «discriminación – diferenciación», tal y como ha indicado: «*Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contraria al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos*». CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 08724-2011. En la misma línea, la Corte IDH: «[e]l término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles». Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 89.
21. Sentencia No. 16058-2005 emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica el 23 de noviembre del 2005.
22. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 11075-12. En cuanto a la libertad religiosa, es un mundo fascinante que se encuentra desarrollado en el capítulo VI.
23. «*Nadège Dorzema y otros Vs. República Dominicana al establecer que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones,*

injustificada o no: «los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla<sup>24</sup>». Este estándar de objetividad es también recogido por la jurisprudencia Costarricense: «...otorgar tratamientos diferenciados a situaciones distintas, siempre y cuando se funde en una base objetiva, razonable y proporcionada. Resulta legítima una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho, lo que haría que el principio de igualdad sólo se viole cuando se trata desigualmente a los iguales y, por ende, es inconstitucional el trato desigual para situaciones idénticas<sup>25</sup>...».

No obstante ello, el problema del estándar objetivo, es que se presta para legitimar la discriminación injustificada, tal y como ocurrió en el año 2006 en Costa Rica cuando con una finísima manifestación de homofobia técnica y cordial, se determinó que la discriminación matrimonial, la cual degrada y pone en una posición de inferioridad a las parejas del mismo sexo, no se trataba de un caso de discriminación injustificada: «(...) La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable... Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplan soluciones distintas ante situaciones distintas, como tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva<sup>26</sup>».

Entonces, si esos criterios no son suficientes, ¿cómo se distingue cuando algo es discriminación injustificada y cuándo no? Para distinguir la discriminación injustificada de la simple discriminación, la doctrina ha establecido criterios que ayudan en determinar cuando algo realmente es un trato discriminatorio injustificado, estableciendo un estándar que no siempre resulta fácil de identificar, pero que aun así marca un norte aceptable: si la distinción trazada denigra a un determinado grupo, o si los hunde al punto de ponerlos en un nivel inferior, entonces se trata de un tratamiento injustificado.

---

*políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables».* Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, § 235.

24. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17 (2002). Párrafo 55. En la misma línea: Corte IDH. Caso Yatama c. Nicaragua (2005) párrafo 185.
25. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, No. 135-2013.
26. CSJ, Sala Constitucional, Sentencia No. 7262-2006. Destacando el voto salvado Magistrado Vargas Benavides.

### 3. LA DEGRADACIÓN COMO ELEMENTO CLAVE PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LA DISCRIMINACIÓN INJUSTIFICADA

Al clasificar o levantar distinciones entre personas en la base de algún atributo (color de pelo, altura, peso, grados académicos, cualquier atributo) puede que suceda varias cosas a la vez: lo primero que ocurre es que separamos, dividimos o distinguimos, lo cual puede que esta separación genere un trato diferente, el cual puede en ciertos casos estigmatizar a una persona y hasta degradarla. Si esto ocurre, entonces estamos frente a un caso de discriminación moralmente errada, según explica Hellman<sup>27</sup>, o discriminación injustificada en terminología de esta obra.

¿Pero qué significa degradar a una persona? Según Hellman<sup>28</sup>, para degradar a una persona tiene que existir una relación de jerarquía, un cierto grado de poder sobre la otra, de tal manera que la persona pueda someter o dominar a la otra; y que además la persona en una posición de poder haga sentir a la otra(s) que además de ser menos digna de recibir atención y respeto, niega su igual valor moral como ser humano.

No es mero insulto, sino que es una manera de hundir, disminuir, aplastar y denigrar a alguien. La Sala Constitucional de El Salvador, creo una definición sobre los tratos degradantes, que se vuelve relevante: «*son aquellos que ocasionan sentimientos de temor, angustia, inferioridad, humillación, degradación, quebrantamiento de la resistencia física y moral de las personas, anulando su personalidad o carácter, los cuales causan trastornos psicológicos y sufrimientos menos intensos que los producidos por la tortura y los tratos crueles*<sup>29</sup>».

Por ello es que hace sentido entender los antecedentes históricos del grupo, el contexto cultural y situación actual, en el cual se enmarcan las diferentes situaciones que son objeto de un análisis de discriminación injustificada, por cuanto se determinará si el acto realmente degrada o no. Así en resumidas

27. La obra de Hellman la conocí en la tienda de la escuela de derecho de la Universidad de Virginia en Charlottesville, en el año 2017. Charlottesville entró a la escena de la discusión mundial a raíz de la manifestación de grupos blancos nacionalistas de la derecha alternativa (ver capítulo XII) y fui invitado a dar una charla sobre discursos de odio por Robbie Pomeroy, miembro de una de las asociaciones estudiantiles de dicha Universidad. Todo ello fue posible gracias a la gentil ayuda del profesor Dr. Mauricio Guim, a quien le agradezco por su apoyo.

28. Hellman, D. (2008). *When is Discrimination Wrong?* Boston, Massachusetts: Harvard University Press, p. 29, 57, 171.

29. CSJ de El Salvador, Sala de lo Constitucional, No. 165-2005.

cuentas se puede establecer el test de discriminación injustificada con tres preguntas<sup>30</sup>:

1. ¿La discriminación indica que alguien tiene un valor moral inferior?
2. ¿Existe una relación de poder o estatus en la situación?
3. ¿La situación en análisis puede asimilarse a un «sello de inferioridad»?

De esta manera, se traen al análisis otras herramientas diferentes a las de las «razones» objetivas que han definido en la jurisprudencia, por cuanto existe sobrada evidencia que muchas de esas «razones» objetivas pueden fundarse en prejuicios racistas, como en efecto se justificó la segregación racial en el sistema educativo, de transporte público y hasta el matrimonial en diferentes Estados en el mundo.

En estos análisis en la determinación del carácter discriminatorio e injustificado de una situación, no debe olvidarse que la discriminación injustificada daña. Por un lado, infringe un golpe en la moral de una persona ya que le roba su valor moral de igual frente a otras; incluso, llegando afectar aspectos tan esenciales de la vida de una persona, como resulta un plan de vida. Además, la discriminación produce daños materiales, ya que, en algunos casos, la discriminación implica la negación de servicios y bienes.

En resumidas cuentas, la premisa fundamental es que todo ser humano es digno en sí mismo y, en consecuencia, es merecedor de respeto, sin importar su raza, religión, costumbres, orientación sexual, o cualquier otro atributo. Lo anterior obliga a tratar a iguales como iguales y a desiguales como tales, por lo que no resultaría discriminatorio ni contrario a la dignidad humana reconocer diferencias entre personas o grupos de ellas, siempre y cuando, la diferenciación tenga una justificación razonable, objetiva y que no degrade la dignidad humana.

### 3.1. «Ciegefobia» o la desnaturalización del concepto de discriminación

En el año 2017, ACIPRENSA, el portal de noticias católicas, publicó lo siguiente: *«Sobre aquellos que acusan de “discriminación” el no permitir casarse a personas con atracción del mismo sexo, Márquez dijo que esto es falso. Puede que sea una discriminación, pero es una discriminación justa. La discriminación no es algo malo en sí. Por ejemplo, ¿un ciego le puede pedir al Estado un carné de conducir?»*

30. Hellman, D. (2008). *When is Discrimination Wrong?* Boston, Massachusetts: Harvard University Press, p. 29, 40-41.

*El Estado no le tiene que dar al ciego el carné porque esa persona tiene una discapacidad que le impide manejar. ¿Es el Estado discriminador “ciegofóbico”? ¿Soy yo “ciegofóbico” por sostener que esta decisión es sensata? No, es decir, no es una discriminación injusta<sup>31</sup>».*

Analicemos este caso, en el cual se busca descalificar un aspecto discriminatorio injustificado (negar el acceso igualitario a la institución del matrimonio civil<sup>32</sup>) por medio de la asociación con una situación que no es discriminatoria de manera injustificada. El criterio a utilizar es el plasmado por Hellman.

El punto de partida, es entender la raíz de donde surge el problema planteado: se trata de un fruto de la desnaturalización, falta de entendimiento y confusión de lo que significa la discriminación injustificada, lo cual es la consecuencia de los torrentes de información errada, falsa y sin fundamento que se producen en la plataforma cultural de la «**Civilización del Espectáculo**»<sup>33</sup> que tiene como valor supremo la búsqueda de la diversión, el alejamiento del sufrimiento a toda costa. Lo cual, tiene como resultado, la producción excesiva de información que termina fusionando la verdad con la mentira, la información con la desinformación, lo cierto con lo falso.

Primero que nada, el impedimento de otorgar licencias a personas ciegas, se trata de una restricción objetiva, por cuanto es un aspecto innegable que uno de los requisitos para conducir un automóvil es tener la capacidad de ver. Lo cual es una medida que se ampara en motivos de seguridad. ¿Es esta una medida razonable y objetiva? Totalmente, por cuanto establece un estándar que toda persona cumpla los requisitos mínimos de visión, podrán obtener un permiso de conducir. Distinto fuera el caso si el requisito se estableciera con factores que en nada afecta la capacidad visual de un individuo, como exigir que una persona sea blanca, que sea de un género o que sea heterosexual. Por lo que en ese caso no existe una discriminación injustificada.

En el caso de la negación a las personas homosexuales a casarse civilmente, sí existe una discriminación injustificada, por cuanto la medida discriminatoria crea una segregación de ciudadanos de primera y segunda categoría,

31. Se que es difícil creer que alguien pueda poner este tipo de ejemplos, pero pueden revisarlo en el siguiente enlace: López Marina, D. (25 de abril del 2017). ACIPRENSA. ¿El «matrimonio» homosexual y el aborto son derechos humanos? Responden expertos. Extraído de: <https://www.aciprensa.com/noticias/el-matrimonio-homosexual-y-el-aborto-son-derechos-humanos-responden-expertos-71771>

32. Desarrollado con la extensión debida en la sección 10 del capítulo III de este libro.

33. Esta confusión conceptual surge como resultado de la incapacidad de encontrar la verdad entre tanta información que existe sobre el tema, ello como consecuencia de la cultura regente de nuestra época, que ha sido denominada como la «Civilización del Espectáculo». Al respecto, ver la sección 4 del capítulo IX de este libro.

transmitiendo un mensaje entre líneas que el amor entre homosexuales, no tiene validez suficiente para ser regulado bajo la pluma de la igualdad. Esta regulación, es injustificada, por cuanto degrada, hunde, humilla, pone en un plano inferior y les roba el valor moral de igual a las personas con una orientación sexual homosexual.

Lo mismo ocurre con otras acciones tendientes a desnaturalizar la discriminación injustificada, así vemos que no es discriminación injustificada establecer un mínimo de edad para participar en elecciones, o fijar un mínimo para obtener un permiso de conducir ya que en todos esos casos no hay una degradación del carácter moral de la persona. Por supuesto, no siempre resulta fácil identificar si una acción degrada o no, por lo que auxiliarse del contexto actual e histórico, se vuelven relevantes.

Como, por ejemplo, en un colegio se decide hacer una obra<sup>34</sup> donde se dramatice la segregación racial de los años 50, así dividen a los estudiantes en opresores y oprimidos, colocando en esta última categoría a Carlos, quien tiene raíces africanas... ¿Estaríamos frente un caso de discriminación injustificada? En primera instancia, pareciera que si, por cuanto la degradación ocurre, pero es importante contextualizar que el acto ocurre en el marco de una obra escolar, por lo que no se trataría de un caso de discriminación injustificada.

El ejemplo se puede complicar un poco más, ya que después de la primera semana de la obra, Carlos se siente humillado, hundido y sin ganas de seguir en la escuela. Generando un reclamo formal de sus padres al director por un trato peyorativo al ubicarlo en ese rol de oprimido, menciona el padre de Carlos, el señor Don Carlos, que esto ha tocado el núcleo familiar al punto que el abuelo de Carlos, Don Carlos I, ha sufrido un infarto al conocer la noticia del rol en la obra escolar de su nieto Carlos.

En este caso, el aspecto central subyace en lo que sintió Carlos, que sin duda alguna es un aspecto serio, importante y que debe tratarse. Pero de igual forma no le agrega el carácter de discriminación injustificada con el actuar, dado que, objetivamente hablando, la actuación escolar no fue hecho con una finalidad de hundirlo, ni degradarlo.

Otra perspectiva del problema se da cuando analizamos la intención del director de la obra, cuando de forma encubierta y sin revelarlo, tiene la intención de dañar ¿sería injustificable la discriminación? La intención sin duda alguna es importante para muchos aspectos, pero en materia de discriminación no debe ser el factor que prima para determinar si un actuar es discriminación injustificada o no. Ello por cuanto, en otros supuestos, talvez la intención no se materialice, o no tenga un efecto, pero no por ello la acción deje de ser una discriminación injustificada.

34. Ver por ejemplo: TEDH. Caso Alinak Vs. Turquía. No. 40287/98. (2015).

Tal y como explica la doctora Hellman: «*No se trata de lo que pretende la persona o entidad que dibuja la distinción, ni siquiera predominantemente acerca de los efectos... Se trata de lo que expresa la acción de dibujar la distinción: ¿expresa que el grupo tratado de manera diferente es de menor valor?*»<sup>35</sup>.

De tal manera que se concluye que a acción debe analizarse de forma objetiva, dado que en algunos casos una acción puede ser degradante, aún a pesar de no lograr su objetivo.

---

35. Mcneill, B. (2 de abril del 2012). Deborah Hellman, Expert on Discrimination, to Join UVA Law Faculty Virginia Law School. Extraído de: [https://www.law.virginia.edu/news/2012\\_spr/hellman.htm](https://www.law.virginia.edu/news/2012_spr/hellman.htm)



## Capítulo III

# Para los gustos, los colores: la orientación sexual y la identidad de género

SUMARIO: I. LA ORIENTACIÓN SEXUAL. II. DESPATOLOGIZACIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. III. LAS FRAUDULENTAS Y PELIGROSAS CLÍNICAS DE CONVERSIÓN. IV. IDENTIDAD DE GÉNERO.

El 14 de febrero de 1995 fue inaugurado el Tribunal Constitucional de Sudáfrica: «Una Corte de la que depende el futuro de nuestra democracia», dijo el presidente Nelson Mandela en el discurso inaugural<sup>1</sup>, enfatizando en la importancia de respetar el Estado de Derecho y principios fundamentales como el de la división de poderes: «Nuestra Constitución se basa en tres pilares fundamentales: el Parlamento, el Gobierno y el Tribunal Constitucional. Cada uno tiene su papel específico que desempeñar. Socavar cualquiera debilita toda la estructura. Es por eso por lo que su independencia está garantizada en la Constitución».

El Tribunal Constitucional de Suráfrica se ha posicionado como una de los más progresistas y especializados del mundo en materia de discriminación, no en vano fue el país que sobrepuso la segregación racial. Dentro de sus sentencias, hay una en la que expone lo que cada persona LGBTIQ enfrenta al darse cuenta de su realidad: «En el caso de los gays, la historia y la experiencia nos enseñan que la marca no surge de la pobreza ni de la impotencia, sino de la invisibilidad. Son la contaminación del deseo, la atribución de perversidad y de vergüenza a un afecto físico espontáneo, la prohibición de la expresión del amor, la negación de la plena ciudadanía moral en la sociedad por ser uno quien es lo que vulnera la dignidad y la autoestima de

1. La Sala de lo Constitucional de El Salvador ha indicado con respecto de la dignidad: «La dignidad de la persona humana comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, y en el texto constitucional pueden encontrarse algunas disposiciones que implican manifestaciones de tal categoría jurídica; una de ellas es la existencia digna. La existencia digna significa no sólo la conservación de la vida, sino el mantenimiento de la misma a un cierto nivel, el que facilite la procura de las condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales». CSJ de El Salvador. Sala de lo Constitucional. No. 31-2004AC.

*un grupo... Son, en general, un grupo que no es obvio, presionado por una sociedad y por la legislación para que se mantenga invisible. La característica que los identifica combina todas las ansiedades que produce la sexualidad con todos los efectos alienantes resultantes de la diferencia, y se les considera especialmente contagiosos o propensos a corromper a los demás. Ninguno de estos factores es aplicable a otros grupos tradicionalmente objeto de discriminación, como las personas de color o las mujeres, cada uno de los cuales, como es de suponer, han tenido que padecer sus propias formas de opresión<sup>2</sup>».*

El máximo Tribunal de Sudáfrica deja esas palabras que crean un eco hasta la eternidad, ya que delimita los contornos que cada niño, adolescente, adulto y anciano... que cada persona homosexual, bisexual enfrenta. Esa sensación de presión social y las propias ansiedades que supone irse conociendo, están presentes en toda la temática relacionada con la identidad de género. Este capítulo se enfoca en una de esas multitudes, una que ha sido irrespetada constantemente a lo largo de la historia de la humanidad: la identidad sexual, con el fin de comprender la naturalidad que existe en la diversidad.

## I. LA ORIENTACIÓN SEXUAL

En una persona habitan diferentes roles en una sociedad: jefe/empleado, hermano/hermana, padre/madre, vecino, conductor/pasajero, amigo, atleta, confidente... en definitiva «*contenemos multitudes*<sup>3</sup>», y dentro de esas multitudes esta la orientación sexual y la identidad de género. Cada persona tiene derecho a que cada una de sus multitudes, aún en aquellos casos en que alguna de ellas no sea muy marcada, deben ser respetadas tanto por el Estado y por los particulares, por cuanto ello compone la identidad personal, la cual está estrechamente relacionada con la dignidad humana<sup>4</sup>.

Dentro de la identidad personal, existen diversos elementos, siendo uno de ellos la identidad sexual, la cual: «... *esta presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, encontrándose en estrecha conexión con una pluralidad de derechos: libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la integridad psicosomática y entre otros, la disposición del propio cuerpo. La identidad sexual se entiende como la parte de la identidad total de las personas que posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como*

2. Tribunal Constitucional de Suráfrica, Sentencia CCT11/1998.
3. Whitman, W. (1892) Song to Myself. Extraído de: <https://www.poetryfoundation.org/poems/45477/song-of-myself-1892-version>
4. La Sala de lo Constitucional de El Salvador ha indicado con respecto de la dignidad: «*La dignidad de la persona humana comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, y en el texto constitucional pueden encontrarse algunas disposiciones que implican manifestaciones de tal categoría jurídica; una de ellas es la existencia digna. La existencia digna significa no sólo la conservación de la vida, sino el mantenimiento de la misma a un cierto nivel, el que facilite la procura de las condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales*». CSJ de El Salvador, Sala de lo Constitucional, Sentencia No. 31-2004-AC.

seres sexuados y sexuales<sup>5</sup>» Con lo cual se resalta su importancia y es el punto de partida para entender el efecto que restringir dicho componente puede generar en la vida de una persona.

La identidad sexual, continúa la doctora Siverino Bavio explicando: «... esta constituida por tres componentes que es preciso reconocer y diferenciar: Identidad de género, que es la convicción íntima y profunda que tiene cada persona de pertenecer a uno u otro sexo, más allá de sus características cromosómicas y somáticas; rol de género, referida a la expresión de masculinidad o feminidad de un individuo, acorde con las reglas establecidas por la sociedad y Orientación sexual, vinculada a las preferencias sexuales en la elección del vínculo sexo-erótico<sup>6</sup>».

Es decir que en apego al principio de dignidad humana<sup>7</sup>, toda persona por el mero hecho de serla, tiene derecho a la personalidad la cual a su vez conlleva el derecho de autodeterminación, propia imagen y preservación. Sobre este último aspecto, es donde yace la intimidad y el derecho a mantener aspectos personales en el ámbito de lo privado y confidencial<sup>8</sup>, dentro de los cuales se encuentra la orientación sexual, el cual es uno de los elementos esenciales y al mismo tiempo, más íntimos de la personalidad<sup>9</sup>.

5. Siverino, P. (2017). Amicus Curiae frente al pedido de Opinión Consultiva de Costa Rica sobre la protección de la Convención americana del reconocimiento del cambio de nombre de las personas transgénero. Extraído de: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/78\\_siverino\\_bavio.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/78_siverino_bavio.pdf) En el mismo sentido: «la protección del derecho a la identidad sexual de la persona se construye a partir de los siguientes asideros constitucionales: a) el derecho al libre desarrollo de la personalidad; b) el derecho a la protección de la salud como derecho de toda persona a su bienestar general y psicosocial en particular; c) el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen así como a la dignidad personal; y d) el derecho a la integridad psicofísica. Según esta perspectiva, existe una obligación incluso por parte de los Poderes Públicos de proteger la dignidad de la persona y su derecho a la personalidad, y como tal, es viable realizar la construcción jurídica del derecho a la “identidad sexual”». CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 7128-2007.
6. Siverino, P. (2017). Amicus Curiae frente al pedido de Opinión Consultiva de Costa Rica sobre la protección de la Convención americana del reconocimiento del cambio de nombre de las personas transgénero. Extraído de: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/78\\_siverino\\_bavio.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/78_siverino_bavio.pdf)
7. CSJ de El Salvador. Sala de lo Constitucional. No. 18-2004, En el mismo sentido: *La sexualidad, heterosexual u homosexual, es un elemento esencial de la persona humana y de su psique y, por consiguiente, se integra en el marco más amplio de la sociabilidad. La protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (Constitución Colombiana, Artículos 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo»* CSJ de Colombia, Corte Constitucional, No. C-098/1996, párrafo 4.
8. En Alemania una corte distrital consideró ilegal «sacar del clóset» a un hombre Regional Court (*Landgericht*) of Munich. Caso No. 7 O 4642/05.
9. Tribunal Constitucional de España. No. 41-2006, citada por: Díaz, J. (2014) El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad

Una aproximación objetiva al concepto de orientación sexual se encuentra en la definición recogida en los «Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género» (Principios de Yogyakarta<sup>10</sup>) los cuales definen en su preámbulo a la orientación sexual: «se refiere a 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».

En el mismo sentido, la American Psychological Association («APA») explica que: «La orientación sexual se refiere a un patrón perdurable de atracciones emocionales, románticas y/o sexuales hacia hombres, mujeres o ambos sexos. La orientación sexual también se refiere al sentido de identidad de cada persona basada en dichas atracciones, las conductas relacionadas y la pertenencia a una comunidad de otros que comparten esas atracciones. Investigaciones realizadas durante varias décadas han demostrado que la orientación sexual varía desde una atracción exclusiva hacia el sexo opuesto hasta una orientación exclusiva hacia el mismo sexo<sup>11</sup>». La **orientación sexual**, se «diferencia de los demás componentes del sexo y del género, incluidos el sexo biológico (las características anatómicas, psicológicas y genéticas asociadas con ser de sexo masculino o femenino), la identidad de género (la sensación psicológica de ser de sexo femenino masculino el rol social de género (las normas culturales que de den la conducta femenina y masculina)<sup>12</sup>».

La importancia de sentirse bien con la sexualidad, es crucial, ya que: «Las investigaciones han demostrado que sentirse bien con respecto a la orientación sexual propia, e integrarla en la vida personal, fomenta el bienestar y la salud mental. Esta integración a menudo incluye revelar la identidad propia a los demás... Poder hablar

---

de género. Cuesta, V., Santana, D., et al. «Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual», 305-320. España: Thomson Reuters Aranzadi, p. 310. En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 7128-2007, estableció que: «La identidad sexual de la persona se construye a partir de los siguientes asideros constitucionales: a) el derecho al libre desarrollo de la personalidad; b) el derecho a la protección de la salud como derecho de toda persona a su bienestar general y psicosocial en particular; c) el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen así como a la dignidad personal; y d) el derecho a la integridad psicofísica. Según esta perspectiva, existe una obligación incluso por parte de los Poderes Públicos de proteger la dignidad de la persona y su derecho a la personalidad, y como tal, es viable realizar la construcción jurídica del derecho a la "identidad sexual"».

10. Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género forman parte del *soft law* por lo que no son vinculantes. No obstante, ello, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 12703-2014 y Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 6058-2015, incorpora dichos principios en su fundamento jurídico.
11. American Psychological Association (2012). Respuestas a sus preguntas. Extraído de: <https://www.apa.org/topics/lgbt/answers-questions-so-spanish.pdf>
12. American Psychological Association «Respuestas a sus preguntas». Extraído de: <https://www.apa.org/topics/lgbt/answers-questions-so-spanish.pdf>

sobre la orientación sexual propia con otros también aumenta la disponibilidad de apoyo social, que es fundamental para la salud mental y el bienestar psicológico<sup>13</sup>». Lo cual comprueba que la orientación sexual de una persona, no es algo meramente accesorio, ni debe minimizarse ya que marca y determina la salud mental de una vida.

Es por ello por lo que es un deber respetar a las demás personas, crear las condiciones en lo que esté en nuestras manos, para que todas puedan expresarse sin temor a represalias: «*compartir su vida con la familia, amigos y conocidos y recibir su apoyo. Por lo tanto, no es extraño que las lesbianas y hombres gay que sienten que deben ocultar su orientación sexual presenten problemas de salud mental con mayor frecuencia que las lesbianas y hombres gay que son más abiertos; incluso pueden tener más problemas de salud físicos*»<sup>14</sup>. Es curioso que a pesar de las diferencias que existen entre cada ser humano, existe un componente humano que no cambia, a pesar de la diferencia de edad, etnia o cualquier otro factor. Todas las personas tenemos una orientación sexual, y todas merecemos respeto, aceptación y amor.

El sexo es un fenómeno complejo que esta conformado por diversos elementos: «1) el sexo genético o cromosómico XY o XX) 2) el sexo gonadal (glándulas reproductivas sexuales, ovarios y testículos); 3) el sexo morfológico interno (vesículas seminales/próstata o vagina/útero/trompas de Falopio; 4) sexo morfológico externo (genitales, pene/escroto o clítoris/labia); 5) el sexo hormonal (andrógenos y estrógenos), 6) el sexo fenotípico (características sexuales secundarias tales como el vello facial o corporal); 7) el sexo asignado (legal) y el género de crianza, 8) la identidad sexual<sup>15</sup>».

No obstante, esos entendimientos: «No hay un consenso entre los científicos sobre las razones exactas por las que las personas desarrollan una orientación heterosexual, bisexual, gay o lesbiana. Aunque se ha investigado mucho con respecto a las posibles influencias genéticas, hormonales, de desarrollo, sociales y culturales sobre la orientación sexual, no han surgido descubrimientos que permitan a los científicos concluir que un factor o una combinación particular de factores determina la orientación sexual. Muchas personas creen que tanto la naturaleza como la crianza cumplen roles

13. American Psychological Association (2012). Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality. Extraído de: <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf>
14. American Psychological Association (2012). Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality. Extraído de: <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf>
15. Siverino Bavio cita a: Saldivia, L. (s.f.) Reexaminando la noción binaria de la sexualidad. Extraído de [https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Saldivia\\_Sp\\_PV.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Saldivia_Sp_PV.pdf) p.4. Siverino, P. (2017). Amicus Curiae frente al pedido de Opinión Consultiva de Costa Rica sobre la protección de la Convención americana del reconocimiento del cambio de nombre de las personas transgénero. Extraído de: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/78\\_siverino\\_bavio.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/78_siverino_bavio.pdf)

complejos; la mayoría de las personas sienten muy poca o ninguna sensación de opción con respecto a su orientación sexual<sup>16</sup>». El Doctor Balthazart, coincide al argumentar que la orientación sexual, tanto homosexual como heterosexual, está bajo el control de los fenómenos endocrinos y genéticos embrionarios en los que hay poco espacio para la elección individual<sup>17</sup>.

Independientemente si la orientación sexual es inmutable, lo importante es respetar y entender que existen personas con una orientación sexual diferente a la heterosexual y eso es natural para ellas. La importancia de comprender que la orientación sexual es un elemento determinante de las vidas de las personas, es crucial para aceptar que existen diferentes orientaciones sexuales, ya que la intolerancia a lo no heterosexual, se ha amparado en señalar a las demás como si se tratase de una opción, una decisión inmoral, por lo que tomando las palabras de Bayly, coincido en indicar que: «*Ser gay es perfectamente natural. Alguna gente nace así. Lo natural es lo que ocurre sin forzar las cosas, en armonía con la naturaleza. Muchas personas, desde pequeñas, sienten una atracción natural por otras personas de su mismo sexo. Eso ha ocurrido siempre y seguirá ocurriendo. Yo tengo amigos gays. He conversado con ellos. Muchos se han sentido gays desde niños. Lo antinatural sería obligarlos a estar con una mujer, a violentar sus deseos. Si las mujeres no les gustan, ¿por qué los vamos a forzar a acostarse con ellas o a vivir en absoluta castidad? Eso sería una crueldad. Ellos también tienen derecho a ser felices y amar. Eso es lo natural*<sup>18</sup>».

Como dice Corvino<sup>19</sup>, no es que las personas eligen las atracciones de un sexo a otro, sino que en el proceso llamado vida, es que vamos descubriendo nuestros sentimientos. Es injusto que alguien denigre o dañe a otra persona por no encajar en sus «conceptos» de lo que significa la sexualidad.

## II. DESPATOLOGIZACIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Existe una dinámica interesante entre el derecho, la medicina y la religión, en una transición por las conductas entre: «*ser consideradas "pecado", a*

16. American Psychological Association (2012). Respuestas a sus preguntas. Extraído de: <https://www.apa.org/topics/lgbt/answers-questions-so-spanish.pdf>

17. Balthazart, J. (2012). *The Biology of Homosexuality*. Belgium: Oxford University Press. El libro comienza con estudios en animales de los mecanismos hormonales y neuronales que controlan los llamados comportamientos instintivos y analiza cómo este trabajo animal podría aplicarse potencialmente a los humanos. Sin embargo, el libro no se centra exclusivamente en la homosexualidad. En cambio, el libro actúa como una guía más amplia de las bases biológicas de la orientación sexual, y también discute las diferencias de género importantes que pueden influir en la orientación sexual.

18. Bayly, J. (30 de julio del 2007). En defensa de los gays. Extraído de: <http://baylyjaime.blogspot.com/2007/11/en-defensa-de-los-gays-mi-madre-se-va.html>

19. Corvino, J. (2013) «What's wrong with homosexuality?» United Kingdom, Oxford University Press, pp. 102.

ser reguladas como “delitos” para luego ser tratadas como “enfermedades”. Ello se vuelve patente cuando dichas conductas expresan o involucran la expresión de la sexualidad<sup>20</sup>».

En ese mundo de la patologización de la sexualidad humana entran a escena entidades de renombre mundial: la Asociación Americana de Psicología (AAP), la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). La APA tiene dentro de sus publicaciones un documento conocido como el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM); mientras que la OMS elabora un listado de diferentes enfermedades.

Lo importante y relevante de estas organizaciones se encuentra en los hechos que en el DSM publicado en 1973 por la APA se eliminó a la homosexualidad como una enfermedad, excluyéndola de esa clasificación por completo en el año de 1987<sup>21</sup>. Por su parte la AAP, en 1975, excluyó del listado de desórdenes psicológicos a la homosexualidad. Posteriormente, en fecha 17 de mayo de 1990, la Asamblea Mundial de la Salud de la OMS expulsó a la homosexualidad del listado de enfermedades que publica la Clasificación Internacional de Enfermedades; mientras que, en el 2018, excluyó a la identidad de género<sup>22</sup> de la categoría de enfermedades mentales<sup>23</sup>.

Resulta en este sentido, imperioso también hacer un rechazo de manera enfática, a las trampas retóricas que utilizan grupos opresores de derechos humanos para confundir la orientación sexual (homosexualidad, bisexualidad, heterosexualidad, asexualidad) y la identidad de género con otros temas los cuales no guardan relación alguna.

20. Siverino, P. El Derecho a la identidad: la ley de identidad de género y sus proyecciones». Extraído de: [https://www.academia.edu/35788420/El\\_Derecho\\_a\\_la\\_identidad\\_la\\_ley\\_de\\_identidad\\_de\\_género\\_y\\_sus\\_proyecciones](https://www.academia.edu/35788420/El_Derecho_a_la_identidad_la_ley_de_identidad_de_género_y_sus_proyecciones)
21. la Comisión Internacional de Juristas hace un recuento de la evolución científica que se ha tenido con respecto al tema de la atracción de personas del mismo sexo lo cual demuestra el estigma que el tema ha cargado por década ver: Comisión Internacional de Juristas. (2009). *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesional no.4*. Extraído de: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-LGBTIQt/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-y-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos>. p. 11-15.
22. La doctora Siverino Bavio, una de las expertas más importante en el mundo en la materia de identidad de género, efectúa un recorrido de la Despatologización desde una perspectiva de identidad de género, Siverino, P. (2014). «Diversidad sexual y derechos humanos: el reconocimiento de las personas sexualmente diversas». *Revista General de Derecho Constitucional*. 19. Extraído de: [http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin62/Articulos\\_62/Siverino-Bavio%28RGDC\\_19\\_2014%29.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin62/Articulos_62/Siverino-Bavio%28RGDC_19_2014%29.pdf) P. 16-23.
23. Estos procesos médicos históricos también han sido asimilados por la Asociación Costarricense de Psiquiatría liderada por el doctor Francisco Golcher y la Sala Constitucional de Costa Rica. Al respecto ver: CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional. No. 3090-2013 y CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional. No. 10404-2013.

Por ejemplo, de manera mal intencionada y falsa, grupos anti-derechos humanos buscan desprestigiar la lucha de las personas en que se reconozca su legítimo derecho a la identidad de género, suelen presentar casos que como se ha indicado, no guarda relación alguna, como el falso caso de «transedad» que indican cuando un individuo de una edad avanzada, pide que se le trate como una persona de menos edad. Esto es algo que se utiliza únicamente para deslegitimar las luchas sociales de las personas trans, por lo debe rechazarse, ante la falta de fundamento jurídico. Transexual no es lo mismo a «transedad», por cuanto esto último no existe, es una invención hecha para dañar.

Similar situación ocurre con los falsos y dañinos señalamientos que se hacen sobre la orientación sexual la buscan confundir con trastornos parafilicos, los cuales según la Clasificación Internacional de Enfermedades-2018 de la OMS se caracterizan por: «*por patrones persistentes e intensos de excitación sexual atípica, manifestados por pensamientos, fantasías, impulsos sexuales o comportamientos sexuales, cuyo enfoque involucra a otros cuya edad o estado hace que no quieran o no puedan consentir y en los que la persona actuó o por el cual él o ella están marcadamente angustiados. Los trastornos parafilicos pueden incluir patrones de excitación que involucran comportamientos solitarios o individuos que consienten solo cuando están asociados con una angustia marcada que no es simplemente un resultado de rechazo o temor al rechazo del patrón de excitación por parte de otros o con un riesgo significativo de lesión o muerte*<sup>24</sup>». Es decir que la OMS considera como una enfermedad mental, aspectos que son muy diferentes a la orientación sexual, tal y como se desprende de la definición detallada, señalando como un elemento determinante el consentimiento que debe toda persona prestar, sin olvidar el factor de la potencial responsabilidad penal.

Esos factores criminales no existen en aspectos relacionados a la discusión de la orientación sexual, tal y como ha explicado la Asociación Americana de Psicología: «*La homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una variación de la orientación sexual humana. Por consiguiente, las visiones tradicionales de la homosexualidad como una enfermedad o una anormalidad que debe ser curada medicamente no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas*<sup>25</sup>» de tal forma que es contrario a la ciencia afirmar que se trata de una enfermedad y deben rechazarse cualquier argumento que apunte a esta dirección<sup>26</sup>, sobre todo si se hace para minar la posibilidad que todos los ciuda-

24. Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11) de la Organización Mundial de la Salud. (18 de junio de 2018). Extraído de: <http://www.who.int/es/temas-salud/cie-11>.

25. CSJ de Colombia, Corte Constitucional, No. C-481/1998, parr. 11.

26. Un posible contraargumento al respecto es que si se trata de una enfermedad por cuanto pueda ser «curada» por medio de un procedimiento de En el 2009, la Asociación Americana de Psicología, adoptó una resolución declarando que los profesionales de la salud mental deben evitar decirles a los clientes que pueden cambiar su orientación sexual a través de terapias u otros tratamientos imposibilidad de utilizar terapia para cambiar la orientación sexual. Al respecto, la APA explica el reproche

danos accedan a derechos. En este mismo sentido, la Corte IDH ha establecido que «no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños»<sup>27</sup>.

Tal y como ha resuelto el honorable Juez Peter F. Bariso<sup>28</sup> en un caso sobre la fraudulenta práctica de clínicas de conversión de homosexuales: «La teoría de que la homosexualidad es un desorden no es nueva, pero, como la noción de que la tierra es plana y el sol gira alrededor de ella, en cambio está desactualizada y refutada». Por ello, nos movemos al siguiente punto sobre la conversión, para exponer este fraude que se hace a personas vulnerables.

### III. LAS FRAUDULENTAS Y PELIGROSAS CLÍNICAS DE CONVERSIÓN

«Una de las cosas que debía de hacer era estar en constante oración y en ayuno para poder fortalecer mi espíritu y el día que viniera la tentación poder soportarla... un miembro de la misma iglesia comenzó a tener sesiones de oración para la liberación del demonio de la homosexualidad, fui varias veces para que oraran por mí y que me liberaran, la oración era bastante fuerte y me pedían confesar todo lo relacionado a mi vida sexual y emocional... también muchas veces presionaban mi estomago para forzar el vómito y mi inducían a gritar, esto como señales de que lo que había dentro de mí estaba saliendo y que al fin podría ser libre<sup>29</sup>». Me explicaba Allan Josué Vega

---

hacia las terapias de conversión: «No, aun cuando la mayoría de los homosexuales viven vidas felices y exitosas, algunas personas homosexuales o bisexuales pueden buscar un cambio en su orientación sexual a través de la terapia, a menudo como resultado de coacción por parte de miembros de su familia o grupos religiosos. La realidad es que la homosexualidad no es una enfermedad. No requiere tratamiento y no puede cambiarse. Sin embargo, no todas las personas gay, lesbianas y bisexuales que buscan la ayuda de un profesional de salud mental desean cambiar su orientación sexual. Las personas gay, lesbianas y bisexuales pueden buscar ayuda psicológica con el proceso de la revelación de su orientación sexual o el desarrollo de estrategias para lidiar con el prejuicio, pero la mayoría opta por la terapia por los mismos motivos y problemas de la vida que conducen a las personas heterosexuales a la consulta de los profesionales de la salud mental». American Psychological Association. (2009). Orientación sexual e identidad de género. Extraído de: <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>

27. CIDH. Sentencia Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. (2012). Serie C No. 239, párrafo 111.
28. Reportado por: Potok, M. (25 de mayo de 2016). QUACKS «“Conversion Therapists”, the Anti-LGBT Rights and the Demonization of Homosexuality». Extraído de: <https://www.splcenter.org/20160525/quacks-conversion-therapists-anti-lgbt-right-and-demonization-homosexuality>
29. Testimonio de Allan Josué Vega, 11 de julio del 2018. Allan es un amigo que he conocido gracias al trabajo desempeñado en la Fundación Igualitxs. Gracias a Dios, aceptó su orientación sexual y vive una vida feliz al lado de su novio Dagoberto Quirós.

sobre el «tratamiento para curar su homosexualidad» que recibió en la Iglesia evangélica a la cual asistía.

El impacto que tuvo en él fue que se volvió: «*un joven más retraído y apartado, me convertí en una persona amargada y triste. Ya no sentía felicidad, me sentía mal conmigo mismo por ser un sucio y asqueroso pecador, la vida no tenía sentido... Mucho tiempo pensé que si dejaba de vivir iba a dejar de sufrir igual si me suicidaba o no igual me iba a ir al infierno ya que el pecado no se iba a ir de mí*». Lo cual evidencia el impacto severo que estas fraudulentas prácticas pueden tener en la vida de un adulto joven, ya no se diga en la de un adolescente.

El testimonio de Allan Josué, es un ejemplo de los miles de casos –científicamente no probados– de personas que alegan que es posible «convertir» o «restaurar» a una persona homosexual. Cabe señalar, que, en casi todos los casos, la religión juega un papel fundamental para respaldar estas creencias. Así vemos situaciones donde supuestas ex lesbianas –por cuanto no cuentan con prueba para respaldar esa afirmación– que juran que por la gracia y ayuda de Dios, se han vuelto heterosexuales<sup>30</sup>.

Ni la orientación sexual heterosexual, ni la homosexualidad puede corregirse, porque no es ni un error, ni tampoco una enfermedad. No obstante, ello, la historia continúa escribiendo ejemplos de estas fraudulentas prácticas, lejos de tratarse de algo nuevo<sup>31</sup>, encontramos estos penosos ejemplos en Estados totalitarios como en la Alemania Nazi<sup>32</sup>. Las terapias de conversión han evidenciado que no dan otro resultado más que el de atormentar a la persona que busca «sanarse». La solución, lejos de participar en terapias que van desde torturas mentales y físicas hasta sesiones de abrazos, se encuentra en aceptar la orientación sexual.

El problema no radica en que una persona pueda tener una fluidez en su orientación sexual, pues la identidad sexual es un aspecto complejo de la vida

30. Este reportaje resulta ilustrativo: Sin orgullo LGTB: 10 mujeres que dejaron la vida lesbiana y encontraron más paz y equilibrio. (2017). *Religión en Libertad*, Extraído de: <https://www.religionenlibertad.com/sin-orgullo-lgtb-mujeres-que-dejaron-vida-lesbiana--57744.htm> También ver: Queiroz, A., D'elio, F. y Maas, D. (2013). The «Ex-Gay» Movement in Latin America, Therapy and Ministry in the Exodus Network. *Political Research Associate*. Extraído de: [www.politicalresearch.org](http://www.politicalresearch.org)
31. Cronología línea de tiempo puede encontrarse en: Potok, M. (25 de mayo de 2016). *QUACKS «Conversion Therapists», the Anti-LGBT Rights and the Demonization of Homosexuality*. Extraído de: <https://www.splcenter.org/20160525/quacks-conversion-therapists-anti-lgbt-right-and-demonization-homosexuality>
32. «Algunos nazis creían que la homosexualidad era una enfermedad que podía ser curada, y diseñaron políticas para “curar” a los homosexuales de su “enfermedad” a través de la humillación y el trabajo duro los guardias se burlaban de los prisioneros homosexuales y les pegaban al llegar al campo, muchas veces separándolos de otros prisioneros». *La Persecución de homosexuales en el tercer Reich*. (s.f.). Extraído de: <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007018>

de cada quien, sino que el problema que encuentro, es que existe un grupo de personas que aprovechan el momento de vulnerabilidad de otros, para darles falsas esperanzas que podrán cambiar su orientación sexual por medio de tratamientos que únicamente generan problemas en las vidas de las personas.

Constan decenas de informes de casos fraudulentos de conversión, pero destaco el informe del Southern Poverty Law Center<sup>33</sup> en el cual se explica el problema detrás de las terapias de conversión abogando por la prohibición de estas prácticas. Debido a que implantan temores, esperanzas infundadas al no tener bases científicas, y arruinan vidas. En el reporte se hacen referencias a diferentes tipos de prácticas para intentar –de manera fallida– convertir a homosexuales, por ejemplo por medio del suministro de drogas que dan la apertura a desórdenes mentales y convulsiones explosivas; terapias de aversión, en donde se mezcla electroshocks en conjunción con la visualización de imágenes de contenido sexual entre personas del mismo; promoviendo la abstinencia sexual; o bien dando terapias de abrazos/caricias para «sanar» una aspecto paternal de la vida.

Además, para efectuar este fraudulento trabajo, se han acompañado de términos pseudo-médicos como el «AMS» en referencia al «problema de Atracción Mismo Sexo» el cual ha sido un término propagado por el apostolado católico «Courage» que busca precisamente, tratar a personas que «padecen de AMS».

En dicho informe también se exponen diferentes centros de conversión que se han visto permeados por el escándalo a raíz de la doble moral de sus fundadores o máximos jerarcas en la más diversa índole de eventos tales como: acusaciones de abuso sexual durante las «sesiones de conversión», identificación de fraude por no contar con formación profesional alguna, sorpresivas revelaciones sobre pasados criminales de parte de líderes de estos movimientos, suicidios por frustración de no curarse, hasta casamientos entre los líderes que suponían curar a sus fieles.

En palabras del experto independiente de la ONU: *«Las “terapias de conversión” son tratamientos que supuestamente pueden cambiar la orientación sexual de una persona. Esas prácticas son nocivas para los pacientes y pueden causar graves dolores y sufrimientos y provocar depresión, ansiedad y pensamientos suicidas. A pesar de que las principales organizaciones de salud mental las rechazan de forma categórica, solo unos pocos Estados Miembros de las ONU las prohíben realmente. Tales procedimientos no solo son llevados a cabo por algunos profesionales de la salud, sino también por miembros del clero o consejeros espirituales en el contexto de la práctica religiosa. Un estudio reciente puso de manifiesto hasta qué punto están difundidos*

33. Potok, M. (25 de mayo de 2016). QUACKS «“Conversion Therapists”, the Anti-LGBT Rights and the Demonization of Homosexuality». Extraído de: <https://www.splcenter.org/20160525/quacks-conversion-therapists-anti-lgbt-right-and-demonization-homosexuality> p. 29-37.

*estos procedimientos a nivel mundial: solamente en los Estados Unidos de América, alrededor de 698.000 personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero o de género no conforme han sido sometidas a terapias de "conversión" en algún momento de su vida, y, al parecer, más de la mitad de ellas cuando eran adolescentes<sup>34</sup>.*

El anterior pronunciamiento se encuentra en sintonía con lo expresado por la Asociación Mundial de Psiquiatría<sup>35</sup>, la cual considera que la homosexualidad (atracción a personas adultas del mismo sexo) es una variante normal de la sexualidad humana. Reconoce la causalidad multifactorial de la sexualidad humana, la orientación, el comportamiento y el estilo de vida. Reconoce la falta de eficacia científica de los tratamientos que intentan cambiar la orientación sexual y destaca el daño y los efectos adversos de tales «terapias<sup>36</sup>».

Estas terapias de conversión deben prohibirse en todo el mundo y en particular en los territorios que conforman los Estados parte, por cuanto desconocen además de desconocer que la orientación sexual son una categoría protegida, va en contra de pruebas científicas de la naturalidad de la homosexualidad

34. ONU. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 11 de mayo de 2018. A/HRC/38/43, Párrafo 47. En el mismo sentido: Organización Panamericana de la Salud (2012). «Curas» Para Una Enfermedad Que No Existe. Las supuestas terapias de cambio de orientación sexual carecen de justificación médica y son éticamente inaceptables». Extraído de: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/Curas-enfermedad-OPS-TR.pdf>
35. Incluso Robert L. Spitzer, el psiquiatra que abrió la Puerta para apoyar las terapias de conversión, se ha retractado públicamente de apoyarlas en razón que no existe evidencia de su efectividad. Ver: Carey, B. (18 de mayo de 2012) Psychiatry Giant Sorry for Backing Gay «Cure». *New York Times*, Extraído de: <https://www.nytimes.com/2012/05/19/health/dr-robert-l-spitzer-noted-psychiatrist-apologizes-for-study-on-gay-cure.html>
36. WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction, and Behaviours. Asociación Mundial de Psiquiatría (marzo 2016). Extraído de: [http://www.wpanet.org/detail.php?section\\_id=7&content\\_id=1807](http://www.wpanet.org/detail.php?section_id=7&content_id=1807). En la misma línea, Balthazart expone que las teorías que intentan explicar la homosexualidad desde aspectos del ambiente, no cuentan con evidencia. Balthazart, J. (2012). *The Biology of Homosexuality*. Belgium: Oxford University Press. Asimismo: «No solamente no se han podido demostrar cambios en su orientación sexual, sino que se ha observado que el intento de cambiar se asocia con depresión, ansiedad, insomnio, sentimientos de culpa y vergüenza e inclusive se han reportado ideaciones e intentos de suicidio». Report of the Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation of the American Psychology Association. (2009). Extraído de: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf> También otro reporte de la APA resulta relevante: American Psychological Association (2012). «Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients». Extraído de: <http://www.apa.org/pubs/journals/features/amp-a0024659.pdf> También revisar: Ruíz, S. (2009). «Diversidad sexual en las aulas Evitar el bullying o acoso homofóbico». *Fundación Triángulo Extremadura*, Extraído de: [www.fundaciontriangulo.es/extremadura](http://www.fundaciontriangulo.es/extremadura) y: Conversion Therapy: Supporting and Affirming LGBTQ Youth». (s.f.). U.S. Department of Health and Human Services, Extraído de: <http://store.samhsa.gov/product/SMA15-4928>

y bisexualidad; sino porque los «tratamientos» lejos de ayudar o no generar efecto alguno, agravan el estado emocional de las personas: «A nivel personal, dichos prejuicios y discriminación también pueden tener consecuencias negativas, especialmente si las personas lesbianas, gay y bisexuales intentan ocultar o negar su orientación sexual. Aunque muchas lesbianas y hombres gay aprenden a enfrentar el estigma social relacionado con la homosexualidad, este patrón de prejuicio puede tener graves efectos negativos sobre la salud y el bienestar. Las personas y grupos pueden ver el impacto del estigma reducido o aumentado por otras características tales como la raza, el origen étnico, la religión o una discapacidad. Algunas personas lesbianas, gay y bisexuales pueden enfrentar un estigma menor. Para otros, la raza, el sexo, la religión, la discapacidad u otras características pueden exacerbar el impacto negativo de los prejuicios y de la discriminación<sup>37</sup>».

#### IV. IDENTIDAD DE GÉNERO

Los niños usan azul, las niñas rosado. Las mujeres se mantienen en casa, y los hombres deben proveer para el hogar. Las mujeres utilizan maquillaje. Los hombres se dejan la barba. Los hombres deben hacer el primer paso, previo a una cita. Las mujeres esperan pacientes recibir una invitación. El hombre es el que propone el matrimonio. La mujer se pinta las uñas y se arregla las cejas.

Los anteriores son algunos ejemplos de expresiones y roles de género de la sociedad. Estos conceptos están ligados con expectativas societarias de cómo una persona debe comportarse según su sexo biológico. De esta forma, si vemos un hombre en falda, existe un *shock* dependiendo del lugar en donde esto sea visto; por ejemplo, si estamos en Irlanda, posiblemente no exista mayor alarma, pero si que puede haberlo si esto ocurre en el centro de San Salvador, la capital de El Salvador.

Así podemos llegar a una primera definición, **el sexo**<sup>38</sup> que se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y las

37. American Psychological Association (2012). Respuestas a sus preguntas. Extraído de: <https://www.apa.org/topics/lgbt/answers-questions-so-spanish.pdf>

38. Intersexual se refiere a un individuo perfectamente «normal» con características sexuales diversas, atípicas por tener manifestaciones biológicas de ambos sexos, pero que a raíz de una decisión por parte de las personas con autoridad parental, deciden en el momento del nacimiento, operarle sus genitales para que se encuadre en el binarismo del masculino o femenino, lo anterior en pos de la búsqueda de certezas, identificación conforme a los estandartes binarios. Una definición más completa es la que propone Camacho Gutiérrez: «... *variación de la corporeidad de la persona producto de la interacción entre características genéticas, hormonales y/o físicas que se apartan de los estándares aceptados en el sistema sexo- género aplicables a lo femenino y lo masculino. La corporeidad intersexual bien puede ser evidente en el acto del nacimiento o identificase solo hasta llegada la pubertad, cuando se esta a la expectativa de ciertos cambios físicos y hormonales que al final no se reportan*». Camacho Gutiérrez, O.

mujeres<sup>39</sup>. Mientras que, con la expresión **de género**, las cuales son características y comportamientos externos, que se consideran típicamente «masculinos» o «femeninos» en un contexto social particular. De esta forma encontramos En esta categoría los atributos tales como vestimenta, apariencia, gestos, patrones del habla y comportamiento social. Por su parte **género** se refiere a aquellos comportamientos socioculturales asociados a cada uno de los sexos y que difieren en función de la comunidad, por ejemplo, la falda puede ser considerada femenina o masculina dependiendo del lugar.

En este sentido, puede y ocurre en muchas ocasiones, que una persona con un sexo masculino, tenga una expresión de género femenino (como un hombre que usa una falda, por ejemplo) y ello es perfectamente normal y natural, solamente que va en contra de las normas no escritas que fija la heteronormatividad de cómo un hombre debe vestirse (camisa tipo polo, pantalón a la medida y peinado de lado, por ejemplo).

De igual forma, se presentan casos donde una persona con sexo masculino, pueda tener una expresión de género femenino y, además, tener una identidad de género femenina. En este caso, cabe señalar que los roles de género son diferentes a la **identidad de género**<sup>40</sup>, con la cual se alude a la percepción que cada uno tiene de sí mismo como hombre o mujer, con independencia del sexo que biológicamente le ha sido asignado al nacer. Es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona lo siente profundamente y que podría corresponder o no al sexo asignado al nacer, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta, el modo de

---

(2017). Intersexualidad y la opinión consultiva OC-24/17. Retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No. 66. Además puede consultarse: Corte Constitucional Colombiana, No. SU337, párrafo 89.

39. Peramato, M. (2013). Desigualdad por razón de orientación sexual e identidad de género, homofobia y transfobia. Pamplona, España. Thomson Reuters, monografías Arazandi. p. 19.

40. Tal y como explica la doctora Siverino Bavio: «en Argentina las identidades travestis, transexuales y transgéneros –entre otras menos visibilizadas como cross-dressers, drag-queens, drag-kings, sin género y genderqueer– conviven bajo la expresión trans como síntesis, cada una responde a distintas estrategias conceptuales, vivenciales y políticas. Así, las identidades trans abarcan diferentes experiencias culturales de identificación, expresión y corporización desde las coordinadas sexo-genéricas. La expresión trans comunmente engloba a quienes se identifican con, expresan y/o corporizan un género distinto al asignado al nacer y a quienes desafían, con la apariencia y/o la auto-denominación, aquellas expectativas asociadas con el genero impuesto socialmente desde el nacimiento». Ver: Siverino Bavio, P. «El Derecho a la identidad: la ley de identidad de género y sus proyecciones». Extraído de: [https://www.academia.edu/35788420/El\\_Derecho\\_a\\_la\\_identidad\\_la\\_ley\\_de\\_identidad\\_de\\_género\\_y\\_sus\\_proyecciones](https://www.academia.edu/35788420/El_Derecho_a_la_identidad_la_ley_de_identidad_de_género_y_sus_proyecciones). Sobre el mundo no binario y sus diferentes manifestaciones, recomiendo: Maroño, A. (12 de Junio del 2018). Un Mundo Sin Género. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2018/06/12/un-mundo-sin-genero/>

hablar y los modales<sup>41</sup>. La identidad de género debe entenderse a partir de un concepto de género inclusivo, plural y mutable con el tiempo<sup>42</sup>.

El derecho a la identidad es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, es un derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal. Nadie más que el propio existente puede darse a sí mismo una identidad, que sin duda es un trabajo de toda la vida. Esto excluye la posibilidad que una identidad pueda forzarse o imponerse, ya que, al reflejar un complejo proceso propio, aquello que no emane del propio individuo no formará parte del ser y será la exclusión de lo que el sujeto considera extraño a sí lo que delimitará, también, su identidad<sup>43</sup>.

41. Peramato, M. (2013). *Desigualdad por razón de orientación sexual e identidad de género, homofobia y transfobia*. Pamplona, España. Thomson Reuters, monografías Arazandi. p. 1
42. Bell, M «Gender Identity and Sexual Orientatio: Alternative Pathways in EU Equality Law». Díaz L. José. 2014. El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. En *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Coords. Cuesta L. Víctor y Santana VS. Dulce, 305-320. España: Thomson Reuters Aranzadi, P. 309
43. Siverino Bavio, P. (2017) «Amicus Curiae frente al pedido de Opinión Consultiva de Costa Rica sobre la protección de la Convención Americana del reconocimiento del cambio de nombre de las personas transgénero». Disponible: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/78\\_siverino\\_bavio.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/78_siverino_bavio.pdf)



## Capítulo IV

# El génesis de la homo, lesbo y transfobia

SUMARIO: I. ¿EXISTE O NO EXISTE?

La homofobia casi a diario sale a escena dada la fricción que se genera entre aceptar o rechazar la diversidad sexual: «Eso es homofóbico» dice uno, mientras que alguien más reclama que también es «lesbofóbico». Mientras habrá quien se sienta excluida por el hecho que también existe la «transfobia». Otros, militantes de grupos opresores de derechos humanos, niegan la existencia de tales fobias, pero los hechos que pretenden negar esfuman tales disparates de negar la evidencia que existe, en ciertos sectores de las sociedades, una repulsión a la diversidad sexual.

¿De dónde surge este asco o repulsión? Este capítulo se encarga de estos temas, entender de dónde surge, para comprender como hacer frente a ella.

### I. ¿EXISTE O NO EXISTE?

Hay quienes dicen que no existe, amparándose en la composición de la palabra ya que una vez descompuesta, sería algo como una fobia al hombre. Ese tipo de planteamientos a pesar de ser convenientes, no son certeros. Pues quien ha sentido el desprecio que proviene de ella, la conoce aún sin necesidad de nombrarla. Tiene manifestaciones de todo tipo: miradas, silencios, gritos, ofensas, golpes, ataques<sup>1</sup>. Y puede presentarse en todo tipo de situaciones: al entrar a un establecimiento comercial, cuando te rechazan un saludo, o te niegan un trabajo... Además, se presenta en todo tipo de lugares: hospitales, colegios, funerarias, discotecas, restaurantes, casas de familiares. Por si ello no fuera poco, la homofobia no distingue edad, raza, nacionalidad, contexto social. Se trata de un factor omnipresente en la vida de las personas LGBTIQ.

1. «La homofobia comienza con la minusvaloración, el desprecio, la deshumanización del otro, y en un momento dado se transforma en insultos y golpes». Martínez, R. (2016). *La cultura de la Homofobia y cómo acabar con ella*. Madrid, España: Editorial Egales, P. 85.

¿Pero qué es la homofobia? Tomando prestadas la definición del doctor Martínez, la definimos como: «*la hostilidad general, psicológica y social respecto a aquellos y aquellas a quienes se supone que desean a individuos de su propio sexo o que tienen prácticas con ellos. Forma parte específica del sexismo, la homofobia rechaza también a todos los que no se conforman con el papel predeterminado por su sexo biológico. Construcción ideológica consistente en la promoción de la sexualidad (hetero) en detrimento de otra (homo), la homofobia, organiza una jerarquización de las sexualidades y extrae de ella consecuencias políticas*».

Una definición completa y compleja, como el problema que pretende abordar, por cuanto se entiende que la homofobia es esa actitud hostil generalizada contra persona con una orientación sexual diferente a la heterosexual, abarcando, además, a quienes no cumplen los roles de género de la sociedad (usar vestido para las mujeres, pantalones para los hombres, por ejemplo). Además, agrega otro factor importante a destacar, es la finalidad detrás de la actitud homofóbica (la cual no siempre es consciente), y es la de posicionar a la heterosexualidad como la única orientación sexual viable y respetable.

El independiente experto sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual de ONU marca la ruta para llegar al centro del conflicto: «*en el meollo de lo que se considera la norma para la orientación sexual o la identidad de género en un contexto determinado se encuentran los conceptos de lo binario y lo no binario, hombre y mujer y lo masculino y lo femenino*»<sup>3</sup>. Es decir que tal y como se adelantaba de la definición, el conflicto subyace en la norma heterosexual, la cual según el Dr. Martínez sigue estos principios fundamentales<sup>4</sup>:

1. *Todos los seres humanos son heterosexuales.*
2. *La heterodoxia sexual puede corregirse. Se debe a una elección personal o a un error concreto en el desarrollo de la persona y es posible volverlo atrás y corregirlo.*

2. Martínez, R. (2016). *La cultura de la Homofobia y cómo acabar con ella*. Madrid, España: Editorial Egales, P. 36.

3. ONU. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 11 de mayo de 2018. A/HRC/38/43, Párrafo, 22

4. El libro de Martínez expone la historia de la homosexualidad y su transición de ser una práctica aceptada, recorriendo en como llego a ser condenada por la religión, perseguida por el poder del Estado y patologizada por las autoridades médicas. En lo personal me parece el mejor análisis que he leído para entender el origen de la homofobia, el odio a lo que no se ajusta a la norma de lo heterosexual, y como esto afecta a personas de la diversidad sexual, incluyendo a heterosexuales, pues esta homofobia limita las relaciones afectivas –no sexuales– que pueden desarrollar hombres, condiciona actitudes, comportamientos y hasta pensamientos. Siendo justos con el autor, también termina con una crítica hacia el activismo que persigue instituciones «patriarcales» y «heteronormativas» como el matrimonio civil. Martínez, R. (2016). *La cultura de la Homofobia y cómo acabar con ella*. Madrid, España: Editorial Egales, P. 73.

3. *Las personas no heterosexuales son diferentes, la heterodoxia esta debe ser diferenciada de manera suficiente como para haber posible la discriminación.*
4. *La heterodoxia sexual no debe ser visible, de esta tensión entre lo invisible, lo visible y lo discreto nace al dispositivo del armario, que como elemento que gestiona la visibilidad genera vínculos amistosos entre personas que comparten el secreto.*
5. *No es necesario representar la realidad de las personas no heterosexuales.*
6. *Dos personas del mismo sexo no son una pareja.*
7. *Las personas no heterosexuales no son aptas para ejercer la crianza, la orientación sexual o identidad de género de los tutores no influye en la de los menores a su cargo y prueba de ello es la propia existencia de las sexualidades heterodoxas.*
8. *Las personas no heterosexuales tienen menos necesidades.*
9. *Las personas no heterosexuales no tienen autoridad.*
10. *Las personas no heterosexuales transmiten enfermedades.*

Los enunciados compartidos, encuentran su respaldo en aspectos históricos y evidentes como el hecho que las personas LGBTIQ han sido y siguen siendo perseguidas penalmente en diferentes regiones del mundo, pues a pesar de que en unos países existe una aceptación, lo cierto que la criminalización sigue estando presente. También respaldamos tal enunciado con todas las peligrosas y fraudulentas prácticas de «reconversión» de personas LGBTIQ, aun yendo contra de los pronunciamientos de las instituciones más prestigiosas en la materia, pues hay quienes de forma inescrupulosa lo consideran una enfermedad mental.

También, encontramos concreciones de los principios de la heterosexualidad, en la bastedad de ejemplos de normativa que restringe la libertad al matrimonio civil a parejas del mismo sexo, las cuales poco a poco se han ido cambiando. Todas esas acciones buscan poner por debajo de los heterosexuales a la población LGBTIQ, negando su derecho a amar y colocándolos como ciudadanos de segunda categoría.

No se trata de revertir la situación y crear una isla como *Temiscira* (la isla de la Mujer Maravilla), sino de detener el trato degradante que las personas LGBTIQ reciben en razón de su orientación sexual e identidad de género, es buscar un trato igualitario, digno y respetuoso. Haciendo la importante aclaración que exigir igualdad en el trato no es lo mismo que pedir un privilegio.

Los golpes de la homofobia van incluso más allá, llegando atacar a las personas incluso antes de aceptar llevar una vida transparente y de acuerdo con su orientación sexual. Esto es el caso de la vidas en los armarios, pues por el propio: «miedo a ser víctima de la homofobia se acaba de convirtiendo en un miedo a

*ser visible y fruto de este miedo nace el armario, que trata en todo momento o estratégicamente de ocultar el estigma, pero que también produce ansiedad, aislamiento en los contextos que se valoran como poco propicios para hacer perceptible ese rasgo concreto y una constante estado de alerta<sup>5</sup>». Es decir que el miedo de una persona a salir del clóset, es producto de la idea del rechazo que sufriría a causa de la homofobia<sup>6</sup>. Incluso, la homofobia se manifiesta, aún fuera del armario y se redirige contra otros homosexuales<sup>7</sup>.*

La homofobia resulta un obstáculo para la comunicación libre entre las personas, resultando ser un freno a la construcción de una sociedad que asegure el pleno desarrollo de sus integrantes. La homofobia, además, impacta a la comunidad heterosexual, por medio de sus: «*Rígidos roles de género que inhiben la creatividad y la expresión, comprometen la integridad de las personas heterosexuales presionándolas para tratar mal a otras, impide la capacidad para establecer vínculos íntimos con personas del mismo sexo, limita la comunicación entre gran parte de la población y específicamente en el ámbito familiar<sup>8</sup>».*

Lo anterior, invita a crear una clasificación de los diferentes tipos de homo/lesbo/transfobia. Comenzando por la homofobia grotesca, la más evidente de las tipologías, la cual se decora de insultos, ofensas y acciones delictivas, como resulta asesinar a una persona, golpearla o degradarla por medio de insultos cargados de prejuicio y odio.

También existe la homofobia cordial<sup>9</sup>, la cual siempre inspirada por la misma energía de rechazar a lo diferente, efectúa acciones que sin ser delictivas, discriminan, como por ejemplo: cuando alguien defiende que todas las personas pueden casarse civilmente, siempre y cuando cumplan con la legislación (la cual indica entre líneas que es necesario ser heterosexual); esta misma homofobia es la que se manifiesta cuando alguien decide levantarse de una reunión o simplemente terminar una conversación de forma intempestiva.

5. Martínez, R. (2016). *La cultura de la Homofobia y cómo acabar con ella*. Madrid, España: Editorial Egales, P. 113-114.
6. Downs, A. (2005). *The Velvet Rage: Overcoming the Pain of Growing Up Gay in a Straight Man's World* [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) Pág. 24
7. Una excelente visión que explica el problema de la soledad en la comunidad LGBT, los estándares de belleza cada vez más difíciles de alcanzar y otros problemas serios que persisten a pesar de los avances en las luchas sociales: Bartolomé, M. (2018). *Qué más quieren los gays*. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/que-mas-quieren-los-gays/>
8. Martínez, R. (2016). *La cultura de la Homofobia y cómo acabar con ella*. Madrid, España: Editorial Egales, P. 108
9. Término acuñado en co autoría con el Doctor Amaral Arevalo Gómez, al respecto ver: Arevalo, A. y Duarte, H. (2018) *De lo Hardcore a lo light: injurias y homofobia cordial en El Salvador*. CIVITAS. Extraído de: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-60892018000100043&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-60892018000100043&script=sci_abstract)

También, existe la homofobia técnica, que es la que es motivada por el mismo desprecio que alimenta los otros tipos de homofobia, busca encontrar un aspecto de forma o técnico para no tener que entrar en valoraciones de fondo: creatividad en señalar violaciones de un plazo, lugares que tienen un horario de cierre repentino, y así un sinnúmero de situaciones. Un ejemplo claro de esta homofobia técnica la encontramos en la decisión de Sala Cuarta de la Corte Suprema de Costa Rica, cuando en un intento fallido de jugar a Rey Salomón fijó un plazo de 18 meses para que opere el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, plazo que comenzaría a contar cuando tuvieran la decisión publicada de forma íntegra en el Diario Oficial, para el mes de setiembre del 2018, eso aún no había ocurrido.

El primer paso para afrontarla, es identificarla, entenderla y luego desarmarla. Esto de ninguna manera significa que todas las personas heterosexuales sean homofóbicas, decir eso sería una conclusión insostenible. Lo que se plantea es que su origen, viene de la misma fuente que alimenta las masculinidades tóxicas que golpean a mujeres, niños y hogares; la misma que hace mofas excesivas; que insulta a quien es a afeminado; que proclama que los hombres no lloran. Esa es la masculinidad tóxica que oprime y que alimenta la homo, lesbo y transfobia.



## Capítulo V

# ¿Es justificable discriminar por orientación sexual e identidad de género?

SUMARIO: I. CRIMINALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD. II. DISCRIMINACIÓN EN LAS PRISIONES. III. DISCRIMINACIÓN CIENTÍFICA: LA HOMOSEXUALIDAD NO PUEDE «RESTAURARSE». IV. DISCRIMINACIÓN EN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. 1. *Restricción al derecho a manifestarse y a configurar organizaciones sociales.* 2. *Redadas genéricas bajo la bandera de la salud pública.* V. DISCRIMINACIÓN EDUCATIVA. 1. *Derecho a la educación.* 2. *Discriminación a estudiantes/profesores LGBTIQ.* 3. *Bullying escolar.* VI. DISCRIMINACIÓN PARA DONAR SANGRE. VII. DISCRIMINACIÓN EN ESTADO DE VIUDEZ: PENSIONES. VIII. DISCRIMINACIÓN EN LAS FUERZAS MILITARES. IX. DISCRIMINACIÓN EN ASPECTOS MIGRATORIOS. X. DISCRIMINACIÓN MATRIMONIAL (NO RELIGIOSA). 1. *Porqué el matrimonio civil (no religioso) importa.* 2. *La exclusión del matrimonio civil a parejas del mismo sexo es injustificada.* 3. *Argumentos en contra del matrimonio civil (no religioso) entre personas del mismo sexo.* 3.1. La raíz de la palabra matrimonio supuestamente lo impide. 3.2. La relación sexual heterosexual como criterio para derrumbar el sagrado principio de igualdad. 3.3. Apelear a una supuesta «mayoría» en contra. 3.4. Las parejas del mismo sexo deben tener una regulación aparte. 3.5. El supuesto «estilo de vida» perjudicial de las personas de la diversidad sexual. 3.6. La supuesta modificación a una milenaria institución. 3.7. Supuesta violación al fin último del matrimonio civil: la procreación. 3.8. El supuesto riesgo de extinción de la humanidad. 3.9. Supuesto que la población LGBTIQ no tiene interés en casar. 3.10. Supuesta violación a la libertad religiosa. XI. DISCRIMINACIÓN FAMILIAR. 1. *Orientación sexual, dignidad y familia.* 2. *Familias homoparentales con hijos.* 2.1. Respaldo técnico-científico a favor de la crianza de las familias homoparentales. 2.2. Oposiciones comunes a familias homoparentales. A. Derecho a una mamá y un papá. B. Supuesta violación a la

libertad religiosa. 3. *Problemas por vacíos legales en familias homoparentales*. 3.1. Adopción. 3.2. Reproducción asistida. 3.3. Gestación por Subrogación.

La indebida comprensión de la naturaleza humana, la falta en aceptar la diversidad dentro de la misma especie, ha sido la causa para la instauración de normativas que terminan afectando a la población LGBTIQ. A ello es de sumar la indebida interpretación de normas jurídicas, lo cual ha permitido justificar acciones discriminatorias que van desde el simple reproche, hasta llegar a la sanción punitiva del Estado.

También, existen marcos normativos donde vemos otro tipo de discriminación, allá donde sin llegar al extremo punitivo, si se limitan derechos fundamentales como el de asociarse y el de expresarse libremente. Mientras que en un eslabón más abajo, pero igualmente degradante, se encuentra la falta de regulación de las parejas del mismo sexo, lo cual da una sensación de tratarse de algo insignificante para la sociedad.

Es decir que: «*La combinación de los prejuicios sociales y la criminalización tiene el efecto de marginar a las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y de género no conforme y las excluye de los servicios básicos, como la salud, la educación, el empleo y la vivienda (A/HRC/29/23, párr. 59), y del acceso a la justicia (ibíd., párr. 42; A/HRC/35/36, párr. 59). La espiral de discriminación, marginación y exclusión puede comenzar en el seno de la familia, extenderse a la comunidad y tener un efecto permanente en la inclusión socioeconómica<sup>1</sup>*». Es decir que la discriminación injustificada, produce un efecto en espiral que degrada a esta población en todas las facetas de la vida, todo ello alimentado por un prejuicio errado, sin fundamento, por lo que da esa sensación de injusticia.

«*Cualquier ley que engrandezca la personalidad es justa. Cualquier ley que degrade a las personas es injusta... Y así, todas las leyes de segregación racial son injustas, porque la segregación distorsiona el alma y daña la personalidad. Esas leyes proporcionan a los segregadores una falsa sensación de superioridad, de la misma manera que proporciona una falsa sensación de inferioridad a los segregados<sup>2</sup>*» es el estándar que el Dr. Martin Luther King regaló a la humanidad para medir la legitimidad de una norma jurídica, por cuanto ninguna ley injusta puede ser considerada legítima, y, por ende, ningún derivado de tales leyes injustas, puede tener cabida en un

1. Organización de las Naciones Unidas. (11 de mayo de 2018). «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, párrafo 57». Extraído de: <https://www.avid.org/sites/default/files/atoms/files/g1813215.pdf>
2. King Jr, M. (1963). «Carta desde la Cárcel de Birmingham». Extraído de: <http://wpd.ugr.es/~diegoch/?p=312>

estado de derecho. La segregación, sin importar que sea racial o por aspectos relacionados con la identidad sexual, es siempre injusta.

En esta sección se plantean algunos escenarios, sin tratarse de una lista exhaustiva, ya que existen miles de situaciones que requieren su debida atención y que son igual de importantes, pero que por diferentes motivos no he podido incluir en esta sección, en todo caso es importante denotar que existen casos de discriminación laboral (mobbing), en materia de salud, deportiva, asilo, instituciones religiosas, y aspectos variados relativos a las personas trans, sin dejar a un lado los múltiples problemas de discriminación que se presenta además cuando se reúnen otros elementos de estigmatización (minoría racial, discapacidad, edad, sobrepeso, religión, género, VIH/sida).

Tal y como lo plantea el señor Madrigal-Borlóz: «Además de la discriminación por razones de orientación sexual es importante tomar en cuenta que en cada persona existen diferentes identidades que pueden cargar su propio prejuicio, por ejemplo, si la persona discriminada es lesbiana, lleva una carga adicional de ser mujer con todas las implicaciones que ello conlleva, así lo detalla el informe del independiente experto **sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género** de Naciones Unidas: “45. La misoginia, el patriarcado y las desigualdades de género exponen a las mujeres lesbianas y bisexuales al riesgo de sufrir violencia. Estas mujeres son víctimas de violación –para castigarlas o, presuntamente, en un intento por ‘cambiar’ su orientación sexual– y también de matrimonio forzado, mutilación genital femenina, embarazo forzado, palizas colectivas por dar muestras de afecto en público, ataques con ácido y ‘terapias de conversión’. En muchos casos, el estigma se ve reforzado por normas y creencias culturales profundamente arraigadas sobre la masculinidad, el concepto de la familia ‘tradicional’ o la utilización de la mujer como fuente de ingresos en circunstancias en que existe una gran pobreza. Las mujeres lesbianas y bisexuales corren especialmente el riesgo de ser víctimas de actos de violencia sexual o intrafamiliar y violencia doméstica<sup>3</sup>».

No obstante, la limitante, este esfuerzo es un buen primer paso para sistematizar los problemas que se enfrentan.

## I. CRIMINALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD

Fiscal: «En la carta número uno usas la expresión “Tu delgada alma dorada”, y te refieres a los “labios rosados de rosa roja” de Lord Alfred. La segunda letra contiene las palabras, “Tú eres lo divino que quiero”, y describe la carta de Lord Alfred como

3. ONU. (11 de mayo de 2018). «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género». Párrafo 44 Extraído de: <https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/g1813215.pdf>

*“vino delicioso, rojo y amarillo para mí”. ¿Crees que un ser ordinariamente constituido abordaría tales expresiones a un ¿hombre más joven?».*

Acusado: *«No hay nada, te lo aseguro, en ninguna de las dos cartas de las que deba avergonzarme. La primera carta es realmente un poema en prosa, y la segunda más de una respuesta literaria a un señor Alfred me había enviado»<sup>4</sup>.*

Esa fue la respuesta que Óscar Wilde, el dramaturgo irlandés<sup>5</sup>, le dio al fiscal que lo acusaba de haber cometido el delito de Atropello a la Decencia (*Outrages on Decency*). Dicho delito estaba tipificado en la sección 11 de la Ley de Enmienda a la Ley Criminal (*Criminal Law Amendment Act*) de 1885, la cual marcó el destino de homosexuales hasta 1967 en el Reino Unido<sup>6</sup>, en los siguientes términos: *«Cualquier persona masculina que, en público o en privado, se comprometa, o sea parte en la comisión de, o procure o intente obtener la comisión por cualquier persona de sexo masculino, cualquier acto de indecencia grave con otra persona masculina, será culpable de un delito menor, y ser condenado por ello será responsable a discreción del tribunal de ser encarcelado por un período que no exceda de dos años»...* La situación descrita, ocurrió en 1895, año en el que Wilde estrenaba de *«Importance of Being Ernst»* en los principales teatros de Londres, llegando a la cúspide de su carrera. Wilde nunca creyó que terminaría siendo condenado en razón de ser parte del *«amor que no se atreve a pronunciar su nombre»<sup>7</sup>*.

Wilde fue condenado en 1895 a 2 años de prisión y trabajo forzoso en la prisión de Reading Gaol, donde perdió su magia, encanto, familia, fama, fortuna y amante. Pero dejó una carta con el tesoro escondido, que solo puede dejar en papel un hombre que estando en la cima del mundo, perdió todo: *«Al principio de mi reclusión hubo quien me aconsejo que intentase olvidar quien era. El consejo no podía ser más desgraciado. Tan solo dándome cuenta de lo que soy he podido hallar algún consuelo. Ahora hay quien me aconseja también que, en cuanto sea puesto en libertad, procure olvidar que he estado en la cárcel. Mas se que esto sería igualmente fatal, pues toda mi vida me sentiría perseguido por un insoportable sentimiento de vergüenza, y todo lo creado para mí y para los demás: la belleza del sol y de la luna, el cortejo de las estaciones, la armonía del amanecer y el silencio de las dilatadas noches,*

4. La transcripción completa del juicio de Oscar Wilde se encuentra Extraído del sitio web del profesor Douglas O. Linder, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.famous-trials.com/wilde/342-wildetestimony>
5. Wilde fue conocido por sus obras maestras como *«Dorian Grey»* y *«The Importance of Being Ernst»*, la primera con un contenido homosexual explícito, mientras que la segunda, con uno implícito, casi en código. Al respecto ver: Bates, R. (27 de junio del 2011). *The Vital Importance of Being Gay*. Extraído de: <https://betterlivingthrough-beowulf.com/the-vital-importance-of-being-gay/>
6. No obstante ello, el Tribunal Europeo conoció un caso conexo con este tema en contra del Reino Unido en la modernidad, ver: TEDH, A.D.T. Vs. Reino Unido (2000)
7. Verso del poema que Lord Alfredo Douglas escribió a Óscar Wilde, el cual fue utilizado como evidencia para condenarlo a prisión. Douglas, Alfred.(1895) *Two Loves*. Extraído de: <http://www.famous-trials.com/wilde/342-wildetestimony>

*la lluvia murmurando entre el follaje y el rocío que cae sobre la hierba y la platea, todo estaría hollado para mí y perdería su poder curativo y su propiedad de esparcir alegría. El lamentar la propia existencia es como impedir el propio desarrollo; el negar su propia experiencia es como sellar con una mentira los labios de su propia vida. No es menos que intentar renegar de su propia alma<sup>8</sup>».*

Wilde, a quien injustamente le robaron su brillo y luz inigualable, sobre su condena expresó: «*La razón no me ayuda. Me dice que las leyes bajo las cuales soy condenado son leyes incorrectas e injustas, y el sistema bajo el cual he sufrido un sistema equivocado e injusto. Pero, de alguna manera, tengo que hacer estas dos cosas justas y correctas para mí<sup>9</sup>».* Lo cual deja entrever, lo terrible que es el encarcelamiento de una persona, a raíz de una relación consentida entre adultos, solamente por ser del mismo sexo. Wilde murió 3 años después de salir de prisión, en 1900.

El impacto que una figura como Óscar Wilde fuera puesto en prisión en 1895, año en el que se encontraba en su cima artística, impactó el resto de Europa y en particular generó la chispa<sup>10</sup> para que Magnus Hirschfeld fundara en 1897 (año en el que Wilde salió de prisión) el *Wissenschaftlich-humanitäres Komitee* (Comité Científico Humanitario) una entidad con una visión determinista en relación a que la homosexualidad es natural y algo que se adquiere de nacimiento, teniendo como fin liderar la lucha para la despenalización de las relaciones entre hombres adultos homosexuales (Art. 175 del Código Penal Alemán)<sup>11</sup>.

Avanzando en la modernidad, pero deteniendo el tiempo en 1933, nos encontramos con una Alemania, sumida al culto de la ideología nazi la cual consideraba la homosexualidad como incompatible con el nacional socialismo porque los homosexuales no se reproducían y no perpetuaban la raza aria<sup>12</sup>. Ello fue motivo de persecución, estimando que la cantidad de homosexuales muertos en campos de concentración (a quienes les colocaban un triángulo rosa inverso en el hombro) variaban desde los 15 000 a los 600 000. Muchos murieron de palizas, algunas propinadas por las propias prisiones reporta Schifter<sup>13</sup>.

8. La carta De Profundis fue escrita en la prisión de Reading entre 1895 y 1897 y fue publicada en forma póstuma. Ver: Wilde, O. (1905). De Profundis.
9. Wilde, O. (1905). De Profundis.
10. Esta conjetura es respaldada por los estudios de la profesora Bauer, quien ha revisado los manuscritos de Hirschfeld, ver: Bauer, H. (2017). *The Hirschfeld Archives: Violence, Death, and Modern Queer Culture* (Sexuality Studies). United Kingdom: Temple University Press.
11. Schifter, J. (2012). *Genocidio: ¿Por qué cometemos crímenes atroces?* (Primera edición). San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, p 154.
12. Schifter, J. (2012). *Genocidio: ¿Por qué cometemos crímenes atroces?* (Primera edición). San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, p. 156.
13. Schifter, J. (2012). *Genocidio: ¿Por qué cometemos crímenes atroces?* (Primera edición). San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, p. 159.

La visión del sanguinario Himmler, del alto mando Nazi, da una muestra del odio que expresaba hacia los homosexuales: *«Ahora he decidido lo siguiente: en cada caso, estas personas serán públicamente degradadas, expulsadas y entregadas a los tribunales. Después de la finalización del castigo impuesto por el tribunal, serán enviados, por orden mía, a un campo de concentración, y serán fusilados en el campo de concentración, mientras intentan escapar. Lo haré saber por orden a la unidad a la que pertenecía la persona tan infectada. Por lo tanto, espero finalmente haber hecho con personas de este tipo en las SS, y la sangre cada vez más saludable que estamos cultivando para Alemania, se mantendrá pura<sup>14</sup>».*

Continuando en el plazo del tiempo, llegamos a 1969, cuando un primer ministro Trudeau (el papá de Justin Trudeau) pone una pieza de la balanza de la justicia al proponer una legislación para despenalizar los actos sexuales entre homosexuales adultos y consagra el acto con la intachable lógica de señalar: *«El Estado no tiene lugar en las habitaciones de la nación».* En 1971, Costa Rica despenalizaba la sodomía<sup>15</sup>, la cual nunca fue tipificada en El Salvador, incluso existiendo reportes que era considerada, según hace reseñas el historiador Amaral Arévalo como la capital de la «sodomía del Reino de Guatemala<sup>16</sup>».

En 1986, tras 5 años de la crisis del VIH/SIDA y 3 desde la tesis de Wolfson sobre matrimonio igualitario<sup>17</sup>, Estados Unidos muestra su lado más conservador, no solo por Reagan, sino por la decisión de la Corte Suprema en 1986, que confirma la constitucionalidad de las leyes que criminalizan a los adultos homosexuales que mantienen relaciones sexuales en privado. Con una justificación medieval, la Corte Suprema indicó lo siguiente: *«La condena de la conducta homosexual está firmemente enraizada en las normas éticas y morales judeocristianas. La sodomía homosexual fue un crimen capital bajo la ley romana. Durante la reforma*

14. Austin, B. (s/f). *Homosexuals & the Holocaust: Background & Overview*. Jewish Virtual Library. Extraído de: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/background-and-overview-of-homosexuals-in-the-holocaust>
15. El Código Penal de 1941 tipificaba dicho delito, el cual fue excluido del Código de 1971. En el año 2002 se expulsó del ordenamiento jurídico el delito de «sodomía escandalosa». Igualmente relevante resulta el caso 10404-2013 en donde se expulsó del ordenamiento las disposiciones que proveían implementar medidas de seguridad en casos de «homosexualismo», esta sentencia estableció: *«Con base en lo expuesto, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, resulta del todo improcedente que nuestro ordenamiento jurídico penal autorice la imposición de una medida de seguridad a una persona por la sola condición de ser homosexual, toda vez que a la luz del criterio mayoritario de la doctrina especializada, la homosexualidad no es un padecimiento...».* CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, No.10404-2013.
16. Arévalo, A. (14 de junio del 2018). San Salvador fue «La Sodoma del Reino de Guatemala». Extraído de: [https://elfaro.net/es/201806/ef\\_academico/22041/San-Salvador-fue-«La-Sodoma-del-Reino-de-Guatemala».htm](https://elfaro.net/es/201806/ef_academico/22041/San-Salvador-fue-«La-Sodoma-del-Reino-de-Guatemala».htm) Adicionalmente, conviene destacar que Amaral se encuentra en el proceso de terminar un rescate histórico de la disidencia sexual de El Salvador desde las épocas coloniales, el cual será titulado: «Flores Negras: una historia de la disidencia sexual y de género en El Salvador».
17. Wolfson, E. (1983). *Same-sex Marriage and Morality: The Human Rights Vision of the Constitution*. Extraída de: [https://freemarry.3cdn.net/73aab4141a80237ddf\\_kxm62r3er.pdf](https://freemarry.3cdn.net/73aab4141a80237ddf_kxm62r3er.pdf)

inglesa, cuando los poderes de los tribunales eclesiásticos se transfirieron a los Tribunales del Rey, se aprobó el primer estatuto inglés que penalizaba la sodomía. Blackstone describió el crimen infame contra la naturaleza como una ofensa de malignidad más profunda que la violación, un acto atroz cuya sola mención es una vergüenza para la naturaleza humana, y un crimen no apto para ser nombrado<sup>18</sup>». Mientras que, en el 2003, fueron expulsadas las leyes de criminalización de parejas del mismo sexo del Estado de Texas, tras el caso Lawrence Vs. Texas<sup>19</sup>.

En la actualidad<sup>20</sup>, existen 125 Estados, (122 Estados Miembros de las ONU, más Taiwán y Kosovo), donde no existen leyes que criminalicen las relaciones sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo en privado; mientras que 71 Estados criminalizan las relaciones sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo, variando con pena de muerte hasta prisión. Un ejemplo de ello, lo encontramos en el Caribe que conforma el *Commonwealth* británico<sup>21</sup>, en donde actualmente diferentes organizaciones y activistas lideran esfuerzos para que se reviertan tales normas que degradan a las personas LGBTI.

Para determinar la comisión de esos delitos, reporta ONU, que se efectúan actos de tortura como: «... exámenes anales forzados constituyen tortura o malos tratos (A/HRC/31/57, párr. 36): se ha denunciado este procedimiento inútil desde el punto de vista médico, en el que un doctor u otro profesional de la salud introduce los dedos u otros objetos en el ano de una persona sospechosa de conducta homosexual para “demostrar” o “refutar” su homosexualidad, en el Camerún, Egipto (CAT/C/CR/29/4, párr. 6 k), Kenia, el Líbano (CAT/C/LBN/CO/1, párr. 14 y 15), Túnez (CAT/C/TUN/CO/3, párrs. 41 y 42; véase también A/HRC/36/5, párr. 67, 125.48, 127.36 y 127.41), Turkmenistán, Uganda, la República Unida de Tanzania y Zambia (A/HRC/37/14, párr. 131.98)<sup>22</sup>».

En la búsqueda de pistas para determinar la comisión de estos delitos, también se toman en cuenta: «la posesión de productos básicos de salud, como preservativos y lubricantes, ha sido incluso utilizada como prueba en causas penales, lo que ha

18. SCOTUS, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

19. SCOTUS, *Lawrence Vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

20. Carroll, A., y Mendos, L. R. (2017) *Homofobia de Estado 2017: Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. Ginebra: ILGA.

21. Al respecto Berreta, F. (2018). *I Have to Leave to Be Me. Discriminatory Laws against LGBT People in the Eastern Caribbean*. Human Rights Watch. Extraído de: <https://www.hrw.org/report/2018/03/21/i-have-leave-be-me/discriminatory-laws-against-lgbt-people-eastern-caribbean> Otro ejemplo de activista, es el caso del doctor Leonardo Raznovich. Ambos, Berreta y Raznovich, son miembros del LGBT Committee de la International Bar Association.

22. Organización de las Naciones Unidas. (11 de mayo de 2018). «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, párrafo 29». Extraído de: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/atoms/files/g1813215.pdf>

dado lugar a un aumento de la estigmatización y de los retos planteados en el sector sanitario y, en particular, en relación con la prevención del VIH<sup>23</sup>». Incluso en algunos países<sup>24</sup> se ha detectado la utilización de tecnología de última generación para rastrear personas y espiarlas<sup>25</sup>, utilizando sistemas de *hacking* y otras medidas ilegales para determinar, el impresentable absurdo, de si una persona adulta de forma consensual, tiene relaciones sexuales consensuadas con otro adulto del mismo sexo en privado.

Esta criminalización, además se experimenta de una manera indirecta, como cuando las instituciones del Estado encargadas de perseguir el delito, deciden no actuar ante las denuncias planteadas por la comunidad LGBTI: «*Las mujeres transgéneros y las personas de género no conforme suelen ser blanco de los agentes del sector de la justicia, ya que los prejuicios y estereotipos negativos sobre las personas transgénero y travestis a menudo las asocian con la delincuencia. Esto tiene consecuencias directas para su acceso a la justicia; cuando se denuncia a estas personas, su identidad de género es tácitamente una circunstancia agravante y, cuando son estas personas las que presentan una denuncia, su identidad de género es motivo de descrédito. El hecho de que una persona sea travesti o transgénero socava su credibilidad y afecta a la imparcialidad de los funcionarios judiciales (véase A/HRC/38/43/Add.1, párr. 52)*<sup>26</sup>».

Otro rostro de la justicia penal al servicio del a homofobia, se encuentra con la infundada defensa del «ataque de pánico gay», la cual ha sido utilizada en cientos de casos alrededor del mundo para justificar y liberar de responsabilidad penal, a una persona que cometa un asesinato o lesione a una persona LGBTI, indicando a que la reacción se debe a una pérdida de control absoluta, a raíz de un «coqueteo» por parte de una persona LGBTI.

23. Organización de las Naciones Unidas. (11 de mayo de 2018). «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, párrafo 54». Extraído de: <https://www.ahfid.org/sites/default/files/atoms/files/g1813215.pdf>
24. Por ejemplo, en Irán ocurre la siguiente dinámica: «*La comunidad LGB es un claro ejemplo de esta situación. Las orientaciones sexuales distintas a la heterosexual son denostadas y tipificadas por el sistema legal iraní, basado en una restrictiva interpretación de la ley islámica. El castigo para un acto homosexual consentido entre hombres depende del rol de cada uno: el activo –quien asume el rol insertor– solo recibiría pena de muerte si está casado –en caso contrario, serían cien latigazos–, mientras que el pasivo –quien asume el rol receptor– recibe la pena capital en cualquier situación. La condena para mujeres homosexuales también toma forma de látigo, hasta cien, por sus actos*». Maroño, A. (4 de setiembre del 2017). «Transiran». El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2017/09/04/transexualidad-en-iran/>
25. Frenkel, S. (24 de agosto del 2015). Emails Reveal Israeli And Italian Companies' Role In Government Spying. BuzzFeed. [https://www.buzzfeed.com/sheerafrenkel/meet-the-companies-whose-business-is-letting-governments-spy?utm\\_term=.te6VOwd6d#.mqvXMdJWJ](https://www.buzzfeed.com/sheerafrenkel/meet-the-companies-whose-business-is-letting-governments-spy?utm_term=.te6VOwd6d#.mqvXMdJWJ)
26. Organización de las Naciones Unidas. (11 de mayo de 2018). «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, párrafo 57». Extraído de: <https://www.ahfid.org/sites/default/files/atoms/files/g1813215.pdf>

Dentro de la estructura del delito, para que una acción u omisión sea considerada delito tiene que cumplir con que sea un acto típico, culpable, antijurídico y punible. Dentro de los diferentes elementos de la antijuridicidad, se encuentra el requisito de la «exigibilidad de una conducta diferente», el cual se justifica cuando existe un miedo insuperable, lo cual ha servido de excusa para aceptar la defensa del «pánico gay».

De esta manera se han presentado casos tan atroces, como el brutal y despiadado asesinato del universitario de 21 años, Matthew Shepard en EEUA. Esta defensa de «pánico gay», resulta tan absurda, que ha sido utilizada para justificar crímenes de odio, como lo ocurrido en España en el 2009: «¿57 puñaladas en defensa propia?<sup>27</sup>». Lo cual deja en evidencia que no hace falta la criminalización de una conducta, con tales niveles de homofobia. Lo cierto es que esta defensa legal, es una manera de esconder la homofobia más tóxica y grotesca que existe, pues no existe base biológica para sustenta que se activa alguna parte «secreta» del cerebro ante esta situación<sup>28</sup>.

La historia de la criminalización de la homosexualidad no comenzó en 1885<sup>29</sup>, con Óscar Wilde, pero si deja en evidencia una gran pregunta ¿Cuántos Oscar Wilde hemos perdido por culpa de la intolerancia absoluta de la homofobia? ¿Cuántos Allan Turing no hemos suprimido? ¿Cuántos? Por lo que recuerda las palabras del Premio Nobel de la Paz, el arzobispo Desmond Tutu: «Penalizar a alguien por razón de su orientación sexual es como lo que solía pasarnos antes; que nos penalizaban por algo por lo que no podíamos hacer nada al respecto: nuestro origen étnico, nuestra raza. [...] Me parecería bastante inaceptable condenar y perseguir a una minoría que ya ha sido perseguida<sup>30</sup>».

## II. DISCRIMINACIÓN EN LAS PRISIONES

«Phillip Morris, I Love You (2010)» es una película basada en hechos de la vida de Steven Russell quién en prisión, conoce a Phillip, un presidiario que se convierte en el amor de su vida. Decidido a construir una vida hermosa

27. Fernández, M. (29 de febrero del 2009). ¿57 puñaladas en defensa propia? El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2009/02/24/sociedad/1235430008\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2009/02/24/sociedad/1235430008_850215.html)
28. Blair, K. (2017) Did Secretary Clinton lose to a «basket of deplorables»? An examination of Islamophobia, homophobia, sexism and conservative ideology in the 2016 US presidential election. *Psychology and Sexuality* 8:4, pages 334-355. Extraído de: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/19419899.2017.1397051>
29. Una visión histórica de la criminalización de la homosexualidad, puede encontrarse en: Potok, M. (2016). QUACKS «Conversion Therapists», the Anti-LGBT Right, and the Demonization of Homosexuality. Southern Poverty Law Center. Extraído de: <https://www.splcenter.org/20160525/quacks-conversion-therapists-anti-lgbt-right-and-demonization-homosexuality>
30. Tutu, D. (19 de marzo del 2017). Discurso en el Foro Social Mundial, Nairobi, Kenya. Extraído de:

con su amante, Steven se embarca en otra ola de crímenes y se fuga de prisión en tres ocasiones. Incluso, fingiendo su propia muerte, algo fuera de serie.

Similar a lo que se consideró en el creativo voto salvado<sup>31</sup> del Magistrado Castillo, en el cual consideró que no era amparable la solicitud mujer trans, recluida en una prisión de hombres, de que se le permitiera ingresar ropa femenina para expresar su identidad de género: *Son atendibles las razones que otorga la Administración al señalar que no se permiten accesorios o vestimentas de mujer en ese Centro Penal, por razones de seguridad, lo cual, resulta obvio; pues es factible la utilización de esas prendas para pretender evadirse del Centro Penal y su empleo en un centro de varones, en el que las relaciones sexuales se encuentran seriamente reprimidas, puede fomentar el desorden y alterar la convivencia*». Lo único que resulta obvio de esa postura, es un criterio desfavorable hacia la diversidad sexual pues asocia que querer hacer valer la identidad de género, es sinónimo de promiscuidad. Nuevamente, es un criterio contrario al derecho.

También, en otro caso en el cual la mayoría amparó al prisionero, encontramos un nuevo voto salvado del magistrado Fernando Castillo por considerar inmoral la relación sexual homosexual<sup>32</sup> y que además, cual maestro de moral y buenas conductas, ese tipo de «sexo» conduce al libertinaje sexual. Para fundamentar su postura, utilizó la clásica oración «con todo respeto», que usualmente se utiliza en Costa Rica, cuando se dice algo, que tiene de todo, menos respeto: *«También, y con el mayor respeto lo expresamos, hay un segundo error de concepto, en el sentido de considerar que la norma que se impugna tiene como finalidad el permitir el contacto de los internos con el mundo exterior con el objeto de propiciar su libertad sexual. No, la finalidad de la norma no es esa. Su propósito es muy distinto. Se busca con ésta proteger una tipo de relación de pareja que tiene un marcado interés público por todo lo que se indicó atrás. En este caso, dada la trascendencia que tiene las relaciones heterosexuales para la humanidad y la sociedad hay un marcado interés público en impedir que ese vínculo se deteriore o rompa a causa de la privación de libertad que está sufriendo uno de los cónyuges o compañeros (as), pues ello tendría consecuencias externas negativas muy importantes, más cuando hay hijos de por medio. El preservar los vínculos familiares, aun en una situación tan difícil como lo es el hecho de que uno de sus miembros esté privado de su libertad, es un imperativo que el Derecho de la Constitución le impone al Estado. Por otra parte, si la finalidad fuese la señalada por el Órgano Asesor, entonces la visita conyugal tendría que ampliarse a todos los privados de libertad, independientemente de si tienen o no una relación estable con otra persona, todo lo cual no resulta lógico ni conveniente para los intereses públicos*». En el 2012, cambió la postura por un tecnicismo sin entrar el fondo<sup>33</sup>.

La discriminación en prisiones se presenta en diferentes formas, como por ejemplo negando el derecho a la libertad sexual y prohibiendo la visita íntima

31. CSJ Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencias No. 4524-2012.

32. Sobre este tema, ver capítulo 5, sección 10.3.B en el cual se desarrolla el tema.

33. La sentencia de Sala Constitucional de Costa Rica No. 2012-16632.

para prisioneros<sup>34</sup>, o bien en efectuar una doble discriminación con la misma raíz de negación a la identidad de género<sup>35</sup> de una mujer transexual: primero por ubicarla en una prisión de hombres y segundo por prohíbele ingresar ropa que le permita expresarse conforme a su verdadero ser.

La calidad humana no debe perderse, incluso por ir a prisión. Por lo que resulta importante recordar que al menos en teoría, los Estados Constitucionales de Derecho, la prisión cumple un fin de readaptación de las personas que cometen ilícitos penales, no de deshumanización. Es imposible negar que el derecho a una identidad sexual, es propio del ser humano, por lo que debe respetarse y promoverse de manera que no afecte el buen funcionamiento del Centro correccional.

### III. DISCRIMINACIÓN CIENTÍFICA: LA HOMOSEXUALIDAD NO PUEDE «RESTAURARSE»

La discriminación también ha encontrado aliados en pruebas pseudo científicas, como ocurre en los casos de las fraudulentas prácticas de clínicas de conversión de homosexuales, los cuales constituyen un fraude. En el año 2013, Joakim Itarola, un profesor de la Universidad de Navarra en España (afiliada al *Opus Dei*), tenía programado ser expositor en un congreso de bioética, en donde él daría una charla sobre cómo curar la homosexualidad. El cónclave se declaró por el Gobierno, como un evento de interés público. La declaratoria fue anulada por la mayoría, dado que Sala Constitucional consideró que no podría ir en contra de los criterios científicos emitidos por: La Organización Mundial de la Salud, la Asociación Mundial de Psiquiatría, La Asociación Americana de Psicología, la Asociación Costarricense de Psiquiatría, el Colegio de Psicólogos de Costa Rica y el propio criterio de la ministra de salud.

En dicha sentencia se explicó: *«Por consiguiente, es evidente y notorio que el Poder Ejecutivo, al declarar de interés público el Congreso de marras, en que una de sus conferencias precisamente atenta contra los criterios científicos supracitados y la opinión técnica de la propia Ministra de Salud, al tiempo que estigmatiza un sector de la población, lo que en realidad esta haciendo es exceder los límites constitucionales al amplio margen de discrecionalidad de que goza para calificar determinada actividad como de interés público, toda vez que hace un ejercicio irrazonable de tal discrecionalidad. No puede ser razonable una declaración de interés público de una actividad en*

34. Para un caso sobre libertad sexual en el cual el prisionero fue amparado en el derecho a ejercer la «visita íntima», ver: CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, No. 13800-2011.

35. Para un caso relacionado con la identidad de género de una mujer transexual en una prisión de hombres ver: CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, No. 4524-2012 y No.10030-2016.

*que una conferencia revierte en una estigmatización de un sector de la población y un potencial daño a su salud. Asimismo, no puede haber lógica alguna en que la Ministra de Salud afirme que las terapias para curar la homosexualidad conllevan riesgos para la salud por cuanto no se esta ante una enfermedad, y simultáneamente propicie que el Poder Ejecutivo declare de interés público una actividad en la que uno de sus conferencistas precisamente viene a promocionar exactamente lo contrario a lo que sostiene, con el agravante de que, según la Ministra, se trata de una tesis que implica riesgos a la salud de las personas, por lo que no la recomienda<sup>36</sup>».*

La decisión, sin embargo, aboga por la no censura del seminario, pero explica que no podría ser respaldado por autoridades públicas de esa manera, dado que implica graves riesgos a la salud de las personas. Considerar que se trata de algo curable, parte del errado hecho que es una enfermedad. Eso es un error histórico borrado del libro de la infamia de la humanidad. Sin dejar a un lado que los tratamientos de curación no tienen bases para concluir que producen resultados, y que lejos de ayudar, terminan agravando el estado psicológico de las personas, al punto que se han presentado casos de suicidio.

En este contexto jurisprudencial, el Magistrado Castillo, acompañado del magistrado Salazar Cambronero, emitió un voto salvado que indicó<sup>37</sup> para defender su postura: *«Mas aún, si nos adhiriéramos a la sentencia estimatoria estaríamos comulgando con tesis intransigentes, las que únicamente admiten su propia cosmovisión y, por consiguiente, rechazan todas aquellas ideas y manifestaciones del pensamiento contrarias a esa visión de las cosas. En pocas palabras: estaríamos haciendo eco de posturas intolerantes y contrarias a una sociedad libre, plural y abierto...»*. en principio, pareciera que hace sentido pues indica un simple llamado a cuidar la libertad de expresión, pero si lo vemos con una lupa, está predicando que hay que decirle a las personas de la diversidad sexual que son pervertidos mentales y que lo que dice la ciencia es falso. Eso es contrario a los criterios de la CorteIDH que establecen que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas y no susceptibles a ser utilizadas como elementos objetivos para discriminar.

De cierta forma, el llamo a la mal entendida tolerancia del Magistrado Castillo, me recuerda las sátiras a grupos anti-derechos humanos como por ejemplo, la noticia de los grupos neonazis que reclaman que viven en un mundo intolerante: *«Nosotros creemos en un mundo libre, donde no se te juzgue ni censure solo porque hables de matar a judíos, negros, gays o musulmanes. Un mundo tolerante y que acepte a quien piensa diferente o a quien quiere invadir Polonia»<sup>38</sup>*.

36. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional No. 3090-2013.

37. Sentencia de Sala Constitucional de Costa Rica No. 3090-2013 del 6 de marzo de 2013

38. El Citador (19 de agosto del 2017). Varios grupos nazis se quejan por sentirse marginados: «La gente es muy intolerante», declaran. El Jueves. Extraído de: [www.eljueves.es/news/varios-grupos-nazis-quejan-por-sentirse-marginados-la-gente-muy-intolerante-declaran\\_1461](http://www.eljueves.es/news/varios-grupos-nazis-quejan-por-sentirse-marginados-la-gente-muy-intolerante-declaran_1461)

El magistrado continúa: «en muchas ocasiones criterios expresados en las “ciencias exactas” como no tan exactas, con el paso del tiempo se modifican dogmas, que antes se creían inamovibles en el futuro son socavados con mejores criterios, de ahí la importancia de que se promueva aquellas tesis que, en un momento determinado, no cuentan con la aceptación general... Debemos ser claros que no se toma partido por una posición u otra, pero sí por la libre circulación de ideas». Nuevamente, parece un criterio razonable que no toma postura, casi escéptico. Pero, cuando se revisan la variedad de casos en los que ha prestado su pluma para sangrar la dignidad de la diversidad sexual<sup>39</sup>, me hacen concluir que el Magistrado no cuenta toda la historia sobre su postura.

#### IV. DISCRIMINACIÓN EN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

La libertad de asociación es uno de los derechos fundamentales más importantes para una democracia, por cuanto permite que las personas con pensamientos afines puedan reunirse. En relación a la libertad de asociación, ya la CorteIDH ha destacado que el artículo 16.1 de la CADH, dispone el derecho y la libertad de asociarse libremente, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho<sup>40</sup>.

De igual forma, reconoce la Corte IDH que la Convención Americana reconoce el derecho de asociarse libremente, puede estar sujeto a restricciones previstas por ley, que persigan un fin legítimo y que, en definitiva, resulten necesarias en una sociedad democrática. Cuestión que resulta equilibrado e idóneo para armonizar el ejercicio del derecho de asociación con la necesidad de prevenir e investigar eventuales conductas que el derecho interno califica como delictivas<sup>41</sup>.

##### 1. RESTRICCIÓN AL DERECHO A MANIFESTARSE Y A CONFIGURAR ORGANIZACIONES SOCIALES

Este es un derecho que es afectado en los Estados no democráticos<sup>42</sup>, por cuanto es una forma de socavar a la oposición, ya que, sin la posibilidad de reunirse libremente, de asociarse, el poderío de un colectivo se disminuye considerablemente, dado que no cuentan con un reconocimiento jurídico, ni

39. Ver por ejemplo: CSJ Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencias No. 13800-2011, 4524-2012, 2012-16632, 12703-2014, 6058-2015, 2609-2018.

40. Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú (2009). Párrafo 170

41. Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil (2009), Párrafo 173

42. En la Alemania Nazi, las organizaciones judías fueron paulatinamente disueltas según explica: Koehn, B. (2005). *La Resistencia Alemana contra Hitler 1933-1945*. España, Alianza Editorial, P. 43 y 148.

tampoco de la posibilidad de ejecutar sus estrategias de manera pública sin enfrentarse a un problema. Las afectaciones a este derecho pueden variar, desde el extremo de prohibir la inscripción y disolución de organizaciones, hasta bloqueo de actividades. Es de notar que este es un derecho que se encuentra ligado íntimamente con otros derechos adicionales, como el de la libertad de expresión (Art. 13 CADH) y hasta el de personalidad jurídica (Art. 3 CADH).

En esta sección repasaremos algunos casos que se han presentado en los que se afecta este derecho. Una de las acciones más usuales para bloquear este derecho lo encontramos cuando se prohíben manifestaciones, o marchas del orgullo, como usualmente ocurre en Rusia y en Turquía.

Al respecto, a finales de la primera década del 2000, se presentó el caso de activistas LGBTIQ que alegaban violaciones al CEDH por parte de funcionarios rusos, que prohibieron los desfiles o manifestaciones de derechos de los homosexuales con el interés de «preservar la moral pública y prevenir el desorden civil».

La Corte<sup>43</sup> destacó que el pluralismo también se basa en el reconocimiento genuino y el respeto de la diversidad, de manera que, es natural que la participación de los ciudadanos en un proceso democrático se logre en gran medida a través de pertenecer a asociaciones en las que puedan integrarse entre sí y perseguir objetivos comunes colectivamente. Subrayó, además, que la libertad de reunión protege una manifestación que puede molestar u ofender a las personas que se oponen a las ideas o afirmaciones que intenta promover.

Finalmente, hizo énfasis en que, cualquier medida que interfiera con la libertad de reunión y expresión, excepto en casos de incitación a la violencia o rechazo de los principios democráticos –por impactantes e inaceptables que ciertas opiniones o palabras utilizadas puedan parecerles a las autoridades– perjudica la democracia y a menudo la pone en peligro. Sería incompatible con los valores subyacentes de la Convención si el ejercicio de los derechos de la Convención por parte de un grupo minoritario estuviera condicionado a su aceptación por la mayoría.

Si esto fuera así, los derechos de un grupo minoritario a la libertad de religión, expresión y reunión se volverían meramente teóricos en lugar de prácticos y efectivos según lo requerido por la Convención. Razón por la cual el tribunal declaró la violación del Convenio europeo en relación a la libertad de asociación y prohibición de discriminación.

Más recientemente, el año pasado, el TEDH se enfrentó a otro caso relacionado con las leyes que prohíben la «propaganda homosexual» en Rusia. En

43. TEDH. *Alekseyev Vs. Rusia* (Aplicaciones n. ° 4916/07, 25924/08 y 14599/09). Un caso similar o encontramos en: TEDH. *Genderdoc-M Vs. Moldova* (Solicitud no. 9106/06)

esta ocasión<sup>44</sup>, se generó el reclamo por las sanciones que activistas recibieron por exhibir en un acto público los rótulos con los siguientes mensajes:

- Caso 1: «*La homosexualidad es normal*» y «*Estoy orgulloso de mi homosexualidad*».
- Caso 2: «*Rusia tiene la tasa de suicidio adolescente más alta del mundo. Este número incluye una gran proporción de homosexuales. Dan este paso debido a la falta de información sobre su naturaleza. Los diputados son asesinos de niños. ¡La homosexualidad es buena!*».
- Caso 3: «*Los niños tienen derecho a saber. Las grandes personas también son a veces homosexuales; los homosexuales también se vuelven geniales. La homosexualidad es natural y normal*».
- Caso 4: «*La homosexualidad no es una perversión. El hockey de campo y el ballet de hielo sí lo son*».

Como se desprende de los mensajes, no se trata de contenido que sea ajeno a los estudios técnicos-científicos actuales, ni mucho menos mensajes de odio, que denigren, ni nada por el estilo. Sino que se trata de contra mensajes, para compensar el acoso estatal al cual están sometidos las personas LGBTIQ en Rusia. No obstante, ello, en todos esos casos, los aplicantes fueron sancionados por las autoridades rusas aplicando la normativa que prohíbe la publicidad del «*estilo de vida homosexual*» entre menores de edad, justificando su actuación en la normativa vigente y en aras a proteger la moral imperante del pueblo ruso, y el clásico argumento de «proteger a la familia».

El TEDH consideró que todas las leyes que limitan la «propaganda homosexual» entre adultos y menores no es conforme a derecho. Dejando claro que las minorías sexuales también son parte de la familia y que la mención genérica a las tradiciones de una mayoría en un país, no es un argumento de peso para marginar a minorías tal y como expuso: «*La Corte toma nota de la afirmación del Gobierno de que la mayoría de los rusos desaprueban la homosexualidad y rechazan toda manifestación de relaciones entre personas del mismo sexo. Es cierto que el sentimiento popular puede jugar un papel importante en la evaluación del Tribunal cuando se trata de la justificación sobre la base de la moral. Sin embargo, hay una diferencia importante entre dar paso al apoyo popular a favor de ampliar el alcance de las garantías de la Convención y una situación en la que se confía en esa ayuda para reducir el alcance de la protección sustantiva. La Corte reitera que sería incompatible con los valores subyacentes de la Convención si el ejercicio de los derechos de la Convención por parte de un grupo minoritario estuviera condicionado a que fuera aceptado por la mayoría. Si esto fuera así, los derechos de un grupo minoritario a la libertad de religión, expresión y*

44. TEDH. Bayev y Others VS. Rusia (2017)

reunión se volverían meramente teóricos más que prácticos y efectivos según lo requerido por la Convención<sup>45</sup>».

En relación a que las leyes se establecieron para evitar la corrupción de menores, el TEDH dejó claro que estos enfoques deben efectuarse para todos los posibles perpetuadores, y no enfocarse únicamente en grupos homosexuales: «En la medida en que el Gobierno alegó un riesgo de explotación y corrupción de menores, refiriéndose a la vulnerabilidad de este último, el Tribunal confirma la objeción de los solicitantes al efecto de que la protección contra tales riesgos no debe limitarse a las relaciones entre personas del mismo sexo; la misma obligación positiva debería, por principio, ser igualmente relevante con respecto a las relaciones de sexo opuesto. Como señalaron los solicitantes, la legislación rusa ya prevé la responsabilidad penal con respecto a las acciones lascivas contra menores y la difusión de pornografía a menores, y estas disposiciones son aplicables independientemente de la orientación sexual de los involucrados<sup>46</sup>».

En América Latina no resulta usual presenciar discriminaciones que lleven al extremo actuar de prohibir marchas para manifestar derechos, pero en caso que ocurriese, resultaría más que ilustrativo el precedente antes indicado. De igual manera, en América Latina existen ejemplos de violaciones a esta libertad fundamental de las personas.

En el año 2001, la Asociación Para la Libertad Sexual El Nombre de la Rosa presentó su solicitud de inscripción ante el Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro de la República de El Salvador. La inscripción fue denegada, por cuanto como buen conservador, el señor director consideraba que los fines de la institución: «violentaban normas de derecho natural, los fines que persigue la familia, la constitución del matrimonio, las buenas costumbres, la moral y el orden público» y por si aquello no fuera poco, consideró que los fines<sup>47</sup> de la ONG atentaban contra: «el orden público, la moral, la ley y las buenas costumbres» considerando que era: «una aberración contraria a la moral y a las buenas costumbres que el orden jurídico y la sociedad salvadoreña convive en esa dirección jurídica-moral».

Resulta difícil procesar a cuáles buenas costumbres de refiere el Director General de Registro de Asociaciones y Fundaciones de un país que está sumergido en una crisis de corrupción y de violencia, que le impida respetar a las personas de la diversidad sexual, que buscan nada más organizarse para hacer frente a las violaciones sistemáticas de derechos que se enfrentan.

Ante esta incertidumbre jurídica, fruto de una arbitrariedad absoluta, la ONG en formación solicitó un amparo ante la Sala Constitucional, la cual

45. TEDH. Bayev y Others VS. Rusia (2017), párrafo 70.

46. TEDH. Bayev y Others VS. Rusia (2017), párrafo 79.

47. Los fines de la ONG eran: «la promoción y tutela de los derechos humanos de los homosexuales travestis de El Salvador, la prevención y control de enfermedades de transmisión sexual, así como promover y desarrollar programas y proyectos de educación formal e informal que se requieran».

resolvió que: «la democracia implica la toma de decisiones por la voluntad de la mayoría y la atención preferente a los intereses de la misma; pero ello no releva de la obligación de respetar a las minorías, que no por serlo pasan a estar integradas por ciudadanos de segunda categoría. Consecuencia de ello es, entonces, que para la democracia es esencial la tolerancia y el pluralismo<sup>48</sup>». Exponiendo la importancia de este derecho fundamental, para oxigenar la democracia.

La Sala Constitucional salvadoreña, continuó exponiendo: «... ningún funcionario tiene potestades para impedir el ejercicio de derechos fundamentales a partir de su peculiar visión de la “moralidad”. En todo caso, la concepción expuesta resultaría reduccionista, pues la función de reproducción de la especie humana es una entre varias de las que se reconocen a la familia, no la única: junto a ella, coexisten otras de diferente naturaleza –v. gr., económica, afectiva– lo cual da lugar a diferentes modelos de familia».

El caso anterior, también se ha presentado en países como Kenia, donde ante un cuadro fáctico similar, en donde se rechazaron la inscripción en 3 ocasiones de una ONG para defender los derechos de la diversidad sexual. Indicando a la ONG solicitante que no se podría inscribir si la organización establecía el nombre «gay» o «lesbiana», pues era algo inmoral y además incentiva al crimen, por cuanto en Kenia el artículo 162 del Código Penal criminaliza las relaciones sexuales entre homosexuales.

La Corte superior de dicho país ha razonó que: «No importa si las visiones de ciertos grupos o asociaciones relacionadas son impopulares o no aceptadas por ciertas personas... si solamente se permitieran las visiones populares, entonces el espacio para un dialogo rico... sería limitado... Por adoptar y aceptar una Constitución, el Estado tiene restringido determinar cuáles convicciones y juicios morales son tolerables<sup>49</sup>...». lo cual ejemplifica lo universal que es la justicia de los derechos humanos, ya que si importar que el caso ocurra en Rusia, Kenia o El Salvador, el principio de respeto a la dignidad de la persona humana y libertad de asociación, sigue siendo el mismo.

## 2. REDADAS GENÉRICAS BAJO LA BANDERA DE LA SALUD PÚBLICA

Teniendo como combustible la intolerancia que produce el prejuicio, en muchas ciudades se han vivido épocas en donde amparados en «la salud pública» se logra institucionalizar la homofobia y se instaura una persecución

48. CSJ de El Salvador, Sala Constitucional, Sentencia 18-2004.

49. High Court of Kenya, Caso No. 440-2013. Extraído de: [www.kenyalaw.org](http://www.kenyalaw.org) Otros casos sobre la misma materia en el continente africano los encontramos en: (i) ACoHPR. Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan (2003), en donde se resolvió: «al prevenir que el señor Ghazi Suleiman se pueda reunir con otros para discutir derechos humanos y por criminalizarlo por hacerlo, el Estado demandado ha violado derechos humanos de libertad de asociación y asamblea protegidos por los artículos 10 y 11 de la Carta Africana».

contra homosexuales por «representar un peligro a la salud pública». Un ejemplo de ello ocurrió a finales de la década de los ochentas en Costa Rica: «Por un lado, don Álvaro Ramos, viceministro de Gobernación, ha hecho dos operativos fulminantes en el lapso de dos semanas para desarticular las bandas de homosexuales que noche a noche se concentran en bares, discotecas, centros de masaje, tabernas y prostíbulos encubiertos. Sus relatos sobre tales incursiones en el San José negro y borrascoso le ponen a cualquiera la piel de gallina. Él mismo se quedó perplejo al descubrir que en una zona muy reducida funcionaban a todo vapor seis discotecas de homosexuales, en las que sorprendió a decenas de parejas de hombres bailando apretada y entusiasmadamente la música más exótica del momento<sup>50</sup>».

Esa situación fue remediada por medio de Sala Constitucional, a raíz de la presión generada por parte de académicos como Elizabeth Odio, dando un ejemplo más de la importancia del poder judicial para remediar injusticias: «... estima la Sala que **la Constitución Política no autoriza los arrestos genéricos e indiscriminados, sino los claramente definidos y previa comprobación del indicio sobre la comisión del hecho**<sup>51</sup>».

## V. DISCRIMINACIÓN EDUCATIVA

Cuando hablamos de discriminación educativa nos referimos a casos en donde se instauren programas de educación tendientes a desinformar a la población estudiantil en relación a las personas LGBTIQ, amparando sus posiciones en prejuicios y posturas jurídicamente superadas. También, entramos un pie en el mundo del *bullying* escolar y las medidas que se espera que se tomen en esta tan delicada área. Todo ello, sin dejar de responder a la pregunta ¿es justificable que un centro educativo rechace a un alumno en razón a su orientación sexual o identidad de género?

### 1. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Antes de entrar en la materia de discriminación, conviene aterrizar el derecho el cual estaría siendo afectado: La educación. En relación con el Derecho a la Educación, la CorteIDH haciendo referencia a lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU<sup>52</sup>,

50. Columna de La Nación, el periodista Edgar Espinoza, el 31 de marzo de 1987 según reportado por: Cambroner, C. (2018) «Álvaro Ramos: de “limpiar San José de gays” a la campaña de Fabricio». Extraído de: <http://cambroner.com/2018/02/alvaro-ramos-limpiar-san-jose-gays-la-campana-fabricio/>

51. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional 3761-1993.

52. ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 13, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 1.

ha destacado que este derecho es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos, y que «[I] a educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos<sup>53</sup>».

La CorteIDH además ha señalado que para garantizar el derecho a la educación debe velarse por que en todos los niveles educativos se cumpla con cuatro características esenciales e interrelacionadas: i) disponibilidad, ii) accesibilidad, iii) aceptabilidad y iv) adaptabilidad<sup>54</sup>:

- a) Disponibilidad: Instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte.
- b) Accesibilidad: Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:
  - i. No discriminación: La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos;
  - ii. Accesibilidad material: La educación ha de ser asequible materialmente.
  - iii. Accesibilidad económica: La educación ha de estar al alcance de todos.
- c) Aceptabilidad: La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres.
- d) Adaptabilidad: La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

53. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, Párrafo 234

54. ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 13, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 6; Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, Párrafo 235

## 2. DISCRIMINACIÓN A ESTUDIANTES/PROFESORES LGBTIQ

Es bastante polémico encontrar el choque de un colegio de corte religioso, que expulse a un alumno cuando en el complicado momento que la adolescencia implica, descubre que su orientación sexual es diferente a la de sus compañeros. Imaginemos, que ese colegio, además es uno de solo hombres, y por si ello fuera poco, que está ubicado en un país conservador, altamente hostil con todo aquello que se sale del molde, algo así como El Salvador. El estudiante en ese momento, tendrá dos opciones: aceptar su orientación sexual, u ocultarla hasta que se encuentre en un momento que se sienta menos vulnerable en su vida.

Esta última opción fue la que yo tomé cuando llegué a la realización que mi sexualidad no era la de una persona heterosexual. Pero al no sentirme cómodo para aceptarlo en los momentos de mi adolescencia, decidí guardarme el secreto hasta llegar a los 22 años. La vulnerabilidad a la cual alguien puede ser sometido en razón de su orientación sexual, también tuve conocimiento de casos en donde estudiantes fueron expulsados de colegios en razón de su orientación sexual, sometidos a tratamientos de castidad/conversión con todos los golpes que ello implica para el carácter de una persona, así como los procesos de acoso escolar a lo que alguien puede ser víctima<sup>55</sup>.

Pero regresando a la discusión, ¿sería justificable que un colegio expulsara a un alumno por ser homosexual? La respuesta es no. Aún un colegio católico tendría que verse obligado a respetar a este alumno por cuanto la orientación sexual es una categoría protegida y el derecho a educación, es derecho fundamental y esencial en la vida de una persona.

Recordemos que la CorteIDH ha reiterado, que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, e impone a los Estados la obligación de respetar y

55. Es usual que las personas que hacen *bullying* a otras por razón de su orientación sexual son también homosexuales. Un ejemplo lo encontramos en el documental «*Outrage*» en la cual se exponen las vidas secretas –homosexuales– de políticos norteamericanos que han dedicado su vida a acosar a personas de la diversidad sexual. En relación con el *bullying* escolar, invito a revisar el informe de Fundación Triángulo Extremadura, pues hace un detalle de cifras sobre los acosos que se viven en Europa, en Latinoamérica claramente es un problema pues todo mundo está al tanto de la masculinidad como viene a ser el parámetro de comportamiento y quien se aleje de ese estándar es tachado de «marica», «gay», «culero», «playo», ver: Ruíz, S. (2009). Diversidad sexual en las aulas Evitar el *bullying* o acoso homofóbico. Fundación Triángulo Extremadura. Extraído de: [www.fundaciontriangulo.es/extremadura](http://www.fundaciontriangulo.es/extremadura). Mientras que en relación con las expresiones peyorativas hacia homosexuales conviene resaltar lo indicado por la CSJ Mexicana: «Las expresiones homófobas, esto es, el discurso consistente en inferir que la homosexualidad no es una opción sexual válida, sino una condición de inferioridad, constituyen manifestaciones discriminatorias, ello a pesar de que se emitan en un sentido burlesco, ya que mediante las mismas se incita, promueve y justifica la intolerancia hacia la homosexualidad». CSJ de la Nación de los Estados Unidos de México, No. 2806/2012.

garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social<sup>56</sup>.

Asimismo, ha destacado que, al interpretar la expresión «cualquier otra condición social» del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano. Es en ese sentido que la Corte deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello esta proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o identidad de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual<sup>57</sup>.

La CorteIDH ha reiterado, que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, e impone a los Estados la obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social<sup>58</sup>.

Asimismo, ha destacado que, al interpretar la expresión «cualquier otra condición social» del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano. Es en ese sentido que la Corte deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello esta proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o identidad de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual<sup>59</sup>.

La Corte conoció un caso donde se le negó la inscripción en un colegio, a una niña con VIH, en esa situación la CorteIDH destacó que el trato diferenciado

56. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafos 82-86

57. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafos 82-86.

58. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafos 82-86.

59. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Párrafos 82-86

hacia la niña estaba basado en una de las categorías prohibidas, y que además no hubo una justificación razonable para ese trato diferenciado por cuanto la niña realmente no representaba un riesgo para sus compañeros, y que la expulsión era el método más lesivo por lo que concluyó, en ese caso existió discriminación<sup>60</sup>.

De tal manera, que, haciendo una interpretación analógica, cualquier otra categoría protegida podría ser intercambiada por la condición de VIH, a fin de impedir que alguna institución educativa expulse o prohíba la inscripción de una persona por la razón que fuera. En este sentido, no sería válido ni discriminar por orientación sexual, por identidad de género o por la configuración familiar como, por ejemplo, que se trata de padres divorciados o familias homoparentales.

La misma conclusión se llegaría si la persona excluida se trata de un profesor en lugar de un alumno. El ámbito de no discriminación abarca todas las áreas de la vida, en particular la educación. Este ámbito es donde ha existido un gran debate, indicando que los profesores homosexuales podrían «transformar» a los alumnos en homosexuales, lo cual es un argumento que no tienen ningún componente científico.

Ante este tipo de reclamos conviene recordar lo que indicó el supervisor de la ciudad de San Francisco, Harvey Milk, en 1978 en el marco del debate si deberían permitirse a profesores homosexuales: «Nací de padres heterosexuales. Me enseñaron los maestros heterosexuales en una sociedad ferozmente heterosexual. Los anuncios de televisión y anuncios en periódicos ferozmente heterosexuales. Fui criado en una sociedad que pone abajo la homosexualidad. Y ¿por qué soy un homosexual si yo estoy afectado por los modelos de conducta? Debería haber sido heterosexual. Y sin ánimo de ofender, pero si los maestros van a influir como modelos de conducta, habría un montón de monjas corriendo por las calles hoy<sup>61</sup>».

### 3. BULLYING ESCOLAR

Ahora bien, el hecho que alguien no pueda ser expulsado o bloqueado en ingresar a una institución educativa, no implica que la persona no tendrá problemas en el colegio, pues son muchas instancias en las que se presentan casos de *bullying* escolar, el cual es definido como toda acción en el marco de una institución de educación, pública o privada, dentro o fuera del colegio, en persona o de forma digital que implique: «una actitud hostil que concibe y señala la orientación homosexual como contraria, inferior o anormal y a las personas

60. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298

61. Milk, H. (1978). Debates sobre la iniciativa Briggs Initiative que buscaba excluir a los profesores homosexuales y a quien los apoyara del sistema público educativo de California. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=tDQCDp6cEX0>

que la practican como pecadoras, enfermas, malas, delincuentes, criminales o desequilibradas, llegando incluso a despojarlas de su condición de seres humanos<sup>62</sup>».

Esa situación de acoso escolar puede implicar acciones que van desde la exclusión social, agresiones verbales y físicas, hurto de comidas, amenazas hasta acoso sexual. Lo cual genera un impacto negativo en la vida de un estudiante de diferentes maneras al sentir: «*expectativas de rechazo, ocultamiento o vergüenza, homofobia interiorizada... disminución de su autoestima, estados de ansiedad e incluso cuadros depresivos, lo que hace difícil su integración en el medio escolar y el desarrollo normal del aprendizaje*<sup>63</sup>».

Ante un caso de bullying, las autoridades de la guía y cuidado de los estudiantes se encuentran obligados en actuar. Tal y como ocurrió en Costa Rica el pasado marzo del 2018, cuando un estudiante denunció el acoso escolar que fue sometido por un grupo de alumnos y que como consecuencia de ello, el director de la institución en apego al Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes y el protocolo de acción en situación de «*bullying*» del ME tomo una «*medida cautelar*» de expulsar por 10 días a los alumnos que: «... *lo molestan, le dicen cosas malas y que se siente mal*» y, además, *que se refieren a él como «... Playo<sup>64</sup>, estúpido, idiota, payaso...»*. La Sala Constitucional<sup>65</sup> resolvió el caso, por un tecnicismo, a favor de los alumnos que hacían bullying, por considerar que las medidas cautelares, no podrían implicar una expulsión.

Pero el bullying además puede provenir de autoridades de la institución educativa, manifestándose de diferentes formas: por medio del contenido educativo, o por acciones concretas. Por ejemplo, qué implicaría que una profesora en una clase, sin una intención de efectuar un recorrido histórico, comience a hablar sobre conversión de homosexuales, presentando una tesis que no tiene cabida en el mundo científico.

Por ejemplo, en EUA, Rosky<sup>66</sup> efectuó un trabajo de identificación y sistematización de los diferentes tipos de programas educativos anti-diversidad sexual que se imparten en dicho país, clasificando de esta manera currículos que incluyen posturas abiertamente anti gay, hasta otras que entran dentro de la clasificación de homofobia cordial. Dentro de esta variedad encontramos posturas que le exigen a los maestros indicar: que las parejas del mismo

62. Ruíz, S. (2009). Diversidad sexual en las aulas Evitar el bullying o acoso homofóbico. Fundación Triángulo Extremadura, p. 45. Extraído de: [www.fundaciontriangulo.es/extremadura](http://www.fundaciontriangulo.es/extremadura)

63. Ruíz, S. (2009). Diversidad sexual en las aulas Evitar el bullying o acoso homofóbico. Fundación Triángulo Extremadura, p. 39 y 61. Extraído de: [www.fundaciontriangulo.es/extremadura](http://www.fundaciontriangulo.es/extremadura)

64. Playo es el equivalente de maricón en Costa Rica.

65. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia No. 7356-2018.

66. Rosky, C. Anti-Gay Curriculum Laws. Columbia Law Review Vol. 117, No. 6. Extraído de: <https://columbialawreview.org/content/anti-gay-curriculum-laws/>

sexo no son de acuerdo a la moral, que la homosexualidad es un crimen, que únicamente las personas heterosexuales se pueden casar, y un sinnúmero de diatribas que son discriminatorias e injustificadas, por denigrar falsamente a las personas LGBTIQ.

En el Colegio Gimnasio Castillo Campestre de Colombia, se presentó un inusual caso que marcó a Latinoamérica para siempre. En dicho centro educativo se sancionó a dos jóvenes adolescentes, quienes libremente decidieron formar una relación sentimental. La directora los expulsó del Colegio por considerar que un beso que se dieron, constituía una falta grave según el manual de conducta. El cual establecía lo siguiente: «*Artículo 6.2.1.2.13. Faltas Graves. Las manifestaciones de amor obscenas, grotescas o vulgares en las relaciones de pareja (de forma exagerada) y reiterativa (sic) dentro y fuera de nuestra institución o portando el uniforme del mismo, estas relaciones (sic) de pareja deben ser autorizadas y de pleno conocimiento de los padres, en este caso, nuestro colegio se exime de toda responsabilidad a ese respecto*».

Tras la expulsión, los padres de familia de uno de los jóvenes involucrados, interpusieron una demanda de acoso sexual contra Sergio Urrego, quien después de dejar la evidencia que la acusación no tenía sustento, decidió lanzarse al abismo desde uno centro comercial, perdiendo la vida a raíz de la presión al cual fue sometido por la homofobia desmedida.

Este caso llegó a la Corte Constitucional de Colombia<sup>67</sup>, en la que se dispuso lo siguiente: «... la idea de que el beso entre su hijo y Horacio, fue calificado como una "manifestación de amor obscena", circunstancia que para la madre es desproporcionada y violatoria del derecho a la intimidad de su hijo, porque se trata de dos adolescentes de 16 años. Además, el menor de edad nunca fue objeto de reproches realmente significativos frente a su conducta, con anterioridad al incidente de la foto. Tampoco incurrió en acoso sexual de su compañero de clase, con quien sostenía una relación sentimental, porque a sabiendas del colegio, tal acoso no era un hecho cierto, teniendo en cuenta que la institución siempre manejó el caso como exceso de manifestación pública de afecto en una relación sentimental y consideró que los jóvenes eran pareja». La Corte ordenó al Colegio efectuar un acto simbólico en honor a Sergio Urrego, mientras que al Ministerio de Educación le ordenó la revisión de la totalidad de los manuales de convivencia de todos los colegios de Colombia, con el fin de asegurarse que sean respetuosos en temas de orientación sexual y la identidad de género.

Las medidas ordenadas por la Corte Constitucional colombiana deben ser replicadas en el resto de América Latina, con el fin de reducir las probabilidades que tragedias como la que vivió Sergio Urrego vuelvan a repetirse.

67. CSJ de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-478/15 (2015).

## VI. DISCRIMINACIÓN PARA DONAR SANGRE

Desde la crisis que ocurrió en los años ochenta, entidades estatales encargadas a la salud pública adoptaron alrededor del mundo, una serie de prohibiciones o limitantes alrededor de la idea de donación de sangre por parte de hombres que tienen sexo con otros hombres.

Esas prohibiciones continúan en muchos países presente, a pesar que existen mecanismos para identificar si la sangre es portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o no. Conforme a un reportaje de *The Economist* del año 2018<sup>68</sup>, el marco internacional para donar sangre siendo homosexual, responde a los siguientes aspectos: en EUA se permite donar sangre desde el 2015; mientras que en el Reino Unido, desde el año 2017 se modificó el plazo de 12 de abstinencia sexual a uno de 3 meses, pues los expertos británicos determinaron que en esa ventana de tiempo era suficiente para determinar la existencia de alguna enfermedad de transmisión sexual.

Un estudio técnico del Williams Institute, UCLA School of Law<sup>69</sup> determinó que levantar la prohibición de donación a hombres que tienen sexo con otros hombres se traduciría en salvar a miles de vidas por años, por cuanto implicaría un aumento sustancial del banco de sangre de los Estados Unidos de América. No debemos perder la vista que la finalidad de toda donación de sangre es la de ayudar, de formar parte de una sociedad solidaria, que buscar mejorar la vida de otras personas y que el joven Arías Ramírez es una persona que es saludable, en óptimas condiciones al punto que la prohibición que le han señalado es excesiva.

La sangre, al fin y al cabo, siempre ha estado en el centro de disputas sobre la discriminación injustificada. Como por ejemplo la prohibición de matrimonios interraciales que existió por décadas en los EEUA, dado que se podrían «contaminar las sangres», al igual y como ocurrió en la Alemania Nazi, donde además de prohibir los matrimonios entre alemanes y judíos, le otorgaban un componente místico, hasta ocultista a la sangre<sup>70</sup>.

En Costa Rica, por ejemplo Sala Constitucional<sup>71</sup> ha mantenido que los hombres que tienen sexo con otros hombres, deben cumplir 12 meses sin sexo

68. *The Economist* (16 de Abril 2018). Why some countries still ban gay men from giving blood. *The Economist* Extraído de: <https://www.economist.com/the-economist-explains/2018/04/16/why-some-countries-still-ban-gay-men-from-giving-blood>

69. Williams Institute (2014). Effects of Lifting Blood Donation Bans on Men who Have Sex with Men. UCLA School of Law. Extraído de: <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Blood-Ban-update-Jan-2015.pdf>

70. Spielvogel, J. y Redles, D. (s/f). *Hitler's Racial Ideology: Content and Occult Sources* by Jackson Spielvogel and David Redles. Museum of Tolerance. <http://motlc.wiesenthal.com/site/P.asp?c=gvKVLcMVluG&b=395043>. También ver: Hitler, A. (1924). *Mein Kampf: My Struggle*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) p. 324, 326, 327, 381, 396

71. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, No. 17301-2008, No. 6705-2012, No. 5964-2016.

para donar sangre, aún y cuando existen métodos científicos para examinar la sangre, tal y como apuntó el voto salvado del ex Magistrado Jinesta Lobo<sup>72</sup>: «Como indiqué al exponer las razones del voto disidente, considero que no es razonable la prohibición de donar sangre impuesta a personas que pertenecen a grupos de alto riesgo, pues, en la actualidad, existen pruebas científicas que permiten determinar si el donante padece o no de una enfermedad infecto-contagiosa evitando, en consecuencia, una discriminación».

En algún aspecto relacionado al tema de sangre y VIH, conviene destacar el caso que se presentó en El Salvador, donde Sala Constitucional<sup>73</sup> amparó a un paciente de la institución encargada del Seguro Social, que requería un tratamiento antirretroviral que fuera efectivo en disminuir la carga viral del virus en su sangre, ello a pesar de que el Seguro Social no brindaba dichos medicamentos a raíz de su normativa interna. La Sala razonó que al ser el «único medicamento que podía mejorar su salud y detener el desarrollo de la enfermedad, no solo provocaron el deterioro de su condición física, sino que, incluso, colocaron en riesgo su vida» era necesario ampararlo, obligando a la entidad pagar los gastos médicos en los que incurrió el paciente por los dos años en los que él sufragó los costos del medicamento, y ordenando adquirir los antirretrovirales para el futuro.

## VII. DISCRIMINACIÓN EN ESTADO DE VIUDEZ: PENSIONES

La discriminación, también alcanza a las personas después de la muerte. Son muchos los casos<sup>74</sup> que se han escuchado alrededor de América Latina en la cual, al superviviente de una pareja conformada por personas del mismo sexo, se le niega el derecho a recibir la pensión que le hubiese correspondido, en caso de ser heterosexual.

Ángel Alberto Duque, es un ciudadano colombiano a quien se le denegó el acceso a la pensión por supervivencia de su pareja, Jhon Oscar Jiménez, después de que este muriera en 2001.

El Estado reconoció su responsabilidad internacional toda vez que no se le permitió al Sr. Duque acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia por la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, diferencia

72. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, No. 6705-2012.

73. CSJ de El Salvador, Sala de lo Constitucional, No. 166-2009.

74. Un ejemplo es la negativa de considerar inconstitucional la prohibición del reglamento del seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social, conforme fue decidido en el año 2012. Al respecto ver: CSJ, Sala Constitucional, Sentencia No. 5590-2012. En ese mismo caso, la Sala Constitucional decidió tomar una decisión de no cumplir con los precedentes vinculantes de la CorteIDH, criterio que posteriormente fue corregido por medio de la decisión: CSJ, Sala Constitucional, Sentencia No. 6058-2015.

de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, lo que constituyó un hecho ilícito internacional.

La CorteIDH<sup>75</sup>, consideró que la violación al derecho a la igualdad y no discriminación subsistía a pesar del reconocimiento del Estado, al no considerar probado que en el caso del Sr. Duque se haya cumplido con la debida retroactividad que han dispuesto los tribunales internos y ha ordenado al Estado tramitar de forma urgente su solicitud y abonarle los correspondientes atrasos, además de indemnizarle por el daño inmaterial y el reintegro de costos y gastos.

En el 2009 el TEDH<sup>76</sup> conoció la denuncia de haber sido discriminado por su orientación sexual, ya que se le denegó una pensión de supervivencia tras la muerte de su pareja, con la que había tenido una relación matrimonial de hecho. Tres años después de la muerte de su compañero, entró en vigor la ley que legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo en España.

La Corte señaló que en lo que respecta a la «vida familiar» la noción incluye no solo dimensiones de naturaleza puramente social, moral o cultural, sino también intereses materiales, y a la vista de la rápida evolución en un número considerable de Estados miembros con respecto a la concesión de reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo «sería artificial mantener la opinión de que, a diferencia de una pareja de distinto sexo, una pareja del mismo sexo no podría disfrutar de la “vida familiar” a los efectos del artículo 8». El Tribunal opina que la relación del demandante con su último compañero estaba comprendida en la noción de «vida privada» y la de «vida familiar».

Cuando la diferencia de trato se basa en el sexo o la orientación sexual, el margen de apreciación del Estado es limitado. Las diferencias basadas únicamente en consideraciones de orientación sexual son inaceptables según la Convención. Finalmente, la Corte declaró que no hubo violación de algún derecho de la convención en contra del señor Aldeguer.

## VIII. DISCRIMINACIÓN EN LAS FUERZAS MILITARES

El caso se refiere al teniente del Ejército Ecuatoriano, Homero Flor Freire quien fue dado de baja por «mala conducta profesional». En el expediente militar se decía que fue encontrado en presuntos actos sexuales con un soldado de otro rango.

El caso llegó a la CorteIDH<sup>77</sup>, en donde el denunciante negaba el hecho del supuesto acto sexual entre hombres, afectando su vida severamente por

75. CorteIDH. Duque contra Colombia (2016).

76. TEDH. Aldeguer Tomás Vs. España, N. ° 35214/2009.

77. CorteIDH. Flor Freire contra Ecuador (2016).

cuanto indicó que incluso tuvo que divorciarse a raíz de los rumores. La Corte consideró que el régimen disciplinario presentaba una diferencia de trato injustificada, pues sancionaba de forma más gravosa los «actos de homosexualismo» en comparación con los actos sexuales no homosexuales lo que evidenciaba una distinción relacionada con la orientación sexual, categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención razón por la cual encontró una violación al derecho de igualdad y no discriminación.

## IX. DISCRIMINACIÓN EN ASPECTOS MIGRATORIOS

La discriminación en aspectos migratorios<sup>78</sup> se da por una multiplicidad de facetas, comenzando que, en muchos casos, la migración ocurre a raíz de necesidad de escapar de un territorio en el cual se vive en un ambiente hostil contra las personas de la diversidad sexual, por lo que se parte con la esperanza de encontrar una mejor vida y esperanza en el sol forastero<sup>79</sup>.

*Human Rights Watch*, por medio de abogado y *coach* holístico Fran Berreta<sup>80</sup>, reportó diferentes situaciones de hostilidad en la que viven personas LGBTIQ en territorios del Caribe: Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía, and San Vicente y las granadinas; y cómo fruto de ese tratamiento discriminatorio, hostil y que busca implementar la fuerza punitiva del Estado, se ven obligados a escapar a otros territorios para «poder ser». Dentro de los territorios que usualmente acogen a personas LGBTIQ que escapan por motivos de vida o muerte, se encuentran: Suecia, Alemania, Dinamarca, Noruega, Bélgica, Francia, Reino Unido y hasta recientemente EEUA.

En los procesos de migración<sup>81</sup>, bien sean por refugio o por otra razón, se presentan casos de discriminación por razones de orientación sexual o

78. Un documento clave en temas migratorios es la Opinión Consultiva 18-2003. Ver: Corte IDH. Opinión Consultiva 18-2003 (Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados). De igual manera ver: Corte IDH. Caso Velez Loo vs. Panama (2010) y Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. Republica Dominicana. (2014).

79. El discurso de Olof Palme acerca de la migración siempre tendrá eco: Palme, O. (25 de diciembre de 1965). Discurso sobre la migración. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=C3HK8ubv7Mg>

80. Berreta, F. (2018). «I Have to Leave to Be Me. Discriminatory Laws against LGBT People in the Eastern Caribbean». Human Rights Watch. Extraído de: <https://www.hrw.org/report/2018/03/21/i-have-leave-be-me/discriminatory-laws-against-lgbt-people-eastern-caribbean>. El licenciado Berreta puede ser contactado en el siguiente enlace: <http://ceresholistic.com/about/fran-berreta/>

81. Una visión centroamericana de la migración LGBT: Barrueto, L. (29 de julio del 2018). No hay lugar seguro: Migrantes LGBT de Centroamérica. Plaza Pública. Extraído de: <https://www.plazapublica.com.gt/content/no-hay-lugar-seguro-migrantes-lgbt-de-centroamerica> y

identidad de género, en este apartado se analizan unos casos relativos a la denegación de beneficios migratorios a parejas del mismo sexo. Muchas parejas tienen problemas migratorios a raíz de la falta de acceso al matrimonio civil, el cual normalmente otorga el derecho a obtener la residencia del país del nacional. El TEDH<sup>82</sup> conoció el caso de una demandante, nacional de Bosnia y Herzegovina, que mantenía una relación con una mujer que vivía en Croacia, la Sra. DB. En 2011, la demandante presentó una solicitud de permiso de residencia en ese país por motivos de reunificación familiar con su pareja. Su solicitud fue rechazada ya que la ley nacional pertinente excluía esa posibilidad para las parejas del mismo sexo.

La Corte destacó que, la ley nacional croata reconoce las relaciones extramatrimoniales de parejas de distinto sexo y parejas del mismo sexo. Por lo tanto, una pareja en una relación del mismo sexo que solicitó un permiso de residencia para la reunificación familiar para buscar la vida familiar prevista en Croacia se encontraba en una situación comparable a la de una pareja en una relación extramatrimonial de distinto sexo que persigue el mismo objetivo. Sin embargo, la ley nacional expresamente reservaba esta posibilidad a parejas de diferente sexo, ya sea casadas o que vivan en una relación extramatrimonial. En consecuencia, al excluir a las parejas del mismo sexo de su ámbito de aplicación, la legislación en cuestión introdujo una diferencia de trato basada en la orientación sexual de las personas afectadas.

Destacó la Corte que, una diferencia de trato basada única o decisivamente en consideraciones relativas a la orientación sexual del solicitante equivalía a una distinción que no era aceptable en virtud del Convenio.

En la misma línea, el TEDH<sup>83</sup> resolvió un caso de una pareja homosexual que vivieron en Nueva Zelanda, como una pareja no casada, de 1999 hasta diciembre de 2003, cuando decidieron establecerse en Italia. Después de mudarse a Italia, el segundo solicitante, un ciudadano de Nueva Zelanda, solicitó su permiso de residencia por motivos familiares, pero se le denegó porque no se cumplían los criterios legales según el cual un compañero no puede ser tratado como un «miembro de la familia», solo un cónyuge.

La Corte señaló que se había sometido a los solicitantes a un trato discriminatorio sin ninguna justificación objetiva o razonable, el Estado italiano no había tratado a las parejas homosexuales de manera diferente a las parejas heterosexuales, sin embargo, solo estos últimos tenían la posibilidad de obtener el reconocimiento legal de su relación (casándose) y cumplir con los requisitos

---

Sin lugar que me proteja. Solicitantes de Asilo en México en razón de su orientación sexual e identidad de género provenientes de El Salvador, Guatemala, y Honduras (2017). Amnistía Internacional. Extraído de: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR0172582017SPANISH.PDF>

82. TEDH. Pajić Vs. Croacia, no. 68453/2013.

83. TEDH. Taddeucci y McCall Vs. Italia, No. 51362/2012.

de la legislación nacional para obtener un permiso de residencia por motivos familiares.

Fue precisamente la incapacidad de las parejas homosexuales para acceder a una forma de reconocimiento legal que había colocado a los solicitantes en una situación diferente de la de una pareja heterosexual no casada. A diferencia de una persona en una relación heterosexual, el segundo solicitante no tenía medios legales en Italia para obtener el estatus de «miembro de la familia» en relación con el primer solicitante y, por lo tanto, no tenía derecho a un permiso de residencia por motivos familiares.

En el momento pertinente, al decidir, a los efectos de otorgar un permiso de residencia por motivos familiares, tratar a las parejas homosexuales de la misma manera que a las parejas heterosexuales no casadas, el Estado violó el derecho de los solicitantes a no ser discriminado por razones de orientación sexual en el ejercicio de sus derechos en virtud del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

## X. DISCRIMINACIÓN MATRIMONIAL (NO RELIGIOSA)

### 1. PORQUÉ EL MATRIMONIO CIVIL (NO RELIGIOSO) IMPORTA

¿Por qué el matrimonio civil<sup>84</sup>? ¿por qué no otra institución con beneficios similares<sup>85</sup>? O ¿por qué no mejor vivir una vida discreta, en privado, sin que nadie se entere de la relación entre personas del mismo sexo? Y, sobre todo, ante tantos divorcios ¿por qué el matrimonio civil?

Porque el matrimonio civil importa, ya que tiene una connotación legal, social y cultural<sup>86</sup> que dejar a un grupo minoritario sin acceso a ello, les despoja

84. El Dr. John Corvino en su obra publicada por Oxford University Press «Debating on Same Sex Marriage» ofrece una corta aclaración sobre el término matrimonio civil entre personas del mismo sexo («same-sex marriage»). Dice que algunos activistas lo evitan y se refieren a éste como igualdad de matrimonio civil («marriage equality») o matrimonio civil para gais y lesbianas o simplemente «matrimonio civil». La frase «matrimonio civil entre personas del mismo sexo» sugiere la creación de una nueva institución en lugar de la expansión de una existente, lo cual consideran es una mejor manera de entender su propósito: *reconocimiento no redefinición*.

Corvino, J. y Gallagher M. (2012). *Debating Same-Sex Marriage*, USA: Oxford University Press.

85. El término fue inventado en 2000 en el estado de Vermont. Aunque no es ideal pero Corvino cree que fue un buen punto de partida, es mejor que nada, es un pragmático e incrementalista. Sin embargo, está consciente que las asociaciones domésticas/ uniones civiles no tienen la misma trascendencia que el matrimonio civil y algunos proveedores/actores sociales (dueños de funerarias, empleadores, hospitales) han discriminado contra personas en solo uniones civiles a pesar de su paridad de derechos.

86. Sobre los aspectos extrajurídicos (sociológicos, morales y religiosos) a considerar del matrimonio: Carrillo, R., Ramos, D. (2017). Análisis legal de la posible

de parte de su ciudadanía. Se trata de darles el respeto, honor y reconocimiento a parejas del mismo sexo por medio del «sello de aprobación<sup>87</sup>» que el Estado otorga, ya que de manera implícita indica que apoya esa relación, dejando a un lado la categoría de ciudadano de segunda categoría a la cual se coloca a un colectivo de personas a quienes no se les reconoce su derecho a amar.

Todas las personas, sin importar orientación sexual, tienen sueños, anhelos, ilusiones de lograr una unión complementaria con otra persona, al punto que puedan llegar a tener un reconocimiento legal y social de dicha unión; y esa unión complementaria no se llama unión civil, ni tampoco parterinato (ni cualquier otro nombre de algún «ornitorrinco jurídico<sup>88</sup>» que quieran inventar), sino que se llama matrimonio civil. La prejuiciosa imagen de hipersexualización que se ha generado sobre los hombres homosexuales, dificulta que las personas comprendan que al igual que las personas heterosexuales, las homosexuales sienten: «*Soy un hombre. Necesito ser amado. Necesito amarme a mí misma Necesito sentirme fuerte y llorar. Necesito sentirme vivo y llorar mis pérdidas. Necesito saber que hay alguien en este mundo que realmente me ama. Necesito amar a alguien Necesito un hogar seguro, estable y comprometido<sup>89</sup>...*».

Las personas homosexuales, en algunos casos, crecieron con el ejemplo de sus padres y como tal, quieren vivir una vida romántica, a largo plazo y en comprometida con una persona adulta, bajo la figura de matrimonio civil. El reconocer este derecho, en nada afecta a un tercero, ni tampoco se vuelve un privilegio. La esencia del derecho al matrimonio, es la libertad de casarse con la persona que uno elige, y no existe una sola razón para negar ese derecho a las personas LGBTIQ.

Estamos en el año 2018 donde más de 1 billón de personas alrededor del mundo viven en Estados donde el matrimonio civil de personas del mismo sexo es posible, donde el 70% de las poblaciones en América vive en territorios

---

inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia, basado en que el Derecho al matrimonio es un derecho humano independientemente de la orientación sexual. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Extraído de: <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/04/Rafael-Angel-Carillo-Trabajo-Fin-de-Graduacion.pdf> Pág. 37-69.

87. Sandel, M. (2010). *Justice: What's The Right Thing to Do?* Nueva York, Estados Unidos: Farrar, Straus and Giroux, p. 254, 258.
88. De igual manera, la CorteIDH definió que no es viable la creación de figuras nuevas, ya que ello puede resaltar el estigma discriminador que tradicionalmente se ha marcado a las personas del mismo sexo que buscan vivir en pareja: «*Párrafo 224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación*». Opinión Consultiva 24 de la CorteIDH, notificada el 9 de enero del 2018. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.
89. Downs, A. (2005) *The Velvet Rage: Overcoming the Pain of Growing Up Gay in a Straight Man's World*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)

donde la inclusión de las personas del mismo sexo es factible<sup>90</sup>, donde existe sobrada evidencia que la inclusión de las personas de la diversidad sexual conlleva beneficios societarios. Desde 1989, cuando se logró la primera Unión Civil, se ha avanzado considerablemente con la agenda, probando que las familias compuestas por parejas del mismo sexo, son igual de funcionales que las heterosexuales y, por ende, cuentan con el mismo derecho a formar un vínculo familiar<sup>91</sup>.

Como Pedro y Juan que llevan más de 15 años juntos como una pareja comprometida en una relación de amor, respeto y apoyo mutuo. Ellos están juntos desde que Juan, a quien le encanta viajar por el mundo, llegó con su soleada energía de Texas, a los grises cielos limeños, ciudad nativa de Pedro. Han compartido todo tipo de eventos, y además de vivir en Lima, Texas y en San José (donde los conocí) ahora viven en Uruguay. En un mensaje emocional, Juan recordaba a su difunta madre, como lo guiaba, aconsejaba y el gran ejemplo de mujer que fue para él. El mensaje incluía desde su primera línea, que razón del fallecimiento, Pedro y él viajaban juntos para darle un santo entierro a su madre.

Al a esos dos hombres acompañarse en esos momentos tan duros, imaginando como Pedro consuela a su sonriente compañero de vida, como se tienen unos al otro, es donde me queda claro que el matrimonio no puede definirse por las partes de este, ni por su fertilidad o por su color de piel (no olvidar que los matrimonios interraciales fueron prohibidos). El matrimonio civil se define por ser un firme compromiso de dos<sup>92</sup> personas adultas, en hacer una vida jun-

90. Ver publicación: El mapa que muestra los 23 países que han legalizado el matrimonio gay en el mundo. (4 de julio de 2017). British Broadcasting Company, Extraído de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40493968>. Al respecto, cabe señalar que hoy son más de 25 Estados, siendo Austria y Australia los casos más recientes. El matrimonio civil se encuentra disponible para parejas del mismo sexo en: Argentina, Alemania, Austria, Australia, Brasil, Bélgica, Canadá, Colombia, Dinamarca, Escocia, España, Estados Unidos de América, Ecuador (en discusión) Francia, Grecia, Gales, Irlanda, Islandia, Inglaterra, Luxemburgo, Malta, México (varios estados), Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Uruguay. El primer país en el mundo en legalizarlo fue Holanda, hace más de 16 años, donde todavía no ha llegado ninguna de las plagas de Egipto. Hoy, el suscrito está involucrado en procesos para lograr el matrimonio civil igualitario en Costa Rica, El Salvador y Panamá.

91. CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 192

92. La importancia de hacer énfasis en que se trata de dos personas subyace en que existen una serie de argumentos en contra de que personas del mismo sexo se puedan casar civilmente, arguyendo que esto dará pie a que se permita otro tipo de relaciones: relaciones de tres personas, relaciones poligámicas, relaciones bestiales, entre otras (este tipo de argumentos se clasifican en la categoría de *slippery slope*). Sin embargo, toda esa argumentación es una falacia realmente, ya que las personas que apoyan todos esos actos, no están interesadas en relaciones de pareja – sean heterosexuales u homosexuales. Al respecto ver: Corvino, J. y Gallagher M. (2012). *Debating Same-Sex Marriage, USA*: Oxford University Press.

tos, amorosa, comprometida, entregada una al otro, con la responsabilidad que ello implica para las buenas y para las malas.

Es injusto que dos personas como Juan y Pedro, no tengan la protección que toda persona heterosexual tiene. El amor de estos dos hombres adultos, merece y debe tener la misma protección que cualquier pareja heterosexual, pues tanto las personas homosexuales, así como las heterosexuales, tienen esa misma capacidad de amar y entregarse en relaciones comprometidas. Dado que la orientación sexual<sup>93</sup> es una categoría protegida de no discriminación en el sistema interamericano, ¿por qué seguir discriminado a miles de parejas que se aman? ¿Qué acaso los Estados no deben promover medidas para tener a ciudadanos más felices<sup>94</sup> y cómodos en su vida?

Es decir que el trabajo del cónyuge, como esposo civil de **otra persona del mismo sexo** es protegerlo, cuidarlo cuando esté enfermo, asegurarse que este bien, animarlo cuando este decaído, protegerlo cuando se sienta inseguro, parte de ese trabajo será de amarlo todos los días, ejercitar su intimidad que logra elevar los niveles de conexión de una persona y exaltar su relación hasta que la muerte los separe. Ese compromiso de los cónyuges es recíproco, construyendo con tal promesa, el cimiento de la esencia detrás del matrimonio civil<sup>95</sup>.

¿Por qué razón un Estado no buscaría potenciar que ciudadanos puedan cumplir con este anhelo? Máxime cuando las evidencias técnicas indican de lo valioso que es para la sociedad la aceptación de personas homosexuales: «*Las investigaciones han demostrado que sentirse bien con respecto a la orientación sexual propia, e integrarla en la vida personal, fomenta el bienestar y la salud mental. Esta integración a menudo incluye revelar la identidad propia a los demás; también puede*

93. CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 218, 225 y 228.

94. En este sentido, resalto los hallazgos de la psicología positiva en lo que respecta a la correlación entre la felicidad personal y las relaciones interpersonales. La psicología positiva estudia las bases del bienestar psicológico y de la felicidad, así como de las fortalezas y virtudes humanas. Al respecto, el profesor de psicología positiva de la Universidad de Harvard, Dr. Haidt, explica el rol que desempeñan las relaciones interpersonales en alcanzar mayores niveles de felicidad. Haidt, J. (2006). *The happiness hypothesis: finding modern truth in ancient wisdom*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)

95. «*Las relaciones románticas y comprometidos de parejas del mismo sexo, al igual que los de las parejas heterosexuales, se dan apoyo mutuo y son el fundamento de la vida familiar en nuestra sociedad. Sin el compromiso legal, de responsabilidad y protección que es el matrimonio civil está fuera del alcance de las personas homosexuales como si se tratase de una clase aparte, la mancha de indignidad que sigue en los individuos y familias contraviene el compromiso constitucional fundamental a la igualdad de dignidad. De hecho, el propósito permanente de la Decimocuarta Enmienda es impedir relegando clases de personas a la condición de segundo nivel*». Con tales palabras inició la intervención oral la abogada Mary L. Bonauto, el pasado 28 de abril del 2015 en el caso Obergefell v. Hodges, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sentenció a favor al matrimonio civil igualitario. SCOTUS, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_ (2015)

*conllevar participar en la comunidad gay. Poder hablar sobre la orientación sexual propia con otros también aumenta la disponibilidad de apoyo social, que es fundamental para la salud mental y el bienestar psicológico. Al igual que les sucede a los heterosexuales, a las lesbianas, hombres gay y personas bisexuales les hace bien poder compartir su vida con la familia, amigos y conocidos y recibir su apoyo. Por lo tanto, no es extraño que las lesbianas y hombres gay que sienten que deben ocultar su orientación sexual presenten problemas de salud mental con mayor frecuencia que las lesbianas y hombres gay que son más abiertos; incluso pueden tener más problemas de salud físicos<sup>96</sup>».*

De forma ilustrativa, resulta imposible dejar de mencionar las palabras que utilizó la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en la histórica decisión de Obergerfel contra Hodges, en la que explica como el matrimonio civil ayuda a las personas a alcanzar: «*En la formación de una unión matrimonial, dos personas se convierten en algo más grande que una vez que estaban. Como algunos de los peticionarios en estos casos demuestran, el matrimonio civil encarna un amor que puede soportar la muerte incluso más allá. Sería malinterpretar estos hombres y mujeres que decir que la falta de respeto del idea del matrimonio civil. su motivo es que la respetan, la respetan tan profundamente que tratan de encontrar su cumplimiento por sí mismos. su esperanza no debe ser condenado a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización... piden igual dignidad a los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho*».

El matrimonio civil (no religioso) va más allá de la esfera del amor. Es decir, un hombre puede estar enamorado de su amante, pero esto no la hace su esposa. No se necesita la intervención del Estado para celebrar el «amor». Sin embargo el matrimonio civil sí brinda herramientas que fortalecen este amor (a través de ayudar a un cónyuge a apoyar al otro por medio de privilegios de esposos, visitas a hospital, ausencia por duelo, etc.) y eso es obligación de todos los Estados promoverlo; sobre todo aquellos Estados que son suscriptores de la convención Americana, que incluye como una causal de protección, a la orientación sexual y que protege el vínculo familiar que puede derivarse de una relación de una pareja del mismo sexo<sup>97</sup>.

El matrimonio civil también se evidencia a nivel societario. Veamos el ejemplo de las bodas. Esas celebraciones tan importantes en la vida de una persona que hacen que se fije una fecha y ocurra todo un protocolo de preparación para la misma: selección de lugar, definición de temática, elaboración de listado de invitados (que toca hacer y rehacer una y otra vez), definición del menú, estructuración de actividades de diversión el día de la boda, definición musical, selección de atuendos, y por supuesto entablar el compromiso de una dieta estricta, para estar en forma esa noche que quedará retratada en miles de fotografías.

96. American Psychological Association (2012). Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality. Extraído de: <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf>

97. CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. Puntos resolutivos, voto por unanimidad.

¿A quién no le gustan las bodas? lo cierto es que las bodas dejan un mensaje entre líneas, del gran impacto en las sociedades, ya que es una manera de decirle al mundo que con quien te estás casando es alguien que has considerado bien y que estás seguro de lo que estás haciendo. Es una manera de decirle a todo el mundo que su matrimonio civil es igual de válido, es igual de real y que debe ser tomado en serio como el de cualquier pareja heterosexual<sup>98</sup>. Sin dejar a un lado que se evidencia ante la sociedad el compromiso entre cónyuges que cada uno será la principal línea de defensa ante el mundo<sup>99</sup>.

El matrimonio civil es algo tan relevante en la vida de una persona que se marca en las partidas de nacimiento, se señala si alguien es «soltero/casado» al momento de plantear las generales de una persona, se utilizan símbolos como el anillo en la mano derecha, para mostrar que una persona no está disponible para cierto tipo de relaciones. El matrimonio civil no es algo meramente accesorio en la vida de una persona, para muchas, significa todo. Eso no varía si una persona es homosexual, lesbiana o heterosexual.

Que al compromiso de personas del mismo sexo se le otorgue una jerarquía equivalente, igual al que una pareja heterosexual, no se trata de un privilegio, sino que es una manera recuperar la dignidad de las personas que por años han sido subrogadas por el frío látigo de la discriminación. Señalar que una pareja del mismo sexo no tiene el mismo valor, es degradar el compromiso de vida de alguien dos personas humanas, es reducir el valor de la calidad de ser humano de una persona, por el hecho de ser homosexual. Lo cual, es contrario con la concepción personalista y humanista. Esto no afectará la vida de ninguna pareja heterosexual, ni los matrimonios se verán anulados. No se piden derechos o gracias especiales. Nada de eso. Solamente el trato igualitario dando cumplimiento a la promesa marcada en los tratados de derecho internacional y jurisprudencia de la Corte IDH.

No se debe perder de vista que darle el mismo valor a una pareja homosexual que a una heterosexual en la sociedad, promueve un mayor compromiso entre las parejas, fomentando la estabilidad entre ellas. Las posiciones que alegan que las parejas del mismo sexo son inestables o incapaces de formar vínculos sólidos, deben reparar más en sus críticas, por cuanto ¿qué tanto se

98. Corvino, J. y Gallagher M. (2012). *Debating Same-Sex Marriage, USA*: Oxford University Press.

99. De forma ilustrativa, resulta imposible dejar de mencionar lo que el matrimonio civil ayuda a las personas a alcanzar: «*En la formación de una unión matrimonial, dos personas se convierten en algo más grande que una vez que estaban. Como algunos de los peticionarios en estos casos demuestran, el matrimonio civil encarna un amor que puede soportar la muerte incluso más allá. Sería malinterpretar estos hombres y mujeres que decir que la falta de respeto del idea del matrimonio civil. su motivo es que la respetan, la respetan tan profundamente que tratan de encontrar su cumplimiento por sí mismos. su esperanza no debe ser condenado a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. piden igual dignidad a los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho. Magistrado Kennedy en el Casos Obergerfel contra Hodges. SCOTUS, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_\_*» (2015).

puede hacer si el Estado, ni la sociedad ayuda a solidificar las relaciones entre dos adultos que se aman? El matrimonio civil importa, porque es un cemento que impide que las grietas que se van formando en la relación con el pasar del tiempo, termine de fracturarse; o en el caso que sea inevitable, otorga mecanismos para que el desmantelamiento sea efectuado de una forma menos traumática que si no existiera el vínculo del matrimonio civil (no religioso).

Dicho prejuicio, el de la promiscuidad, obedece a una la razón histórica que ha motivado la persecución criminal de parejas del mismo sexo, la patologización de la naturalidad de su orientación sexual y por ende la respuesta lógica, ante tanto acoso, era buscar esconderse para protegerse de las medidas homofóbicas a las que habría someterse. Es decir que esa preconcepción errada viene a ser una consecuencia de vivir a un lado de la sociedad, en busca de la clandestinidad para poder interactuar. No podemos olvidar que aún hoy en día hay más de 70 países que criminalizan las relaciones entre adultos del mismo sexo.

Equiparar de forma igualitaria las relaciones del mismo sexo, es una actuación justa y científicamente correcta, no es solo desde una perspectiva de no criminalizarlas, sino también de darles el mismo valor para la sociedad. Por ello se debe permitir el acceso igualitario a las instituciones civiles que ofrece el Estado para regular las relaciones de pareja, puesto que, sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo<sup>100</sup>.

## 2. LA EXCLUSIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL A PAREJAS DEL MISMO SEXO ES INJUSTIFICADA

Al excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio civil (no religioso) se degrada a las personas homosexuales ya que se les coloca en un plano de inferioridad con respecto a las parejas heterosexuales, posicionándolos en una categoría de ciudadanos de segunda. La discriminación, por ende, se vuelve injustificada.

La Corte IDH ha elaborado un estricto test de igualdad que incorpora los siguientes elementos:

1. Que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue además de ser legítimo en el marco de la Convención, deba ser, además imperioso.

100. CORTE IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. Párr. 218

2. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo y,
3. La aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma<sup>101</sup>.

Aún sin entrar en detalle, es claro que el trato diferenciado que existe entre parejas homosexuales y heterosexuales, es contrario a la Convención Americana y al test de igualdad. Sin dejar a un lado que ya la Corte IDH se ha pronunciado –OC-24/17– al respecto donde expresamente establece la obligación a los Estado Parte, debido al Art. 2 de la CADH, de brindar un trato igualitario a todas las personas sin distinción de su orientación sexual.

En el análisis actual, la evaluación no logra resistir ni siquiera el primer eslabón de la prueba, pues no es legítimo discriminar a una categoría protegida como es el caso de la orientación sexual e identidad de género, pues no debemos perder de vista que las mujeres y hombres trans, son también personas con sentimientos e ilusiones, al igual que los homosexuales, bisexuales, transexuales, *queer*, intersexuales, entre otros.

Pero, en cualquier caso, vale la pena entrar en el fondo para comprobar, que no existe esa diferencia que justifique el trato discriminatorio, el cual no es objetivo, ni razonable. La única diferencia entre las parejas del mismo sexo y las de sexo opuesto son:

- La pareja está conformada por personas del mismo sexo.
- No pueden procrear sin asistencia especializada.

Siendo que la segunda de las diferencias, merece ser descartada por cuanto recae en situación idéntica al que enfrentan parejas heterosexuales, en la que uno o ambos de los contrayentes es estéril, lo cual les imposibilita tener hijos. Sin embargo, esa situación no se regula como un impedimento para que dos personas heterosexuales puedan casarse o bien reconocer su unión no matrimonial, ya que el matrimonio civil no tiene como fin último la procreación, sino la formación de la base familiar que viene a ser los cimientos de la sociedad.

Esa base familiar, tiene como sustrato los principios y valores, que están presente tanto en personas heterosexuales, como en homosexuales. A lo que

101. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. Serie A No. 22.

nos lleva a que solamente existe, tras el juicio de igualdad, una única diferencia: el sexo de los contrayentes. La exigencia que el sexo de los contrayentes sea opuesto, resulta en una regulación que es degradante a la dignidad humana de las personas de la diversidad sexual, por cuanto desconoce que científicamente, existen otro tipo de orientaciones sexuales.

Llegando al extremo de desacreditarlas por completo, ya que se les impide el trato igualitario (no preferencial, ni privilegios) de acceder al matrimonio civil para regular su relación de pareja. Este trato injustificado, es una estratificación de las parejas compuestas por personas del mismo sexo en una categoría inferior, la cual niega derechos y protecciones a parejas del mismo sexo. Esto no es justo.

Como ocurrió con Luis y Jorge, una pareja del mismo sexo que a pesar de su compromiso de uno con otro, se toparon con la realidad al enfrentar al muro homofobia institucionalizada, ya que Jorge no pudo obtener el permiso de residencia al ser extranjero y al no estar casado civilmente con Jorge. Las familias deben permanecer juntas, es injusto que estas personas no puedan hacerlo, solamente por ser homosexuales.

Levantar las barreras discriminatorias a las parejas del mismo sexo, ayudan en los momentos difíciles. No podemos dejar a un lado que en la vida pueden ocurrir accidentes, y en algunos casos esos accidentes pueden requerir la toma de decisiones inmediatas, pues pueden significar la vida o la muerte de alguien. ¿Qué pasa cuando una pareja del mismo sexo no tiene un vínculo matrimonial? Pues los cónyuges quedan descubiertos, pues la persona en la que más confía, no podrá tomar decisiones que pueden significar la vida o la muerte. De igual forma, en el caso que lo último ocurra, es muy injusto y frustrante, tener que vivir cosas como la que le ocurrió a Francisco, que, a pesar de estar más de 20 años con su amado Jorge, al momento de una muerte súbita, quedó totalmente desprotegido por la falta de un testamento. Por lo que todos los bienes fueron a parar en manos de la familia de Jorge, la cual no hablaban con él desde hace más de 15 años, a raíz de su homosexualidad.

¿Es esto justo? Me parece que no.

Este trato injustificado, al tratarse de una estratificación de las parejas compuestas por personas del mismo sexo en una categoría inferior: «*Se degrada a los homosexuales cuando el Estado los deja por fuera de una institución central de la sociedad de la Nación. Las parejas del mismo sexo, también, pueden aspirar a los fines trascendentes de matrimonio civil y buscar su realización en su más alto significado. La limitación del matrimonio civil a las parejas de distinto sexo puede haber parecido larga natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio civil ahora es manifiesto. Con ese conocimiento debe llegar el reconocimiento de que las leyes de exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio civil en este imponen el estigma y la lesión de tipo prohibido por nuestra carta fundamental*<sup>102</sup>».

102. SCOTUS, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015)

Esta situación de exclusión al matrimonio civil, implica que las parejas del mismo sexo impactan: «*los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros internacionalmente reconocidos*»<sup>103</sup>. Al punto que le privan<sup>104</sup> de derechos patrimoniales como: a la separación de bienes gananciales en casos de divorcio, a la manutención del cónyuge, a visitas hospitalarias, a la pensión de vejez con los hijos, a ser heredero, a recibir protecciones ante un divorcio, migratorios, de seguro de enfermedad, derechos de maternidad/paternidad compartida, beneficios de parejas en los trabajos, ausencias justificadas por enfermedad del cónyuge o por luna de miel, a pensiones del cónyuge en determinados casos, recibir beneficios de seguro social, a presentar impuestos conjuntos, acceso de las pólizas de seguro de la familia, entre otros.

Así como de situaciones que son extra patrimoniales, que no pueden ser sujeto a contrato, tales como el derecho a: divorciarse, a efectuar cambios de nombre, a señalar el estado familiar en el registro público, a tomar la última decisión en aspectos relacionados a la salud del cónyuge, a presentar una solicitud de adopción conjunta, a tener hijos con los dos apellidos, a la paternidad a la custodia de menores, a la inmunidad de declarar contra el cónyuge en procesos penales, protección en casos de violencia doméstica, formar una familia, no ser discriminado en asuntos relacionados con vivienda, entre otros.

¿Existe una justificante para permitir que esta injusta discriminación continúe vigente? **NO.**

La discrecionalidad del legislador para regular materias es mayor cuando recae en aspectos del orden económico que cuando recae sobre derechos fundamentales, por cuanto en la regulación de derechos fundamentales se exige razonabilidad<sup>105</sup>, en este caso, al recaer directamente sobre un aspecto ligado con la dignidad del ser humano, como es la orientación sexual, la discriminación del legislador no se justifica por cuanto degrada a un sector de la sociedad, que por muy minoritario que sea, debe respetarse.

No otorgar consecuencias jurídicas a una relación de pareja, que para una persona puede ser la más significativa e importante de todas sus relaciones, es insultante, degradante y humillante. Ello jamás podrá ser conforme a derecho. Esa segunda categoría de ciudadanos, en la que se ha colocado a la población LGBTIQ, es comparable<sup>106</sup> al trato de hijos ilegítimos que anteriormente se le

103. CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. párrafo 199.

104. En el mismo sentido, los párrafos 196 y 197 de la OC-24, establece un listado de diferentes derechos que se niegan a las personas del mismo sexo. Ver: CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

105. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 1147-1990 (1990).

106. Otra comparación es la que plantea el profesor de la Universidad de Harvard, Cass Sunstein, al equiparar al derecho a casarse como el derecho a votar: «He sugerido que al igual que el derecho a votar, el derecho a casarse debería tener acceso igualitario al ser una institución ofrecida por la Administración Pública. Es el derecho de

daba a los hijos nacidos fuera de matrimonio civil y que esta Sala ha aclarado, que dichos tratos no tienen cabida en la República de Costa Rica: «en el origen de los hijos, sea matrimonial o extramatrimonial, cuando nuestra Constitución Política prohíbe todo tipo de discriminación al respecto y siendo congruentes con la finalidad de otorgar la más amplia y efectiva tutela de los derechos de los menores de edad en el marco de la seguridad jurídica, lo procedente es anular por inconstitucional el artículo 86, párrafo segundo, del Código de Familia, ya que, no distingue la situación de los hijos que ya han consolidado la filiación por la posesión notoria de estado. Asimismo, y en virtud del principio de interés superior del niño como criterio hermenéutico, lo correspondiente es interpretar que el plazo de caducidad previsto en el artículo 73 de dicho cuerpo normativo, es de aplicación tanto para los hijos concebidos dentro de la relación matrimonial, como para los extramatrimoniales<sup>107</sup>».

La definición de las bases de la familia debe ser una tendiente a incluir y no a excluir. Resulta irónico que la institución angular de la sociedad, el matrimonio civil se base en exclusiones en lugar de inclusiones; cuando la esencia misma de la familia radica en el amor, siendo este un término que no puede acuñar expresiones o acciones que impliquen desprecio hacia otra persona.

Como se ha indicado en otras jurisdicciones: «Desde las entrañas de las necesidades humanas más básicas, el matrimonio civil es esencial para nuestras esperanzas y aspiraciones más profundas. La centralidad del matrimonio civil a la condición humana hace que sea sorprendente que la institución ha existido durante miles de años y a través de las civilizaciones. Desde los albores de la historia, el matrimonio civil ha transformado a extraños en familiares, uniendo familias y sociedades... ¿Cómo continuar negando la realidad que el matrimonio civil —no religioso— debe ser una institución accesible a todos, sin perjuicio de la orientación sexual? ¿Por qué limitar la vida de la población LGBTIQ e impedirles alcanzar niveles de felicidad superiores?<sup>108</sup>».

### 3. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL MATRIMONIO CIVIL (NO RELIGIOSO) ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

#### 3.1. La raíz de la palabra matrimonio supuestamente lo impide

De manera sorprendente, alrededor del mundo, opositores al trato igualitario a las personas de la diversidad sexual, utilizan el argumento sobre el aspecto etimológico de la palabra matrimonio, así sus elocuentes embajadores, han indicado: «La palabra matrimonio es una palabra compuesta entre matrim

---

acceso a los beneficios de expresión y materiales que un matrimonio civil oficial provee». Sunstein, C. (2014). Conspiracy Theories and Other Dangerous Ideas. [Versión Kindle]. P. 113.

107. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 06813-2008 (2008).

108. SCOTUS, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015)

*y monium (Sic.). Matrim (Sic.), la madre; monium (Sic.), lo relativo a. Lo relativo a la madre. Fue concebido, precisamente, como un mecanismo jurídico de protección a aquella que queda en la forma más vulnerable, limitada en su desplazamiento cuando se convierte en madre<sup>109</sup>».*

¿Entonces dos mujeres si pudieran casarse? Pues ambas tienen la capacidad de madre. ¿Qué ocurre con las parejas estériles? ¿dejarían de ser matrimonio por la incapacidad de ser madre? Además, hay muchas otras palabras que no se utilizan en apego a su etimología, como por ejemplo salario, que viene de la sal y no por ello deja de tener sentido. No debemos perder de vista que el matrimonio existe también para parejas de mujeres estériles y la validez del mismo no viene afectado por ello.

En todo caso, debemos recordar que no se trata de discusiones de diccionarios, sino de vidas de personas de carne y hueso, que todos los días tienen sentimientos e ilusiones en juego. Resulta difícil, en este contexto, aceptar que una pareja se vea impedida de todo el significado cultural y social, además de las protecciones legales que ello implica, por la raíz de la palabra.

### 3.2. La relación sexual heterosexual como criterio para derrumbar el sagrado principio de igualdad

De una manera sorprendente<sup>110</sup> consta un argumento reiterado en los votos salvados de un magistrado de Sala Constitucional de Costa Rica, en el que justifica derrumbar la sagrada barrera de la igualdad, con base a sus conocimientos de la anatomía masculina y femenina. Con tal posición, habrá quienes sentirán nostalgia, pues sin lugar a dudas se trata de un viaje al pasado, en donde se concibe a la «hembra» como un ser pasivo que está listo para recibir la «semilla» de su macho, cual animal, sin derecho de placer sexual, pues como notarán en esas imborrables letras de «sexualidad 101», no se hace siquiera referencia al clítoris de la mujer (¡ ¿para qué?!), ni a otros aspectos de la diversidad de la fisionomía de los órganos sexuales reproductivos de la mujer.

El voto salvado, indicó lo siguiente: *«tesis que las parejas homosexuales no están en la misma situación que las parejas heterosexuales, por lo que las diferenciaciones que se hacen entre unas y otras no vulneran el principio de igualdad, ni*

109. Declaraciones del diputado salvadoreño Velásquez Parker, tras impulsar una reforma constitucional para prohibir el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, tal y como lo reporta: La enésima procesión en la Asamblea en contra del matrimonio igualitario. (17 de noviembre de 2016). *El Faro*, Extraído de: [https://elfaro.net/es/201611/el\\_salvador/19570/La-enésima-procesión-en-la-Asamblea-en-contra-del-matrimonio-igualitario.htm](https://elfaro.net/es/201611/el_salvador/19570/La-enésima-procesión-en-la-Asamblea-en-contra-del-matrimonio-igualitario.htm)

110. Ver: CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Voto salvado de Magistrado Fernando Castillo en Sentencias No. 6058-2015, 12703-2014; y 13800-2011.

tampoco constituyen una discriminación contraria a la dignidad humana. Así las cosas, con el mayor respeto, considero que en el voto de mayoría hay un error de concepto, y es que se parte de la falsa premisa que las personas heterosexuales están en la misma situación que las personas homosexuales. Basta con echar una simple mirada a la realidad para llegar a la elemental conclusión de que hay grandes diferencias entre ambos grupos de personas. De ahí que la invocación del principio de igualdad resulta inaplicable. En efecto, adoptando como criterio el **tipo de acto sexual**, hay una diferencia sustancial entre el heterosexual y el homosexual. En el caso del primero, tenemos que la vagina o **colpos** (la primera, del latín *vagīna*, “vaina”; la segunda, del griego *kolpos*, “regazo”), que es un conducto fibromuscular elástico, parte de los órganos genitales internos de la mujer y órgano que forma parte del aparato reproductivo femenino, es **pene** trada por el pene, órgano masculino del hombre que sirve para miccionar y copular. En el caso del segundo, es imposible que ocurra tal hecho. Incluso, es importante resaltar que la vagina fue diseñada de forma tal que el pene la penetre perfectamente. Tal posibilidad resulta material imposible en un acto sexual homosexual. Atendiendo a la **finalidad del acto sexual** encontramos una segunda diferencia muy significativa. En caso de las relaciones heterosexuales, el acto sexual no sólo tiene por finalidad el obtener placer, el expresar amor, sino también el preservar la especie humana; situación que no ocurre en el caso del acto sexual homosexual. El acto de la procreación, es necesariamente el resultado de un acto sexual heterosexual, con el cual se preserva la especie humana y, además, en el caso del Estado-Nación, se perpetúa, en el futuro, la nacionalidad. Estas finalidades están ausentes necesariamente en las relaciones homosexuales. Incluso, en el caso hipotético de que todos los seres humanos optaran por una relación homosexual, y no por una heterosexual, ello implicaría que, al cabo de ochenta años, desaparecería la especie humana y las nacionalidades. Hay un tercer criterio para demostrar que entre una relación heterosexual y una homosexual hay enormes diferencias, y es **la importancia externa de la relación**. Si bien ambas relaciones se circunscriben al ámbito privado y son el resultado del principio de libertad, en el caso de las heterosexuales, éstas trascienden al ámbito externo, no así las homosexuales. En efecto, hay un marcado interés público en proteger y promover las relaciones heterosexuales, interés que es recogido en el numeral 51 de la Constitución Política, toda vez que gracias a este tipo de relaciones se preserva la especie humana y se perpetúa en el tiempo la nacionalidad. Dicho de otra forma, el resultado de las relaciones heterosexuales –los (as) hijos (as)– constituyen una contribución innegable, invaluable y permanente de esos dos seres humanos –hombre y mujer– en beneficio de la humanidad y de la sociedad; de ahí de que hay un marcadísimo interés público de parte del Estado de proteger y promover este tipo de relaciones. No ocurre así con las relaciones homosexuales, donde, en este punto, por razones naturales o biológicas no aportan absolutamente nada a la preservación de la especie humana y de las nacionalidades. Por último, como del acto sexual heterosexual surge a la vida un nuevo ser humano, que requiere de una familia estable, donde haya tanto el referente masculino como el femenino, hay un marcado interés público en proteger y fortalecer la familia. No en vano el artículo 51 de la Carta Fundamental señala que ésta es la base de la sociedad. Así, pues, en la medida

*de que haya familias fuertes necesariamente tendremos mejores sociedades. Quizás la principal causa de los problemas sociales, económicos e, incluso, políticos por los que atraviesa la sociedad actual es la desintegración familiar. Mientras no se revierta este fenómeno, el estado de cosas no cambiará para bien».*

El argumento planteado tiene una gran cantidad de inexactitudes que deben responderse por medio de la sexología, denotando unas concepciones machistas del sexo, en donde la mujer es un mero objeto sexual que debe estar lista para ser penetrada. En ningún momento se menciona al clítoris por ejemplo; ni tampoco el caso que ocurre cuando una vagina no puede ser «penetrada perfectamente» para utilizar las palabras del doctor.

Reducir a una pareja a tan solo sexo es inhumano. El matrimonio civil no se define por el sexo de los contrayentes, ni por su fertilidad. El matrimonio civil está definido por el firme compromiso de dos<sup>111</sup> personas adultas en hacer una vida como pareja romántica, comprometida, entregada una al otro, con la responsabilidad que ello implica para los buenos y para los malos momentos. Las personas homosexuales, así como las heterosexuales, tienen esa misma capacidad de amar y entregarse en relaciones comprometidas. Dado que la orientación sexual<sup>112</sup> es una categoría protegida de no discriminación en el sistema interamericano, ¿por qué seguir discriminado a miles de parejas que se aman? ¿Qué acaso los Estados no deben promover medidas para tener a ciudadanos más felices<sup>113</sup> y cómodos en su vida?

Los homosexuales son más que esto: Todas las personas, sin importar orientación sexual, tienen sueños, anhelos, ilusiones de lograr una unión complementaria con otra persona, al punto que puedan llegar a tener un reconocimiento legal y social de dicha unión; y esa unión complementaria no se llama unión civil, ni tampoco parterinato (ni cualquier otro nombre de algún

- 
111. La importancia de hacer énfasis en que se trata de dos personas subyace en que existen una serie de argumentos en contra de que personas del mismo sexo se puedan casar civilmente, arguyendo que esto dará pie a que se permita otro tipo de relaciones: relaciones de tres personas, relaciones poligámicas, relaciones bestiales, entre otras (este tipo de argumentos se clasifican en la categoría de *slippery slope*). Sin embargo, toda esa argumentación es realmente una falacia, ya que las personas que apoyan todos esos actos, no están interesadas en relaciones de pareja – sean heterosexuales u homosexuales. Al respecto ver: Corvino, John y Gallagher Maggie. (2012). *Debating Same-Sex Marriage*, USA: Oxford University Press.
  112. CorteIDH. Opinión Consultiva 24/17 (Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo) del 24 de noviembre de 2017, párrafo 218, 225 y 228.
  113. En este sentido, resalto los hallazgos de la psicología positiva en lo que respecta a la correlación entre la felicidad personal y las relaciones interpersonales. La psicología positiva estudia las bases del bienestar psicológico y de la felicidad así como de las fortalezas y virtudes humanas. Al respecto, el profesor de psicología positiva de la Universidad de Harvard, Dr. Haidt, explica el rol que desempeñan las relaciones interpersonales en alcanzar mayores niveles de felicidad. HAIDT, J. (2006). *The happiness hypothesis: finding modern truth in ancient wisdom*. Kindle.

«ornitorrinco jurídico» que quieran inventar), sino que se llama matrimonio civil. La prejuiciosa imagen de hipersexualización que se ha generado sobre los hombres homosexuales, dificulta que las personas comprendan que al igual que las personas heterosexuales, las homosexuales sienten: «*Soy un hombre. Necesito ser amado. Necesito amarme a mí mismo. Necesito sentirme fuerte y llorar. Necesito sentirme vivo y llorar mis pérdidas. Necesito saber que hay alguien en este mundo que realmente me ama. Necesito amar a alguien Necesito un hogar seguro, estable y comprometido...*».

Pero deja por fuera de su explícito análisis (que habla de la penetración vaginal, de la función del pene y la composición de la vagina), el hecho que una persona heterosexual sea estéril, su matrimonio civil no deja de ser válido, ni tampoco se le prohíbe casarse. Razón por la cual el argumento de «preservación de la especie» en palabras del Magistrado, no puede ser una razón para sustentar dicha postura.

En todo caso, no puede obviarse que las parejas homosexuales no tienen diversos mecanismos para cumplir dicho cometido soslayado por el Magistrado Castillo Víquez, dentro de las cuales se encuentra la opción de recurrir un tratamiento de fecundación in vitro, el cual conforme la sentencia de la Corte IDH Artavia y Murillo de la CorteIDH<sup>114</sup>.

### 3.3. Apelar a una supuesta «mayoría» en contra

Opositores al matrimonio civil entre personas del mismo sexo suelen ampararse en una supuesta mayoría en contra a que dos personas adultas, puedan casarse civilmente, sin afectar a nadie más que a prejuicios y erradas concepciones sobre el amor homosexual. Este argumento, aun siendo cierto, es inaceptable por cuanto en las democracias las minorías tienen el derecho a ser respetadas (diferente a toleradas), y la manifestación básica del respeto, es cumplir con la regla de oro de tratar a las personas como queremos que nos traten.

La Corte IDH ha sido enfática al señalar que: «*la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido*<sup>115</sup>». Siguiendo esta línea, es que resulta ilegal someter a un *referéndum* los derechos de las minorías<sup>116</sup>, negando la po-

114. Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257).

115. CORTE IDH. Sentencia Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. /2012). Serie C No. 239, párrafo 92.

116. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 13313-2010.

sibilidad de votar quién puede gozar y ejercer derechos humanos. Apelar al clamor de mayorías para restringir el acceso igualitario al matrimonio civil (no religioso), además de degradar a las personas homosexuales, es desconocer de elementos esenciales del Estado Constitucional de Derecho: democrático, pluralista, diverso.

Además, que sería olvidar lo que la historia ha evidenciado: grupos amparados en una verdad dogmática, absoluta y sin excepciones han cometido grandes injusticias con la bandera de la discriminación, como el holocausto, la segregación racial sudafricana o el racismo norteamericano. Es menester recordar que, al acoger el modelo constitucionalista, los Estados se someten al Estado de Derecho, lo cual implica albergar las ideas impopulares o no aceptadas, pues ello es necesario para la promoción del debate democrático<sup>117</sup>.

Un régimen democrático como el de los países del sistema interamericano implica que las decisiones las toma la mayoría, pero con respeto a las minorías<sup>118</sup>. Hablar de un Estado donde no exista respeto a las minorías, dejando a un lado sus derechos y llegando al punto que se les prohíba ejercer derechos, que resultan esenciales para alcanzar la realización personal, da como resultado vivir en un Estado antidemocrático.

Hoy, la población de la diversidad sexual cuenta con una representación simbólica<sup>119</sup>, por lo que hace falta más parlamentarios en el continente con

117. El Tribunal Constitucional de Kenia, en un caso donde se amparó a una ONG en formación, porque a criterio de la oficina de inscripciones, perseguía un objeto inmoral (LGBTIQ), indicó: «No importa si las visiones de ciertos grupos o asociaciones relacionadas son impopulares o no aceptadas por ciertas personas... si solamente se permitieran las visiones populares, entonces el espacio para un dialogo rico... sería limitado». Sentencia en Proceso No. 440-2013 de la High Court of Kenya. Extraído de: [www.kenyalaw.org](http://www.kenyalaw.org)

118. Bien lo han dicho la Sala Constitucional de Colombia: «La democracia no puede entenderse, exclusivamente, como el conjunto de reglas que adoptan los representantes mayoritarios del pueblo en el Congreso de la República, por cuanto esta visión podría excluir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política. El sistema democrático constitucional impone límites en el ejercicio del poder público a las mayorías, con el fin de asegurar derechos inherentes a la dignidad humana, que actúan como “precondiciones” de aquél. La competencia de este Tribunal Constitucional se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario». CSJ de Colombia, Corte Constitucional de Colombia No. SU214/16. También la Sala de lo Constitucional de El Salvador lo ha indicado: «De ahí que el destino de la sociedad debe ser decidido por todos sus integrantes. En otras palabras: las decisiones generales que afectan el destino colectivo debe tomarlas el pueblo; todos los cargos que ejercen poder público deben ser de elección popular o derivados de los cargos de elección popular; y las decisiones las toma la mayoría a partir de sus intereses, pero con respeto a las minorías». CSJ de El Salvador. Sala de lo Constitucional. Sentencia No. 52-2014.

119. Destaco a parlamentarios como: Cristina Cornejo (El Salvador), Enrique Sánchez (Costa Rica), Alberto Belaunde (Perú). También resulta importante reconocer el hito

verdaderos compromisos con el cumplimiento de los derechos humanos, el Estado de Derecho y apego a lo establecido por la CADH y su jurisprudencia del Corte IDH.

Esta escaza, pero significativa e importante representación política, no debe entenderse como una luz verde para continuar denigrando a este importante sector de la población, por cuanto el sistema de pesos y contrapesos del Estado Constitucional de Derecho permite que el Órgano Judicial, pueda tomar decisiones que ayuden a liberar la presión que genera la injusticia social en sus muy variadas manifestaciones, dentro de las cuales se encuentra la discriminación matrimonial.

Esta situación de desventaja, es algo que el Estado debe remediar, dando la protección que las minorías se merecen frente a los abusos de las mayorías. Esta acción protectora y reivindicatoria de los derechos de las minorías, se fundamenta en la naturaleza del Estado Constitucional Democrático de Derecho se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías<sup>120</sup>. Es por estas razones, que debe rechazarse cualquier argumento tendiente a justificar la discriminación de minorías<sup>121</sup> LBGT en aras de satisfacer el *statu quo* que las mayorías se encuentran acostumbrado.

La sentencia 33-2017 de Sala de lo Constitucional esboza la esencia de los argumentos de esta sección: «*En ese entendido, no es concebible una justificación puramente aritmética de las decisiones que se tomen. No basta con que se trate simplemente de la decisión de la mayoría o de la unanimidad. También debe tomarse en cuenta el contenido de la decisión adoptada y su compatibilidad con la norma fundamental y con el sustrato ideológico que subyace bajo la misma... Cuando un derecho*

---

político que significó el trabajo de Margarita Salas en la fundar el primer partido político de Centroamérica con una agenda abiertamente en favor de la diversidad sexual (VAMOS Costa Rica), incluyendo en su lista de diputadas a Dayana Hernández, activista por los derechos *trans* y la lucha contra el VIH/Sida.

120. CSJ de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. SU214/16.

121. La Sala Constitucional de Costa Rica explica lo siguiente en relación con el derecho de los minorías: «VII. NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y GRUPOS EN DESVENTAJA. Los derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, marginación, exclusión y toda clase de prejuicios sociales –como ocurre con el de los homosexuales–, surgen a partir movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad –real y no formal– de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas». CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 13313-2010.

*fundamental es interpretado y desarrollado por la jurisprudencia el legislador no puede suprimirlo o desmejorarlo, por muy abrumadora que sea la mayoría de Diputados que así lo acuerde; más bien, existe una obligación de su parte de potenciar su progresividad, es decir, de ir creando mayores garantías normativas para su optimización. En consecuencia, si la Asamblea Legislativa suprime o debilita un derecho fundamental establecido en la jurisprudencia constitucional se estaría transgrediendo el sistema político y, por tanto, modificando una cláusula pétrea, lo que conllevaría la violación del art. 248 inc. 4° Cn<sup>122</sup>».*

### 3.4. Las parejas del mismo sexo deben tener una regulación aparte

Los argumentos bajo el estilo de «separados pero iguales» son discriminatorios por cuanto degradan a las parejas del mismo sexo, ya que al no reconocer su inherente igual valor en dignidad que las parejas heterosexuales, los colocan en una posición de inferioridad, como si se tratasen de ciudadanos de segunda clase. Sin dejar a un lado que la discriminación no podrá ser erradicada, por medio de medidas menos discriminatorias.

Al respecto, la OC-24 de la Corte IDH respalda lo indicado: «*crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación<sup>123</sup>*». De tal manera que estas medidas segregacionistas, al ir en contra de la dignidad humana, se vuelven insostenible jurídicamente en un Estado signatario de la CADH.

No debemos olvidar que en la historia se han presentado numerosos ejemplos donde uno tras otros, nos ha evidenciado de lo pernicioso, dañina y perjudicial que es para el ser humano vivir en ambientes donde reine la segregación: «*afroamericanos fueron negados de su derecho de casarse con la finalidad de denegarles su humanidad total. Los asiático americanos se enfrentaron a la discriminación matrimonial. En las infames leyes de Nuremberg que empujaron a los judíos afuera de su estatus de ciudadanos y ultimadamente de su calidad de persona, la restricción en acceder al matrimonio civil, jugó un papel central<sup>124</sup>*».

El caso simbólico e histórico al respecto fue conocido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en la decisión en la cual se rechazó la segregación racial en las escuelas, indicando lo siguiente: «*La segregación de los niños blancos y de color en las escuelas públicas tiene un efecto perjudicial sobre los niños de color. El impacto es mayor cuando se tiene la sanción de la ley, por la política de*

122. CSJ de El Salvador. Sala de los Constitucional. Sentencia No. 7-2012.

123. CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. párr. 224.

124. Wolfson, E. (2005) *Why marriage matters*. America, Equality, and Gay People's Right to Marry. New York, USA: Simon & Schuster Paperbacks, p. 167.

*separación de las razas se interpreta generalmente como denotando la inferioridad del grupo Negro... Cualquier idioma en contrario a este hallazgo es rechazada. Llegamos a la conclusión de que en el campo de la educación pública de la doctrina de "separados pero iguales" no tiene lugar. Las instalaciones educativas separadas son inherentemente desiguales<sup>125</sup>» Esta decisión tuvo como cimiento la opinión disidente del Juez Harlan en el caso Plessy contra Ferguson<sup>126</sup> (1896), en la cual consideró que la segregación de trenes para negro, tenía como fin hacer sentir inferior a los negros, degradándolos e impidiéndoles que se sienten en los lugares de los ciudadanos blancos.*

La única solución viable jurídicamente es la señalada por la Corte IDH: «... el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales<sup>127</sup>». De lo contrario, caemos en una contradicción: «Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste<sup>128</sup>».

La creatividad para nombrar a las figuras que tienen como fin segregar a parejas del mismo sexo son variadas: uniones civiles, parterinato, uniones de personas del mismo sexo, pax, entre otros. En cualquier caso, esas soluciones terminan siendo más peligrosas que la enfermedad, pues terminan deshumanizando a las parejas del mismo sexo de una manera absurda, pues conlleva el gasto de tiempo, recursos, energías, discusiones y eventualmente dinero en la creación de cuerpos normativos que ya se ha probado que no solucionan el problema, lo agravan<sup>129</sup>.

125. SCOTUS. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

126. SCOTUS Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

127. CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. párr. 228.

128. CSJ de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. 214-16.

129. El Reino de Holanda fue el primer país en establecerlas en 1989 y el primero en retirarlas en el año 2001. Han seguido su ejemplo: Bélgica (2003), Noruega (2009), Suecia (2009), Dinamarca (2012), Nueva Zelanda (2013), Francia (2013), Gran Bretaña (2013), Luxemburgo (2014), varios Estados de los EUA (2015), Alemania (2017). El embajador del Reino de los Países Bajos en Costa Rica, el señor Peter Derrek Hof en el discurso inaugural del Primer Congreso de Matrimonio Civil hizo referencia a la inexistencia de efectos negativos en la sociedad holandesa desde la aprobación del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, donde desde 1989 existe la discusión de esta posibilidad que terminó de concretarse en el mes de abril del 2001. Hof, P. (9 de

Primero que nada, el término unión civil, ni siquiera tiene un verbo termina siendo sumamente complejo de utilizar en la vida real: «*vengo con mi... mi... unión civil*» simplemente no se siente bien, no parece ser la unión verdadera que implica y significa el matrimonio civil. De cierta forma, desde el nombre mismo, trae un sello de inferioridad que afecta en el subconsciente de las parejas. Eso es injusto y no debe ocurrir, pues los Estados están obligados a tomar medidas que potencien y solidifiquen las relaciones de pareja, no que las denigren.

Continuando por el hecho que, al hablar de uniones civiles, el mensaje que se transmite es que es una connotación de una mera tolerancia hacia las parejas del mismo sexo, muy diferente al sello de aprobación que el matrimonio civil implica<sup>130</sup>. Esto no es una mera superficialidad de una palabra, pues golpea directamente en la dignidad de las personas, siendo imposible alcanzar una igualdad con una palabra, que simplemente da menos.

Asimismo, no podemos perder de vista que la regulación de uniones civiles, siempre son tendientes a resolver algunas necesidades de las personas del mismo sexo, pero dejan varios aspectos de por fuera, como es el caso de la adopción, paternidad/maternidad conjunta y otra serie de derechos que solamente se pueden conseguir por medio del acceso al matrimonio civil. Es decir, que se trata de figuras que únicamente agravan la discriminación y que generan, muy en el fondo de los corazones de las personas, un sentimiento de no valía, de no ser suficientes.

Además, que al crear figuras «especiales», exponen a las parejas del mismo sexo de una manera innecesaria, lo cual puede representar problemas, sobre todo cuando se está frente a situaciones vulnerables, como al estar frente una situación vida o muerte en un hospital, donde el «esposo» debe ser quien tome la decisión final; (ii) preguntas en una entrevista de trabajo o en el trabajo, donde termine «exponiendo» la orientación sexual; (iii) al momento de tener que probar el daño moral, como «unión civilista», y un sinfín de situaciones, que van desde la simple pregunta: *¿Estas casado?* Lo cual obligará a las personas a decir que están bajo una figura diferente, exponiéndose frente a los demás; o a responder con una mentira.

Resulta curioso, que la creación de estas figuras «separadas», también pueden generar discriminación inesperada, como ocurrió en el Reino Unido cuando una pareja heterosexual demandaba acceder a la regulación de la unión civil, exclusiva para homosexuales, a raíz de su oposición ideológica a la figura del matrimonio civil pero que tenían una necesidad de regular su relación

---

noviembre de 2017). Discurso inaugural del I Congreso de Matrimonio Civil Igualitario. San José, Costa Rica.

130. Wolfson, E. (2005) *Why marriage matters*. America, Equality, and Gay People's Right to Marry. New York, USA: Simon & Schuster Paperbacks, p. 134.

comprometida y de largo plazo. El caso terminó sin una respuesta favorable para los aplicantes, pero deja en evidencia una situación muy particular<sup>131</sup>.

También en esta línea de argumentos, se encuentran los que indican que es necesario esperar, motivando a llevar una línea progresiva de avance de derechos, sin presionar demasiado para que la sociedad se vaya adaptando, poco a poco, a vivir con la diversidad sexual. Este tipo de argumentos, que denotan una cordialidad en el aire homofóbico en el cual transitan, únicamente me hacen recordar a Martin Luther King, cuando dijo: «Llevo años escuchando la palabra “¡Espera!”. Esa palabra resuena en los oídos de cada negro con una lacerante familiaridad. Pero ese “¡Espera!” ha significado casi siempre “¡Nunca!” ... Quizá resulte fácil, para aquellos que nunca han sufrido las penetrantes heridas de la segregación, decir “¡Espera!”<sup>132</sup>».

Otros casos que se presentan, ante la apertura de figuras diferentes, son las posturas que abogan que los homosexuales no necesitan siquiera una relación, pues no toda relación merece tener efectos jurídicos<sup>133</sup>: «los homosexuales, si realmente quisieran protegerse, podrían ir donde un asesor legal para que les ayude a regular todas sus relaciones civiles, pudiendo firmar toda serie de contratos en las que regulen aspectos tan variados como: ingresos, propiedades, herencia...». Estos argumentos son aún más injustos que los anteriores, pues ni siquiera se reconoce el estatus de pareja, reduciendo todo a un simple *affaire* sexual. Lo cual los hace manifiestamente ilegales.

Sin dejar a un lado que estas posiciones ignoran toda la complejidad detrás que implica tener que ir donde un notario para concretar decenas de contratos que sin importar que se elaboren cientos de páginas de regulaciones entre «la feliz pareja» de igual manera se quedarán por fuera decenas de aspectos, por no ser materia disponible<sup>134</sup>.

Además, existe otro factor sumamente crítico: acceder a un abogado no es algo gratuito, y la redacción de variados contratos para regular solamente algunos aspectos civiles, puede llegar a ser muy oneroso dejando por fuera a personas de escasos recursos. La protección jurídica de una pareja, no debe estar

131. Royal Courts of Justice of the United Kingdom, Court of Appeal Civil Division Judgments, *Steinfeld & Keidan v. Secretary of State for Education*. C1/2016/0713. Extraído de: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/02/steinfeld-and-keidan-v-secretary-of-state-for-education-20170221.pdf>

132. King Jr., M. (3 de abril de 1968). Carta desde la cárcel de Birmingham. Extraído de: <http://wpd.ugr.es/~diegoch/?p=312>.

133. Como por ejemplo los votos salvados del magistrado Castillo en: CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, No. 6058-2015. También utilizado en: CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional No. 12703-2014; y CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional No. 13800-2011.

134. Un ejemplo de esto es el privilegio de confidencialidad que tienen los cónyuges en su relación, al punto que ni siquiera un juez penal puede introducirse.

sujeta al estatus económico de alguien. Eso es injusto para las personas que no tienen los fondos para hacer frente a los altos costos que ello puede implicar.

Todas las personas, sin importar orientación sexual, tienen sueños, anhelos, ilusiones de lograr una unión complementaria con otra persona, al punto que puedan llegar a tener un reconocimiento legal y social de dicha unión; y esa unión complementaria no se llama unión civil, ni tampoco parterinato (ni cualquier otro nombre de algún «ornitorrinco jurídico» que quieran inventar), esa regulación se llama matrimonio civil. Aplicarle a la población LGBTIQ otra regulación, que no sea la que ya está contenida en las normas impugnadas del Código de Familia, es un argumento del tipo de «separados pero iguales», que lejos de contribuir en erradicar estigmas, los profundiza y genera divisiones aún mayores. La población LGBTIQ tiene el derecho que se le apliquen las mismas regulaciones que ya existen en los Estados para las relaciones de parejas adultas en aspectos amorosos y con intención de formar familia.

### 3.5. El supuesto «estilo de vida» perjudicial de las personas de la diversidad sexual

Ser homosexual no conlleva peligro alguno. Nadie se enferma por ser homosexual. El peligro surge con las acciones a las que se ven obligadas tomar, cuando la sociedad excluye al extremo que la diversidad sexual es empujada a la clandestinidad, por lo que toman decisiones que le resultan perjudiciales. Es por ello, que resulta imperioso abrir las puertas de la inclusión a las personas de la diversidad sexual, con el fin de cerrar los espacios de vulnerabilidad.

Es decir, de ninguna manera se niega que en el pasado se vivió una pandemia mundial con la crisis del VIH/SIDA, sino que se contextualiza que ello ocurrió en determinado momento histórico, lo cual responde a las circunstancias sociales en las que se vivió aquel momento, pues no debemos olvidar que el estado de derechos de las personas LGBTIQ se encontraban en el primer nivel de la pirámide de Maslow, apuntando a una supervivencia, frente a un Estado que no respondía ante esas necesidades. De igual forma, la inclusión de las personas LGBTIQ, está lejos de ser completa, por lo que se deben profundizar los esfuerzos y las acciones para reducir los estigmas que empujan a que alguien discrimine.

La Asociación Mundial de Psiquiatría<sup>135</sup> ha sido enfática en reconocer que una vez se deja de tratar a las personas LGBTIQ como personas de segunda categoría, los niveles de problemas relacionados con depresión y otros males se reducen de forma significativa. Es por ello que es recomendable, desde una

135. WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction, and Behaviours. (s.f.). Extraído de: [http://www.wpanet.org/detail.php?section\\_id=7&content\\_id=1807](http://www.wpanet.org/detail.php?section_id=7&content_id=1807).

perspectiva médica, tratar a las personas con respeto, bajo el marco de igualdad, sin restarles su calidad de persona humana.

Tal y como explica Corvino: «Cuando se habla de “estilos de vida homosexuales” de alguna manera se estigmatiza a las personas homosexuales, hace sonar la vida exótica, foránea, tenebrosa... de ninguna manera se habla de “estilo de vida de heterosexuales”... en suma el uso de lenguaje atendiendo la orientación sexual de una persona, deshumaniza al individuo pues hace ver a las personas como si lo único que tienen en mente es sexo<sup>136</sup>».

En la misma línea, Vargas Llosa, el erudito peruano-español, refuta que ocurra una degeneración sexual por medio de la promoción de un estilo de vida tan respetable como el heterosexual, dice el Nobel: «Las apocalípticas profecías de que, si se permiten parejas homosexuales, la degeneración sexual cundirá por doquier ¿dónde ha ocurrido? Por el contrario, la libertad sexual, como la libertad política y la libertad cultural, garantiza esa paz que sólo resulta de la convivencia pacífica entre ideas, valores y costumbres diferentes. No hay nada que exacerbe tanto la vida sexual y llegue a descarriarla a extremos a veces vertiginosos como la represión y negación del sexo. Sacudida como está por los casos de pedofilia que la han afectado en casi todo el mundo, la Iglesia católica debería comprenderlo mejor que nadie y actuar en consecuencia frente a este asunto, es decir, de manera más moderna y tolerante<sup>137</sup>».

Otro aspecto a denotar, es que este tipo de valoraciones, caen dentro de la discursiva peligrosa (capítulo VIII), por cuanto pretenden generar una peligrosidad inexistente a un grupo minoritario, el cual es constantemente afectado por actos de discriminación. De esta manera, los discursos que indican que las personas homosexuales están proclives a enfermedades de transmisión sexual, que están infectadas, dan una errada e indigna sensación de tratarse de un grupo de personas contaminadas, sucias, asquerosas; por lo cual se refuerzan estigmas y se justifican las acciones discriminatorias. Es por ello por lo que debe rechazarse estas medias verdades, con mentiras completas.

### 3.6. La supuesta modificación a una milenaria institución

Los argumentos de este tipo parten de un hecho falso: que el matrimonio civil ha sido una institución pétrea, inmodificable e inmutable desde su instauración. Sin embargo, la historia demuestra que se trata de una institución, que, al ser fundamental para las sociedades, se ha ido adaptando<sup>138</sup> a las necesidades de los tiempos, lugares y circunstancias ha ido evolucionando a lo largo del tiempo.

136. Corvino, J. (2013) «What's wrong with homosexuality?» United Kingdom, Oxford University Press. P. 14

137. Vargas, M. (26 de junio de 2005). El matrimonio gay. *El País*, Extraído de: [http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html)

138. SCOTUS, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015), pág. 6 y 7.

Nada más basta pensar las épocas cuando los matrimonios civiles interracialmente eran prohibidos, o cuando las mujeres eran utilizadas como una mercancía para formar matrimonios por conveniencia<sup>139</sup>, la negativa a que las parejas judío – alemanas tuvieran reconocimiento legal, o incluso las posturas clasistas que, sin tener un fundamento legal, han llevado uno social, el cual sigue siendo injustificado. De igual manera, resulta importante recordar el conflicto matrimonial de Enrique VIII y todas las discusiones que han existido acerca de la legalidad del divorcio a nivel mundial (alucinante es que hasta el año 2004 fue posible divorciarse en Chile). Incluso, en los últimos dos años, se ha visto un fuerte movimiento para prohibir el matrimonio infantil, para evitar situaciones que ocurren cuando una niña de 10-12 años debe casarse.

Es decir que, si algo se desprende de tan importante institución, es su carácter cambiante con el paso del tiempo. Por lo que lejos de tratarse de una figura estática, ha sido una en constante cambio donde se han llevado fuertes pugnas en las que se ha otorgado el carácter de iguales entre los cónyuges y como consecuencia de esa igualdad se ha empujado a que exista un factor de respeto, libre albedrío y no coerción en esta vital decisión. En este sentido, el matrimonio civil viene determinado más que por sus contrayentes, por el hecho que se trata de dos personas adultas, quienes, en el pleno uso de sus facultades, han decidido que la mejor decisión es la de compartir tiempo juntas en un plano romántico, amoroso, decidido y comprometido.

Magistrados de otras jurisdicciones, ponen en relieve este derecho de contraer matrimonio civil: *«El derecho a casarse es fundamental como una cuestión de historia y tradición, pero los derechos no provienen de fuentes antiguas por sí solos. Se levantan, también, de una comprensión mejor informada sobre la imperativos constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en nuestra propia época. Muchos de los que consideren el matrimonio civil del mismo sexo sea malo llegar a esa conclusión basándose en premisas religiosas o filosóficas dignas y honorables, y ni ellos ni sus creencias están aquí menospreciado. Pero cuando esa, oposición personal sincera se convierte en una ley promulgada y en política pública, la consecuencia necesaria es auditar el visto bueno del propio Estado para evitar una exclusión que puede degradar o estigmatizar a aquellos cuya libertad se limita. Según la Constitución, las parejas del mismo sexo en el matrimonio civil buscan el mismo tratamiento legal que las parejas de*

139. Sobre los matrimonios civiles arreglados, de alguna u otra forma la sentencia: CSJ de El Salvador. Sala de lo Constitucional. Sentencia No. 16-2005, resulta interesante resaltar pues dicha sentencia erradicó la práctica –declarando inconstitucional el artículo 1059 del Código Civil– de prohibir que un heredero/legatario contrajera matrimonio civil con determinada persona. Esta Sala indicó: *«la determinación de formar una familia no puede ser objeto de intromisiones indebidas en la esfera de la libertad de un individuo por parte de ninguna otra persona, tanto respecto a la persona con quien se resuelva darle origen como respecto a la modalidad que la pareja decida utilizar para el efecto, pues sólo a los interesados en constituir esa nueva familia les corresponde la determinación de contraer matrimonio civil o abstenerse de ello y optar por la mera convivencia (...)».*

*distinto sexo, y sería menospreciar a sus opciones y disminuir su personalidad negarles este derecho*<sup>140</sup>».

Toda sociedad está obligada a evolucionar para facilitar que sus miembros puedan gozar o tener acceso a la posibilidad de ejercer los derechos, como se ha hecho énfasis, las épocas de las segregaciones ya han sido superadas.

Ahora bien, esto de ninguna manera puede ser interpretado como una invitación para abrir las puertas a que se configuren otras ideas de relaciones diferentes al binomio de personas adultas que configuran una pareja<sup>141</sup>. Por lo que cabe hacer énfasis que la premisa que se plantea es el matrimonio civil entre personas adultas del mismo sexo, partimos que se trata de personas que en el ejercicio de su libre albedrío y libertad de decisión, de forma autónoma, sin presiones, consciente, de manera libre y espontánea decide de manera conjunta formar una relación amorosa y con compromiso a largo plazo.

Como indicaron los jueces que firmaron el voto mayoritario en Obergefell contra Hodges: «*Lejos de tratar de devaluar el matrimonio civil, los peticionarios buscan por sí mismos debido a su respeto y necesidad por sus privilegios y responsabilidades. Y su naturaleza inmutable dicta que el matrimonio civil entre personas del mismo sexo es su único camino real a este profundo compromiso*<sup>142</sup>». Esta cita jurisprudencial resulta ilustrativa y puede servir para llenar los vacíos jurisprudenciales de diferentes jurisdicciones pues se trata de una argumentación que está redactada con valores universales de amor y respeto al prójimo.

En este sentido, tal y como expliqué en hace unos años en una columna de opinión para plantear un punto de vista alternativo e inclusivo a los conceptos tradicionales que se han propugnado sobre los derechos de los grupos minoritarios: «*Las verdaderas amenazas al matrimonio civil no se encuentran en el reconocimiento de derechos a grupos minoritarios, ni tampoco en permitir a que otro ser humano cuente con ceremonia digna para hacer una promesa de amor, y que ella cuente con reconocimiento legal. La amenaza se encuentra en la falta de honestidad, en la infidelidad, en la doble moral, en falta de compromiso de los cónyuges, y eso nada tiene que ver con la orientación sexual de otros grupos*<sup>143</sup>».

Negar el fundamental derecho a obtener un reconocimiento legal a una promesa de amor, justificada en la orientación sexual, es segregar a un sector de la población y convertirlas en ciudadanos de segunda categoría, lo cual es contrario a derecho.

140. SCOTUS, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015)

141. Corvino, J. (2013) «What's wrong with homosexuality?» United Kingdom, Oxford University Press, p.127

142. SCOTUS, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015)

143. Duarte, H. (22 de junio 2014) ¿Tolerancia/Caridad u obligación legal? El respeto al derecho de las minorías. *El Diario de Hoy*, Extraído de: <https://www.elsalvador.com/opinion/editoriales/129793/toleranciacaridad-u-obligacion-legal-el-derecho-de-las-minorias/>

### 3.7. Supuesta violación al fin último del matrimonio civil: la procreación

Todas las personas, con o sin capacidad para tener hijos, merecen respeto y tienen el derecho a formar una familia y a que su familia sea protegida legalmente por medio de las instituciones civiles que han sido configuradas. El matrimonio no se configura por la capacidad de procreación, sino por el compromiso de vivir una vida amorosa en pareja entre las personas adultas que lo conforman, por lo que es igualmente válido un matrimonio que no tenga hijos a uno que tenga 12. Enfrascar la discusión dentro del elemento de procreación, resulta, por ende, ilegítimo.

No es un requisito que una pareja sea fértil para poder contraer matrimonio civil, deberían existir causales de divorcio por factores de esterilidad o causas similares que impidan a una pareja tener hijos. Sobre este aspecto tan delicado, traigo lo dicho por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica: *«Sigue existiendo un acervo de pensamiento teológico que sostiene que el propósito básico de la relación sexual es la procreación y, por esta razón, también proscribire la contracepción. Existe asimismo un acervo igualmente importante de pensamiento teológico que ya no comparte esta opinión. Las actitudes de la sociedad hacia la contracepción y los matrimonios civiles que eligen no tener hijos están cambiando. Es inevitable que estas actitudes cambiantes produzcan un cambio en las actitudes hacia la homosexualidad<sup>144</sup>».*

Discriminar debido a no poder procrear, más que una justificante objetiva, trae de las sombras del infierno a Himmler, uno de los más peligrosos personajes de la Alemania Nazi, que justificó la persecución de homosexuales bajo la misma premisa de su incapacidad de reproducción: *«Me gustaría desarrollar un par de ideas para ti sobre la cuestión de la homosexualidad. Hay homosexuales que opinan: lo que hago es asunto mío, un asunto puramente privado. Sin embargo, todas las cosas que tienen lugar en la esfera sexual no son asunto privado del individuo, sino que significan la vida y la muerte de la nación, significan el poder mundial<sup>145</sup>...».*

En todo caso, conviene resaltar la fragilidad lógica del argumento, pues se quiebra al analizar a las parejas conformadas por lesbianas, quienes sí tienen la capacidad de reproducción que reprochan. Pero la falta de seriedad en el razonamiento falaz analizado no es el punto, sino en lo inhumano que significa negar el amor de dos personas adultas por el mero hecho de tener o no una cualidad reproductiva. El amor va más allá que eso, y el derecho en el esquema del sistema interamericano, protege a las personas que no tienen esa capacidad reproductiva, por ende, este argumento es ilegal también.

144. Tribunal Constitucional de Sudafrica, Sentencia de 1995, Caso de S. c. H., párrafo 125A-B y Sentencia de 9 de octubre de 1998, National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, párrafo 38 (original en inglés, traducción libre).

145. Austin, B. (s.f.). Homosexuals and the Holocaust: Background and Overview. Extraído de: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/background-and-overview-of-homosexuals-in-the-holocaust>

### 3.8. El supuesto riesgo de extinción de la humanidad

La humanidad no se encuentra en riesgo por el hecho que personas del mismo sexo se puedan casar civilmente, ya que de ninguna manera significa que las personas heterosexuales tendrán prohibido casarse civilmente o que se les extienda un mandato a no tener hijos. Las parejas heterosexuales, podrán continuar sus vidas, exactamente como las llevan. Es importante recordar que permitir el goce de un derecho a una pareja homosexual no significa un privilegio, ni tampoco que alguien más perderá un derecho. Por ello es por lo que no existe riesgo de extinción alguna.

Este tipo de argumentos falaces vienen planteados por personas de la derecha alternativa de América Latina: «*si el porcentaje de homosexuales en lugar de ser insignificante fuese masivo, la humanidad correría riesgo grave de extinguirse*<sup>146</sup>». Incluso, llegando al vergonzoso incidente de estar incluidos en votos salvados en sentencias de Sala Constitucional de Costa Rica<sup>147</sup>.

El voto salvado en referencia, el cual se centra en la función de la reproducción de las parejas heterosexuales, utilizando un anticuado, deficiente, vulgar y explícito análisis, deja por fuera el hecho que una persona heterosexual sea estéril, su matrimonio civil no deja de ser válido, ni tampoco se le prohíbe casarse. Razón por la cual el argumento de «preservación de la especie» en palabras del Magistrado Fernando Castillo, no es una razón para sustentar tal postura.

En todo caso, no puede obviarse que las parejas homosexuales tienen diversos mecanismos para cumplir con el cometido soslayado por el Magistrado Castillo, dentro de las cuales se encuentra la opción de recurrir un tratamiento de fecundación in vitro<sup>148</sup>.

### 3.9. Supuesto que la población LGBTIQ no tiene interés en casar

Las Constituciones latinoamericanas, tienen una concepción humanista, en la cual reconocen a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado e impone una obligación al Estado de asegurar a todos sus habitantes tengan una vida libre de discriminación. Por ejemplo, el primer artículo de la Constitución de El Salvador, comienza reconociendo a la «*persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado*» y sigue, en su inciso final, imponiendo una obligación al Estado de asegurar a todos sus habitantes «*el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social*».

146. Laje, A. Y Márquez, N. (2016). *El libro Negro de la Nueva Izquierda. Ideología de Género o Subversión Cultural*. Argentina: Centro de Estudios Libre, P. 186-187.

147. CSJ de Costa Rica, Sentencia 6058-2015, Voto Salvado de Magistrado Fernando Castillo V.

148. CORTE IDH. Sentencia Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») Vs. Costa Rica (2012).

De dicho artículo se desprenden dos conceptos: El Estado se debe para todos, es decir, para la suma íntegra de sus partes, de tal manera que su actuar no se debe de forma exclusiva para un sector específico, y, como además se trata de un Estado Democrático de Derecho, tiene la obligación de velar por los derechos de todos los grupos minoritarios que componen a la sociedad.

Así como también la obligación del Estado en velar en que el conjunto que forma a la sociedad –de forma íntegra, no fraccionada–, tenga la posibilidad de gozar los derechos, siendo el individuo quien debe decidir ejercitar sus derechos o no. Por lo que la obligación del Estado deviene en garantizar que todos tengan esa posibilidad de ejercer un derecho, no la de intentar conocer las preferencias de todos sus habitantes. Idéntica conclusión es a la que se llega tras analizar el artículo 33 de la Constitución de Costa Rica.

De tal manera que cualquier especulación sobre los intereses de un grupo o no de casarse, son solamente eso: especulaciones. Independientemente si existen grupos homosexuales que no tengan intereses en casarse civilmente, lo cierto es que en un estado democrático debe existir la posibilidad o la opción para que una persona pueda ejercer tal derecho<sup>149</sup>.

Los Estados dentro del sistema interamericano, tras la OC-24, tienen la obligación de permitir el acceso a sus instituciones reguladoras de la familia a toda su población, sin discriminar por razón de su orientación sexual, ya que se encuentra sujeta al cumplimiento de sus obligaciones internacionales emanadas del artículo 2 de la Convención Americana tal y como ocurre con la regulación actual del Código de Familia.

### 3.10. Supuesta violación a la libertad religiosa

Sobre este aspecto es necesario hacer dos aclaraciones: el matrimonio civil es diferente al religioso, ningún sacerdote/pastor será obligado a cumplir las leyes del matrimonio civil (no religioso), por lo que no se afecta en nada a la libertad de religión: una persona que quiera casarse por las reglas de determinada Iglesia, deberá cumplir con los requisitos<sup>150</sup> que impone tal religión. Mientras que lo segundo, es que la libertad religiosa es algo personal, que está ligado con las creencias y convicciones más profundas de una persona, lo cual significa que no es posible imponer mis propias convicciones personales, a fin de que otras personas, vivan de conformidad a mis creencias<sup>151</sup>.

149. Jonathan Herring (2017). *Family Law*. London, United Kingdom: Pearson. P. 103

150. A manera de ejemplo, la Iglesia Presbiteriana de EE. UU. y la Iglesia Luterana de Suecia son dos religiones que aceptan el matrimonio civil gay.

151. Corvino, J. y Gallagher M. (2012). *Debating Same-Sex Marriage*, USA: Oxford University Press, p. 88.

Sobre ese último punto, es donde existen confusiones, pues algunas de las personas conservadores consideran que se viola su libertad religiosa, cuando presencian a parejas del mismo sexo por cuanto según sus creencias se trata de relaciones moralmente reprochables. Pero en realidad, en nada se les afecta su creencia, por cuanto ellos podrán continuar creyendo lo que quieran. Lo que sucede es que, en un Estado constitucional de derecho, es el espacio para que todas las personas puedan coexistir. La imposición ocurre cuando impedimos que parejas del mismo sexo, puedan visualizar, bajo la excusa de ir en contra de preceptos de alguna religión.

En palabras de la Corte IDH: «*El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan...tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso*<sup>152</sup>». Lo cual calza en completa armonía con lo que decidió SCOTUS en el año 2015: «*Por último, hay que subrayar que las religiones, y aquellos que se adhieren a las doctrinas religiosas, pueden continuar abogando con la máxima convicción, sincera que, por preceptos divinos, el matrimonio civil del mismo sexo no debe ser tolerada...La Constitución, sin embargo, no permite al Estado de prohibir las parejas del mismo sexo del matrimonio civil en las mismas condiciones que se conceden a las parejas del sexo opuesto*<sup>153</sup>».

Estas conclusiones de años recientes, están lejos de ser nuevas, tal y como consta en el voto salvado del Magistrado Vargas Benavides de la Sala Constitucional de Costa Rica, en el caso del año 2006 en el que se rechazó la primera pretensión por matrimonio civil igualitario, planteada por el Dr. Yashín Castrillo, el cual conviene a traer a la luz, por cuanto antes del 15 de agosto del 2018 ese ente colegiado resolverá<sup>154</sup> si Costa Rica será el primer país de América Central<sup>155</sup> con el matrimonio civil igualitario. El voto salvado en referencia indicó:

«*Considero indispensable tomar como punto de partida la diferencia que existe entre el matrimonio desde la óptica religiosa y el matrimonio como acto jurídico reconocido por el Estado como institución base de la familia. No hay duda de la influencia*

152. CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

153. SCOTUS, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015)

154. Un análisis interesante sobre las reacciones adversas (*backlash*) que ocurre por la obtención de derechos por medio del litigio estratégico presenta Wilson, B. y Gianella, C. (2018). Overcoming the limits of legal opportunity structures: LGBT rights forking paths in Costa Rica and Colombia. Latin American Politics and Society. Extraído de: <https://www.cmi.no/publications/6426-overcoming-the-limits-of-legal-opportunity>

155. Importante rescatar que la lucha social en Costa Rica ha tenido grandes involucrados como el Frente por los Derechos Igualitarios (FDI), Asociación Ciudadana ACCEDER, Movimiento Diversidad Costa Rica, Colectivo Diversidad 9 de Enero, Proyecto Somos Más, Beso Diverso, CIPAC entre muchas otras más organizaciones. Por lo que se trata de una lucha colectiva, con diferentes estrellas que han empujado esta pelea y que todos sus aportes son importantes y valiosos.

*histórica que el cristianismo, sin perder de vista sus raíces enclavadas en el judaísmo, ha tenido en el mundo occidental y especialmente la Iglesia Católica en el desarrollo de la sociedad costarricense e... también el Estado costarricense ha debido legislar, para responder democráticamente a aquellas personas que por razones de fe, o bien por haberlo decidido así en ejercicio de su libertad, requieren el reconocimiento de una unión absolutamente laica y de sus efectos en lo civil. El matrimonio civil ha sido diseñado para esas personas, aún a sabiendas de que éste no es reconocido por la Iglesia. Por otra parte, el divorcio como medio para cesar los efectos civiles del matrimonio es contrario al sacramento instituido por la Iglesia desde sus orígenes... Sin embargo, el hecho de que el Estado tenga que respetar las normas religiosas, no significa que deba adoptarlas como suyas al promulgar las leyes... No basta con que la minoría homosexual ya no sea perseguida explícitamente para considerar que no es objeto de discriminación. Además, los ordenamientos jurídicos deben evolucionar y responder a las necesidades y realidades actuales, adecuándose a los principios más elementales que protegen al ser humano en su condición de tal.... No basta señalar que “la sociología”, “la mayoría de los antropólogos” o “la religión” han prohibido este tipo de uniones en matrimonio, no sólo por la vaguedad e imprecisión de dichas fuentes, sino porque una interpretación progresiva de nuestra Constitución y de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Costa Rica, no permiten excluir a la minoría homosexual de este instituto.... Asimismo, rechazó categóricamente que las relaciones homosexuales sean actos inmorales o contrarios a las buenas costumbres, pues ello no sólo sería reforzar sentimientos homofóbicos contra las parejas homosexuales, sino que además sería negar su dignidad como personas. La negación de la diversidad es el principio de la intolerancia, y la intolerancia es la forma más acabada de negación de la dignidad de las personas.... En todo caso, estimo que debe otorgarse la posibilidad a las parejas homosexuales de decidir si desean vivir bajo la institución del matrimonio, o si por el contrario desean continuar su soltería o vivir en un régimen de unión de hecho, en cuyo caso también debe otorgarse reconocimiento después de una convivencia de tres años, tal como sucede en el caso de las parejas heterosexuales<sup>156</sup>».*

La importancia de lo anterior, radica en saber distinguir del ámbito religioso del secular, a fin de comprender que sí bien es cierto que pueden existir posturas religiosas<sup>157</sup> o hasta seculares que recriminan que personas del mismo sexo puedan casarse civilmente, esto no es suficiente para justificar que el Estado

156. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, No. 7262-2006, voto salvador Magistrado Vargas Benavides.

157. Con relación a las posturas bíblicas anti homosexuales, el doctor Alfonso Ropero da una visión completamente diferente a las clásicas posiciones de odio y condena. Ver: Ropero, A. (2013). Gran Diccionario Enciclopédico De La Biblia. Madrid, España: CLIE, p.1199-1202. De igual manera: Wolfson, E. (2005) *Why marriage matters*. America, Equality, and Gay People's Right to Marry. New York, USA: Simon & Schuster Paperbacks, p. 120, 131 y 134. Arlettaz, F. (2015). *Matrimonio Homosexual y Secularización*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 128.

prohíba el ejercicio de libertades fundamentales a parejas amorosas, comprometidas y con la firme convicción de hacer vida en familia.

Han transcurrido 12 años desde aquel 23 de mayo del 2006 en el que se decidió rechazar la pretensión de romper los candados del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Esos 12 años no han sido en vano, están escritos con cientos de miles de momentos de discriminación de todo tipo, de rechazo injustificado de locales comerciales, de centros de trabajo, de espacios de entretenimiento, de beneficios en colegios profesionales, de protección de la seguridad social, incluso se ha rechazado recibir la sangre.

Doce años han transcurrido, para que en el 2018, nuevamente la Sala Constitucional de Costa Rica decida si las barreras homo/lesbofóbicas que impiden el trato igualitario a las parejas del mismo sexo deben seguir existiendo o si finalmente serán desvanecidas de un plumazo escrito con justicia.

El doce siempre se ha estado muy relacionado con el tiempo o la medición del mismos. Si nos fijamos en los relojes, el 12 siempre es el que marca las posiciones de las otras horas y es como el eje principal de las agujas del reloj. Si te fijas, también, el doce son los meses de una año y el día, que tiene 24 horas, cada una de ellas se divide en 5 bloques de 12 minutos cada uno has sumar los 60 minutos de una hora. Otras de las curiosidades que tiene el número 12 es que también se utiliza para medir cuerpos celestes. Como ya sabes, son doce los signos del zodiaco y también tiene mucha presencia en la biblia ya que aparece en varias ocasiones como es el caso de los 12 apóstoles, los doce frutos del Espíritu Santo así como las 12 veces que Jesús apareció una vez muerto entre otros.

## XI. DISCRIMINACIÓN FAMILIAR

Estrechamente relacionado con la discriminación matrimonial se encuentra la familiar, pues se trata de una derivación avanzada de la agravante, donde además de no permitir la unión entre personas del mismo sexo, se busca bloquear que puedan además tener hijos. Bloquear a que una persona, debido a su orientación sexual, no pueda tener hijos es algo degradante, humillante e ilegal.

Las personas que componen el espectro amplio de la diversidad sexual tienen derecho a conformar una familia, y a ser protegidos de intervenciones injustificadas por parte del Estado o particulares, de conformidad con la jurisprudencia dominante en el tema dentro del sistema interamericano.

### 1. ORIENTACIÓN SEXUAL, DIGNIDAD Y FAMILIA

Karen Átala Riffo es una jueza chilena lesbiana, madre de cuatro hijos (un niño y tres niñas) que decidió vivir con su pareja del mismo sexo en el año

2003. El Padre de los menores la demandó para obtener la custodia; caso que llegó hasta la CSJ de Chile, donde se le concedió la custodia al padre de las hijas, argumentando que la relación homosexual de Atala podría poner en riesgo a sus hijas.

«Humillación, ninguneo, sentir que eras reducido a una cosa, que se te quita tu dignidad, se te quita tu condición de persona, se te cosifica y se establece que eres una ciudadana de segunda categoría<sup>158</sup>...». es lo que sintió Karen Átala Riffo cuando el Estado Chileno consagró la lesbofobia con la sentencia de la CSJ de Chile que ratificó que no tenía derecho sobre la custodia de sus hijos. Es injusto que alguien pierda a las personas más preciadas para ellas solamente por ser lesbiana u homosexual.

El caso de la señora Átala Riffo se elevó a la jurisdicción más importante en materia de derecho humanos en Latinoamérica: la Corte IDH. La Corte dispuso que, en la determinación del interés superior del niño, 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. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos.

La Corte IDH, consideró violado, entre otros, el derecho a la igualdad y no discriminación, por cuanto la CSJ de Chile basó su decisión en la orientación sexual de la jueza Átala Riffo, categoría protegida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, cuestión que no logró superar el test de igualdad.

Nada de ello habría ocurrido, de existir el respeto hacia la diversidad sexual. Nada de ese martirio habría ocurrido, si la orientación sexual no fuera un motivo de discriminación. Posiblemente con esos antecedentes en mente (además de los casos Flor Freire contra Ecuador; Duque contra Colombia) es que se fraguó la Opinión Consultiva 24 ante la solicitud del Gobierno de Costa Rica<sup>159</sup>.

En enero del 2018, la Corte IDH notificó su opinión consultiva número 24 con relación a la Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. La OC-24 reconoció que la Convención protege el derecho a la

158. Duarte, H. (20 de Julio 2018). La jueza que sentenció la homo/lesbofobia: Karen Átala Riffo. *Hduarte Legal*. Extraído de: <https://hduartelegal.com/news/2018/7/20/una-jueza-que-sentenci-a-la-homolesbofobia-entrevista-con-karen-tala-riffo>

159. Empujada por su vicepresidenta Ana Helena Chacón y su equipo jurídico: Marvin Carvajal, Diego Fernández, Luis Salazar, Luis Jiménez entre otros funcionarios públicos. Las audiencias de la Opinión Consultiva 24 se celebraron los días 16 y 17 de mayo del 2017, en donde tuve la oportunidad de presentar argumentos frente la Corte IDH. El video de mi intervención puede ser visualizada en el sitio web de la Fundación Igualitxs: Duarte, H. (2017). Opinión Consultiva 24 Corte Interamericana Derechos Humanos. Fundación Igualitos(as), Extraído de: <https://www.fundacionigualitos.org/coidh-no24/>

identidad y la capacidad de auto determinarse y autogobernarse, estableció el derecho a definir la identidad sexual y de género, así como a tener documentación acorde a ella y consideró que la Convención protege el vínculo familiar entre personas del mismo sexo, con todos sus efectos patrimoniales y personales, y los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras legales ya existentes incluido el matrimonio.

Por ello, es de gran trascendencia el caso de la Corte IDH en el caso Átala Riffo contra Chile, pues marcó el inicio a los reconocimientos de las parejas homosexuales de sus derechos. Con esa decisión se revirtió la decisión de la CSJ de Chile ya que nadie puede ser sujeto al trato degradante que la señora Átala Riffo sufrió, dado que la orientación sexual es una categoría protegida bajo la CADH.

Todas las personas, al tener dignidad, tienen un valor igual dentro de la sociedad, siendo que la institución central de la sociedad es la familia, es imperioso que el concepto de tal angular institución sea uno incluyente, no uno excluyente y alejado de la realidad. Pues no podemos perder de vista que no existe un solo tipo de familia. La regla debe ser que donde hay amor, hay familia. El amor es una fuerza que atrae, incluye, acepta; no es una que rechaza, juzga y excluye. Por lo que cabe preguntarse ¿Qué tipo de sociedad es la que queremos formar? ¿Una que acepte? ¿Una que excluya?

En América Latina, existe una atomización de los núcleos familiares diversa, formadas bajo diversos moldes: mamá y papá, abuela y nietos; mamá soltera e hijos; papá soltero e hijos; tío y sobrinos; papá y papá e hijos; mamá y mamá e hijos. Hay que considerar que únicamente son titulares de llamarse «familia» con la protección que ello conlleva, es injusto para todas esas personas que con gran esfuerzo luchan por sacar adelante a sus familiares<sup>160</sup>. El derecho, que ha sido diseñado por y para el hombre, no puede dejar de regular las realidades sustentadas en prejuicios sobre el amor entre personas del mismo sexo. Esto ya ha sido señalado por la Corte IDH al establecer 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*<sup>161</sup>».

Lejos de ello, el concepto de vida familiar, no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio civil. Tal y como indicó en la OC-24: «*familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, pues como fue mencionado con anterioridad...la Convención no protege un modelo único o determinado de familia*<sup>162</sup>».

160. CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 24 de noviembre de 2017, párr. 272.

161. CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Párr. 142.

162. CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párrafo 179,189. En el mismo sentido TEDH, Caso Schalk y Kopf Vs. Austria, No. 30141/04.

En la misma línea que la Corte IDH, 12 años atrás, la Sala Constitucional de Costa Rica por medio del voto salvado del Magistrado Vargas Benavides, en el primer caso que rechazó el matrimonio civil entre personas de este, indicó: «El artículo 51 constitucional determina que la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección especial del Estado. De dicho artículo no se desprende cuál es la definición del concepto de familia de la cual se debe partir; sin embargo, en la actualidad ya no puede entenderse que se trata únicamente de la familia nuclear, compuesta por mamá, papá e hijos<sup>163</sup>».

Abrir la puerta a la justicia y permitir que personas del mismo sexo protejan sus relaciones de pareja por medio de la figura de matrimonio civil, sólo permitirá mejorar la situación de parejas que ya forman parte de una familia, por cuanto tienen lazos estables que deben ser protegidos por el derecho; y sobre todo, reduce los estigmas de los hijos de estas parejas homoparentales, que se sienten confundidos por no comprender por qué razón sus padres no cuentan con los mismos derechos que los demás, o porque sus carnets no cuentan con los apellidos con los que se siente identificada. Esto de ninguna manera significa atacar a la institución de la familia, todo lo contrario: «El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada<sup>164</sup>».

Algunos opositores a la igualdad, apelan a un inexisten riesgo a que ocurra una «destrucción» de la familia. Esto lejos de que pase, se trata de un alarmismo injustificado, tal y como ha explicado el pensador Mario Vargas Llosa: «Uno de los más utilizados ha sido el de que, con esta medida, se da un golpe de muerte a la familia. ¿Por qué? ¿De qué manera? ¿No podrán seguir casándose y teniendo hijos todas las parejas heterosexuales que quieran hacerlo? ¿Alguien, con motivo de esta nueva ley, va a forzar a alguien a no casarse o a casarse de manera distinta a la tradicional? Por el contrario, la ley, al permitir a las parejas gais contraer matrimonio civil y adoptar niños, va a inyectar una nueva vitalidad a una institución, la familia, que —¿alguien no lo ha advertido todavía?— padece desde hace ya un buen tiempo una profunda crisis en la sociedad occidental, al extremo de que, contabilizando el número de divorcios que crece cada año y la multiplicación de parejas de hecho que rehúsan resueltamente pasar por el altar o por el registro civil, hay quienes le auguran una obsolescencia irremediable. La paradoja es que, probablemente, sólo entre los homosexuales, que, como todas las minorías perseguidas desean ardientemente salir del gueto en que la sociedad los ha confinado, despierta la familia esa ilusión y ese respeto que, en un número muy grande de heterosexuales, sobre todo entre los jóvenes, parece haber perdido. Por eso, no

párr. 94, y TEDH, Caso Vallianatos y otros Vs. Grecia, Nos. 29381/09 y 32684/09. párr. 73.

163. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional, Sentencia No. 7262-2006.

164. CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. párr. 192.

*hay ninguna ironía en decir –yo lo creo firmemente– que es muy posible que, dentro de veinte o treinta años, las familias más estables las descubran las estadísticas entre los matrimonios civiles gay<sup>165</sup>».*

## 2. FAMILIAS HOMOPARENTALES CON HIJOS

La Corte IDH resaltó que las niñas y los niños no pueden ser discriminados debido a sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre<sup>166</sup>.

Los hijos de familias homoparentales, deben y tienen los mismos derechos que los hijos de familias heterosexuales, por lo que el interés superior del menor a tener dos padres o dos madres, prima por encima de los prejuicios de las personas que los oponen. La Corte IDH resaltó que el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. Igualmente, la Corte IDH ha indicado que, en la determinación del interés superior del niño, 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<sup>167</sup>.

Es por ello, que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, no es jurídicamente viable tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. Lo cual nos dice que existen realidades que no pueden desconocerse e ignorarse por no encajar con los moldes utópicos de grupos ultraconservadores y alejada a la realidad. Lo existente debe regularse, y no puede ignorarse, bajo un esquema de prejuicios que jurídicamente han sido superados.

### 2.1. Respaldo técnico-científico a favor de la crianza de las familias homoparentales

La investigación es clara y determinante: las familias homoparentales son igual de aptas que las parejas heterosexuales para la crianza de hijos, no

165. Vargas, M (2005). El Matrimonio civil Gay. *El País*, Extraído de: [http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html)

166. CORTE IDH. Sentencia Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. / 2012). Serie C No. 239. Párr. 151.

167. CORTE IDH. Sentencia Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. / 2012). Serie C No. 239. Párr. 110. En el mismo sentido, ver la entrevista que le realicé a la víctima del caso: Duarte, H. (20 de Julio 2018). La jueza que sentenció la homo/lesbofobia: Karen Átala Riffo. *Hduarte Legal*. Extraído de: <https://hduartelegal.com/news/2018/7/20/una-jueza-que-sentenci-a-la-homolesbofobia-entrevista-con-karen-tala-riffo>

existiendo algún reparo en el cual se pueda determinar que existe algún riesgo para los hijos<sup>168</sup>. Lo importante es que exista un hogar con amor, respeto, dedicación y guía lo cual es algo que puede ser cubierto por los diferentes tipos de familia que existen en una sociedad, incluyendo las familias homoparentales<sup>169</sup>. Los niños y niñas criados en hogares homoparentales reportan el mismo desempeño en aspectos de salud y bienestar que sus pares en familias heterosexuales<sup>170</sup>. Lo que existen, son prejuicios<sup>171</sup>, a raíz de los años de ataques por parte de grupos conservadores hacia personas LGBTIQ, que han logrado afectar la imagen colectiva de tal población.

Las investigaciones en la materia, son conclusivas, en señalar que las personas LGBTIQ son igual de capaces, despertando sus habilidades paternas y maternas<sup>172</sup>. En algunos casos incluso se ha reportado que las madres y padres homoparentales, demuestran un compromiso mucho mayor en dedicar tiempo de calidad con sus hijos<sup>173</sup>. En relación con la evidencia científica, Mónica Berrocal, la psicología costarricense experta en formación infantil

- 
168. APA on Children Raised by Gay and Lesbian Parents (2012). Extraído de: <http://www.apa.org/news/press/response/gay-parents.aspx>
169. Lesbian and Gay Parenting. (2005). Extraído de: <https://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf> En la misma línea: Perrin, E. y Siegel, B. (marzo de 2013). Promoting the Well-Being of Children Whose Parents Are Gay or Lesbian. *American Academy of Pediatrics*. 131(4). Extraído de: <http://pediatrics.aappublications.org/content/early/2013/03/18/peds.2013-0376>
170. Corvino, J. y Gallagher, M. (2012). *Debating Same-Sex Marriage, USA*: Oxford University Press, P. 47. Asimismo: Gold, M., Perrin, E., et al. (Septiembre de 1994). Children of Gay or Lesbian Parents. *American Academy of Pediatrics*. 15(9). Extraído de: [http://pedsinreview.aappublications.org/content/15/9/354?sso=1&sso\\_redirect\\_count=1&nfstatus=401&nfstatusdescription=ERROR%3a+No+local+token](http://pedsinreview.aappublications.org/content/15/9/354?sso=1&sso_redirect_count=1&nfstatus=401&nfstatusdescription=ERROR%3a+No+local+token)
171. Greenbaum, N. (2014). Scientific research: Deconstructing Myths about homoparental families. Extraído de: [http://www.familieslgbt.org/documents/pdf/CFH\\_MELS\\_Module\\_Mythes\\_ENG.pdf](http://www.familieslgbt.org/documents/pdf/CFH_MELS_Module_Mythes_ENG.pdf)
172. Montes, A., González, M., et al. (2016). Familias homoparentales, más visibles y mejor aceptadas: efectos del matrimonio en España. *Apuntes de Psicología*. 34(2-3), 151-159. Extraído de: <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/64478> En la misma línea: Survey Suggests Children of Gay Fathers Are Well Adjusted. (30 de abril de 2016). *American Academy of Pediatrics* Extraído de: <https://www.aap.org/en-us/about-the-aap/aap-press-room/Pages/Survey-Suggests-Children-of-Gay-Fathers-Are-Well-Adjusted.aspx> Así como también: Paige, R. (2005). Proceedings of the American Psychological Association, Incorporated, for the legislative year 2004. Minutes of the meeting of the Council of Representatives July 28 & 30, 2004. *American Psychologist*. 60(5). Extraído de: <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx>
173. Citando estudios de Armesto, 2002; Erich, Leung, & Kindle, 2005; Herek, 2006; Patterson, 2000, 2004; Perrin, 2002; Tasker, 1999; así como los de Flaks, Ficher, Masterpasqua, y Joseph (1995). Bos, van Balen, and van den Boom (2005, 2007) la entidad más importante de psicología de los Estados Unidos de América concluyó lo anterior. Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients (2011). *American Psychologist*. 67(1), 10-42. Extraído de: <http://www.apa.org/pubs/journals/features/amp-a0024659.pdf>

graduada de la escuela de psicología de la Universidad de Harvard, indicó el 9 de noviembre en el congreso de matrimonio civil igualitario<sup>174</sup> reitera que no existe evidencia científica que pueda negar el derecho a personas del mismo sexo a criar hijos e hijas.

De igual manera, los estudios técnico-científicos han descartado de forma continua, que exista riesgo alguno en el correcto desarrollo mental y físico del menor de edad por ser criado por familias homoparentales. Asimismo, se descarta por completo las alegaciones no científicas, según la cual podría afectarse la orientación sexual del menor a raíz de sus padres homoparentales<sup>175</sup>.

Asimismo, los estudios y recomendaciones técnicas recomiendan a que se eliminen todas las legislaciones que discriminan con base a la orientación sexual en asuntos relacionados con adopción, custodia de hijos, visitas, orfanatos y derechos sexuales reproductivos<sup>176</sup>. Esto por cuanto estas exclusiones, además de afectar la dignidad de las personas LGBTIQ, terminan afectando a las familias, ya que en muchos casos esa exclusión significa que un menor de edad, no puede optar por la protección de sus dos padres.

Es decir, que los hijos de familias homoparentales, no se tratan de un supuesto lejano que puede que no ocurran, sino que es una realidad para miles de hogares. El derecho no puede dejar de regular una realidad por un prejuicio, no es justo que los hijos de las familias homoparentales crezcan sin la confianza y seguridad, que la relación de sus padres es una estable y legalmente reconocida<sup>177</sup>. Es decir que al tratarse de una realidad que existe, parejas personas LGBTIQ estables, comprometidas y con hijos, merecen protección de los prejuicios que surgen del conservadurismo: «*Los niños que han nacido o han sido adoptados por un miembro de una pareja del mismo sexo merecen la seguridad de dos padres legalmente reconocidos. Por lo tanto, la Academia Americana de Pediatría apoya*

174. La participación de la señora Mónica Berrocal puede ser visualizada en el siguiente enlace correspondiente a la página de Facebook de la Fundación Igualitos: Berrocal, M. (2017). Extraído de: <https://www.facebook.com/igualitos.as/videos/554927891528021/>

175. Gartrell, N., y Bos., H. (Julio de 2010). US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents. *American Academy of Pediatrics*. 126(1). Extraído de: <http://pediatrics.aappublications.org/content/126/1/28> También: American Psychological Association. (2004). Sexual Orientation, Parents, and Children: Adopted by the APA Council of Representatives July 28 & 30, 2004. Extraído de: <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx>

176. Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients (2011). *American Psychologist*. 67(1), 10-42. Extraído de: <http://www.apa.org/pubs/journals/features/amp-a0024659.pdf> Goldberg, A., Gartrell, N., y Gates, G. (Julio de 2014). De igual manera revisar: Research Report on LGB-Parent Families: The Williams Institute. Extraído de: <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/lgb-parent-families-july-2014.pdf>

177. Wolfson, E. (2005) *Why marriage matters*. America, Equality, and Gay People's Right to Marry. New York, USA: Simon & Schuster Paperback, Pág. 92.

los esfuerzos legales y legislativos para dar la posibilidad de adopción al segundo padre en esas familias<sup>178</sup>».

No considero que sea justo que los niños sean vistos de menos, por el hecho de tener una familia diferente, el Estado puede detener esos señalamientos, por simples acciones, como brindar un acceso igualitario al matrimonio civil para parejas del mismo sexo. No podemos perder de vista que los hijos son los más beneficiados, en que las parejas del mismo sexo tengan acceso al matrimonio civil, ya que esto significa que los hijos podrán exigir legalmente a sus padres –a ambos– los recursos para salir adelante en su etapa temprana<sup>179</sup>.

El matrimonio civil protege al hijo, en el caso de la muerte de uno de sus padres/madres, dado que el superviviente quedaría a cargo. Además, que las parejas casadas, no tienen que incurrir en gastos adicionales que las parejas del mismo sexo deben incurrir, dada la falta de regulación. Sin dejar a un lado el factor intangible que es la sensación de satisfacción que conlleva la aprobación social de ser parte de una familia que se encuentra conforme a la ley<sup>180</sup>.

Como bien apuntó el Magistrado Kennedy en el Caso Obergerfel contra Hodges, lo que realmente daña los derechos de los niños, es que la unión de sus padres del mismo sexo, no tenga el mismo reconocimiento legal que el de parejas heterosexuales: *«Como todas las partes están de acuerdo, muchas parejas del mismo sexo proporcionan ama y de consolidación casas a sus hijos, ya sean biológicos o adoptados.... Excluyendo las parejas del mismo sexo del matrimonio civil por lo tanto entra en conflicto con una premisa central del derecho a contraer matrimonio civil. Sin el reconocimiento, la estabilidad y la previsibilidad ofertas de matrimonio civil, sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera menor. También sufren los costos de las materias significativas de que son criados por padres solteros, relegados por causas ajenas a su propia para una vida familiar más difícil e incierto. Las leyes sobre el matrimonio civil en cuestión aquí por lo tanto dañan y humillan a los hijos de las parejas del mismo sexo»*<sup>181</sup>.

178. Perrin, E. (Febrero de 2002). Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents. *American Academy of Pediatrics*. 109(2). Extraído de: <http://pediatrics.aappublications.org/content/109/2/341>

179. Un estudio sobre los vacíos legislativos y problemas que se han generado puede ser encontrado en: Kelsey, G. y Maxwell, M. (2014). Second Parent Adoption: Same-Sex and the Best Interest of the Child. *Journal of Health and Human Services Administration*. 37(2). 260-299. Extraído de: <https://www.jstor.org/stable/24459696>

180. Wolfson, E. (2005) *Why marriage matters*. America, Equality, and Gay People's Right to Marry. New York, USA: Simon & Schuster Paperback, Pág. 96.

181. La adopción de parejas homosexuales fue aprobada antes del matrimonio civil en los Estados Unidos de América. Razón por la cual Kennedy sostiene que la falta de reconocimiento al matrimonio civil de sus padres les hace danos a estos niños. SCOTUS, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015)

Otro aspecto importante a resaltar de manera enfática es que no<sup>182</sup> existe evidencia que pueda justificar las tendenciosas, calumniosas e ilegales aseveraciones que las parejas del mismo sexo abusarían a sus hijos: «*No hay evidencia científica que respalde el temor de que estos niños sean abusados por sus padres gay o madres lesbianas, o por las amistades o personas conocidas de sus padres o madres que sean gay, lesbianas o bisexuales*<sup>183</sup>». Este tipo de comentarios son señalamientos falsos por grupos de odio que buscan activar prejuicios de las personas hacia la diversidad sexual, cuando lo cierto es que la decencia en las personas, no es algo que viene determinado por la orientación sexual.

Tal y como explica el Nobel Dr. Mario Vargas Llosa: «*Un prejuicio idéntico sostiene que los niños adoptados por parejas homosexuales sufrirán y tendrán una formación deficiente y anómala, ya que un niño para ser "normal" necesita un padre y una madre, no dos padres o dos madres. A esta afirmación dogmática y sin el menor sustento psicológico, ha respondido Edurne Uriarte de manera inmejorable: un niño lo que necesita es amor, no abstracciones. También padecen de una ceguera contumaz quienes no se han enterado de que, entre las parejas heterosexuales, cada día se descubren casos atroces de violencias ejercidas contra los niños, y, entre ellas, sinnúmero de abusos sexuales. Que los padres sean hetero u homosexuales no presupone de por sí nada; cada pareja es única y puede ser admirable o tiránica, amorosa o cruel en lo que concierne a la educación de sus hijos. Y también en este campo cabe suponer que entre quienes han luchado tanto por poder adoptar niños, ahora que lo han adquirido, asumirán este derecho con ilusión y responsabilidad*<sup>184</sup>».

En conclusión, retomando las palabras del Dr. Evan Wolfson<sup>185</sup>, todas las organizaciones líderes enfocadas en la salud, salud mental y bienestar de los niños de los EEUA han señalado de forma clara y contundente que los grupos antigay<sup>186</sup>, políticos y otros están completamente equivocados en esta importante pregunta relativa a la crianza de hijos.

182. Greenbaum, N. (2014). Scientific research: Deconstructing Myths about homoparental families. Extraído de: [http://www.familleslgbt.org/documents/pdf/CFH\\_MELS\\_Module\\_Mythes\\_ENG.pdf](http://www.familleslgbt.org/documents/pdf/CFH_MELS_Module_Mythes_ENG.pdf) Goldberg, A., Gartrell, N., y Gates, G. (Julio de 2014). Research Report on LGB-Parent Families: The Williams Institute. Extraído de: <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/lgb-parent-families-july-2014.pdf>

183. American Psychological Association. (2012). Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality. Extraído de: <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf>

184. Vargas, M (2005). El Matrimonio civil Gay. *El País*, Extraído de: [http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html)

185. Wolfson, E. (2005) *Why marriage matters*. America, Equality, and Gay People's Right to Marry. New York, USA: Simon & Schuster Paperback, Pág. 94.

186. American College of Pediatricians es una organización formada por 60 personas en el año 2002, como consecuencia al apoyo que el American Academy of Pediatrics (la organización líder en EEUA con 66,000 profesionales) hiciera a las familias homoparentales. El American College of Pediatricians, es un grupo sin ética profesional, fraudulento, sin bases técnicas que se ha dedicado a esparcir odio, estudios falsos,

## 2.2. Oposiciones comunes a familias homoparentales

### A. Derecho a una mamá y un papá

Todos los niños tienen derecho a ser criados con una familia que los quieran, respeten, los cuiden, los protegen, los guíen, los acompañen, les enseñen a leer, les enseñen a respetar a los compañeritos del kínder, todos tienen derecho a crecer en un ambiente de cariños, respeto y aceptación. Esa condición lo puede perfectamente cumplir una madre, un padre, una madre y padre, un padre y padre, una madre y madre... el amor no viene enfrascado en un solo molde.

Los niños en promedio, se desempeñan mejor cuando son criados por dos padres, no es la causa de que los padres solteros sean malos o descuidados, sino porque, en igualdad de condiciones, dos padres significan más recursos, más apoyo, más ayuda. Aquellos padres, según los expertos, incluida la Academia Estadounidense de Pediatría, pueden ser madre y padre, o dos madres o dos padres<sup>187</sup>.

La Corte IDH, se ha referido expresamente a este asunto, rechazando todos esos argumentos al indicar: «*El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia*<sup>188</sup>». En esa misma sentencia de la Corte IDH, se rechazaron todos los argumentos que fueron planteados relativos a que esto podría llevar la discriminación a los menores por tener padres diferentes.

Esto no significa, de ninguna manera que los niños de familias heterosexuales serán quitados de padres biológicos competentes para criar a sus hijos<sup>189</sup>, ninguna persona perderá a sus hijos. Lo cierto es que hay muchos potenciales hijos que están esperando ser adoptados y si existen familias homoparentales que pueden darles el apoyo paternal/maternal, para ello ¿por qué privar a esos niños de un futuro mejor? Es injusto que el prejuicio pese más que la razón, dejando por fuera a que futuros hijos, sin la oportunidad de ser parte de una familia. Lo cierto es que las parejas homoparentales, quieren tener hijos, y esa motivación los hace aún más aptos y más comprometidos para ser padres.

---

sin componentes científicos y con la única intención de afectar a las familias homoparentales, razón por la cual fue clasificado por el Southern Poverty Law Center como un grupo de odio: Southern Poverty Law Center. (s.f.). American College of Pediatricians. Extraído de: <https://www.splcenter.org/fighting-hate/extremist-files/group/american-college-pediatricians>

187. Wolfson, E. (2005) *Why marriage matters*. America, Equality, and Gay People's Right to Marry. New York, USA: Simon & Schuster Paperback, P. 9.

188. CORTE IDH en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párrafo 110.

189. Corvino, J. y Gallagher M. (2012). *Debating Same-Sex Marriage*, USA: Oxford University Press, P. 48-49

En el mismo sentido, sumando su opinión a la del Tribunal Europeo de Derecho Humanos<sup>190</sup>, la Corte IDH estableció que cuando se trata la custodia de menores de edad «*la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña*». Más aún, consideró que existe una necesidad de «*aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales*».

### B. Supuesta violación a la libertad religiosa

En adición a lo señalado en el capítulo x de este libro, el cual explica los alcances y debido dimensionamiento de la libertad religiosa, y como su ejercicio no puede ser utilizado para imponer convicciones personales a un tercero, de tal manera que una oposición religiosa a que familias homoparentales tengan hijos, cumpla su sueño de formar familia.

También considero oportuno es que tomo prestadas las palabras del abogado peruano Alfredo Bullard: «*Principios como el de libertad religiosa o no discriminación por razón de creencias tienen a su vez un basamento moral muy sólido y por tanto digno de respeto. Alguien con creencias religiosas o principios morales distintos a los propugnados por la mayoría religiosa del país, o simplemente un ateo, tan libre de serlo como lo es de creer en algo, tienen el derecho a vivir de acuerdo a lo que piensan y a lo que creen. Utilizar al Derecho como un mecanismo para imponer convicciones religiosas constituye una discriminación prohibida por la conciencia colectiva, por la Constitución e incluso por la moral. Reconociendo que se trata de un tema controvertido y difícil, creemos que el Derecho debe tender a ayudar a la convivencia social, dejando a la fe y a las convicciones individuales de las personas juzgar sus propias conciencias. Esto permite que en un país católico como el Perú nos podamos divorciar, quizás cometiendo un pecado, pero no cometiendo un crimen. La conciencia individual no debe ser expresión de lo que piense la mayoría, porque la moralidad de la democracia descansa precisamente en el reconocimiento de los legítimos derechos de las minorías, y, sobre todo, en el legítimo ejercicio de la libertad de las personas. En este contexto es difícil justificar una prohibición a los convenios de subrogación basándonos en la conciencia social y en el daño que ésta pueda sufrir. Estamos convencidos que los costos de una prohibición serían superiores a sus beneficios<sup>191</sup>*».

### 3. PROBLEMAS POR VACÍOS LEGALES EN FAMILIAS HOMOPARENTALES

En la actualidad las parejas homoparentales tienen varios mecanismos para llegar a ser padres: gestación tradicional, adopción, fecundación in vitro,

190. Cfr. T.E.D.H., Caso M. y C. Vs. Rumania, (No. 29032/04), (2011). párr. 147.

191. Bullard, A. (2006) Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima, Perú: Palestra Editores, P. 310.

gestación por subrogación, reproducción asistida y otros mecanismos. Existen quienes se oponen a ello, pero esa oposición ideológica es injusta: «*La capacidad reproductiva humana es, a pesar de la tecnología, un recurso relativamente escaso en cuanto muchas personas, que, con el legítimo interés de tener hijos, han sido privadas biológicamente de tal posibilidad. Y nadie puede dudar que la experiencia de ser padre o madre es uno de los más hermosos canales para conseguir la realización humana. No dejar que la capacidad reproductiva pueda ser puesta al servicio de dicha realización, no sólo puede ser económicamente ineficiente, sino incluso humanamente injusto*<sup>192</sup>».

En este sentido, toda barrera legal para que parejas del mismo sexo, o personas homosexuales, bisexuales o transexuales puedan adoptar, acceder a un método de reproducción asistida o cualquier barrera que impida a una persona LGBTIQ, acceder a un servicio que se ofrece a personas heterosexuales en este delicado ámbito que conlleva el área de la reproducción humana, debe ser considerada contraria a derecho, dado que contradicen los criterios dominantes que se han definido en el sistema interamericano. En esta sección hacemos un repaso de algunos criterios jurídicos relevantes en algunos de estos métodos de reproducción.

### 3.1. Adopción

La adopción se trata de un proceso legal complejo de materia de familia en la cual un adulto obtiene la autoridad parental sobre un menor, a pesar de carecer de un vínculo biológico. Los procesos de adopción tienen complejidades y tienden a ser procesos altamente emocionales y que hay que llevar con un gran cuidado, dada la relevancia que la adopción puede significar en la vida de una persona. Es por ello por lo que todo proceso de adopción requiere una atención especializada y detallada, no solo por respeto a los adoptantes y al Estado que interviene, sino también por respeto al bienestar del menor que podría llegar a ser adoptado.

Más que un derecho, se trata de cumplir las condiciones legales, para que una persona o pareja pueda llegar a adoptar, sometándose a las reglas de adopción de manera igualitaria. El TEDH tuvo conocimiento del caso EB vs. Francia<sup>193</sup>, en donde una mujer lesbiana, alegó que, en todas las etapas de su solicitud de autorización para adoptar un niño en Francia, había sufrido un trato discriminatorio basado en su orientación sexual y había interferido con su derecho al respeto por su vida privada.

Señaló el TEDH que, el hecho de que la homosexualidad de la demandante haya figurado en el razonamiento de las autoridades nacionales era significativo incluso si los tribunales internos hubieran constatado que esta no había sido la

192. Bullard, A. (2006) *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Perú: Palestra Editores, P. 310.

193. TEDH. EB Francia, Caso No. 43546/2002.

base de la decisión. El Tribunal consideró que la referencia a la homosexualidad de la demandante había sido, cuando no explícita, al menos implícita, y que la influencia de la homosexualidad declarada de la demandante en la evaluación de su solicitud se había establecido y, teniendo en cuenta lo anterior, había sido un factor decisivo en la decisión de rechazar su autorización para adoptar. En consecuencia, las autoridades nacionales hicieron una distinción basada en consideraciones relativas a su orientación sexual, una distinción que era inaceptable en virtud del Convenio.

De esta manera, declaró violaciones al Convenio Europeo en relación con la prohibición de la discriminación, y el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Tal y como ha razonado la Suprema Corte de Justicia de México: «*La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. 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*<sup>194</sup>».

### 3.2. Reproducción asistida

Existen diferentes mecanismos de reproducción asistida, dependiendo el país, así también los grados de modernidad de esta:

1. Inseminación asistida
2. Fertilización *In Vitro*<sup>195</sup>.
3. *Gametos Transferencia Intratubárica* (TIG)
4. La inyección intracitoplasmática de espermatozoides ICSI

En todos estos supuestos, el énfasis radica en el consentimiento del padre, por lo que estos procedimientos deben efectuarse con profesionales médicos expertos y también con el apoyo de abogados que conozcan de los aspectos legales que resultan relevantes, por cuanto pueden surgir situaciones como: ¿Quién es el padre ¿el donante de espermatozoides? o ¿el hombre que pretende ser el padre de la pareja solicitante?, ¿pueden las parejas del mismo sexo acceder a esta opción? ¿Puede un bebé tener dos padres o más? ¿Qué pasa si el hombre retira su consentimiento de utilizar el espermatozoides donado? ¿Qué pasa si el retiro del consentimiento ocurre cuando el óvulo ya está fecundado?

194. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, párr. 338.

195. Sin lugar a duda, el trabajo más completo que existe en la materia es el de: Molina, M. (2018). *Fecundación in vitro: política criminal e intervención legislativa en Costa Rica: Tesis de licenciatura en Derecho*. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. En Costa Rica, la normativa relacionada con FIV es discriminatoria, por cuanto no permite acceder ni a mujeres solteras, ni a parejas del mismo sexo.

Por lo que resulta importante contar con un cuerpo normativo que responda a estas interrogantes relacionada a temas modernos de derecho de familia.

### 3.3. Gestación por Subrogación

¿Qué es la Gestación por Subrogación?<sup>196</sup> Básicamente es un acuerdo en donde una pareja o una persona soltera –aunque existen limitantes para parejas solteras–, entra en un acuerdo con una «madre sustituta» para que geste en su vientre a su bebé. Este tipo de situaciones puede implicar que la madre sustituta done también un ovulo o bien que solamente sea el recipiente del ovulo fecundado.

El fin último del contrato, es que la madre sustituta no ejerza la autoridad parental, sino que los padres/madres del bebé sean quien la ejerza. Sin duda alguna que se trata de poner la tecnología al servicio del deseo de personas para que puedan cumplir sus sueños de formar una familia, pero también abre una variedad de dudas legales –para dejar a un lado los cuestionamientos morales y filosóficos<sup>197</sup>– sobre el alcance de este tipo de contratos: ¿Puede ser remunerado? ¿Quién es la madre del bebé? ¿Qué pasa si la persona que ofrece el vientre para gestar el bebé se retracta al nacer? ¿O durante el embarazo y existe la posibilidad de abortar? ¿tendrá relevancia si los genes de la madre que alquila su vientre son también del bebé?

Incluso en los casos donde no hay contención, se pueden presentar problemas, pues tener un hijo es un momento único en la vida de una persona, y como tal, debe tratarse con cuidado, respeto y cautela. En el caso Re-X (EWHC 3135, 2014) se trató de una pareja que gestionó un contrato de maternidad subrogada en India, el cual nació un lindo bebe en el año 2011, pero logró entrar al Reino Unido hasta el año 2013. El problema surgió porque la legislación establecía que, en el plazo de 6 meses, los padres del bebé deben solicitar una orden a la Corte

196. «Las expresiones “madres de alquiler”, “gestación por sustitución”, “maternidad subrogada”... pretenden focalizar la atención del lector sobre lo que usualmente se denomina “embarazo”. Focalizar no es algo desdeñable. Por el contrario, es preciso prestar atención sobre ese preciso momento que presupone la maternidad. El defecto sobreviene cuando se focaliza la atención exclusivamente en ese momento. En ese caso, la discusión acerca de la gestación por sustitución queda atrapada, prestando atención solamente a la gestación. Se resalta la mercantilización de la mujer y la ofensa que como persona merece. La dignidad de la mujer queda en entredicho, y esto es especialmente grave si se percibe la importancia que a la dignidad de las personas reconoce la Constitución. Sin embargo, la gestación por sustitución implica la gestación y muchas más cosas». Arachadera, L. (2018) *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo. La llamada gestación por sustitución*. Madrid, España: Aranzadi.

197. Al respecto: Sandel, M. (2010). *Justice: What's The Right Thing to Do?* Nueva York, Estados Unidos: Farrar, Straus and Giroux, pág. 91, 94, 99 y 100. De igual manera, el debate en contra y a favor de la subrogación de vientres ver: Bullard, A. (2006) *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Perú: Palestra Editores, P. 374-376.

para inscribir al bebé que nació en tales condiciones, como hijo de la pareja. En este caso, se analizó lo que ocurre cuando se hace una solicitud posterior al plazo de 6 meses que establece la Ley, pero el juzgador dirigió la conversación a la intención del legislador y al interés superior del menor, de tener con padres.

Este caso pone en evidencia que una gestación por subrogación, no puede tomarse a la ligera, debe efectuarse una debida diligencia sobre los requisitos que deben cumplirse previo a iniciar el tratamiento de fecundación y gestación; así como los pasos a seguir una vez ha nacido la criatura. Ello por cuanto, esa tercera persona que ha surgido del amor y la casualidad merece todo el respeto y protección jurídica que tiene derecho por ser humano.

Casos como el ocurrido en TT EWHC 33, 2011 pueden ocurrir cuando se alquila un vientre, en el que la madre sustituta, aun pese a existir un contrato de por medio en el que se obliga a entregar el bebé, cambie de opinión. La Corte Británica en esa situación, decidió que la custodia debería quedar en manos de la madre sustituta dejando el derecho a cambiar de opinión.

O situaciones en donde la mentira se ve presente, como lo que ocurrió en el Reino Unido donde la madre sustituta no entregó al bebé por una supuesta pérdida, la cual fue desmentida 18 meses después del nacimiento, lo cual conlleva a una decisión judicial que le retiró la autoridad parental a la madre sustituta y la asignó a los padres solicitantes que habían sido engañados. Sin dejar a un lado las potenciales consecuencias penales para la madre gestante, pero no es difícil imaginar que alguien busque procesar penalmente a una persona que cometa tal atrocidad<sup>198</sup>.

La regulación legal en países de avanzada como el Reino Unido no está exenta de problemas y actualmente se discute una reforma en la cual se harán cambios a la normativa del año 1985 (lo cual evidencia el atraso en la materia en América Latina) en la que se regulen aspectos tan variados como: a) que los padres tengan una autorización previa para ser padres desde el nacimiento, a fin de evitar todos los problemas de retractarse; la oportunidad para que padres solteros puedan optar a este mecanismo y otros aspectos relacionados con llevar un adecuado control de los partos que surgen de esta manera y apego a las guías médicas que han desarrollado el tema<sup>199</sup>.

Otros problemas también se han presentado cuando parejas de lesbianas deciden tener un hijo por medio de un donante, y el donante decide tener un rol más activo en la vida del menor, llevando el caso a estrados judiciales, en donde se resolvió a favor del donante—el padre biológico— dando un peso enorme a una donación de esperma que no nació sin intención de llegar a formar un vínculo paternal<sup>200</sup>.

198. Herring, J. (2017). *Family Law*. London, United Kingdom: Pearson, P. 373.

199. Herring, J. (2017). *Family Law*. London, United Kingdom: Pearson, P. 376.

200. Herring, J. (2017). *Family Law*. London, United Kingdom: Pearson, P. 426.

Ante todo, queda la gran duda, en los casos en que se concede la paternidad al donante de esperma, la partida de nacimiento del menor: ¿tendrá dos madres y un padre? Estos casos, que literalmente salen de un laboratorio, son de mucho cuidado porque los menores de edad posiblemente mantengan una custodia compartida con el donante de esperma, teniendo la pareja homoparental un rol protagónico en la vida del menor, por lo que parece a todas luces injusto el tratamiento de «segunda» que se le da la madre que no gestó al bebé<sup>201</sup>.

Los aspectos relacionados a determinar la maternidad o paternidad de un bebé que nace por gestación, pueden generar todo un sinfín de problemas sin una adecuada planificación y asesoría legal con expertos. Una primera regla para simplificar, ocurre con la norma fijada en la Human Fertilisation and Embryology Act, en su sección 33(1) establece que la maternidad, desde un punto de vista legal, se establece por medio de la persona que ha tenido al bebé en su vientre, sin importar los aspectos genéticos del recién nacido provengan de otras personas. Se hace un énfasis en esta regla del legislador británico para incentivar la donación de óvulos, pues muchas personas se verían desincentivadas a donar óvulos si esto les conllevara la responsabilidad de ser madre.

En la actualidad existe una discusión sobre la maternidad en el caso de las parejas lesbianas, cuando una de las madres es la que tiene al hijo no existe un problema sobre ella, pues la interrogante surge si un menor de edad podrá tener inscrita en su acta de nacimiento a dos madres, es una que sigue sin responderse, la misma pregunta se debe plantear ante el espacio diferido para el padre del menor de edad, ¿Es algo que puede quedarse en blanco? ¿Qué se hace en estos casos?

En el Reino Unido han dado respuesta a esta problemática por medio de legislación que regula esta situación para parejas de lesbianas en una relación legal, bien como esposas o bajo la protección limitada de la unión civil. En estos casos, la ley británica, soluciona el problema de una manera un tanto injusta, pues considera que el menor de edad no puede tener dos madres, pero igual manera inscribe a la segunda madre (la que no lo gestó) para no dejar desprotegido al infante.

Situaciones complejas en donde genéticamente se ven involucradas tres personas, como la que regula el Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015 se encuentra aún muy lejano de ser regulado en América Latina. Este se trata de un procedimiento que permite a que un huevo donado sea usado y su material genético nuclear sea removido y reemplazado por el núcleo de un huevo de la madre potencial.

201. Herring, J. (2017). Family Law. London, United Kingdom: Pearson, P. 427-430.



## Libertad religiosa: ¿licencia para discriminar?

SUMARIO: I. LA LIBERTAD RELIGIOSA: ¿ESPADA O ESCUDO? II. ¿QUIÉN IMPONE A QUIÉN? LIBERTAD RELIGIOSA Y LOS «OTROS» DE-RECHOS. 1. *Libertad religiosa desde la óptica de relaciones comerciales y personales*. 2. *Libertad religiosa desde la óptica Estatal*. 3. *¿Clases de Biblia o de Sexo? Conflictos de libertad religiosa y educación*. 3.1. Oposición a educación religiosa. 3.2. Oposición a educación sexual. 4. *Los quirófanos y Dios: libertad religiosa y salud*. 5. *El ejercicio de la libertad de culto*. III. ¿COSTA RICA LA SUIZA O LA ARABIA SAUDITA DE CENTROAMÉRICA? EL ESTADO CONFESIONAL.

«*De ser necesario, tendré que morir por lo que creo*»<sup>1</sup> fueron las palabras que pronunció Muhammed Ali, un musulmán pacifista, campeón mundial de boxeo que, de conformidad con su fe y más profundas convicciones, rehusó a entrar al ejército americano para pelear la guerra de Vietnam<sup>2</sup>. Aunque además del componente religioso había un componente anti-racismo en esta decisión: «*No Vietcong ever called me nigger*»<sup>3</sup>.

Estamos en el año de 1967, tan solo 3 años posterior a la instauración del Civil Rights Act que tanto empujó el presbítero Dr. Martin Luther King, por lo que, a pesar del cambio legislativo, los grupos nacionalistas y racistas estaban en su apogeo resistiendo la integración que predicaba el Nóbel de la Paz. Muhammed Ali y Martin Luther King representaban a dos pilares en la lucha

1. Hudson, D. (21 de febrero de 2013). Muhammad Ali and the First Amendment. The Freedom Forum Institute, Extraído de: <https://www.freedomforuminstitute.org/2013/02/21/muhammad-ali-and-the-first-amendment/>
2. En el período de la Alemania Nazi se reportaron que testigos de Jehová se rehusaron en participar del Estado Nazi y fueron enviados a campos de concentración por ello. Rozett, R.; Shmuel S. (2000). Dachau. Extraído de: <http://www.yadvashem.org/yv/es/holocaust/about/pdf/dachau.pdf>
3. Kennedy, R. (2002). *Nigger: The Strange Career of a Troublesome World*. United States: Pantheon Books, p. 37.

del movimiento de derechos civiles, por un lado, el boxeador era creyente del *Nation of Islam* (NOI) la cual predicaba una visión radicalmente diferente al integracionismo, protestas no violentas y la fuerza transformacional del amor que el pastor bautista Martin Luther King esparcía. No obstante, ello, tenían un norte en común, que era terminar con el tratamiento racista que sufría la población negra<sup>4</sup>.

Para el año de 1967, Ali era el rostro más visible a la oposición al reclutamiento militar forzado para participar en la guerra de Vietnam. Su convicción de no participar en la guerra llegó al punto que fue condenado a 5 años de prisión, una multa de \$10,000 y le fueron despojados todos sus títulos de boxeo. El caso llegó a la Corte Suprema titulado como «*Cassius Marcellus Clay Jr. También conocido como Muhammed Ali contra Estados Unidos*»<sup>5</sup> y en 1971 se revirtió la condena de Ali: «*El Departamento de Justicia simplemente se equivocó como cuestión de derecho al advertir que las creencias del peticionario no tenían una base religiosa y no se habían mantenido sinceramente*».

El derecho a la libertad religiosa es un aspecto sagrado e íntimo de cada persona, pues viene profundamente ligado con la identidad de cada quién, en este sentido, el Estado no tiene cabida en violentar nuestras más personales reales convicciones, como dijo el Dr. Luther King: «*No importa lo que pienses de la religión del Sr. Muhammad Ali, ciertamente debes admirar su valentía*»<sup>6</sup>, soslayando el principio fundamental según el cual el Estado no puede restringir una religión.

Pero no todos los que alegan a la protección de una convicción religiosa son Muhammad Ali o Martin Luther King. No podemos olvidar que con la religión se ha justificado la esclavitud, el racismo racial<sup>7</sup>, el nazismo<sup>8</sup>, la subyugación

4. Se existiera una medalla de oro por las amenazas de muerte, ambos personajes se habrían llevado el primer premio, decía el medallista olímpico John Carlos, según reporta: Zirin, D. (18 de enero de 2015). Dr. Martin Luther King, Muhammad Ali and What Their Secret Friendship Teaches Us Today. The Nation, Extraído de: <https://www.thenation.com/article/dr-martin-luther-king-muhammad-ali-and-what-their-secret-friendship-teaches-us-today/>
5. SCOTUS, Clay vs. United States. 403 U.S. 698 (1971). Extraído de: [http://www.supremecourttopinions.wustl.edu/files/opinion\\_pdfs/1970/70-783.pdf](http://www.supremecourttopinions.wustl.edu/files/opinion_pdfs/1970/70-783.pdf)
6. Martin Luther King, Jr talks about Muhammad Ali, 1967. (1 de febrero de 2011). [Video]. Extraído de: [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=33&v=G DYGHmfiFQg](https://www.youtube.com/watch?time_continue=33&v=G DYGHmfiFQg)
7. Algunos casos, recuerdan a la objeción de conciencia que se justificó por años para no prestar servicios a las personas afroamericanas: «I never take dictation from a nigger» como lo reporta: Kennedy, R. (2002). *Nigger: The Strange Career of a Troublesome World*. United States: Pantheon Books, p. 18.
8. El 24 de febrero de 1920 el Partido Nacional Socialista Obrero Alemán proclamó 25 puntos que definirían su agenda. En el punto 24 establecía lo siguiente: «24) *Pedimos la libertad en el seno del Estado de todas las confesiones religiosas, en la medida en que ellas no pongan en peligro su propia existencia o no ofendan el sentimiento moral de la raza*

de la mujer, negar brindar servicios en restaurantes a negros<sup>9</sup>, hasta prácticas sexuales<sup>10</sup> que hace necesario estudiar, a fin de esclarecer la discusión, sobre cuando se trata del ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa y cuando no.

## I. LA LIBERTAD RELIGIOSA: ¿ESPADA O ESCUDO?

La libertad religiosa está consagrada en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos de los Derechos Humanos y en los artículos 18 al 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, facultando a la persona para cambiar de religión o creencias y que tenga la posibilidad de manifestarla, enseñarla y practicarla. Este es un derecho individual, que, como muchos, permea la esfera pública<sup>11</sup>.

La CORTE IDH ha indicado: «79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias<sup>12</sup>».

---

germánica. El Partido, en tanto que tal, defiende el punto de vista de un cristianismo positivo, sin ligarse a ninguna denominación determinada. Combate el espíritu materialista en el interior y en el exterior y está convencido de que una recuperación duradera de nuestro pueblo no puede tener éxito más que desde el interior, sobre la base del principio siguiente: El interés general prima sobre el interés particular». Hernández, E. (1995). *Los fascismos europeos*. Madrid, España: Ediciones Istmo S.A. Extraído de: [https://www.istmo.akal.com/libro/los-fascismos-europeos\\_31062/](https://www.istmo.akal.com/libro/los-fascismos-europeos_31062/)

9. En el caso: SCOTUS, Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc., 390 U.S. 400 (1968), se escuchó el reclamo contra una cadena de restaurantes que se negó a atender a los clientes negros en función de sus creencias religiosas que se oponen a la integración racial.
10. Paz, O. (2014). *La llama doble*. Barcelona, España: Seix Barral, p. 23-26.
11. Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Extraído de: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf) Artículo 18.
12. CORTE IDH. Sentencia «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile (2001).

El concepto de libertad religiosa engloba: la libertad de conciencia y la libertad de culto. La primera de ellas, tiene su núcleo en el fuero interno de la persona a fin de que de elegir una fe o creencia en particular, incluso comprende la posibilidad de abstenerse de elegir alguna convicción<sup>13</sup>.

La jurisprudencia costarricense da una aproximación de estas dos libertades: «...en primer lugar, se refiere al plano individual, es decir, la libertad de conciencia, que debe ser considerada como un derecho individual frente al Estado, para exigirle abstención y protección de ataques de otras personas o entidades. Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción, sin ser obligado a hacer cosa contraria a ella. En segundo lugar, se refiere al plano social, la libertad de culto, que se traduce en el derecho a practicar, externamente, la creencia hecha propia. Esta última libertad, en cuanto manifestación externa de la libertad religiosa, comprende el derecho a mantener lugares de culto y a practicarlo, tanto dentro de recintos como en el exterior, siempre dentro de las limitaciones establecidas por el ordenamiento, sea por norma constitucional o norma legal. En este sentido, es el mismo texto constitucional el que permite el libre ejercicio en la República de otros cultos –diferentes de la religión católica–, siempre y cuando “no se opongan a la moral universal, ni a las buenas costumbres”<sup>14</sup>».

La finalidad de proteger a las personas a practicar una religión subyace en respetar el individuo en sus convicciones y en garantizar que nadie podrá ser perseguido ni eliminado por sus creencias religiosas, o por no tenerlas. Que no será posible obligar a alguien a rendir culto a una religión que no profesa (como la Alemania Nazi), ni restringir a nadie la religión que profesa: «el Estado debe respetar las creencias particulares, por disparatadas que parezcan, sin identificarse con ninguna Iglesia, pues si lo hace inevitablemente terminará por atropellar las creencias (o la falta de) de un gran número de ciudadanos<sup>15</sup>».

Supone la libertad del individuo de expresar sus creencias en la manera que quiera, sin ser juzgado o perseguido por ello<sup>16</sup>. ¿Pero qué implica la religión? ¿qué determina qué algo sea una religión? Esa es una discusión importante,

13. Campbell, D. y Putnam, R. (2010). *American Grace: How Religion Divides and Unites Us*. Nueva York, NY, Estados Unidos: Simon and Schuster. Cerdas, V. (2016). La Libertad religiosa como un derecho humano y su tratamiento por la jurisprudencia costarricense en contraste con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Extraído de: [http://iiij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf\\_manager/2017/06/viviana\\_maria\\_castro\\_cerdas\\_tesis\\_completa.pdf](http://iiij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf_manager/2017/06/viviana_maria_castro_cerdas_tesis_completa.pdf) p. 44-45.
14. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional Voto 6576-06; y, CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional Voto 8763-04.
15. Vargas Llosa, (23 de febrero de 1997). Defensa de las sectas. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/1997/02/23/opinion/856652403\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1997/02/23/opinion/856652403_850215.html)
16. Corvino, J., Anderson, R., et al. (2017). *Debating Religious Liberty and Discrimination*. Nueva York, NY, Estados Unidos: Oxford University Press.

pero que escapa el alcance de este libro; sin embargo, traigo a escena los matices críticos determinantes en una religión que detalló Huxley: «*Toda religión completamente desarrollada existe simultáneamente en varios niveles diferentes. Existe como un conjunto de conceptos abstractos sobre el mundo y su gobernanza. Existe como un conjunto de ritos y sacramentos, como un método tradicional para manipular los símbolos, mediante el cual se expresan las creencias sobre el orden cósmico. Existe como los sentimientos de amor, miedo y devoción evocados por esta manipulación de símbolos. Y finalmente existe como un tipo especial de sentimiento o intuición: un sentido de la unidad de todas las cosas en su principio divino, una realización (para usar el lenguaje de la teología hindú) que “tú eres Eso”, una experiencia mística de lo que parece evidentemente para ser unión con Dios. La conciencia ordinaria de vigilia es muy útil y, en la mayoría de las ocasiones, un estado mental indispensable; pero de ninguna manera es la única forma de conciencia, ni en todas las circunstancias es la mejor. En la medida en que trasciende su yo ordinario y su modo ordinario de conciencia, el místico puede ampliar su visión, mirar más profundamente en el insondable milagro de la existencia. La experiencia mística es doblemente valiosa; es valioso porque le da al experimentador una mejor comprensión de sí mismo y del mundo, y porque puede ayudarlo a llevar una vida menos egocéntrica y más creativa*»<sup>17</sup>.

## II. ¿QUIÉN IMPONE A QUIÉN? LIBERTAD RELIGIOSA Y LOS «OTROS» DERECHOS

Cuando se utiliza la religión para afectar la vida de otra persona, estamos ante una imposición religiosa injustificada. La Corte IDH<sup>18</sup> estableció que las convicciones religiosas juegan un importante rol en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual o de cualquier otra categoría protegida.

Al hablar de temas controversiales como la eutanasia, la fertilización *in vitro* o, derechos sexuales, derechos reproductivos, identidad de género o el matrimonio civil accesible para todas las personas sin distinción de orientación sexual, abrimos las puertas a intensos debates<sup>19</sup> permeados de moral y convicciones religiosas.

17. Huxley, A. (1958). *Drugs that Shape Men's Minds*. Extraído de: <https://es.scribd.com/document/338716314/Huxley-Drugs-That-Shape-Men-s-Minds> Un análisis de Huxley sobre este tema: Popova, M(s/f). *Aldous Huxley on Drugs, Democracy and religion*. Brainpickings. Extraído de: <https://www.brainpickings.org/2014/03/25/aldous-huxley-moksha-drugs/>

18. CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. (2016). Serie A No. 22.

19. Solano, J. (20 de enero de 2018). Iglesia Católica y Evangélica se unen contra matrimonio gay. CrHoy, Extraído de: <https://www.crhoy.com/nacionales/iglesia-catolica->

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos al analizar las reacciones de personas que presencian a una pareja del mismo sexo tomarse de la mano en público: «*Me imponen su estilo de vida*», «*me obligan tolerarlos*», «*me violentan mi libertad religiosa*<sup>20</sup>» Pero, ¿se trata de una imposición que afecta la libertad religiosa de una persona? O más bien ¿es la reacción que produce la activación de un prejuicio? Yo me inclino más por la segunda, pues en ningún momento, se impone que deba tomarse de la mano con alguien de su mismo sexo; ni tampoco, se exige que asista a eventos de *Voguing*, que vea *Ru Paul* o que realice otras actividades estereotipadas para hablar de una imposición, por parte de la población sexualmente diversa.

El malestar es síntoma de la enfermedad que explicó Postman<sup>21</sup> cuando comparó a Orwell con Huxley, advirtiendo que llegaríamos a un momento en donde la verdad se ahogaría en un mar de irrelevancia: «*Lo que Orwell temía eran los que prohibirían los libros. Lo que Huxley temía era que no habría ninguna razón para prohibir un libro, ya que no habría nadie que quisiera leer uno. Orwell temía a los que nos privarían de información. Huxley temía a aquellos que nos darían tanto que nos reduciríamos a pasividad y egoísmo. Orwell temía que la verdad se nos ocultara. Huxley temía que la verdad se ahogara en un mar de irrelevancia. Orwell temía que nos convirtiéramos en una cultura cautiva. Huxley temía que nos convirtiéramos en una cultura trivial*». Estas discusiones son un ejemplo de ello, por el hecho que resulta difícil encontrar la verdad al encontrarse enterrada entre tanta (des) información, lo cual genera la ilusión de una «imposición»

*y-evangelica-se-unen-contram matrimonia gay/ No a la eutanasia, reitera el papa a congregación católica belga.* (11 de agosto de 2017). Mensaje: radio vaticana, Extraído de: [https://www.nacion.com/el-pais/politica/iglesia-catolica-ante-decreto-sobre-fiv-tener-hijos-no-es-un-derecho-es-un-don/LTKQWNPLNZHCJNNNU4GXM4C6Q/story/](https://www.mensaje.cl/no-a-la-eutanasia-reitera-el-papa-a-congregacion-catolica-belga/Sequeira, A. (13 de setiembre de 2015). Iglesia católica ante decreto sobre FIV: «Tener hijos no es un derecho, es un don».</a> La Nación, Extraído de: <a href=) El debate por la despenalización. Con marchas en todo el país, la Iglesia se puso al frente del rechazo al aborto. (25 de marzo de 2018). Clarín, Extraído de: [https://www.clarin.com/politica/marchas-pais-iglesia-puso-frente-rechazo-aborto\\_0\\_HkgZEir9G.html](https://www.clarin.com/politica/marchas-pais-iglesia-puso-frente-rechazo-aborto_0_HkgZEir9G.html)

20. En relación con estas expresiones, conviene recordar lo expresado por la OC 24/17: «223. En ese sentido, la Corte observa que, en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan;... el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso...» CORTE IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17. (2017). Serie A No. 24., párr. 223.
21. Postman, N. (2005) *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*. [Versión Kindle] Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) En el mismo orden de ideas: Vargas Llosa M. (2012). *La civilización del espectáculo*. Ciudad de México, México: Alfaguara. De igual forma, la sección 4 del capítulo IX de este libro.

cuando no lo es. Es complejo diferenciar cuándo algo se trata de una «imposición» de religión y cuándo se trata de una violación a la libertad religiosa.

Considero que, con este panorama nublado, se vuelve necesario trazar una regla general que de soluciones conforme a derecho. Por lo que siguiendo los criterios de Corvino<sup>22</sup>, Feldman<sup>23</sup> y Wolfson<sup>24</sup>, propongo una regla bajo el siguiente *mantra*: todos tenemos derecho a decidir los aspectos personales de nuestras vidas (amistades y romances); pero cuando voluntariamente entramos en el mercado de bienes y servicios, el principio de trato igualitario y no discriminación, son los que deben regir la actuación. De lo contrario, estaríamos diciendo que: «*las doctrinas profesadas de las creencias religiosas sean superiores a la ley de la tierra y, de hecho, permitir que cada ciudadano se convierta en una ley en sí mismo*<sup>25</sup>».

Es decir que el Estado de Derecho viene a ser el terreno en donde todos podemos coexistir, a pesar de nuestras diferencias en convicciones más íntimas. Al decidir socializar bajo el amparo de la infraestructura jurídica del Estado, implica el respeto a las reglas que aseguran la convivencia. Es así como en sociedades democráticas debe coexistir de forma pacífica lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro.

## 1. LIBERTAD RELIGIOSA DESDE LA ÓPTICA DE RELACIONES COMERCIALES Y PERSONALES

Todas las personas tienen un ámbito de libertad y autonomía personal que es innegable, así yo tengo la libertad absoluta de decidir sobre mis convicciones religiosas y nadie tiene el derecho a imponer sobre otra, sus convicciones personales. Lo contrario significaría, por ejemplo, que un director de un hospital, testigo de jehová estaría posibilitado en prohibir todas las transfusiones sanguíneas<sup>26</sup>; o que una pareja del mismo sexo, quiera acceder a los ritos del

22. Corvino, J. y Gallagher M. (2012). *Debating Same-Sex Marriage, USA*: Oxford University Press. y Corvino, J., Anderson, R., et al. (2017). *Debating Religious Liberty and Discrimination*. Nueva York, NY, Estados Unidos: Oxford University Press.
23. Feldman, N. (2016). Airbnb's anti-discrimination policy gets it right. *Waterloo Region Record*, Extraído de: <https://www.therecord.com/opinion-story/6868318-airbnb-s-anti-discrimination-policy-gets-it-right/> Feldman, N. (2014). Why you Can't Ban Gays from Lunch Counter. *Bloomberg*, Extraído de: <https://www.bloomberg.com/view/articles/2014-02-24/gay-marriage-opponents-find-firmer-legal-ground>.
24. Wolfson, E. (2005). *Why marriage matters*. America, Equality, and Gay People's Right to Marry. New York, USA: Simon & Schuster Paperbacks.
25. SCOTUS. Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (1878), p. 98.
26. En Costa Rica se rechazó un amparo a una persona que profesaba que su religión (Testigo de Jehová) le prohibía hacerse examen de sangre para efectos de tramitar la renovación de la licencia de conducir, el amparo fue rechazado al analizar los

matrimonio religioso (no civil) y exigiendo que un sacerdote oficie la ceremonia religiosa. En ambos casos, estaríamos en situaciones de imposiciones injustificadas de un derecho frente al otro.

La diferenciación de la imposición injustificada se torna mucho más difícil en otros casos menos obvios: un restaurante, se prohíbe la entrada a personas pelirrojas, por la firme convicción que no tienen alma; o que el gobierno nos imponga, por ley, que una persona no pueda discriminar quién será su amigo o su amante.

Por ejemplo, una persona podría decidir no ir a un comercio por afectar sus convicciones personales, también podría decidir únicamente tener amigos con determinadas características. Pero no podría, rechazar brindar un servicio comercial porque son contrarias a sus convicciones personales. Al crear un negocio con fin de lucro, de manera implícita, se acepta cumplir las reglas de no discriminar de manera injustificada.

¿Existe una diferencia si las convicciones religiosas son utilizadas para tomar decisiones a lo interno de la empresa? Por ejemplo, que se decida no brindar beneficios de maternidad a parejas del mismo sexo, ¿sería justificable? Las empresas tienen libertades en lo que respecta a su organización y buen gobierno, pero también se encuentran sujetas a las leyes laborales, por lo que ofrecer un beneficio únicamente para un grupo de empleados, estando en la misma jerarquía, sería injustificado. Es decir, que, si se ofrece algo para un grupo de empleados, debe estar disponible para todas las personas dentro de las mismas jerarquías.

Pongamos el ejemplo de la familia Green, quien organizó su negocio en torno a los principios de la fe cristiana, y se negó a cumplir con la obligación, como empleador de más de 20 mil personas, de brindarle un paquete de cobertura médica a los empleados que ofrezca anticonceptivos. El caso, evidentemente es más complejo que el anterior, por lo que cabe preguntarse: ¿cotizan en bolsa? ¿Cuántas personas estarían afectadas por esta decisión? ¿Qué opinan las personas que podrían ser afectadas? ¿Qué religiones practican las personas afectadas?

La Corte Suprema de los Estados Unidos falló a favor del empleador<sup>27</sup>, que lo hacía de manera extremadamente excepcional ya que se trata de una persona jurídica (que no tienen ese derecho), pero lo hizo al considerar que el *ownership* de la empresa era «*closely held*» en el círculo familiar. No obstante, la decisión de mayoría (5-4), la Jueza Ginsburg hace un razonamiento en su opinión disidente

---

fundamentos de la religión era para transfusiones y no para hacerse exámenes. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 1706-08. (2008).

27. SCOTUS, *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. \_\_\_\_ (2014). Extraído de: [https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354\\_olp1.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf)

que hace más eco que lo decidido, advirtiendo que avalar dicha postura, estaría permitiendo que los empleadores impongan su religión a sus empleados de manera indirecta, abriendo portillos a que testigos de Jehová prohíban transfusiones sanguíneas, los cientólogos a los antidepresivos, mientras que judíos, musulmanes e hindús toda medicina derivada de cerdos como la anestesia.

Ginsburg cita en su opinión disidente el caso que la Corte Suprema de Minnesota<sup>28</sup> decidió en contra de una empresa con fines de lucro que previo a contratar a una persona, al ser cristianos fundamentalistas, no contrataban a una persona que viviera en una unión de hecho, a una mujer soltera sin contar con el consentimiento de su padre, a una mujer casada sin el consentimiento de su marido, ni tampoco a «*fornicadores o a homosexuales*», ¿Esto es algo que debe permitirse en las relaciones comerciales/laborales? Por supuesto que no, pues sería crear la facultad para que cada persona pueda crear sus propias reglas de comportamiento en el mercado.

En el caso de tratarse de una Organización sin fin de lucro (ONG), la regla no debería cambiar, por las mismas razones: al obtener la aprobación estatal para operar en una jurisdicción determinada, se debe someter a las reglas de operación que define el Estado de Derecho con su bloque de constitucionalidad, si esa entidad se encuentra en un territorio del sistema interamericano, deberá respetar las categorías protegidas.

Veamos con un ejemplo: imaginemos una ONG de corte evangélico que se dedica a brindar de manera gratuita servicios de migración ¿Sería justificado rechazar atender a una pareja del mismo sexo por ir en contra de sus convicciones religiosas? En mi opinión<sup>29</sup>, no sería justificado discriminarlos, pues al contar con la autorización de funcionamiento estatal, deben brindar los servicios que ofrecen al público, sin discriminar. Distinto será el caso de la motivación personal de los empleados de las ONG, pues en ese caso el Estado no podrá motivar a punta de decreto, a una persona que cumpla con su trabajo de buena forma. Por lo que en lo que se refiere a los aspectos de calidad, la solución cae en manos del libre mercado, abriendo portillos de responsabilidad civil en caso de incumplimientos defectuosos.

El asunto se vuelve un tanto más complejo cuando la convicción personal o religiosa, se interpone a confeccionar una obra artística o literaria, y todo ello

28. Supreme Court of Minnesota. State by McClure v. Sports & Health Club. 370 N. W. 2d 844, 847 (1985).

29. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia 16881-2008. escuchó un caso similar, pues consideró que era discriminador que una Asociación de Desarrollo Integral acordara no alquilar a un grupo de vecinos evangélicos: «*la cancha de deportes ni el salón multiuso, ya que ese tipo de eventos influyen directamente o indirectamente en la fe católica, y además hay muchas cosas que no compartimos...*».

dependerá en buena medida qué tanto se toque el tema de las convicciones personales en el momento de efectuar el entregable. Pongamos un ejemplo, imaginemos que un cliente me busca en mi oficina Hduarte Legal para pedirme una investigación específica, sobre un tema que va en contra de mis convicciones ¿Podría negarme de manera justificada?

Depende. Si ofrezco servicios de investigación sobre cualquier rama, y la labor sería únicamente la de recopilar, sistematizar y presentar un entregable, estaría obligado a brindar el servicio, aunque el contenido de la investigación fuera en contra de mis convicciones. Distinto sería el caso, que además de pedir el informe, me exijan suscribir y aceptar el contenido en contra de mis convicciones, pues ello iría en contra de la creación literaria.

¿Qué hay con un artista? ¿Podría un artista católico rehusarse en efectuar un encargo de pintar un cuadro de la «Última Cena» manifiestamente hereje<sup>30</sup>? En este caso el artista sí podría, por cuanto estaría plasmando su firma, su sello distintivo en una producción artística y resultaría casi imposible efectuar la separación entre su signo distintivo y lo genérico del encargo (como sería el caso que le encargaran pintar unas manzanas, por ejemplo).

En un caso ante la Corte Suprema de Nuevo México, consideró que un Estudio Fotográfico<sup>31</sup> que se rehusó a tomar fotografías a una pareja de lesbianas, era contrario a las leyes de no discriminación de dicho Estado, indicado que podrían haber indicado: «... una exención de responsabilidad en su sitio web o en la publicidad de su estudio que opongán el matrimonio entre personas del mismo sexo pero que cumplan con las leyes antidiscriminatorias aplicables. También sostenemos que el NMHRA es una ley neutral de aplicabilidad general, y como tal, no viola la Cláusula de Ejercicio Libre de la Primera Enmienda». El caso, a pesar de que estoy a favor de su decisión, me deja un sin sabor por cuanto considero que los fotógrafos<sup>32</sup> sí tienen un sello artístico, por lo que debería haberse exigido únicamente tomar fotos genéricas, sin que se vea comprometido su sello artístico en respeto a sus convicciones.

30. El caso contrario fue lo que ocurrió el 10 de noviembre del 2016 ante la Corte de Instrucción de Pamplona, en donde se resolvió el caso de una intervención artística para hacer conciencia sobre la pedofilia dentro del clero de la Iglesia Católica en donde se utilizaron hostias (el pan sacramental utilizado en la celebración de las misas). La Corte razonó que no era un delito de odio, por cuanto dicha intervención no se llevó a cabo en una Iglesia, ni tampoco se interrumpió una ceremonia religiosa. Se trata de una profanación, un acto irreverente, pero de ninguna manera mostraba hostilidad u odio frente a la Iglesia. Auto Juzgado de Corte de Instrucción n.º 2 de Pamplona No. 429/2016, Proceso 1084/2016.

31. New Mexico Supreme Court. Elaine Photography, LLC v. Willock, 309 P.3d 53 (2013).

32. Aprovecho en agradecer a mis amigos fotógrafos por su gran labor artística en particular a Anthony Murillo de Costa Rica.

En el caso del pastelero que se rehusó en hacer el pastel de bodas de una pareja del mismo sexo, por ir en contra de sus convicciones religiosas, la Corte Suprema<sup>33</sup> no entró en el fondo, no decidió si la religión se podría utilizar para discriminar. La Corte decidió el caso indicando que el ente que había sancionado al comerciante, había sido «hostil» contra la religión y no reflejaba una postura imparcial e independiente.

El Magistrado propuesto por Donald Trump, Neil Gorsuch, en una magistral clase de «*homofobia cordial*»<sup>34</sup> tomó en cuenta para su opinión concurrente, que los hechos del caso ocurrieron en el 2012, por lo que era razonable que se opusiera dado que no existía matrimonio civil igualitario. Continuando en su análisis del expediente, consta que la Comisión de Derechos Civiles de Colorado, además de escuchar el caso del pastelero, conoció de 3 casos adicionales, donde otros empresarios se rehusaron hacer pasteles a raíz que buscaban crear mensajes odiosos contra parejas del mismo sexo (ejemplo: un pastel en forma de Biblia que dijera: «*Dios odia a las maricas*»), señalando que era un trato diferenciado e injusto que a los que se oponían al odio y a la degradación de homosexuales, sí se les permitiera rehusar hacer el pastel; pero no al que objetaba al amor.

Finalmente, destaco que en su análisis indica que no se trataba de un caso de homofobia pues el pastelero además de rechazar vender el pastel a la pareja, también rechazó venderlo a la madre de la pareja. De tal manera que no importaba si el cliente era homosexual o heterosexual, siempre se rehusaría a vender pasteles para bodas entre parejas del mismo sexo. Ese razonamiento es equivocado, pues el acto de la homofobia no deviene solo del cliente, sino del mensaje detrás de la denegación del producto.

Es decir, la homofobia viene en rehusarse a vender (es un negocio) pasteles para bodas civiles de parejas del mismo sexo. El señor pastelero tiene todo el derecho de no regalar pasteles a parejas del mismo sexo, así como también tiene todo el derecho a poner los rótulos que quiera en contra de la igualdad de las personas, también puede decidir no tener amistades homosexuales; pero si entra en el mundo de los negocios, debe entender que, al hacerlo, cruza un puente y entra a una dimensión donde todas las personas deben ser tratadas iguales.

La magistrada Ginsburg, en la opinión disidente emitida en conjunto con la honorable jueza Sotomayor, considera que no existe una violación de los

33. SCOTUS. *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018).

34. Término co-autorizado con el director de Fundación Igualitxs: Dr. Amaral Palevi Gómez. Ver: Arevalo, A. y Duarte, H. (2018). De lo Hardcore a lo light: injurias y homofobia cordial en El Salvador. Extraído de: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/28368>

derechos del pastelero, y pone sobre la mesa que después de analizar las «creaciones artísticas» de Phillips, que podría haber entregado un pastel genérico a las parejas del mismo sexo, sin ser obligado a plasmar «su sello artístico» en el mismo. En resumen:

- Si se ofrece un bien o servicio debe estar disponible para todas las personas
- Si el bien o servicio requiere una habilidad especial, entonces debe respetarse la convicción personal, pero se debe entregar un servicio o bien genérico.
- La diferencia que existe entre el producto genérico y el que lleva el «sello artístico» será la motivación que no es posible obligar por medio de una ley, sino que será el libre mercado el cual debe resolver.

Como bien lo explica el profesor de Georgetown Paul Smith: «*La gente en este país tiene todo el derecho a desaprobarme personalmente mi matrimonio. Pero no deberían tener derecho a traducir esas creencias en políticas de exclusión cuando abran un negocio como la Masterpiece Cakeshop. Pueden elegir a quién asociar en sus vidas privadas. Pero no cuando abren un negocio que sirve al público*<sup>35</sup>».

## 2. LIBERTAD RELIGIOSA DESDE LA ÓPTICA ESTATAL

Para alejarnos de casos comerciales, vale la pena recordar el caso de Kim Davis, la funcionaria americana que decidió no entregar una licencia para matrimonio, a una pareja del mismo sexo, a pesar de que legalmente la pareja estaba facultada para casarse civilmente (no religiosamente), cuando ella rechazó cumplir sus funciones por la cual recibe un salario del Estado, recibió una orden de cumplimiento por parte de una corte nacional ¿El Estado violentaba su fe?

En primera instancia, cualquiera puede pensar que sí, pues Davis estaba siendo obligada a violar su fe, pues con tal orden estaban forzándola a ir en contra de su convicción personal y religiosa que dos personas del mismo sexo no pueden casarse civilmente. Pero si nos detenemos a analizar la situación con detalle, vemos que en realidad su convicción personal en nada está siendo

35. Smith, P. (2018) The real cost of Masterpiece: It's personal. Balkinization. Extraído de: <https://balkin.blogspot.com/2018/04/the-real-cost-of-masterpiece-its.html> De Smith, también resulta importante destacar que fue uno de los abogados que lideró la victoria ante la Corte Suprema de Lawrence Vs. Texas (2003) que significó la abolición de la criminalización de la homosexualidad en Texas, el perfil completo del profesor puede revisarse en: Paul M. Smith. (s.f.) Extraído de: <https://www.law.georgetown.edu/faculty/paul-m-smith/>

afectada (ella podrá continuar teniendo esa visión) pero se le explicó que, en su trabajo, como funcionaria pública, debía entregar licencias de matrimonio civil (no religioso) a toda persona que cumpla con los requisitos legales. Su trabajo no es brindar sus visiones personales del matrimonio civil, sino cumplir la ley. En este sentido, sus opciones eran: decidir cumplir con su trabajo (por el cual le pagan) o renunciar<sup>36</sup>.

El caso de la señora Davis es muy diferente a la situación que ocurrió en los años 90 en Texas, cuando el Consejo de Hialeah instauró una ordenanza que prohibía el sacrificio de animales para rituales, tras escuchar que una iglesia de Santería se estaría instalando en dicha comunidad. La decisión fue unánime en la Corte Suprema Americana en considerar esa disposición una violación a la libertad religiosa, pues era una ley de aplicación específica y no de aplicación general<sup>37</sup>. A Davis no le estaban imponiendo una ley en forma específica, sino que todas las personas con su cargo (funcionaria de licencias de matrimonio) debían cumplir con la ley.

Relacionado con este planteamiento, cuando en Francia se prohibieron el uso en lugares públicos del *burka* y el *niqab*, se generó la discusión sobre si existía o no una violación a la fe de las mujeres musulmanas. El caso llegó a la sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>38</sup> (máxima autoridad en derechos humanos en Europa, no en América Latina) destacando la prohibición no estaba expresamente basada en la connotación religiosa de la ropa en cuestión, sino únicamente por el hecho de que ocultaba la cara, y que Francia tenía entonces un amplio margen de apreciación para regular la convivencia social conforme a los estándares de la sociedad francesa. El Tribunal consideró que la prohibición impuesta por la Ley podía considerarse proporcionada al objetivo perseguido, a saber, la preservación de las condiciones de «convivencia» como elemento de «protección de los derechos y libertades de los demás». La limitación impugnada era por lo tanto «necesaria en una sociedad democrática». En Costa Rica, esa prohibición sería innecesaria, de conformidad con su jurisprudencia constitucional<sup>39</sup>.

36. Los hechos de rehusarse a colaborar en matrimonios civiles (no religiosos) de parejas del mismo sexo se han presentado en Francia: Consejo Superior de la Magistratura. Consejo Constitucional de Francia. N.º 2013-353 QPC (2013) y en Canadá: Supreme Court of Canada. (2004) 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79.

37. SCOTUS. Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah, 508 U.S. 520 (1993).

38. TEDH. SAS v. Francia. Solicitud n.º 43835/11. Dicho Tribunal se pronunció en el mismo sentido en los asuntos: TEDH. Leyla Sahin v. Turquía. No. 44774/1998 (2004). TEDH. Drogu y Kervanci c Francia. No. 27058/05. (2008). Rodríguez, J. (2014) Consideraciones sobre la igualdad de género, la libertad religiosa y el burqa. Cuesta, V., Santana, D., et al. «Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual», 137-155. España: Thomson Reuters Aranzadi, P. 140-149.

39. Se declara con lugar un amparo a un Taoísta, por prohibírsele el acceso a un centro comercial al ir descalzo, considerando que andar descalzo no afecta derecho de

Sobre el aspecto de la objeción de conciencia en aspectos militares conviene recordar la resolución de la Asamblea General de la ONU sobre la «*Situación de las personas que se niegan a prestar servicios en fuerzas militares o policiales empleadas para imponer el Apartheid (Resolución 33/165)*», del 20 de diciembre de 1978, en donde se reconoció «*el derecho de todas a negarse a prestar servicios en fuerzas militares o policiales empleadas para imponer el Apartheid*».

Casi dos años después de esa decisión de Naciones Unidas, en un revoltoso momento de la historia de El Salvador, el obispo Óscar Arnulfo Romero apela a la objeción de conciencia de la Guardia Nacional que reprimía al pueblo: «*Yo quisiera hacer un llamamiento muy especial a los hombres del Ejército, y en concreto a las bases de la Guardia Nacional, de la policía, de los cuarteles: Hermanos, son de nuestro mismo pueblo, matan a sus mismos hermanos campesinos y, ante una orden de matar que dé un hombre, debe de prevalecer la ley de Dios que dice: "No matar". Ningún soldado está obligado a obedecer una orden contra la ley de Dios. Una ley inmoral, nadie tiene que cumplirla. Ya es tiempo de que recuperen su conciencia y obedezcan antes a su conciencia que a la orden del pecado. La Iglesia, defensora de los derechos de Dios, de la ley de Dios, de la dignidad humana, de la persona, no puede quedarse callada ante tanta abominación. Queremos que el Gobierno tome en serio que de nada sirven las reformas si van teñidas con tanta sangre. En nombre de Dios, pues, y en nombre de este sufrido pueblo, cuyos lamentos suben hasta el cielo cada día más tumultuosos, les suplico, les ruego, les ordeno en nombre de Dios: ¡cese la represión!*<sup>40</sup>».

Óscar Arnulfo Romero fue asesinado el día siguiente por los escuadrones de la muerte organizados por Roberto D'Aubuisson Arrieta<sup>41</sup>. La fecha del

---

terceros, como tampoco lo hacen otras creencias o manifestaciones religiosas, como usar ciertas prendas de carácter religioso (como el hiyab) o hasta ciertos tipos de corte de pelo. La Corte determinó que el factor determinante es que exista libre voluntad de la persona, es decir que nadie la someta a efectuar determinada práctica y que no se afecte el contenido esencial de un derecho fundamental. Ver: CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 11075-12. En el mismo sentido, en relación con el hiyab musulmán, ver: CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 2706-16. Mientras que en relación con el pelo largo, puede revisarse el caso en el que se amparó a un estudiante que se le negaba utilizar el pelo largo: CSJ de Costa Rica, Sentencia No.11723-2018.

40. Homilía del 23 de marzo de 1980 brindada en la Iglesia la Divina Misericordia de San Salvador. Monseñor Romero: «debe de prevalecer la Ley de Dios que dice: "No Matar"». (2015). CNN, Extraído de: <https://cnnespanol.cnn.com/2015/05/22/monsenor-romero-debe-de-prevalecer-la-ley-de-dios-que-dice-no-matar/>
41. El obispo Romero recibió fuertes críticas de parte de la prensa como: «*Un arzobispo demagogo y violento*»... o como dejar desapercibido que un día antes del asesinato del arzobispo Romero, el 23 de marzo se publicará un artículo en El Diario de Hoy que indicaba: «será conveniente que la Fuerza Armada empiece a aceptar sus fusiles». Al respecto ver: Así citado en: De la Locura a la Esperanza. la guerra de los Doce Años en El Salvador. (1992). El Diario de Hoy, Extraído de: [http://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/04/informe\\_cv\\_es.pdf](http://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/04/informe_cv_es.pdf) p. 132, 133, 139-144. A nivel personal, en abril

magnicidio de Romero, el 24 de marzo de 1980, se entiende como el día que inicia la sangrienta guerra civil salvadoreña. La guerra solamente deja miserias, aún y cuando termina, por eso la historia de Costa Rica con la decisión de «don Pepe» Figueres de abolir el ejército en 1949, marca la gran diferencia entre los dos países, ya que Costa Rica decidió inyectar capital y recursos a la educación en lugar de munición.

Por ello, resulta relevante qué indicó la Sala Constitucional de Costa Rica sobre el derecho a la paz: la existencia de un verdadero derecho fundamental a la paz, tanto en su vertiente positiva (construir la paz), como en su vertiente negativa (mantener la paz): «**VII. DERECHO A LA PAZ: HAZ DE FACULTADES DE LAS PERSONAS.** *Las personas, como parte del contenido esencial del derecho a la paz, tienen a su haber un haz de facultades de las que son titulares, tales como las siguientes: a) oponerse a todo tipo de conflicto o enfrentamiento bélico o armado interno o externo; b) oponerse y condenar todo tipo de intervención (militar, política o económica) del Estado en un conflicto extranjero; c) la objeción de conciencia; d) luchar contra la propaganda bélica y la apología de la guerra; e) impulsar y fomentar el desarme; f) potenciar el dialogo y conocimiento entre culturas y religiones para lograr la tolerancia y comprensión mutua; g) promover el desarrollo sostenible y la armonía con el medio ambiente o la naturaleza; h) fomentar que se dé prioridad a la inversión social sobre la militar; i) impulsar la educación para la paz, la tolerancia y el respeto de los derechos humanos; j) oponerse a la carrera e industria armamentistas. Evidentemente, estos derechos o facultades que forman parte del derecho fundamental y humano a la paz, suponen una serie de obligaciones correlativas a cargo de los poderes públicos que deben ser cumplidas a través de políticas públicas e instrumentos normativos. El derecho a la paz se encuentra vinculado a valores constitucionales fundamentales como el respeto de la dignidad humana, y a otros derechos como la vida, la integridad física y la salud, dado el impacto incalculable, sufrimiento indecible y desolación que producen los enfrentamientos bélicos sobre las personas».*

Finalmente, para cerrar esta sección, parece prudente recordar la discusión moral que se generó sobre el inicio de la vida humana en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica<sup>42</sup>, el cual decidió la Corte IDH, en una magistral sentencia en la que levantó la prohibición de realizar prácticas de Fecundación In Vitro en

---

del 2018, tuve la oportunidad de dar una conferencia en la escuela de derecho de la Universidad de Oslo, organizada por el profesor Stener Ekern quien fue uno de los redactores del informe de la Comisión de la Verdad. A la fecha, muchos de los crímenes ocurridos en la guerra civil siguen sin resolverse.

42. Castaldi, L., Oviedo, J., et al. (2016). Artavia Murillo vs. Costa Rica Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro. Querétaro, México: CISAV. Extraído de: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20170808\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170808_01.pdf)

Costa Rica, a fin de que parejas con problemas de fertilidad, pudieran cumplir con su sueño de tener hijos para hacer crecer su familia.

En resumidas cuentas, el Estado no puede afectar las más profundas convicciones de una persona a raíz del derecho a la libertad religiosa, pero ello no se ve afectado cuando los funcionarios públicos, deben cumplir con sus obligaciones legales en ejercicio de sus labores remuneradas.

### 3. ¿CLASES DE BIBLIA O DE SEXO? CONFLICTOS DE LIBERTAD RELIGIOSA Y EDUCACIÓN

#### 3.1. Oposición a educación religiosa

Estudié en un colegio católico del Opus Dei en El Salvador. En las mañanas, al iniciar las clases a las 7 de la mañana, comenzábamos con la oración correspondiente al día de la semana. Antes del primer receso que ocurría a las 9 de la mañana, era la hora sagrada, pues en el colegio se celebraba la santa Misa, la cual era una opción asistir, o bien quedarse estudiando. Entrado el día a la hora de almorzar, consagrábamos los alimentos con el rezo del *Angelus* (o el *Regina Coeli*, dependiendo de la temporada); y a la salida, terminábamos con una oración final. Así fueron mis días que abarcan desde el grado 1 de primaria hasta terminar el bachillerato, esa fue la decisión de mis padres de conformidad con sus profundas convicciones y en apego a su libertad religiosa.

Igual que mis padres, Madalyn Murray O'Hair tenía derecho de decidir sobre la educación de su hijo de 14 años. A diferencia de mis padres, Murray consideraba que la práctica de lectura de Biblias (y la de rezar oraciones) que implementaron en la escuela pública donde recibía clases su hijo, era contrario a sus convicciones y a la de su hijo. La señora Murray además de ser atea, era abogada, por lo que decidió plantear el caso ante la Suprema Corte de ese país. La decisión<sup>43</sup> de 1963, resolvió que la práctica en las escuelas públicas era contraria al *establishment clause* (Primera Enmienda). La Corte estableció con *test*<sup>44</sup> para determinar la constitucionalidad de alguna medida: si la medida a evaluar de alguna manera avanza o inhibe la religión, entonces es inconstitucional, aclarando que para que sea constitucional deba cumplir con dos condiciones:

43. SCOTUS. *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

44. Este estándar evolución al «*Lemon Test*» el cual agregó un tercer elemento: que el acto no resulte en un enredo gubernamental excesivo. Ver: SCOTUS. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971)

- Que tenga un propósito legislativo secular,
- Que su efecto primario ni avance a la religión (como leer Biblias), ni tampoco la inhiba (como poner clases anti-religión, por ejemplo).

La diferencia principal entre ambos casos, radica en la naturaleza pública del colegio del hijo de Murray y la obligación secular del Estado, la cual no permea los colegios privados, en el sentido que, en base al derecho de libertad de asociación, personas pueden formar un colegio de principios religiosos y educar de conformidad a esas creencias. Ahora bien, es importante recordar lo indicado en lo que respecta a las categorías protegidas del sistema interamericano, pues sería contrario a derecho que un colegio religioso, pese a ser religioso, que discrimine a un alumno por ser homosexual o transexual.

En ese caso, ¿podrían además objetar recibir clases de religión? Sí. En un colegio similar al mío, unos padres de familia decidieron objetar las clases de religión que recibía sus hijo en un colegio privado. La Sala Constitucional de Costa Rica<sup>45</sup> amparó a los padres de familia, indicando que las clases de religión continuarían, pero que los padres tenían el derecho de retirar<sup>46</sup> a su hijo de esas clases, a pesar de la naturaleza privada y religiosa del colegio.

En Costa Rica, a pesar de la declaración confesional por la fe católica, la educación también es Laica. Esto se decidió en el año 2010<sup>47</sup>, año en el que anuló el Art. 34 párrafo segundo del Reglamento a la Ley de la Carrera Docente que indicaba lo siguiente: «*Para la selección del personal dedicado a la educación religiosa, será requisito indispensable la autorización previa que extenderá la Conferencia Episcopal nacional...*». Haciendo uso de una interpretación sistemática, armónica y contextual de la Constitución política de 1949, determinaron que la intención del constituyente era la de: «*separar la esfera religiosa de la educativa. Así, basta constatar que la Constitución del 49 le dedica el Título VI, concretamente, el artículo 75 al carácter confesional del Estado y la libertad religiosa, en tanto el Título VIII –conformado por trece artículos del 76 al 89– regula, específica y separadamente, la educación y la cultura. En los numerales 76 a 89 de la Constitución no se hace referencia alguna a contenidos religiosos de la educación pública o privada.... Estado y sus poderes públicos, aunque tienen un carácter confesional, no pueden imponer, en el sistema de educación público o privado,*

45. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia 21081-2010. Railen Hernández, jurista venezolano, Director de la Práctica de Derechos Humanos de Hduarte Legal, considera que esta postura no es correcta, pues la opción en este caso sería permanecer en la escuela (con todas sus clases) o retirarlo.

46. La Sala Constitucional de Costa Rica ha amparado casos similares en donde estudiantes han objetado participar de actividades que se realicen sábados, por ir en contra de su religiones. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 15326-08. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 17845-15. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 9414-15.

47. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional. Sentencia No. 2023-2010.

*determinados contenidos religiosos, por el contrario, deben procurar el pleno ejercicio y goce de la libertad y la tolerancia religiosa como valor constitucional fundamental que asegura una coexistencia pacífica y armónica del conglomerado social, más aún cuando la realidad muestra una gran diversidad y heterogeneidad».*

Continuó la Sala indicado que: *«En el terreno educativo, el Estado costarricense está llamado y obligado a respetar el principio de la neutralidad religiosa».* Por ende, existe en Costa Rica el principio de neutralidad religiosa en el ámbito educativo. La sentencia en comento además establece la obligación que en ese campo, se debe promover estudios y materias que enseñen: *«la dignidad de la persona y la igualdad, constituyen valores y principios constitucionales evidentes que imponen una educación confesionalmente neutra. .... para que se asegure el logro de los fines de ésta tales como la tolerancia, la comprensión y el entendimiento entre todos los grupos religiosos, todo en aras de actuar el valor superior a la paz o la coexistencia pacífica de los pueblos y sus diversos grupos religiosos. Los contenidos curriculares de la educación pública, por consiguiente, deben ser fiel reflejo de tales objetivos que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de la Constitución<sup>48</sup>».*

En una intensidad menor a la de recibir clases de Biblia, un grupo de padres de familia se quejó que la presencia de crucifijos en las aulas violaba el principio de laicidad según el cual buscaba educar a sus hijos. El TEDH<sup>49</sup> señaló que si bien es cierto que al permitir la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas –un signo que indudablemente se refería al cristianismo– las normas otorgadas a la religión mayoritaria del país tenían una visibilidad preponderante en el entorno escolar eso no fue suficiente en sí mismo para denotar un proceso de adoctrinamiento por parte del Estado. Además, un crucifijo en una pared era un símbolo esencialmente pasivo que no podía considerarse que tenía una influencia en los alumnos comparable a la del discurso didáctico o la participación en actividades religiosas.

48. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional. Sentencia No. 2023-2010.

49. TEDH. Lautsi y otros v. Italia [GC] Solicitud n. 30814/06. En un caso similar el Tribunal Supremo Español determinó que La neutralidad del Estado con la religión no se vio afectada en un caso en que solicitaba remover de una municipalidad una cruz cristiana que tiene 600 años de estar en dicha villa en Orihuela. En este caso, la Corte Suprema Española determinó que la neutralidad Estatal no se ve comprometida por la presencia de dicho símbolo, por cuanto es un aspecto histórico y cultural del país, ver: Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso Administrativo. Rec. 4118/2011 (2013). Caso contrario a lo que se decidió en Alemania donde un crucifijo en la pared de una municipalidad se consideraba una violación a la neutralidad del Estado. Ver: Tribunal Federal de Justicia de Alemania. Verwaltungsgerichtshof Kassel, Beschluss vom 1. jun. 2005-8 UZ 54/04 (*Verwaltungsgerichtshof Kassel*, decision of 1 June 2005-8 UZ 54/04).

### 3.2. Oposición a educación sexual

Los grupos conservadores, que marchan al son del «*reguetón conservador*<sup>50</sup>» tienen diferentes armas para promover su intolerancia hacia la diversidad sexual, siendo una de estas las campañas de #ConMisHijosNoTeMetas, en la cual mezclan verdades, con medias verdades y con mentiras. Normalmente, este tipo de alegatos surgen cuando escuchan «educación sexual» para que un grupo de personas, mayoritariamente señoras, desencadenen todo tipo de protestas para combatir situaciones que son irreales y que no van a ocurrir.

Un ejemplo de ello lo encontramos con una señora madre de familia, que formaba parte de una protesta en contra de la educación sexual en los colegios públicos, expresó ante la prensa: «*En Romanos 1, del 18 en adelante dice que el que comete estos actos merece la muerte. Edúquense con la Biblia porque esto es falta de ignorancia de la Biblia*<sup>51</sup>».

Estas reacciones desmedidas son fruto de la desinformación en relación con la educación sexual, la cual tienden a confundirla (mal intencionadamente) con pornografía o con la absurda idea que se trataría de clases de sexo. La educación sexual es importante, pues los adolescentes harán lo que hace todo adolescente (con o sin educación sexual), presentándose complicadas situaciones que ocurre cuando una niña de 10 años queda embarazada<sup>52</sup>. Prohibir la educación sexual para todas las personas, como ha ocurrido de forma reiterada en El Salvador, está mal.

Lo único que sí es cierto, es que los padres de familia (aún los fanáticos) tienen derecho a educar a sus hijos (mientras se mantengan bajo su autoridad parental), así una madre –como la señora promotora de la Biblia y asesina– tiene el derecho de decidir sobre su hijo menor de edad para que no reciba determinadas clases a raíz de su convicción religiosa y creencias; también es cierto, que los estudiantes deben tener derecho y acceso a una educación

50. Siverino, P. (2018) «Ideología de Género: El Reguetón Conservador». *El Faro*, Extraído de: <https://elfaro.net/es/201807/columnas/22219/Ideolog%C3%ADa-de-g%C3%A9nero-el-reggae-t%C3%B3n-conservador.htm>

51. Frase acuñada por una madre de familia costarricense, cuando en un acto de vandalismo puro, decidió cerrar una escuela pública a fin de protestar por la impartición de clases de educación sexual a los adolescentes –menores de edad– de una escuela pública en San Carlos, Costa Rica. Esto puede ser verificado en el siguiente enlace: «El que cometa esos actos (homosexuales) merece la muerte». (8 febrero, 2018). *CrHoy*, Extraído de: <https://www.crhoy.com/nacionales/padres-que-cerraron-escuela-en-san-carlos-el-que-cometa-esos-actos-merece-la-muerte/>

52. Fondo de Población de las Naciones Unidas. (2016). Maternidad y unión en niñas y adolescentes: Consecuencias en la vulneración de sus derechos. Extraído de: [https://elsalvador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Maternidad\\_Uniones\\_ninas%20yadolescentes\\_vo.2016.pdf](https://elsalvador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Maternidad_Uniones_ninas%20yadolescentes_vo.2016.pdf)

neutral, que sin ser un adoctrinamiento, los preparen para las realidades que enfrentarán en la vida. En todo caso, ello no significa que su religión y convicción personal, pueda estirarse al punto que sus principios le apliquen al resto de padres de familia (y a sus respectivos hijos).

Por ello, cuando en Costa Rica se presentó un desafío en contra de la educación sexual, la Sala<sup>53</sup> determinó que no era inconstitucional que se impartiera en una escuela pública. Pero que los padres de familia, en atención a los artículos 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 18, inciso 4; Art. 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 26, inciso 3; y el Art. 12.4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos estaban facultados en retirar a sus hijos de dichas clases.

Distinta fue la posición tomada por el TEDH<sup>54</sup>, cuando evaluó las actuaciones de una madre que rehusaba a que su hija recibiera educación sexual. El Tribunal determinó que las autoridades suizas no excedían con su margen de apreciación. Las autoridades nacionales reconocieron la importancia primordial del derecho de los padres a proporcionar educación sexual a sus hijos y especifican que el único papel de la escuela es «complementar» la educación sexual proporcionada por los padres. Al proporcionar una orientación detallada, las autoridades suizas han mostrado sensibilidad al tratar con los diferentes intereses en juego. Agregó la Corte que, el Convenio no otorga a los padres que tienen una religión o filosofía en particular el derecho de negarse a participar en la educación pública que pueda ser contrario a sus ideas; sino que limita a la prohibición del Estado de adoctrinar a los niños a través de su enseñanza. Concluyó que, las autoridades no perseguían ese objetivo.

En el mismo sentido, se pronunció el TEDH<sup>55</sup> al confirmar la sanción que recibieron unos padres de familia de la Iglesia Cristiana Evangélica Bautista con fuertes creencias morales que tenían niños que asistían a una escuela primaria pública local. Las clases obligatorias de educación sexual forman parte del currículo escolar en el cuarto año de la escuela primaria. En 2006, la escuela decidió realizar talleres de teatro de dos días a intervalos regulares para niños de tercer y cuarto grado, con el fin de crear conciencia sobre el problema del abuso sexual de niños. Finalmente, era una tradición escolar organizar una celebración anual de carnaval. A los estudiantes se les ofreció clases de natación o ejercicios en el gimnasio como actividad alternativa si no deseaban asistir al carnaval. Los solicitantes impidieron que sus hijos participen en algunas o todas las actividades anteriores y, como resultado, fueron multados por un delito

53. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia 10456-2012.

54. TEDH. AR y LR v. Suiza. Solicitud n. ° 22338/15.

55. TEDH. Dojan y otros v. Alemania. Solicitud n. 319/08, 2455/08, 7908/10 y otros.

administrativo que, en el caso de dos padres que no pagaron, se convirtió posteriormente en una pena de prisión.

La Corte destacó que el Convenio Europeo requiere que los Estados, en el cumplimiento de las funciones que asumen en materia de educación, velen porque la información o los conocimientos incluidos en el plan de estudios se transmitan de manera objetiva, crítica y pluralista y evitar el adoctrinamiento que podría considerarse que no respeta las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Agregó que las clases de educación sexual en cuestión tienen como objetivo la transmisión neutral del conocimiento sobre la procreación, la anticoncepción, el embarazo y el parto de acuerdo con las disposiciones legales subyacentes y las pautas y el plan de estudios subsiguientes, basados en los estándares científicos y educativos actuales.

Finalmente, destacó no había indicios de que la información o el conocimiento impartido en ninguno de los eventos denunciados no se transmitiera de manera objetiva, crítica y plural. Al sancionar a los padres por negarse a enviar a sus hijos a las clases obligatorias de educación sexual, el taller de teatro y la celebración del carnaval, las autoridades nacionales no habían excedido su margen de apreciación.

Estos casos nos evidencian lo discutido que es el tema, el derecho de los padres a educar a sus hijos es algo importante que debe respetarse, al igual que el derecho que tiene un menor a recibir una educación formal, objetiva, neutral que le de herramientas para hacer frente a las realidades a las cuales se enfrentará.

#### 4. LOS QUIRÓFANOS Y DIOS: LIBERTAD RELIGIOSA Y SALUD

Otra materia de gran complejidad es el que se presenta ante choques entre convicciones religiosos y obligaciones médicas. Estos casos se presentan tanto en hospitales públicos, como privados en donde doctores deben por un lado ejecutar su juramento Hipocrático de salvar vidas y que en algunos casos ello puede significar ir en contra de sus más profundas convicciones. Pongamos, por ejemplo, el caso del doctor Santi To que, de conformidad con sus más profundas convicciones, el aborto es uno de los peores crímenes que existen, además que implica la excomulgación de su Iglesia.

Consideremos los siguientes escenarios para el doctor To:

- Mujer llega a solicitar un aborto, tras una noche de excesos.
- Mujer llega a emergencias, en medio de la operación para salvar su vida, se enfrentan a la complicación que está embarazada y debe realizar un aborto terapéutico.
- El país en donde ejerce la medicina el aborto es ilegal.

¿Qué puede hacer el doctor To? ¿Afecta en algo que se trate de un hospital público o uno privado? ¿Se encuentra obligado a practicar el acto que va en contra de sus propias convicciones? ¿Cambiaría en algo si el aborto es legal? Estas son algunas de la preguntas que son usuales plantearse en este tipo de casos, una guía común que se ha dado para responder sobre las calurosas propuestas que giran, la encontramos en el criterio de la Corte Constitucional de Colombia<sup>56</sup>, la cual en lo que concierne a la objeción de conciencia, determinó:

1. La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas.
2. La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales.
3. La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos.
4. La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva.
5. La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso.
6. La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto.
7. La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.
8. El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto.

## 5. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE CULTO

El ejercicio de la libertad de culto, implica el reconocimiento del Estado por más extraña que pueda parecer la religión, mientras no roce con principios contra el orden público y no persiga un fin ilegal, debe respetarse. Es imposible olvidar que el reconocimiento de Iglesia por parte del Estado, implica importantes beneficios fiscales<sup>57</sup> (no pagar impuestos, por ejemplo), y

56. CSJ de Colombia. Corte Constitucional de Colombia, No. T-209-2008. De forma relacionada: Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos (2011). Extraído de: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresaccesoinformacionmateriareproductiva.pdf>

57. Un tratado de impuestos e iglesias puede encontrarse en la obra de: Zelinsky, E. (2017). *Taxing the Church: Religion, Exemptions, Entanglement, and the Constitution*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.

que la obtención de tal validación puede significar un martirio para algunas<sup>58</sup> prácticas religiosas.

decir, la celebración del acto religioso es otro acto igualmente importante el cual debe respetarse, sin interrupciones, pues de lo contrario podría implicar una sanción por lesionar la libertad de religión de otras personas. Tal y como ocurrió cuando treinta personas interrumpieron la celebración de una misa para gritar slogans a favor del aborto y en contra de la Iglesia, siendo condenadas por crímenes en contra de la libertad de religión<sup>59</sup>.

Considero oportuno aclarar que aspectos satíricos, críticas excesivas o hasta situaciones como manchar paredes de la Iglesia en una protesta, no son sancionables (más que por el daño de la propiedad), siempre y cuando no se realicen dentro de la celebración religiosa. Es decir que una persona, podría hacer una burla o crítica de determinada práctica religiosa, pero no podría hacer algo para impedir dicha práctica, pues sería una violación al derecho de libertad de culto de alguien más.

En muchos casos, se presenta la situación que un excesivo ejercicio del derecho de libertad de culto, ha lesionado otros derechos, por ejemplo, por el ruido excesivo, desmedido y desproporcional que algunas celebraciones religiosas generan. Tal y como ocurre con un recital, que se encuentra sujeto a reglas y horarios, de igual manera las religiones deben cumplir dicha normativa. Tal y como explicó la Corte Constitucional de Colombia «*Dado que el ruido producido con la manifestación personal o colectiva de un credo puede llegar a perturbar derechos de terceros y ser un factor que trastorne la tranquilidad, la intimidad e incluso a largo plazo, la salud y vida de las personas que se ven constantemente expuestas a un desequilibrio del medio ambiente circundante o de sus jornadas de sueño y de descanso, la Corte Constitucional ha reconocido que la realización de actividades de expresión de un credo –cantos, palmas y prédicas, con el apoyo de instrumentos musicales y equipos de sonido–, puede afectar el descanso de algunos ciudadanos e incidir en su intimidad*<sup>60</sup>». Regular no es limitar. Es ordenar.

58. Un ejemplo lo encontramos en la batalla que por décadas sostuvo la autoridad de impuestos de los EUA y la iglesia de la Cienciología, la cual finalmente terminó en 1993 con el reconocimiento de la naturaleza religiosa a todos sus capítulos. What is the significance of the IRS ruling regarding churches of scientology? Scientology. Extraído de: <https://www.scientology.org/faq/church-funding/significance-of-irs-ruling.html> En Costa Rica, un ejemplo de esta problemática lo encontramos en el proyecto de Ley 19.909 dado que existen una serie de violaciones a tal principio que han sido detalladas por los juristas Gabriel Duran y Ana Luisa Villegas Loaiza. Ver: Duran Herrera G. y Villegas Loaiza, A. y otros (2018) Human Rights Kit. Fundación Igualitxs. Pág. 174 y ss. Extraído de: <https://www.fundacionigualitos.org/human-rights-kit>
59. Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Penal (835/2017, 19 de diciembre de 2017, Rec. 47/2017).
60. CSJ de Colombia, Corte Constitucional, Voto T-166/09.

En otro caso de limitaciones a la práctica abusiva de la libertad de culto, lo tenemos en un ejemplo de la elección presidencial 2018 de Costa Rica, en donde la religión tomó un rol preponderante en la contienda electoral. Tras la organización de una serie de eventos («Marchas por la Familia», Jornadas de Oración y entrega de panfletos con fines electorales) por parte de la Alianza de Iglesias Evangélicas y la Conferencia Episcopal, el Tribunal Supremo de Elecciones<sup>61</sup> amparó la acción interpuesta por Víctor Sibaja y ordenó a las Iglesias que se abstuvieran a influir políticamente a sus fieles.

La importancia del caso, es que evidencia que el derecho a la libertad de culto tiene límites, en cuanto a su contenido.

Finalmente, otro caso que deja abierta la discusión acerca de la esfera impenetrable de la libertad de culto, entra en los discursos inflamables, degradantes y cargados de odio que el pastor *Åke Green*<sup>62</sup> emitió en el marco de un sermón religioso. Lo curioso del caso es que la Corte Suprema Sueca, consideró que el pastor había excedido su libertad de expresión y de religión conforme a la Ley Sueca, pero consideró que el caso terminaría siendo revertido por el TEDH, por lo que decidió resolver a favor del religioso.

En una sociedad democrática, los debates de temas complejos nutren a la sociedad misma<sup>63</sup>. La religión y los derechos humanos no deben considerarse antagónicos<sup>64</sup>, en muchos casos las religiones<sup>65</sup> han sido punto de encuentro para el avance de Derechos. Lo que ocurre es que, ante la desnaturalización del concepto de discriminación, existen personas que consideran imposiciones, cosas que realmente no lo son.

### III. ¿COSTA RICA LA SUIZA O LA ARABIA SAUDITA DE CENTROAMÉRICA? EL ESTADO CONFESIONAL

Tal y como se adelantó, Costa Rica es un estado confesional al tener expresamente reconocida la Religión Católica, Apostólica y Romana como oficial. Esto significa que las participaciones del Estado, por medio de sus poderes

61. Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica. Sentencia No. 1375-E1-2018.

62. Corte Suprema de Suecia. Caso No. B 1050-05. (2005). Extraído de: <http://www.emaso.com/links/ref-articles/ref29e/ref29s.htm>

63. The Practice of Freedom (21 de enero de 2013). *Freedom Speech Debate*, Extraído de: <http://freespeechdebate.com/discuss/the-practice-of-freedom/>

64. Green, C. y Witte, J. (2013). *Religion. The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.

65. Green, C. y Witte, J. (2013). *Religion. The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.

fundamentales en celebraciones religiosas<sup>66</sup> o el uso de imágenes en instituciones públicas<sup>67</sup> son manifestaciones de ello.

Pero esta confesionalidad, por ejemplo, no aplica en materia educativa, donde el constituyente estableció el principio de neutralidad. De igual manera, los puestos de poder, deben ser no confesionales: *«en la Constitución de 1949 existen otras normas que marcan una clara tendencia laica y a consagrar el principio de la separación –por lo menos imperfecta– entre la esfera religiosa y el ámbito político, administrativo, judicial y electoral, así, a manera de ejemplo, para ser Presidente o Vicepresidente de la República, Ministro de Gobierno, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o del Tribunal Supremo de Elecciones se precisa ser del estado seglar (artículos 131, inciso 2°, 142, inciso 3°, 159, inciso 3°, 100, párrafo 1°). Resulta especialmente llamativo el artículo 28, párrafo in fine, de la Constitución, al preceptuar que “No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas”, precepto constitucional que deja patente la intención del constituyente originario de separar la esfera política y administrativa de la órbita religiosa, evitando intersecciones inconvenientes que puedan frustrar el goce y ejercicio de ciertos derechos fundamentales y humanos de carácter básico<sup>68</sup>».*

No obstante ello, en mi opinión, el razonamiento planteado de forma espléndida no ha tenido una real aplicación, pues se irrespeta la finalidad de las normas de gobierno al imposibilitar que participen miembros de la Iglesia Católica, pero sí es viable que lo hagan de otras religiones: como ocurrió en el caso de Melvin Jiménez<sup>69</sup>, obispo de la Iglesia Luterana, que fue designado Ministro de la Presidencia en el Gobierno de Luis Guillermo Solís; o en el rechazo a la inconstitucionalidad en contra de partidos evangélicos<sup>70</sup>.

La aplicación subsecuente que se le ha dado a la interpretación, es equivalente a permitir que una persona pueda entrar a un lugar con un oso amaestrado, interpretando que el rótulo de la entrada del local, solo prohíbe perros. La finalidad de la norma es lo que debe prevalecer, por cuanto que es obvio que, si llegara un partido religioso al poder ejecutivo, podría violentar la laicidad que debe regir la educación.

66. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia 1732-2014.

67. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No 1500-13 En la misma línea, ver: CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No 7829-16.

68. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 2023-2010.

69. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 18643-2014.

70. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 575-2014.



## Capítulo VII

# La expresión en la «civilización del espectáculo»

SUMARIO: I. CONCEPTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. II. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 1. *Restricciones indirectas a la libertad de expresión.* III. VIOLACIONES Y EXCESOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. IV. LA PLATAFORMA CULTURAL: EL ENTRETEENIMIENTO. V. UN RECORRIDO POR AMÉRICA Y EUROPA EN LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 1. *Despojo de medios de comunicación.* 2. *Responsabilidad en campañas políticas.* 3. *Condenas por difamación a periodistas y a otros profesionales.* 4. *Insultos y expresiones injuriosas.* 5. *Canciones que insultan y degradan.* 6. *Críticas a figuras públicas.* 7. *Críticas a las Fuerzas armadas.* 8. *Libros y novelas con un contenido polémico.* 9. *Vocerías de empresas y organismos públicos.* 10. *Aplicaciones web/móviles y elecciones.* 11. *Publicaciones en redes sociales.* 12. *Censura a manifestación contra Asamblea Legislativa.* 13. *Congresos y actividades académicas.* 14. *Participación en desfiles.* 15. *Publicidad comercial.* 16. *Conflicto con la libertad religiosa.*

La libertad de expresión se considera como vital en las democracias, pues su labor es la de servir como el oxígeno de ellas abriendo los espacios para discutir lo indiscutible, señalar lo ignorado, identificar las injusticias, informar a la población de lo que ocurre, crear debates para provocar choques de posturas contrarias, que permitan encontrar una verdad aumentada, su función en definitiva, es romper el silencio, Vargas Llosa explicando a Popper nos explica: «*Popper hace del a crítica –del ejercicio del a libertad– el fundamento del progreso. Sin crítica, sin posibilidad de falsear todas las certidumbres, no hay avance posible en el dominio de la ciencia ni perfeccionamiento de la vida social. Si la verdad, si todas las verdades no están sujetas al examen del ensayo y error, si no existe una libertad que permita a los hombres cuestionar la validez de todas las teorías que pretender dar respuesta a los problemas que enfrentan, la mecánica del concomimiento se ve trabada y éste puede ser pervertido. Entonces, en lugar de verdades racionales, se entronizan mitos, actos de fe, magia, metafísica. El reino de lo irracional– del dogma*

*y el tabú— recobra sus fueros, como antaño, cuando el hombre no era todavía un individuo racional y libre, sino ente gregario y esclavo, a penas una parte de la tribu»<sup>1</sup>.*

¿pero qué tanto se ha roto la paz que brinda la nada? Hoy en día, resulta mandatorio entender el ropaje cultural con la cual se viste tan apreciada y laureada libertad, pues sin entender el medio en donde navega, la «civilización del espectáculo», el análisis se vuelve incompleto. Pero antes de ello, es menester entender ¿qué es la libertad de expresión? ¿qué ampara esta libertad? ¿qué límites existen de ella? Y ¿cuándo algo dejar de ser libertad de expresión y entra dentro de la categoría de abuso de expresión? ¿Qué casos de abusos de la libertad de expresión pueden presentarse? Para luego entrar al aspecto cultural en donde interactúa.

Este primer capítulo relacionado con esta libertad, sienta las bases para responder esas preguntas, y nos ayudará para avanzar a la discusión de los próximos temas a discutir.

## I. CONCEPTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La Corte IDH, ha definido libertad de expresión como el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás<sup>2</sup> y ha destacado que este derecho tiene dos dimensiones, una individual y otra social, y que mientras que la dimensión individual se refiere al reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir y el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios, la dimensión social se refiere al medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, de manera que comprende el derecho a tratar de comunicar a otras personas puntos de vista personales, e implica también el derecho de todas las personas a conocer opiniones, relatos y noticias<sup>3</sup>.

La Sala Constitucional de Costa Rica, por su parte, la entiende como la libertad que permite la creación de la opinión pública, esencial para darle contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son por ejemplo el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política; la existencia de una opinión pública libre y consolidada también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa. Destacó la sala que, la posibilidad de que todas las personas participen en

1. Vargas Llosa, M. (2018). La llamada de la Tribu. Barcelona, España: Alfaguara, p.164.
2. CORTE IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 293. Párr. 135.
3. CORTE IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 73.

las discusiones públicas constituye el presupuesto necesario para la construcción de una dinámica social de intercambio de conocimientos ideas e información, que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en la democracia son tan necesarios como los acuerdos. Finalmente señaló que, la opinión es la representación subjetiva del individuo exteriorizado por medio de un mensaje, el cual puede venir en una infinidad de soportes (texto, audios, imágenes, etc.)<sup>4</sup>.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde sus inicios, ha señalado que, la libertad de expresión comprende no sólo las expresiones consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquéllas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población pues así resulta el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática<sup>5</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha definido libertad de expresión como «la libre manifestación de creencias, juicios o valoraciones subjetivas, esto es, como libre difusión de ideas u opiniones». Por tanto, resultan protegidas tanto «la mera difusión de juicios de valor» como «la crítica de la conducta de otro» incluso cuando ésta «sea desabrida o puede molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige<sup>6</sup>», por lo que «al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático<sup>7</sup>.

## II. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

No obstante, como todo derecho, esta libertad no es absoluta, y tiene su límite, de tal forma que el abuso que se haga de ella hará incurrir en responsabilidad a su autor, según la legislación que rige la materia<sup>8</sup>. La responsabilidad civil, penal o administrativa existe, sin perjuicio de la cantidad de discursos –en el sentido más amplio, abarcando símbolos, textos, audios, videos, imágenes– que pueden considerarse que han excedido los límites, por lo que se pierden en una sensación de impunidad.

En el caso costarricense, carecen de protección constitucional, los insultos o los juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de

4. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 2015-01782.

5. TEDH. Caso Ligens c Austria. No. 9815/82 (1986).

6. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 6/2000.

7. Aba-Catoira, A. (2015). Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 19(5).

8. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 506-1996.

una idea, pensamiento u opinión. Esto es un aspecto completamente diferente a las opiniones, o juicios de valor personales que no sean injuriosos e innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque contengan lo que se conoce como «*opiniones inquietantes o hirientes*», pues estas opiniones sí estarían protegidas constitucionalmente por la libertad de expresión y podría tener como contenido incluso la ironía, la sátira y la burla<sup>9</sup>.

Esto significa que aquellas expresiones que no se encuentran cubiertas por la libertad de expresión, no tendrían una justificante para eximir de responsabilidad civil, penal o administrativa. No obstante ello, conviene señalar que en algunos casos, pueden presentarse algunas críticas en las que puede ser un difícil de dilucidar si ha cruzado la línea entre lo abusivo y lo permitido, teniendo la posibilidad de defender la posición por medio de lo señalado en el artículo 151 del Código Penal de Costa Rica, el cual indica: «*No son punibles como ofensas al honor los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva cuando debió haberla, no demuestren un propósito ofensivo*». En este sentido, se extrae la importancia de la finalidad en el discurso, ya que si existe un componente o intención de ofender<sup>10</sup>, entonces se determinará que se trata de un abuso.

El momento para determinar la ocurrencia de un abuso de la libertad de expresión, siempre será posterior a la expresión del discurso, por cuanto el sistema de protección que se ha implementado uno *ex post*, debido a que existe una prohibición a la censura previa. Sin embargo existen excepciones a esta regla general, en efecto, el artículo 13 de la Ley de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos de Costa Rica establece: «*No se podrá prohibir ni restringir una actividad de las enumeradas en el artículo 2, por las ideas que sustente; excepto cuando la actividad incite a la subversión, al vicio, al crimen, al odio por razones religiosas, raciales o de nacionalidad o cuando su contenido sea estrictamente pornográfico*».

El artículo en referencia proviene de 1994, por lo que tiene impreso un lenguaje un tanto ambiguo y hasta anticuado: ¿Qué es promover «al vicio»? ¿Vicio según quién? De igual forma, se trata de un artículo que se queda corto con las realidades que deberían protegerse, teniendo como un símil razonable por ser mandatorio, todas las categorías protegidas de la CADH y no solamente el odio por tres razones específicas: religiosas, raciales o de nacionalidad. Esto

9. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 1782-2015.

10. Las ofensas que se generan en un juicio, conforme el artículo 154 del Código Penal, no son delito: «*Las ofensas contenidas en los escritos presentados o en las manifestaciones o discursos hechos por los litigantes, apoderados o defensores ante los Tribunales, y concernientes al objeto del juicio, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondiente s*». Pero ello no implica que no puedan generar responsabilidad administrativa ante el Colegio de Abogados y Abogadas.

es un aspecto que podría interpretarse de forma analógica y suplir los vacíos normativos, pero debido a que se trata de una censura previa de un derecho fundamental, podría ser fortalecidas las posturas formalistas de requerir la instauración de legislación previa en la que expanda tales categorías.

En cualquier caso, el problema actual no radica en los discursos de odio, tal y como se expone en el capítulo VIII, la gravedad del asunto radica en las discursivas peligrosas, que vienen disfrazadas como lenguajes inocentes, pero son las que generan los prejuicios y que promueven el odio que dicha norma tiene como finalidad censurar, debido a la gravedad del acto.

En todo caso, el punto medio entre el derecho a la libertad de expresión y la protección del honor se da mediante el sistema de responsabilidad ulterior, a fin de que sea tras la ocurrencia del discurso, cuando se determine la responsabilidad civil y/o penal del actuar, sin que en ningún asunto los mecanismos directos o indirectos de censura sean procedentes<sup>11</sup>.

El sistema Costarricense sigue el mismo criterio fijado por los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al respecto, han señalado que, el amplio manto de la libertad de expresión, no es absoluto<sup>12</sup>. Sin embargo, el artículo 13 de la Convención Americana proscribire la censura previa<sup>13</sup> y las restricciones indirectas (como sería promover una campaña de desprestigio para que un programa pierda clientes en pautas comerciales). En este sentido, la CADH permite únicamente la posterior imposición de responsabilidad en un conjunto reducido y definido de excepciones, como las destinadas a proteger la seguridad nacional, el orden público y los derechos, así la reputación de los demás.

El artículo 13, en su conjunto, también contiene disposiciones concretas que rigen las restricciones a la libertad de expresión cuando se evalúa la proscripción del inciso 5 a la *«apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia»*<sup>14</sup>. De manera que, las expresiones que incitan o fomentan *«el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia»*, también quedan fuera

11. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 1782-2015.
12. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Las expresiones de odio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2004). Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expreisiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf> Párr. 3
13. Existen autores que indican que la censura, niega nuestra autonomía al negarnos el derecho a emitir un juicio moral sobre lo que debemos leer o escuchar. Nos niega la posibilidad de acceder al conocimiento y la verdad. Desde este punto de vista, las ideas más peligrosas solo pueden ser derrotadas por personas fuertes, no por leyes represivas.
14. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Las expresiones de odio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2004) Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expreisiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf> Párr. 40

del ámbito de protección de la Convención Americana, pues son expresiones perniciosas y los delitos de lesa humanidad con frecuencia van acompañados o precedidos de esta forma de expresión.

Las medidas que rigen las expresiones de odio, habida cuenta de su interferencia con la libertad de expresión, deben estar previstas por ley, servir un fin legítimo establecido en el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar ese fin.

De acuerdo con el derecho internacional y regional, las regulaciones de la libertad de expresión, sus alcances, límites y sanciones por abusos, deben cumplir los siguientes parámetros<sup>15</sup>:

- Nadie debe ser penado por decir la verdad;
- Nadie debe ser penado por divulgar expresiones de odio a menos que se demuestre que las divulga con la intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia;
- Debe respetarse el derecho de los periodistas a decidir sobre la mejor forma de transmitir información y comunicar ideas al público, en particular cuando informan sobre racismo e intolerancia
- Nadie debe ser sometido a censura previa, y
- Toda imposición de sanciones por la justicia debe estar en estricta conformidad con el principio de la proporcionalidad.

En otros sistemas relevantes para el mundo latinoamericano, como ocurre en el sistema Español, los límites a la libertad de expresión se sitúan entre la veracidad de la información y el interés general o relevancia pública de los asuntos. En este sentido, la exigencia de que la información sea veraz es consecuencia directa de la posición de esta libertad como fundamento del sistema democrático garante del pluralismo, se trata de garantizar que la ciudadanía sea informada para formar una opinión pública libre sin amparar la difusión o transmisión de «rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como las noticias gratuitas o infundadas<sup>16</sup>».

- 
15. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Las expresiones de odio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2004). Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expresiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf> Párr. 4.
16. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 204/1997; Tribunal Constitucional de España Sentencia 199/1999; Tribunal Constitucional de España Sentencia 49/2001; Tribunal Constitucional de España Sentencia 160/2003.

Sin embargo, no cabe equiparar veracidad a verdad, siendo viable la difusión de informaciones erróneas aun cuando hayan sido cotejadas o contrastadas, pues, de lo contrario se establecería una exigencia que podría dificultar en demasía su ejercicio. Se estima cumplido este requisito cuando el informador acredita que ha contrastado las informaciones antes de su difusión cumpliendo así con la diligencia debida de un buen profesional. (ii) El interés para la sociedad bien por el carácter público de la persona o personas a las que se refiere bien por el hecho comunicado en sí mismo<sup>17</sup>.

## 1. RESTRICCIONES INDIRECTAS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El ejercicio de la libertad de expresión, además de ser uno de los derechos esenciales para la plena vigencia de la democracia, es también un derecho complejo que puede estar presente en distintas situaciones y que pasan desapercibidas. Así encontramos que existe una violación a la libertad de expresión cuando:

1. Existe censura previa en la búsqueda de información cuando:
  - a) se niega a una persona por ejemplo, el acceso a ciertos lugares o medios donde se difunden informaciones u opiniones afectas a él/ella, tampoco se podría prohibir la difusión de ciertas informaciones a través de medios como novelas, material cinematográfico, o libros, salvo las excepciones que se puedan establecer por ley con base en un fundamento objetivo y razonable.
  - b) Existe censura previa en la difusión de información: cuando se le podría clausurar a alguien por ejemplo, un espacio donde se tenía prevista una conferencia en la cual se iba a hablar de determinados temas, no agradables para todos; salvo cuando tales discursos sean de odio o encajen dentro de la discursiva peligrosa, es decir, que se trata de un contenido que degrada a un grupo de personas, al punto que las deshumaniza, creando un potencial riesgo contra ese grupo.

En ambas situaciones, el mecanismo para solventar la problemática sería, en el caso costarricense por ejemplo, el amparo. En otras jurisdicciones habría que determinar si existen o no, mecanismos especiales o si por el contrario, al igual que en Costa Rica, el amparo o su equivalente es lo pertinente.

17. Ana, Aba-Catoira, Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*. 2015, 19(6).

1. Existe un agravio a una determinada persona por una opinión emitida a través de algún medio de comunicación:

En ese caso, el mecanismo para solventar la situación sería, en el caso costarricense, el derecho a réplica en caso de que la persona así lo quiera, o el derecho penal por injuria o difamación.

1. Se produce asesinato, secuestro, intimidación o amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación.

En los primeros dos casos, corresponde un hábeas corpus, en lo segundo una denuncia penal para que se investiguen los hechos (o bien, contratar seguridad o irse del país, lo práctico siempre debe tomarse en cuenta, las corazonadas también).

1. En el caso de informaciones sobre funcionarios públicos

Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. De manera que estos deben ser más tolerantes, y por tanto, las razones por las cuales estos deciden ejercer una denuncia por difamación o injuria, debe ser una razón de peso, objetiva y razonable.

De igual forma, las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como «leyes de desacato» atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información, y contra ellas debería ejercerse, en el caso costarricense, una acción de inconstitucionalidad; mientras que en el caso de otras jurisdicciones lo equivalente a ello.

1. En caso de monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación.

La Corte Interamericana ya ha advertido que estos casos también atentan contra la libertad de expresión, por cuanto, permite una manipulación de la información según los intereses de las grandes compañías. En ese caso deberían existir en el Estado leyes antimonopólicas, para evitar la concentración de información oficial, ya que se abren las puertas a las propagandas, las cuales han evidenciado ser grandes amigas de las dictaduras.

1. La utilización del poder del Estado y sus recursos de una forma arbitraria, también produce una censura previa. Este tipo de situaciones se presentan cuando se otorgan concesiones radiales y televisión, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, entre otras.

En ese caso, habría que agotar la vía administrativa a efectos de solventar la situación.

Existen un sinnúmero de supuestos relacionados con censuras previas, por cuanto no debemos olvidar, ni subestimar, el ingenio humano.

### III. VIOLACIONES Y EXCESOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La Corte IDH ha señalado que para imponer una limitación a la libertad de expresión deben evaluarse ciertos elementos, a saber, i) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; ii) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; iii) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y iv) que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines<sup>18</sup>.

En el derecho Costarricense, las limitaciones a la libertad de expresión y de información están sometidas a un *test* estricto de razonabilidad, lo cual significa, ni más ni menos, que toda acto o medida que la restrinja es sospechoso, por lo que la autoridad pública tiene la carga de la prueba de demostrar que hay un interés público apremiante, plenamente justificado, en la medida o acto, así como el deber de demostrar que la medida o acto adoptado es la menos gravosa para el derecho fundamental, amén que debe de interpretarse restrictivamente.

Concretamente, debe verificarse que la finalidad perseguida con la sanción es legítima, importante e imperiosa; que es un medio adecuado, efectivamente conducente y además necesario y que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo; y adicionalmente, se debe aplicar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, mediante el cual se verifique que los beneficios de la sanción excedan claramente las restricciones impuestas a la libertad de expresión<sup>19</sup>.

Ante casos de abusos a la libertad de expresión quedan varios caminos por recorrer, dependiendo de la fuente de donde provenga el exceso, así podrán darse espacios para iniciar procesos judiciales para reclamar las ofensas contra el honor presentando denuncias penales (difamación, calumnias, injurias).

También, en determinados supuestos, es factible la presentación de reclamos para hacer efectivo un derecho de réplica en medios de comunicación, siendo en estos casos unos reclamos usualmente estructurados en formato de amparos constitucionales en casos en donde se involucran medios de comunicación. De igual forma, puede generarse responsabilidad civil, en caso de que se presenten daños por las opiniones que se encuentre fuera de la protección de

18. Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 73.

19. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, 2017-2163.

la libertad de expresión, por lo que tendrá que iniciarse los procesos judiciales correspondientes.

#### IV. LA PLATAFORMA CULTURAL: EL ENTRETENIMIENTO

Pero de la teoría –demandar penalmente por difamación– a la práctica<sup>20</sup>, existe un paso enorme. La distancia metafórica que separa una situación de la otra, se evidencia en las complejidades que presentan las sociedades modernas: uso de memes que degradan, procesos de viralización del contenido, y sus consecuentes crisis mediáticas en redes sociales y medios tradicionales. Además, de existir la posibilidad que, de manera concurrente a todas esas situaciones, surjan las temidas y afamadas *fake news*<sup>21</sup>, elevando el impacto al daño moral que legítima el reclamo judicial.

A nivel subjetivo, pueden existir asimetrías de poder considerables entre las partes del litigio, que pueden fungir como elemento disuasivo para iniciar los procesos judiciales: «*En la práctica, es raro que un particular ose enfrentarse a esas publicaciones, algunas de las cuales son muy poderosas y cuentan con grandes recursos, abogados e influencias difíciles de derrotar, y que lo desanime a entablar acciones judiciales lo costosas que éstas resultan en ciertos países, y lo enredadas e interminables que son. Por otra parte, los jueces se sienten a menudo inhibidos de sancionar ese tipo de delitos porque temen crear precedentes que sirvan para recortar las libertades públicas y la libertad informativa*<sup>22</sup>».

Pero superadas aún las barreras subjetivas, el problema radica en un aspecto de fondo, un asunto en el ámbito del terreno cultural en donde las interacciones humanas se mueven. Es decir, que el conflicto entre el honor y la libertad de expresión, es un problema que no tiene una solución jurídica: «*En verdad, el problema no se confina en el ámbito jurídico. Se trata de un problema cultural. La*

20. Un ejemplo de lo que me refiero puede encontrarse en la saga política salvadoreña «Bukele – Chicas» que ha inundado la web salvadoreña con memes, videos, montajes, noticias falsas y todo un show mediático propio de los *reality show* que buscan alejar el aburrimiento de la población. Al respecto basta con poner en *google* un simple: «Eugenio Chicas meme» para encontrar miles de resultados.
21. En relación a los aspectos modernos de la libertad de expresión y las amenazas que existen por los excesos recomiendo ver: Sunstein, C. (2018). #Republic: Divided democracy in the age of social media. New Jersey, United States of America: Princeton University Press. De igual forma, recomiendo el Harvard University's Berkman Klein Center on Internet & Society para los temas relacionados con noticias falsas: <http://cyber.harvard.edu>.
22. Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html) Este artículo, mutó, 5 años después, en un libro: Vargas Llosa M. (2012). La civilización del espectáculo. Ciudad de México, México: Alfaguara.

*cultura de nuestro tiempo propicia y ampara todo lo que entretiene y divierte*<sup>23</sup>. Es por ello, que la libertad de expresión, en algunos casos, ha sido desnaturalizada<sup>24</sup> y se ha utilizado como herramienta para difamar, calumnia e implantar falsedades en la sociedad<sup>25</sup>.

Este aspecto cultural, no es un proceso que inició con la época de las redes sociales sino que se remonta incluso más atrás a 1932 cuando Huxley<sup>26</sup> plantó la semilla de la idea que Vargas Llosa bautizó como la «Civilización del Espectáculo» en el 2007, la cual en palabras del Nobel de Literatura, inició: *«En algún momento, en la segunda mitad del siglo XX, el periodismo de las sociedades abiertas de Occidente empezó a relegar discretamente a un segundo plano las que habían sido sus funciones principales –informar, opinar y criticar– para privilegiar otra que hasta entonces había sido secundaria: divertir... La civilización del espectáculo había nacido y estaba allí para quedarse y revolucionar hasta la médula instituciones y costumbres de las sociedades libres*<sup>27</sup>».

Un lustro después, ya en el libro dedicado a la plataforma cultural que cubre como un manto el Estado de derecho en donde interactuamos, explicó que: *«La diferencia esencial entre aquella cultura del pasado y el entretenimiento de hoy es que los productos de aquella pretendían trascender el tiempo presente, durar, seguir vivos en generaciones futuras...la cultura es diversión y lo que no es divertido no es cultura. Para esta nueva cultura son esenciales la producción industrial masiva y el éxito comercial. La distinción entre precio y valor se ha eclipsado y ambas cosas son ahora una sola*<sup>28</sup>».

23. Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html)
24. La desnaturalización también es un ataque contra ella: *«Porque no sólo desaparece la libertad (de expresión) cuando la reprimen o la censuran los gobiernos despóticos. Otra manera de acabar con ella es vaciándola de sustancia, desnaturalizándola, escudándose en ella para justificar atropellos y tráficos indignos contra los derechos civiles»*. Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html)
25. *«la libertad de expresión y el derecho de crítica, sirva de coartada y garantice la inmunidad para el libelo, la violación de la privacidad, la calumnia, el falso testimonio, la insidia y demás especialidades del amarillismo periodístico»*. Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html)
26. Ver: Huxley, A. (1932). Brave New World [Edición Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) Huxley, A. (1958) Brave New World Revisited [Edición Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) Postman, N. (1985). Amusing ourselves to death. [Edición Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)
27. Aunque es importante aclarar que Vargas Llosa no lo cita en su ensayo, ni en su libro, ver: Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html)
28. Vargas Llosa, M. (2012). La civilización del espectáculo. Ciudad de México, México: Alfaguara, pág.31.

Este cambio cultural afecta a la sociedad en todas sus más variadas dimensiones:

- Aleja al individuo a entrar en un proceso de introspección: «*En nuestros días el... entorno cultural... empuja a hombres y mujeres a la búsqueda de placeres fáciles y rápidos que los inmunicen contra la preocupación y la responsabilidad, en lugar del encuentro consigo mismos a través de la reflexión y la introspección, actividades eminentemente intelectuales que a la cultura veleidosa y lúdica le resultan aburridas. Querer huir del vacío y de la angustia que provoca el sentirse libre y obligado a tomar decisiones como qué hacer de sí mismo y del mundo que nos rodea es lo que atiza esa necesidad de distracción, el motor de la civilización en que vivimos*<sup>29</sup>».
- La confusión de la equivalencia entre calidad de un producto con su precio, se deslumbra el mundo del arte contemporáneo: «*En cuanto a las artes plásticas, ellas se adelantaron a todas las otras expresiones de la vida cultural... Desde que Marcel Duchamp... revolucionó los patrones artísticos de occidente estableciendo que un excusado era también una obra de arte si así lo decidía el artista, ya todo fue posible en el ámbito de la pintura y la escultura, hasta que un magnate pague doce millones y medio de euros por un tiburón preservado en formol en un recipiente de vidrio y que el autor de esa broma, Damien Hirst, sea hoy reverenciado no como el extraordinario vendedor de embaucos que es, sino como un gran artista de nuestro tiempo*<sup>30</sup>».
- La dimensión literatura ha preparado el terreno para darle paso a la literatura light: «*La literatura light, como el cine light y el arte light, da la impresión cómoda al lector y al espectador de ser culto, revolucionario, moderno, y de estar a la vanguardia, con un mínimo de esfuerzo intelectual... hace medio siglo, probablemente en los Estados Unidos era un Edmund Wilson en sus artículos de The New Yorker o The New Republic, quien decidía el fracaso o el éxito de un libro de poemas, una novela o un ensayo. Hoy son los programas televisivos de Oprah Winfrey*<sup>31</sup>».
- La Llama Doble<sup>32</sup> del erotismo se ha esfumado: «*...la banalización del acto sexual, que, para muchos, sobre todo en las nuevas generaciones, se ha*

29. Vargas Llosa, M. (2012). La civilización del espectáculo. Ciudad de México, México: Alfaguara. Pp. 41.

30. Vargas Llosa, M. (2012). La civilización del espectáculo. Ciudad de México, México: Alfaguara. Pp. 48. También ver: Thompson, D. (2016) El Tiburón de 12 millones de dólares. Barcelona, España: Ariel. Respeto a Vargas Llosa, pero también debo decir que hay obras de Hirst que me encantan.

31. Vargas Llosa, M. (2012). La civilización del espectáculo. Ciudad de México, México: Alfaguara. Pp. 37. Para latinizar la comparación, no podemos dejar a un lado la decadencia que los programas conducidos por personajes como Laura Bozzo.

32. «*La llama doble: Según el Diccionario de Autoridades la llama es "la parte más sutil del fuego, que se eleva y levanta a lo alto en figura piramidal". El fuego original y primordial, la sexualidad, levanta la llama roja del erotismo y ésta, a su vez, sostiene y alza otra llama, la azul y*

*convertido en un deporte o pasatiempo, un quehacer compartido, que no tiene más importancia, y acaso menos, que la gimnasia, el baile o el fútbol. El sexo light es el sexo sin amor y sin imaginación, el sexo puramente instintivo y animal. Desfoga una necesidad biológica pero no enriquece la vida sensible ni emocional ni estrecha la relación de la pareja más allá del entrevero carnal; en vez de liberar al hombre o a la mujer de la soledad, pasado el acto perentorio y fugaz del amor físico, los devuelve a ella con una sensación de fracaso y frustración<sup>33</sup>».*

- La política, como es evidente, no podría quedarse por fuera de la órbita de afectación: *«En la civilización del espectáculo la política ha experimentado una banalización acaso tan pronunciada como la literatura, el cine y las artes plásticas, lo que significa que en ella la publicidad y sus eslóganes, lugares comunes, frivolidades, modas y tics, ocupan casi enteramente el quehacer antes dedicado a razones, programas, ideas y doctrinas. El político de nuestros días si quiere conservar su popularidad, está obligado a dar una atención primordial al gesto y a la forma, que importan más que sus valores, convicciones y principios. Cuidar de las arrugas, la calvicie, las canas, el tamaño de la nariz y el brillo de la dentadura, así como el atuendo, vale tanto, y a veces más que explicar lo que el político se propone hacer o deshacer a la hora de gobernar<sup>34</sup>».*
- Las agencias creativas y publicitarias han tomado el rol de los críticos de antaño, teniendo en sus manos el trabajo de formar las mentes de las sociedades: *El vacío dejado por la desaparición de la crítica ha permitido que insensiblemente lo haya llenado la publicidad... la publicidad ejerce un magisterio decisivo en los gustos, la sensibilidad, la imaginación y las costumbres. La función que antes tenían, en este ámbito, los sistemas filosóficos, las creencias religiosas, las ideologías y doctrinas y aquellos mentores que en Francia se conocía como los mandarines de una época hoy la cumplen los anónimos “creativos” de las agencias publicitarias... el precio pasó a confundirse con el valor de una obra de arte<sup>35</sup>».*

*trémula: la del amor. Erotismo y amor: la llama doble de la vida».* Paz, O. (2014). La llama doble. Barcelona, España: Seix Barral, p. 9.

33. Vargas Llosa, M. (2012). La civilización del espectáculo. Ciudad de México, México: Alfaguara. Pp. 53. Lo explicado por Vargas Llosa puede corroborarse en el estudio de otro intelectual español: Bartolomé, M. (2018). El amor en los tiempos del Tinder Tendencias y comportamientos emergentes derivados de la popularización de la aplicación de citas. (Trabajo de fin de licenciatura). Universidad Rey Juan Carlos. Un ejemplo de interacción homosexual moderna en la sociedad global: Martel, F. Global Gay (2013). Como la revolución gay está cambiando al mundo. [Edición Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) Mientras que una visión costarricense, lo encontramos en el escritor y activista: Ulloa Chacón, D. (2018). Carta a hombres. San José, Costa Rica: Feliz-Feliz
34. Vargas Llosa, M. (2012). La civilización del espectáculo. Ciudad de México, México: Alfaguara. Pp. 50
35. Vargas Llosa, M. (2012). La civilización del espectáculo. Ciudad de México, México: Alfaguara. Pp. 38

Estos importantes detalles, nos hacen recordar que la época en que fueron concebidas las soluciones jurídicas para conflictos entre el honor y la libertad de expresión, no se apegan a la compleja realidad que hoy en día vivimos: «*La idea de que el poder judicial puede, sancionando caso por caso, poner límite al libertinaje y violación sistemática de la privacidad y el derecho al honor de los ciudadanos, es una posibilidad abstracta totalmente desprovista de consecuencias, en términos realistas. Porque la raíz del mal es anterior a esos mecanismos: está en una cultura que ha hecho de la diversión el valor supremo de la existencia, al cual todos los viejos valores, la decencia, el cuidado de las formas, la ética, los derechos individuales, pueden ser sacrificados sin el menor cargo de conciencia*»<sup>36</sup>.

En resumidas cuentas, vivimos en una época cultural en el cual el valor supremo que rige predominante el actuar es la búsqueda de la diversión, promoviendo todo acto que implique alejarse del aburrimiento. Lo cual no es un acto para nada despreciable, sin embargo, no debemos perder de vista que la cultura ha servido como un ancla o un norte, al cual recurrir para tomar decisiones. Por lo que, al mutar de una complejidad de elementos al simplista y hedonista fin de la diversión como último medio, es que la sensación de caos<sup>37</sup> en las vidas personales se siente con mayor potencia. Estaremos sobre conectados –por redes sociales– pero también vivimos en un mundo donde las personas se encuentran más solas, considerándose la crisis de la soledad, como uno de los problemas más apremiantes de nuestras épocas<sup>38</sup>.

¿Pero por qué ocurre todo esto? ¿No deberíamos estar en mundo mejor frente a las tinieblas del oscurantismo opresivo de la inquisición religiosa? Ciertamente y estamos mucho mejor que antes, de ninguna manera es una generalización que todas las personas se encuentran colocadas en determinada situación; sin embargo, hemos pasado de un mundo a otro mundo: «*El mundo*

36. Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html)

37. «12 reglas para la vida: un antídoto contra el caos» Indica claramente que las personas necesitan principios de ordenamiento, y ese caos de otra manera atrae. Requerimos reglas, estándares, valores, solo y juntos. Somos animales de carga, bestia de cargas. Debemos soportar una carga, para justificar nuestra existencia miserable. Requerimos rutina y tradición. Eso es orden. El orden puede volverse excesivo, y eso no es bueno, pero el caos puede hundirnos en el camino recto y estrecho. Cada una de las doce reglas de este libro, por lo tanto, proporciona una guía para estar allí. “Ahí” está la línea divisoria entre orden y caos». Jordan B. Peterson. (2018). 12 rules for life: an antidote to chaos. Canadá: Allen Lane, p. xxxv. En una similar línea: Richard David Precht. (2015). ¿Quién soy yo... y cuantos? un viaje filosófico. España: Ariel.

38. En Suecia por ejemplo, el partido político fundado por Michael Wernstedt tiene como uno de sus tres ejes principales de acción, el afrontar la crisis de salud mental en el cual vive dicho país, por cuanto los datos arrojan que la mayor cantidad de ausencias de personas a sus labores, fueron por dichas causas. Gessen, M. (1 de diciembre del 2017). The invention of a new kind of political party in Sweden. The New Yorker. Extraído de: <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/the-invention-of-a-new-kind-of-political-party-in-sweden>

*de la religión es diferente del otro mundo de la diversión, pero se parecen entre sí en que manifiestamente “no son de este mundo”. Los dos son distracciones y, si se vive en ellos demasiado continuamente, uno y otro pueden convertirse, según la frase de Marx, en el “opio del pueblo” y, por tanto, en una amenaza para la libertad<sup>39</sup>».*

De alguna u otra forma, nos alejamos del terror del totalitarismo *Orwelliano* y nos colocamos en un escenario de ciencia ficción *Huxeliano*: «*Lo que Orwell temía eran los que prohibirían los libros. Lo que Huxley temía era que no habría ninguna razón para prohibir un libro, ya que no habría nadie que quisiera leer uno. Orwell temía a los que nos privarían de información. Huxley temía a aquellos que nos darían tanto que nos reduciríamos a pasividad y egoísmo. Orwell temía que la verdad se nos ocultara. Huxley temía que la verdad se ahogara en un mar de irrelevancia. Orwell temía que nos convirtiéramos en una cultura cautiva. Huxley temía que nos convirtiéramos en una cultura trivial<sup>40</sup>».*

En este sentido, el mismo riesgo que empujó a la civilización alejarse de los dogmas religiosos que restringían todas las libertades en sus más diversos ámbitos (científico, literario, romántico, etc.) es el fantasma que se avecina. Para explicarlo de una forma, es como una especie de inversión del progreso de la humanidad, ejemplo de esto lo encontramos con el resurgimiento de personas que abogan por las teorías científicas superadas desde la inquisición («la tierra es plana») o el reaparecer de los grupos nacionalistas con una clara finalidad antidemocrática.

Razón de lo anterior, es necesario mantenerse vigilante y crítico, por cuanto: «*Sólo quien vigila puede mantener sus libertades y sólo quienes están constante e inteligentemente en sus puestos pueden aspirar a gobernarse efectivamente por procedimientos democráticos. Una sociedad en la que la mayoría pasa la mayor parte de su tiempo, no en sus puestos, no aquí, ahora y en un futuro previsible, sino en otro sitio, en los ajenos otros mundos del deporte y de la ópera cómica, de la mitología y la fantasía metafísica, tendrá dificultades para hacer frente a las intrusiones de los dispuestos a manipularla y dominarla<sup>41</sup>».*

Estos importantes detalles, nos hacen recordar que la época en que fueron concebidas las soluciones jurídicas descritas, no se apegan a la compleja realidad que hoy en día vivimos: «*La idea de que el poder judicial puede, sancionando caso por caso, poner límite al libertinaje y violación sistemática de la privacidad y el derecho al honor de los ciudadanos, es una posibilidad abstracta totalmente*

39. Huxley, A. (1958). Retorno a un Mundo Feliz. [Edición Kindle], Capítulo Xi. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)

40. Postman, N. (2005) Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business. [Versión Kindle] Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) En el mismo orden de ideas: Vargas Llosa M. (2012). *La civilización del espectáculo*. Ciudad de México, México: Alfaguara. De igual forma, la sección 4 del capítulo IX de este libro.

41. Huxley, A. (1958). Retorno a un Mundo Feliz. [Edición Kindle], Capítulo Xi. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)

*desprovista de consecuencias, en términos realistas. Porque la raíz del mal es anterior a esos mecanismos: está en una cultura que ha hecho de la diversión el valor supremo de la existencia, al cual todos los viejos valores, la decencia, el cuidado de las formas, la ética, los derechos individuales, pueden ser sacrificados sin el menor cargo de conciencia<sup>42</sup>».*

## V. UN RECORRIDO POR AMÉRICA Y EUROPA EN LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Cuando hablamos de Libertad de expresión, parece no haber discusión en que: i) se trata de un derecho esencial e indispensable para toda democracia; ii) comprende el derecho a dar y recibir ideas u opiniones, por más inquietantes que estas resulten; iii) puede encontrarse en conflicto con otros derechos, como por ejemplo el derecho al honor y; iv) no puede ser restringido por censura previa, sino por sanciones ulteriores. Sin embargo, de un análisis comparado entre Cortes de distintos países y Cortes Internacionales, pareciera haber ciertas diferencias que van más allá de lo conceptual.

Por ejemplo, expresiones que se consideran amparadas bajo la libertad de expresión en Estados Unidos, no lo estarían bajo ningún concepto en Francia o Alemania, y dependiendo del caso concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pudiera o no amparar un discurso en el ámbito de la libertad de expresión aun a pesar de que el país juzgado considere tales declaraciones discurso de odio. En el ámbito interamericano, no se ha presentado la discusión en relación con este tema en específico, pero consideramos tomaría una posición más proteccionista que su par europeo, dada la inexistencia del concepto de margen de apreciación en su jurisprudencia. Lo cual imprime una mayor complejidad al momento de delimitar o establecer parámetros generales en cuanto a este tema, concluyendo así que, en la mayoría de los casos, dependerá del juzgador en atención al caso concreto un resultado u otro.

Con tal explicación en mente, se presenta una sistematización de diferentes situaciones de casos reales en donde vemos el derecho de libertad de expresión como protagonista, previo a entrar al detalle, conviene señalar que se trata de una mera enunciación de los datos objetivos del caso (hechos y decisión), sin entrar a valoración sobre lo preciso o impreciso de la decisión, pero en todo caso debe matizarse su lectura con la luz que existen diferentes sistemas jurídicos en los casos descritos, y que lo que en un lugar puede ser permitido, posiblemente no lo sea en otro.

42. Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html)

## 1. DESPOJO DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El caso **Ivcher Bronstein Vs. Perú**<sup>43</sup> es una Sentencia de la Corte IDH, de fecha 6 de febrero de 2001, que declara la responsabilidad internacional del Estado Peruano. Este caso se refiere a un ciudadano peruano por naturalización que era accionista mayoritario de un canal de televisión. El medio de comunicación transmitía un programa periodístico que realizaba fuertes críticas al gobierno peruano, incluyendo la emisión de reportajes sobre abusos, torturas y actos de corrupción cometidos por el Servicio de Inteligencia Nacional. Como consecuencia de estos informes, el Estado revocó la ciudadanía peruana al peticionario y le quitó el control accionario del canal. Al respecto, la Corte IDH señaló que al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones (esfera individual del derecho a la libertad de expresión), sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información (esfera social del derecho a la libertad de expresión), limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.

## 2. RESPONSABILIDAD EN CAMPAÑAS POLÍTICAS

El caso **Ricardo Canese Vs. Paraguay**<sup>44</sup> es una Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 31 de agosto de 2004 que declara la responsabilidad internacional del estado paraguayo. Los hechos de este caso se remontan a la campaña presidencial de 1993 en Paraguay, donde el candidato Ricardo Canese hizo declaraciones a los medios de comunicación contra el candidato Juan Carlos Wasmosy, a quien acusó de estar envuelto en irregularidades relacionadas con la construcción de una planta hidroeléctrica. Ricardo Canese fue procesado y sentenciado a cuatro meses de prisión, entre otras restricciones a sus derechos fundamentales. La Corte IDH encontró que la condena era desproporcionada y que vulneraba el derecho a la libertad de expresión, en razón de que no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal.

El caso, **Couto Filho Vs. Neves**<sup>45</sup>, es una sentencia de la Corte Suprema de Brasil, de fecha 25 de febrero de 2015, relativo a un consejero local, Sebastião Carlos Ribeiro das Neves, quien se ofendió por un discurso pronunciado por otro concejal, José Benedito Couto Filho. Neves alegó que Couto Filho lo había descrito como un partidario de la corrupción, el robo y de un político acusado. El Tribunal Supremo brasileño sostuvo que cualquier miembro del consejo

43. CORTE IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Reparaciones y Costas. (2001).

44. CORTE IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. (2004).

45. Supremo Tribunal Federal de Brasil. Caso Filho Vs. Neves. (2015).

goza de inmunidad por las palabras pronunciadas (i) dentro de la jurisdicción parlamentaria; (ii) con respecto a hechos relacionados con el mandato; y (iii) durante el mandato. Mientras se cumplan estas condiciones, incluso las declaraciones difamatorias y los insultos personales están constitucionalmente protegidos; el Tribunal Supremo hizo hincapié en que esto se debe a que la Constitución concede una importancia primordial a la protección del debate en las instituciones democráticas.

### 3. CONDENAS POR DIFAMACIÓN A PERIODISTAS Y A OTROS PROFESIONALES

El caso **Tristán Donoso Vs. Panamá**<sup>46</sup> es una Sentencia de la Corte IDH de fecha 27 de enero de 2009 en la cual se declara la responsabilidad del Estado Panameño. Los hechos de este caso se refieren a un abogado que es condenado por los delitos de difamación e injuria, por haber asegurado en una conferencia de prensa que un funcionario del Estado había grabado sus conversaciones telefónicas privadas y las había puesto en conocimiento de terceros. La Corte destacó que, en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público y concluyó que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión del abogado, ya que la condena penal impuesta como forma de responsabilidad ulterior fue innecesaria.

El caso **Kimel Vs. Argentina**<sup>47</sup> es una Sentencia de la Corte IDH, de fecha 2 de mayo de 2008, que declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Los hechos de este caso versan sobre un periodista (Eduardo Kimel) que fue condenado por haber criticado en un libro la actuación de un juez penal encargado de investigar una masacre. La Corte destacó que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia y que es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, señaló que la solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

Tras un escrutinio sobre la proporcionalidad de la medida a través de los requisitos establecidos, la Corte destacó que la limitación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra.

46. CORTE IDH. Sentencia. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. (2009).

47. CORTE IDH. Sentencia. Caso Kimel Vs. Argentina. (2008).

El caso **Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina**<sup>48</sup> es una Sentencia de la Corte IDH, de fecha 29 de noviembre de 2011, que declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Los hechos de este caso se refieren a la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, director y editor, respectivamente, de la revista Noticias, como responsabilidad ulterior por la publicación de dos artículos, en noviembre de 1995. Dichas publicaciones se referían a la existencia de un hijo no reconocido del señor Carlos Saúl Menem, entonces Presidente de la Nación, con una diputada. La CSJ de la Nación consideró que se había violado el derecho a la vida privada del señor Menem como consecuencia de aquellas publicaciones.

La Corte IDH encontró que la información publicada era de interés público y que además ya estaba en el dominio público. Por ello, no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem. De tal modo, la medida de responsabilidad ulterior impuesta no cumplió con el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática, y constituyó una violación del artículo 13 de la Convención Americana.

El caso **Herrera Ulloa vs. Costa Rica**<sup>49</sup> es una sentencia de la Corte IDH de fecha 2 de julio de 2004, que declaró la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica. Los hechos de este caso versan sobre la imposición de una condena por difamación en perjuicio de Mauricio Herrera Ulloa, un periodista que había publicado varios artículos reproduciendo la información de algunos periódicos europeos sobre presuntas actuaciones ilícitas de un diplomático de Costa Rica. La Corte IDH entendió que la condena era desproporcionada y que vulneraba el derecho a la libertad de expresión, y requirió, entre otros puntos, la anulación de los procedimientos criminales contra el comunicador.

El Caso, **Juan Luis Hernández Fueres vs. Jorge Alberto Hidalgo Vega**<sup>50</sup>, es una sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José, en la que resuelve apelación de una sentencia penal que absolvía al Sr. Hernández a quien se le seguía un procedimiento por difamación, tras la publicación en un medio periodístico de un artículo en el que denunciaba la pérdida de \$75.000 que debían llegar a la Federación Costarricense de Fútbol, y que señalaba como responsable al Sr. Hidalgo. Sostuvo el Tribunal que las acciones de los demandados estaban cubiertas por el ejercicio de un derecho, a cuestionar el manejo de los fondos del balompié nacional, como el de la libertad de expresión e información, que hacen desaparecer toda antijuricidad en sus conductas, por lo que no hay lugar a la indemnización. Resaltó que, el actor, al ser figura pública del fútbol nacional y ejercer representación de un equipo, se encuentra en el deber de soportar el cuestionamiento a sus actividades y en

48. CORTE IDH. Sentencia. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. (2011).

49. CORTE IDH. Sentencia. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. (2004).

50. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José. Caso, Juan Luis Hernández Fueres vs. Jorge Alberto Hidalgo Vega.

el deber de explicar a las entidades y a los aficionados, la forma en que se manejan los fondos producto de esa actividad.

#### 4. INSULTOS Y EXPRESIONES INJURIOSAS

El caso, **Nombre 001 vs. Art. 7 de Ley de Imprenta**<sup>51</sup>, es una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, en la que se declara sin lugar un recurso de amparo interpuesto contra el artículo 7 de la ley de imprenta de Costa Rica. Sin embargo, lo interesante radica en lo señalado por la Sala Constitucional cuando sostiene que, carecen de protección constitucional, los insultos o los juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento u opinión. Por otro lado, sostuvo que la información respecto de hechos o personas de relevancia con preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor, en caso de colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren, por las personas que en ellas intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública en forma legítima.

El caso **New York Times vs. Sullivan (376 U.S. 254 1964)**<sup>52</sup> es una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de fecha 9 de marzo de 1964. Es considerado el caso que da origen a la doctrina de la **real malicia** (en inglés y según la jurisprudencia estadounidense *actual malice*) referida a la libertad de prensa. Se refiere a una publicación en el New York Times financiada por 64 personas, donde se describen actitudes segregacionistas en la ciudad de Alabama, contra un grupo de manifestantes de raza negra liderados por el Dr. Martin Luther King. Sullivan, comisionado de la ciudad, se sintió agraviado por las expresiones vertidas en la solicitada contra la policía ya que esta estaba bajo su autoridad. La Corte Suprema sostuvo que el propósito de la primera enmienda es mantener la libre discusión política para lograr que el Gobierno responda a la voluntad del pueblo y que se obtengan cambios por las vías legales. Destacó que, si las declaraciones pierden tal protección debido a la «falsedad» de algunas de sus afirmaciones sobre hechos y pretendida difamación del demandante, carecería de sentido la primera enmienda. Finalmente agregó que las garantías constitucionales requieren una regla federal que impida a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial a menos que se pruebe que fue

51. CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional. Sentencia Nombre 001 vs. Art. 7 de Ley de Imprenta.

52. SCOTUS. New York Times vs. Sullivan. 376 U.S. 254 (1964).

hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

## 5. CANCIONES QUE INSULTAN Y DEGRADAN

En el caso del **Tribunal Regional (Landgericht) de Berlín**<sup>53</sup> conoció el caso de unos raperos que decidieron agudizar su rivalidad con otro rapero, el cual para estos fines llamaremos el rapero ofendido, consideraron apropiado insultarlo al asociarlo con homosexuales y de alguna manera salió mencionado el ex alcalde de Berlin Klaus Wowereit. El caso abrió una investigación por denuncia de crímenes de odio, pero las Cortes Alemanas decidieron que no era un delito, ya que era una canción específica para una persona y no un colectivo, en sus valoraciones la Corte explica que las personas homosexuales tienen el mismo valor que las personas heterosexuales, por lo que la reducción al alcalde a su condición de homosexual no puede ser ofensivo.

## 6. CRÍTICAS A FIGURAS PÚBLICAS

El caso, **Marvin Sandí vs. Óscar López**<sup>54</sup>, es una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, de fecha 06 de febrero de 2015, identificada bajo el número 01782-2015, mediante la cual se declara parcialmente con lugar un recurso de amparo. Los hechos de este caso se refieren a un programa radial, el cual presentó en una cuña<sup>55</sup> en la que se hace una serie de comentarios referente a un diputado (de esos de dudosa reputación) y el diputado como

53. Tribunal Regional (Landgericht) de Berlín. Caso No. 512 Qs 69/13.

54. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 01782-2015.

55. La cuña decía lo siguiente: «*Ciudadano costarricense. ¿Confía y cree usted en un diputado que se dice le representa en el máximo Poder de la República, que fue estudiante de derecho con notas sobresalientes en una universidad, a punto de graduarse, en tiempo récord, sin tener bachillerato de secundaria y que es un requisito indispensable para poder llevar esa carrera? ¿Un diputado que en la sección voto 2010, en el periódico La Nación, dice ser abogado graduado de la Universidad de Costa Rica, constituyendo esto un delito de falsedad ideológica? ¿un diputado denunciado por la Fiscalía por presunta estafa, al estar involucrado en la falsificación de firmas para contratos para la campaña 2010, donde cobraron más de €220 millones y los contratados declararon que nunca cobraron un cinco y que en su mayoría falsificaron las firmas? ¿Un diputado donde en un audio solicita a Hugo Navas copia de uno de esos contratos falsos para amedrentar a Rita Chaves y demás diputados del PASE, diciéndoles que Hugo sabe todo y que puede acabar con todos, con el partido y todo? ¿Un diputado que el OIJ investiga junto a los diputados de su fracción por aparentes nombramientos falsos en la Asamblea Legislativa, donde nunca se presentaron a trabajar, pero su salario era cobrado, constituyendo esto una estafa de más de €200 millones al Estado costarricense, o sea, a todos nosotros? ¿Un diputado que en un audio planea robarse de la deuda política del proceso electoral 2010 €356 millones con facturas de gastos inexistentes? A un diputado así, no se le puede creer. No es digno de sentarse en una curul. No a la impunidad. Señor Fiscal General de la República actúe, queremos respuestas. Este es un mensaje de los ciudadanos indignados con*

respuesta, envía una nota<sup>56</sup> a diferentes entidades públicas solicitando que dejen de pautar en el programa, llegando la Sala a la conclusión que dichas notas constituyen una censura previa indirecta e ilegal. Sostuvo la Sala que, tratándose de funcionarios públicos, en particular aquellos de alta jerarquía, el umbral de la libertad de expresión y el deber de tolerancia a la crítica aumentan.

De igual manera, destaco la labor de mi colega del comité de derechos humanos de la International Bar Association Ramazan Demir, un abogado de Derechos Humanos que fue arrestado en 2016, bajo una operación «anti-terrorista», acusado de promover desestabilización interna en el país, por sus demandas impuestas ante la Corte Constitucional de Turquía y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ha estado enfrentado una dura situación legal, donde ha habido vicios de procedimiento en los procesos judiciales internos que se le siguen y además fue condenado por «insultar» al presidente de su país.

## 7. CRÍTICAS A LAS FUERZAS ARMADAS

El caso **Palamara Iribarne Vs. Chile**<sup>57</sup> es una sentencia de la Corte IDH de fecha 22 de noviembre de 2005, que declara la responsabilidad internacional del Estado Chileno. Los hechos de este caso se refieren al Señor Palamara, ex oficial militar Chileno, quien había escrito un libro crítico de la Armada Nacional. El libro dio origen a un proceso penal militar por «desobediencia» y «quiebre de los deberes militares» que condujo a que el Estado retirara de circulación todas las copias físicas y electrónicas existentes. La Corte IDH ordenó una reforma legislativa que asegurara la libertad de expresión en Chile, al igual que la publicación del libro, la restitución de todas las copias incautadas y la reparación de los derechos de la víctima.

El caso **Usón Ramírez Vs. Venezuela**<sup>58</sup>, es una sentencia de la Corte IDH, de fecha 20 de noviembre de 2009, que declara la responsabilidad internacional del Estado Venezolano. Los hechos de este caso tratan la situación de Usón, un

---

*el PASE*». CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 01782-2015. Otro caso relevante en la materia: SCOTUS. Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).

56. La parte final de la nota indicaba lo siguiente: «*Por la consideración que se merecen, respetuosamente les prevengo de este asunto y les insto a valorar como una responsable medida cautelar, la posibilidad de sacar del aire la publicidad institucional que pagan en este programa radial, mientras resolvemos en los tribunales la querrela que estamos por incoar, con el propósito de no empañar judicialmente ni perjudicar la sana imagen que los costarricenses tienen de esta noble institución, la cual debe ser protegida y no debería verse inmiscuida en asuntos tan deplorables y ajenos al honroso quehacer de ustedes, con lo que mis abogados desestimarían de inmediato a petición del suscrito, la eventual demanda solidaria extensiva contra esta entidad pública. (...)*» CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 01782-2015.

57. CORTE IDH. Sentencia. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. (2005).

58. CORTE IDH. Sentencia. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. (2009).

militar en retiro que fue condenado por el delito de «injuria contra la Fuerza Armada Nacional», luego de emitir opiniones críticas en un programa televisivo acerca de la actuación de dicha institución en el caso de un grupo de soldados que habían resultado gravemente heridos en una instalación militar. La Corte IDH estimó que la norma penal aplicada para sancionar a Usón no cumplía con las exigencias del principio de legalidad por ser ambigua, y entendió que la aplicación del derecho penal al caso no era idónea, necesaria y proporcional.

## 8. LIBROS Y NOVELAS CON UN CONTENIDO POLÉMICO

El caso **Alinak Vs. Turquía (Solicitud N.º 40287/98)**<sup>59</sup>, es una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 29 de marzo de 2015. Los hechos se circunscriben a Mahmut Alinak, es un ciudadano turco quien escribió una novela basada en hechos reales que tuvo lugar en la aldea de Ormaniçi en la provincia de Şırnak. El libro se publicó en septiembre de 1997 y, en octubre de 1997, el fiscal del Tribunal de Seguridad del Estado de Estambul solicitó la confiscación de copias del libro, alegando que el contenido del libro incitaba al odio y la hostilidad al hacer distinciones entre ciudadanos turcos con base en su identidad étnica o regional. El Tribunal observó que el libro contenía detalles gráficos de malos tratos ficticios y atrocidades cometidas contra los aldeanos, lo que sin duda creó en la mente del lector una poderosa hostilidad hacia la injusticia a la que los habitantes del pueblo estaban sujetos en la historia. Tomado literalmente, ciertos pasajes pueden interpretarse como una incitación a los lectores al odio, la rebelión y el uso de la violencia. Sin embargo, destacó el Tribunal, el medio utilizado por el solicitante era una novela, una forma de expresión artística que atraía a un público relativamente limitado en comparación con, por ejemplo, los medios de comunicación.

El Tribunal recordó que el Artículo 10 protegía la libertad de expresión artística. Los que crearon, interpretaron, distribuyeron o exhibieron obras de arte contribuyeron al intercambio de ideas y opiniones, lo cual era esencial para una sociedad democrática. Por lo tanto, el Estado estaba obligado a no invadir indebidamente la libertad de expresión del autor. El Tribunal concluyó que la orden de confiscar el libro del demandante era desproporcionada con respecto a los objetivos perseguidos y, por lo tanto, no era «necesaria en una sociedad democrática».

El caso del «**libre mercado de las ideas**<sup>60</sup>», discute el Caso de la librería Europa donde el Tribunal mantiene que es precisamente cuando se presentan ideas que sorprenden, que chocan y que contestan el orden establecido, cuando la libertad de expresión es más preciada. El Tribunal Constitucional español

59. TEDH. Caso Alinak Vs. Turquía. No. 40287/98. (2015).

60. Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 235/2007.

sostiene que «nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional».

El caso, **Giniewski v France (Solicitud N.º 64016/00)**<sup>61</sup>, los hechos de este caso versan sobre un artículo de Paul Giniewski, periodista, sociólogo e historiador que contenía un análisis crítico de la doctrina particular desarrollada por la Iglesia Católica y sus posibles vínculos con los orígenes del Holocausto. El Tribunal sostuvo que, el artículo en cuestión había contribuido a un debate sobre las diversas razones posibles detrás del exterminio de judíos en Europa: una cuestión de interés público indiscutible en una sociedad democrática. Aunque la cuestión planteada en el artículo se refería a una doctrina respaldada por la Iglesia católica, por lo tanto un asunto religioso, un análisis del artículo en cuestión mostraba que no contenía ataques contra creencias religiosas como tales, sino una opinión que el solicitante había deseado para expresar como periodista e historiador.

## 9. VOCERÍAS DE EMPRESAS Y ORGANISMOS PÚBLICOS

El caso **Amaral Sequeira Enríquez vs. Director de la Dirección de Relaciones Públicas del Ministerio de Obras Públicas y Transportes**<sup>62</sup>, es una sentencia emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica, que declaró con lugar un recurso de amparo en que un empleado del Ministerio de Obras Públicas y Transportes reclamaba la violación a su libertad de expresión por el hecho que el departamento de relaciones públicas estableciera una pauta a las jefaturas del Ministerio, que debían comunicarse previamente con dicho departamento, ante cualquier contacto que la Prensa hiciera directamente con ellos.

El caso **Amaral Sequeira Enríquez vs. Director de la Dirección de Relaciones Públicas del Ministerio de Obras Públicas y Transportes**, choca con el caso **Luis Arturo Polinaris Vargas vs. Presidente de la Junta Directiva de la Junta de Protección Social de San José**<sup>63</sup> también de la Sala Constitucional de Costa Rica, en la que se definió que el establecimiento de voceros no es violatorio a la libertad de expresión: «... *la disposición de quién es el vocero oficial de la institución corresponde a la Junta Directiva, de acuerdo con las competencias previstas en el Reglamento Orgánico; al recurrente no se le ha vulnerado en forma alguna su libertad de expresión y conexas, porque puede ejercer esa libertad de conformidad con las disposiciones constitucionales y del derecho internacional de los Derechos Humanos, aunque no lo haga como vocero oficial de la institución. Dentro de una estructura*

61. TEDH. Caso Giniewski vs. France. No. 64016/00).

62. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 11694-2014.

63. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 3593-08.

*administrativa resulta indispensable que el órgano competente determine quién es el interlocutor de la institución con la opinión pública y la discusión de si al gerente le corresponde ser el vocero oficial de la Junta o no le corresponde se trata de un problema de relación interorgánica, no de derechos fundamentales, que no corresponde dilucidarse en esta vía ...».*

## 10. APLICACIONES WEB/MÓVILES Y ELECCIONES

El caso, **Magyar Kétfarkú Kutya Párt Vs. Hungary (Solicitud N.º, 201/17)**<sup>64</sup>, es una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 23 de enero de 2018, que declara la responsabilidad internacional de Hungría. Los hechos de este caso se refieren a un partido político que desarrolló una aplicación móvil para que los usuarios compartieran fotografías anónimas de sus papeletas de votación, y que como consecuencia llevó a que el partido político fuera multado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la multa interfirió con el derecho del partido político a la libertad de expresión, porque la aplicación de teléfono móvil poseía un valor de comunicación, ya que permite a los votantes compartir opiniones sobre los votos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó el argumento del Gobierno de que la multa perseguía un objetivo legítimo, señalando que la aplicación móvil no perjudicó el secreto o la imparcialidad del referéndum.

## 11. PUBLICACIONES EN REDES SOCIALES

El caso, **Nombre 001 vs. Ministerio de Educación Pública**<sup>65</sup>, es una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, que declaró parcialmente con lugar un recurso de amparo interpuesto por un alumno de un colegio privado en Costa Rica, quien sufría de bullying, y cuyo acoso se extendió hasta la amenaza de muerte, ante la inacción del Colegio por las denuncias hechas, el alumno hizo una publicación en Facebook, como resultado de esta publicación, fue sancionado administrativamente en el colegio. La Sala amparó a este alumno víctima de bullying ya que su libertad de expresión había sido censurada por medio de la actuación del Colegio.

El caso, **Nombre 01 vs. Caja Costarricense de Seguro Social**<sup>66</sup>, es una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, que declaró parcialmente con lugar un recurso de amparo interpuesto por una ciudadana quien alegaba no podía ver el perfil de Facebook, ni dar «me gusta» a las publicaciones, así como tampoco enviar mensajes por esa vía, a la Caja Costarricense de Seguro Social

64. TEDH. Caso Magyar Kétfarkú Kutya Vs. Hungary. No. 201/17.

65. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 1585-2017.

66. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 1988-2015.

de Costa Rica, quien bloqueó a la solicitante. La Corte ordenó a la institución pública a desbloquear una de las cuentas en Facebook que era administrada por la solicitante, por no conocer las razones que motivaron el bloqueo.

Diferente es el caso en donde se consideró legítimo el bloqueo que hicieron en Facebook a un usuario, así, el caso **Ronny David Salazar Montero vs. Contralor de Servicios del Instituto Costarricense de Electricidad**<sup>67</sup>, también de la Sala Constitucional de Costa Rica de fecha 28 de marzo de 2014, es identificada bajo el número 4460-2014, declaró sin lugar un recurso de amparo interpuesto por Ronny Salazar, en el que aducía que el bloqueo por él expresar su disconformidad con una publicidad de la compañía era violatorio de sus derechos. La sala sostuvo que en este caso, el elemento diferenciador era que la empresa actuó amparada en su función comercial razón por la cual, a su juicio, no existía violación alguna.

## 12. CENSURA A MANIFESTACIÓN CONTRA ASAMBLEA LEGISLATIVA

El caso **Comité Patriótico de las Barras de la Asamblea vs. Asamblea Legislativa**<sup>68</sup>, es una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, de fecha 05 de agosto de 2011, identificada bajo el número 10419-2011, que declara con lugar un recurso de amparo interpuesto por los solicitantes, en razón de la censura previa ilegítima a la que fueron sometidos al no permitírsele la entrada a la Asamblea Legislativa por llevar carteles en blanco y marcadores. La Sala concluyó que, es inaceptable que se pretenda realizar un control previo sobre el contenido de los cartelones que los asistentes a la sesión legislativa portan, más, todavía, resulta contrario a la libertad de expresión el restringir su ingreso por razones de orden, paz o tranquilidad de la sesión, pues, si alguno de estos incluyera mensajes ofensivos, difamatorios o calumniantes, la persona que se sintiera afectada, sin duda, goza de la posibilidad de acudir a las instancias penales para solicitar la correspondiente acción de la administración de justicia por los eventuales daños que se hubieren causado a su honor.

## 13. CONGRESOS Y ACTIVIDADES ACADÉMICAS

La sentencia **004160-2011**<sup>69</sup>, de la Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica, de fecha 29 de marzo de 2011, se refiere a la impugnación del acuerdo del Consejo Universitario de la UCR, donde solicita la suspensión de una

67. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 1585-2017.

68. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 10419-2011.

69. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 004160-2011.

conferencia impartida por el Premio Nobel de Medicina sobre ADN, basado en que el conferencista ha hecho manifestaciones contrarias a principios y valores del Estatuto Universitario. Concluyó la Sala que, aunque el acuerdo impugnado no conllevó a la suspensión de la conferencia; se constata que la amenaza de violación a la libertad de expresión y cátedra, dado que el acuerdo tomado por el Consejo Universitario para solicitar suspender la realización de una conferencia constituyó una forma de silenciar las manifestaciones del pensamiento, ideas, opiniones, creencias, convicciones o juicios de valor del conferencista, lo cual es una censura previa.

#### 14. PARTICIPACIÓN EN DESFILES

El caso **Hurley Vs. Irish-American Gay, Lesbian y Bisexual Group of Boston, Inc., (515 U. S. 557, 572 1995)**<sup>70</sup> es una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de fecha 19 de junio de 1995. Se refiere a la exclusión de grupos de homosexuales en un desfile del día de San Patricio. La Corte dictaminó que a las organizaciones privadas, incluso si planificaban y tenían permisos para una manifestación pública, se les permitía excluir grupos si esos grupos presentaban un mensaje contrario al que el grupo organizador quería transmitir. Al abordar las cuestiones específicas del caso, la Corte determinó que el estado no puede obligar a los ciudadanos privados que organizan una manifestación pública a incluir grupos que transmiten un mensaje que los organizadores no desean que se presente en la manifestación, incluso si la intención de la manifestación estado era para prevenir la discriminación.

#### 15. PUBLICIDAD COMERCIAL

El caso **4 Liquormart, Inc. Vs. Rhode Island, (517 US 484 – 1996)**<sup>71</sup> es un caso que se refiere a una ley de Rhode Island que prohibía anunciar en modo alguno el precio de cualquier bebida alcohólica ofrecida a la venta en Rhode Island y la publicación de un anuncio por parte de 44 Liquormart, que aunque no tenía indicación a los precios, dejaba ver entre líneas que sus precios eran bajos.

La Corte destacó que era un error suponer que el discurso comercial no tenía derecho a protección bajo la Primera Enmienda. Si bien los estados tienen libertad para regular el discurso comercial, declaró que Rhode Island había ido demasiado lejos. Específicamente, afirmó que la Corte, en el pasado, ha sido cautelosa con respecto a los «peligros» de las prohibiciones absolutas basadas

70. SCOTUS. *Hurley Vs. Irish-American Gay, Lesbian y Bisexual Group of Boston, Inc.* 515 U. S. 557, 572 (1995).

71. SCOTUS. *4 Liquormart, Inc. Vs. Rhode Island.* 517 U.S. 484 (1996).

en el contenido en el discurso comercial. Destacó que, tales prohibiciones a menudo sirven solo para oscurecer una «política gubernamental subyacente» que podría implementarse sin regular el habla. De esta forma, estas prohibiciones comerciales del discurso no solo obstaculizan la elección del consumidor, sino que también impiden el debate sobre temas centrales de la política pública.

El caso **Bigelow Vs. Commonwealth of Virginia (421 US 809 – 1975)**<sup>72</sup>, se refiere a una apelación ante la Corte Suprema en nombre de un editor de periódico en Charlottesville, Virginia, que había publicado un anuncio de un servicio de remisión de abortos en Nueva York (donde el aborto era legal). Virginia acusó al editor, Jeffrey C. Bigelow, de violar una ley estatal que convertía en delito alentar el aborto a través de conferencias, publicidades o de cualquier otra manera. Bigelow fue condenado y multado. La Corte destacó que la primera enmienda «debería evitar que los estados prohíban la publicidad de productos o conductas que sean claramente legales en el lugar anunciado». La Corte también señaló la naturaleza política del aborto y su condición de derecho fundamental protegido por la Constitución.

## 16. CONFLICTO CON LA LIBERTAD RELIGIOSA

El Caso «**La Última Tentación de Cristo**» Vs. Chile<sup>73</sup> es una Sentencia de la Corte IDH que declara la responsabilidad del Estado Chileno. Los hechos de este caso ocurrieron el 29 de noviembre de 1988 cuando el Consejo de Calificación Cinematográfica rechazó la exhibición de la película «La Última Tentación de Cristo». Decisión que fue posteriormente ratificada por la CSJ, por «*contener material sensible que colisionaba con el derecho a la libertad religiosa*». La Corte IDH declaró que Chile violó el derecho a la libertad de expresión de los productores de la película, puesto que la Convención Americana no permite la censura previa, salvo en el en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. De igual manera descartó una violación al derecho a la libertad religiosa por cuanto no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención.

La Sala Penal del Tribunal Supremo Español<sup>74</sup>, estableció que distinto a una imposición es un irrespeto a una celebración religiosa, lo cual no está protegido por la ley. Tal y como ocurrió cuando treinta personas interrumpieron la celebración de una misa para gritar consignas a favor del aborto y en contra de la Iglesia, siendo condenadas por crímenes en contra de la libertad de religión

72. SCOTUS. Bigelow Vs. Commonwealth of Virginia. 421 U.S. 809 (1975).

73. CORTE IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 73.

74. Tribunal Supremo de España. Sala Penal. Sentencia 835/2017, Rec. 47/2017.

En **Sentencia (Auto) del Juzgado de Instrucción, n.º 18, de Valencia, España**<sup>75</sup> se estableció que la línea del irrespeto a signos religiosos es delgada, pues en muchos casos entra la manifestación artística, como ocurrió en ese caso concreto, el cual se trataba de un poster para celebrar un *Gay Pride* en el que la imagen utilizada eran dos mujeres, vestidas de la virgen María, besándose de frente.

Mediante **Auto (Sentencia) del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Pamplona, España**<sup>76</sup> la Corte de Instrucción de Pamplona, resolvió el caso de una intervención artística para hacer conciencia sobre la pedofilia dentro del clero de la Iglesia Católica en donde se utilizaron hostias (el pan sacramental utilizado en la celebración de las misas). La Corte razonó que no era un delito de odio, por cuanto dicha intervención no se llevó a cabo en una Iglesia, ni tampoco se interrumpió una ceremonia religiosa. Se trata de una profanación, un acto irreverente pero de ninguna manera mostraba hostilidad u odio frente a la Iglesia.

---

75. Juzgado de Instrucción No. 18 de Valencia. Proceso. 1084/2016.

76. Juzgado de Instrucción No. 2 de Pamplona. No. 429/2016, Proceso 1084/2016.



## Capítulo VIII

# La discursiva peligrosa

SUMARIO: I. EL CEREBRO: LA MÁQUINA DE ASOCIACIÓN DE IDEAS. II. DISCURSIVA PELIGROSA. III. LA BOLSA QUE ATRAPA TODOS LOS MALES: «LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO».

¿De dónde surge la motivación para que una persona decida acribillar a un sujeto de una forma tan despiadada? ¿Qué es lo que lo alimenta para cometer algo que deshumanice el marco «humano» del propio crimen? ¿Por qué existe odio en la sociedad contra ciertos grupos? Son varios los factores que interactúan para crear esta atmósfera, dentro de los cuales se encuentran los discursos.

No solamente los discursos de odio, donde explícitamente hay incitaciones de violencia contra un grupo determinado, sino también aquellos que se escudan en lenguaje inocente, como ocurre con la **discursiva peligrosa**. Este tipo de discursos son un corrosivo, como la sal que oxida los metales en la playa, la cual poco a poco, de forma silenciosa y continua, va dañando a un grupo o colectivo social hasta que el llamado de odio y acción en contra de ellos, resulta no solamente justificado, sino además una consecuencia lógica del «peligro» que representan. Este capítulo trata del inminente riesgo que existe en la sociedad, que discursos disfrazados de ovejas, escudados en una abusada y prostituida libertad de expresión, se estén fraguando un ataque en contra de la diversidad sexual.

### I. EL CEREBRO: LA MÁQUINA DE ASOCIACIÓN DE IDEAS

Al leer la palabra «teoría» inmediatamente intuitivamente la relacionamos con conceptos científicos, de algún grado de complejidad. Mientras que al leer «juegos» la memoria lo asocia con aspectos infantiles, triviales y actividades que por lo general no requieren un gran esfuerzo; al juntarlas —«teoría de los juegos»— inicialmente se genera una contradicción (¿un científico infantil?), pero después de unos segundos, el cerebro sale de ese choque conceptual, delibera, llegando a la conclusión que en realidad esa frase se refiere a la

invención de John Von Neumann<sup>1</sup>. Aquel judío húngaro que logró escaparse de las garras de la II Guerra Mundial y se instaló en Universidad de Princeton en los Estados Unidos de América, convirtiéndose en un estratega y asesor militar de la superpotencia americana y en una de las mentes más influyentes de todos los tiempos.

En cuestión de segundos, los procesos mentales del cerebro acceden –en caso de haber adquirido esos conceptos– a los aspectos generales sobre tales eventos y personajes históricos, llegando al punto de profundizar para alcanzar detalles de aspectos particulares –*zoom in*– de esos vagos recuerdos. Destacando entre las remembranzas, las anécdotas de Von Neumann y su prodigiosa capacidad para navegar en el misterioso mundo de las matemáticas, su afabilidad por las bromas y su memoria prodigiosa<sup>2</sup>. Es toda una labor de asociación de conceptos<sup>3</sup>.

Kahneman<sup>4</sup> explica que el cerebro tiene un principio básico para su funcionamiento: consumir la menor cantidad de energía posible para efectuar todas las funciones que desempeña como director de orquesta del cuerpo humano.

1. «La teoría de juegos (o teoría de las decisiones interactivas es el estudio del comportamiento estratégico cuando dos o más individuos interactúan y cada decisión individual resulta de lo que el (o ella) espera que los otros hagan. Es decir, qué debemos esperar que suceda a partir de las interacciones entre individuo s». Monsalve, S. (2003). John Nash y la teoría de juegos. Universidad Nacional de Colombia, Lectura Matemáticas, Vol. 24, pág. 137-149. Extraído de: <http://www.scm.org.co/aplicaciones/revista/Articulos/735.pdf> También Poundstone, W (2015). El Dilema del Prisionero: John Von Neumann, la teoría de juegos y la bomba. Alianza Editorial.
2. «La memoria de Von Neumann fue en gran parte responsable de su mito. Es difícil demostrar que eres un genio en un té de la facultad o en un cóctel: mostrar tu Buena memoria es otra cosa. Los auténticos hipermnésicos (aquellos que poseen la capacidad de memoria fotográfica) son casos aislados. No sacan provecho de su habilidad. La memoria del famoso paciente S. del psicólogo ruso A.r. Luria le llevó a una tragedia ya anunciada. S. no pudo distinguir entre las experiencias del momento y los recuerdos del pasado, demasiado intensos; acabó sus días en un sanatorio psiquiátrico. Afortunadamente, la memoria de Von Neumann era más selectiva, Klara afirmaba que su marido no se acordaba de lo que había comido ese día, pero que era capaz de recordar cada palabra de un libro que había leído hace quince años. Herman Goldstine confirma esta anécdota en apariencia exagerada en su libro *The Computer from Pascal to Von Neumann...*». Poundstone, W (2015). El Dilema del Prisionero: John Von Neumann, la teoría de juegos y la bomba. Alianza Editorial, pág. 70.
3. Kahneman, D (2011). Think Fast and Slow. [Versión Kindle] P. 51. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) P. 51 y siguientes.
4. Kahneman, D (2011). Think Fast and Slow. [Versión Kindle] P.51. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)

Y Gladwell, M. (2006). Así como «Blink: The power of thinking without thinking», Penguin Books, Kindle Edition. Para un estudio sobre las heurísticas o atajos mentales aplicados a la toma de decisiones judiciales, ver: Guthrie, C., Rachlinski J., y Wistrich A. (2007). Blinking on the Bench: How Judges decide cases. Cornell Law Review. Extraído de: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1707&context=facpub>

Para efectuar dicha labor, cuenta con dos segmentaciones del cerebro: una intuitivo, el cual denomina S1 y uno deliberativo el cual denomina S2. Estos sistemas interactúan entre ellos para procesar los eventos que el sistema sensorial (los 5 sentidos) perciben. El Sistema intuitivo se encuentra siempre alerta, listo para saltar con una respuesta, la cual podrá ser o no certera dependiendo de la habilidad o *expertise* del individuo que responde. El S1 estará disponible para responder problemas simples (como detectar hostilidad en una conversación, deslizarse a la izquierda o derecha en *Tinder*<sup>5</sup>, determinar la procedencia de un sonido, hacer una mueca de desprecio ante algo incómodo, etc.).

De tal manera que entre mayor práctica se tenga sobre una habilidad determinada, como por ejemplo jugar ajedrez, las habilidades migrarán del S2 al S1, ya que el cerebro habrá adquirido la capacidad para efectuarlas de forma automática sin mayor desgaste de energía. El S1 se auxilia de herramientas denominadas heurísticas, habilidades expertas adquiridas, así como de procesos mentales como la percepción y memoria. El S1 ayuda a asociar ideas, movimientos motores, habilidades adquiridas y entender las dinámicas de las circunstancias sociales; acceder a estos conocimientos –que se encuentran en la memoria– se hace sin intención (como ocurre al leer) y sin esfuerzo.

Cuando el S1 falla en encontrar una respuesta ante una situación, entra a escena el S2, el cual es más lento y tiene un consumo energético mayor, por cuanto requiere de la concentración del individuo, algunos ejemplos de actividades que efectúa el S2 se encuentran concentrarse en una persona en un ambiente ruidoso, comparar dos situaciones determinadas, efectuar una declaración de impuestos, responder un problema de matemáticas, analizar dar una segunda oportunidad a tu ex, encontrar a «Waldo», entre otras. De esta manera, el S2 tiene la habilidad para influir en el funcionamiento del S1.

La interacción entre ambos sistemas es bastante curiosa, por cuanto siempre están encendidos y alerta a los eventos que los sentidos perciben, siendo que el S1 está constantemente enviando al S2 mensajes de los eventos que ocurren, los cuales a su vez se pueden transformar en creencias y posteriormente en impulsos que quedan registrados en el cerebro para próximas actuaciones. El problema ocurre, cuando el S1 envía impulsos al S2, basados en sesgos, prejuicios y heurísticas –atajos mentales– que mueven a errores sistemáticos.

Imaginen al cerebro como el director de orquestas con múltiples funciones, conscientes e inconscientes, que debe coordinar para el buen funcionamiento de los músicos –el cuerpo humano–. En este sentido, uno de los principales objetivos de ese director es consumir la menor cantidad de energía posible

5. Bartolomé, M. (2018). El amor en los tiempos del Tinder Tendencias y comportamientos emergentes derivados de la popularización de la aplicación de citas. (Trabajo de fin de licenciatura). Universidad Rey Juan Carlos.

para tomar las decisiones, para ello, se basa en una serie de artilugios para lograrlo:

- a) sesgos<sup>6</sup>,
  - b) preconcepciones<sup>7</sup>,
  - c) expectativas<sup>8</sup>,
  - d) estereotipos<sup>9</sup>,
  - e) esquemas mentales<sup>10</sup>,
6. Sternlight, J. Y Robbennolt, J.(2008). Good Lawyers Should Be Good Psychologists: Insights for Interviewing and Counseling Clients. Ohio State Journal on Dispute Resolution: Volume 23, Issue 3 Pág.454 y 462. Extraído de: <https://kb.osu.edu/handle/1811/76855>
  7. «Our construal or understanding of events and situations is guided by basic knowledge structures –known as schemas– that define expectations about how the world operates, fill in gaps in information, and facilitate an ability to “make inferences and judgments with heightened ease, speed, and subjective confidence”.... Such schemas serve us well most of the time allowing us to process vast amounts of information quickly. However, because schemas may not always accurately represent the state of the world in a particular instance, they can sometimes lead us astray». Sternlight, J. Y Robbennolt, J.(2008). Good Lawyers Should Be Good Psychologists: Insights for Interviewing and Counseling Clients. Ohio State Journal on Dispute Resolution: Volume 23, Issue 3 Pág. 451-452. Extraído de: <https://kb.osu.edu/handle/1811/76855>
  8. «Pueden identificarse cuatro tipos de expectativas que afectarán nuestra percepción: expectativas culturales o estereotipos, expectativas de experiencias pasadas, prejuicios personales y expectativas temporales». Loftus, Elizabeth, «Eyewitness Testimony», Harvard University Press (1996), p. 37. Zentner explica que los Nazis conocían que apelar a los estereotipos era una táctica útil para generar la aversión hacia el pueblo judío: «El alemán, aseado; el judío, sucio; el bolchevique, malvado; la raza de los dominadores y los otros, los infra-humanos: clichés». Esto lo hacían en todo tipo de material: libros para niños, en películas para todo público, en volantes, anuncios, periódicos. Ver: Zentner, C. (1997). «The Encyclopedia Of The Third Reich», P. 263 y 731 y Fernández Aguado, C. (Junio, 2013). *La prensa antisemita en la Alemania nazi: El caso de Julius Streicher y Der Stürmer*. Master Universitario en Comunicación institucional y política. Universidad de Sevilla, P. 6.
  9. «Stereotypes are generic descriptions of past experiences that we use to categorize people and objects». Daniel L. Schacter, «The Seven Sins Of Memory: How The Mind Forgets And Remembers» 153 (2001)».
  10. «Los seres humanos poseemos tres tipos de esquemas mentales a los cuales acudimos para guiarnos en el mundo: (a) esquemas de personas, (b) esquemas de rol y (c) esquemas de situaciones. Esquemas de rol se forman a partir de incorporar la información correspondiente acerca de cómo las personas generalmente realizan sus roles sociales. Los esquema de situaciones o guiones, se refieren a actos o secuencias de actos e indican lo que se espera que se pase en una situación determinada». Ferrer, F (2015). Psicología Jurídica (aportes psicosociales para la práctica del Derecho. Universidad de Buenos Aires, pág. 66. En relación con los diferentes esquemas mentales y la manera Davis. D y Loftus, E (2007). (2). Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. En Toglia, M. Handbook of Eyewitness Psychology, Lawrence Erlbaum Associates. Extraído de: [https://webfiles.uci.edu/eloftus/Davis\\_Loftus\\_Misinformation\\_HandbookChapScan07.pdf?uniq=e418yu](https://webfiles.uci.edu/eloftus/Davis_Loftus_Misinformation_HandbookChapScan07.pdf?uniq=e418yu)

- f) decisiones por medio de heurísticas cognitivas<sup>11</sup>,
- g) entre otros<sup>12</sup>.

De esta manera, con base en toda esa serie de complejos procesos mentales, es que el cerebro logra procesar la información con la que interactúa, almacenando los datos que más valiosos se consideran.

## II. DISCURSIVA PELIGROSA

La capacidad de asociación del cerebro es sorprendente. Veamos unos ejemplos sencillos, pero peligrosos, si usted lee estas dos palabras: «insecto» y «zapato» posiblemente su cerebro de manera inmediata lo asoció con el zapato que puede utilizar para matar insectos. Así en cuestión de segundos, usted recorrió vivencias de su infancia y recordó oír el crujido del cuerpo de los invertebrados. Mientras que con las palabras «infección» o «veneno», inmediatamente nuestro cerebro propone sobre una bandeja plata la palabra «cura» y asocia términos relacionados. ... La discursiva peligrosa funciona por nuestra propia capacidad racional, y es esta capacidad deliberativa la que nos debe alertar cuando estamos frente a un caso de la misma.

Por *discursiva peligrosa*<sup>13</sup>, entendemos aquellas expresiones de odio encubiertas de lenguaje inocente, que aún sin constituir una expresión de odio expreso

11. «*estrategias mentales que empleamos para tomar decisiones rápidas, en las cuales tomamos decisiones sobre la base de atajos mentales denominados heurísticas*». Ferrer, F (2015). Psicología Jurídica (aportes psicosociales para la práctica del Derecho. Universidad de Buenos Aires, pág. 67. Sobre las heurísticas de Anclaje, representatividad, retrospectiva, ver: Rachlinskit J., y Wistrich A. (2007). Blinking on the Bench: How Judges decide cases. Cornell Law Review. Extraído de: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1707&context=facpub>. Sobre la heurística de disponibilidad ver: Sternlight, J. Y Robbennolt, J.(2008). Good Lawyers Should Be Good Psychologists: Insights for Interviewing and Counseling Clients. Ohio State Journal on Dispute Resolution: Volume 23, Issue 3 Pág. 464 y 466. Extraído de: <https://kb.osu.edu/handle/1811/76855>. Finalmente, recomiendo a De la Jara para una exposición práctica de estas heurísticas a nivel casuístico en: De la Jara, J (2016). Condenado por la intuición: el cerebro del juez en la determinación del daño y del factor de atribución. En: Bullard, A. El Arbitraje desde otra perspectiva. Lima, Perú: Palestra, Pág. 299-325.
12. Las emociones también juegan un rol importante en la memoria, puesto que pueden distorsionar o amplificar un recuerdo. Sobre el rol de las emociones en el derecho: Kiser, R. (2015). The Emotionally Attentive Lawyer: Balancing the Rule of Law with the Realities of Human Behavior. *Nevada Law Journal*: Vol. 15: Iss. 2, Article 3. Extraído de: <http://scholars.law.unlv.edu/nlj/vol15/iss2/3>. También el trabajo elaborado por uno de los pioneros de la materia de la psicología y derecho se encuentra en el trabajo del profesor José María de la Jara, el cual recomiendo revisar: De la Jara, J (2016). Decisiones viscerales: Persuasión encubierta y emociones. En: Bullard, A. El Arbitraje desde otra perspectiva. Lima, Perú: Palestra, pág. 357-360.
13. La profesora de la Universidad de Harvard y de American University, Susan Benesch, ha elaborado una guía de lo que se considera un «*discurso peligroso*» o bien un discurso

y evidente, resultan peyorativas, degradantes y/o deshumanizantes en contra un individuo o un colectivo social («grupo instrumental»), generando, real o potencialmente, repulsión, asco, desprecio y odio en contra del grupo instrumental<sup>14</sup>. La variedad de las expresiones de odio encubiertas de la discursiva peligrosa es amplia, por lo que el término de expresiones debe entenderse en el más extenso sentido al fin de incluir tanto símbolos (memes, logos), textos, imágenes, videos, sonidos, expresiones orales y cualquier otro mecanismo que pueda utilizarse para exteriorizar un mensaje.

De esto nos advirtió, el señor Mandela, cuando inauguró el Tribunal Constitucional en Suráfrica: «*los ataques a los derechos básicos de las personas se expresan invariablemente en lenguaje inocente*<sup>15</sup>». Estas discursivas peligrosas funcionan como corrosivos de la dignidad de grupos instrumentales, creando sobre la población en general, una sensación de riesgo inminente y necesidad de defenderse frente a ello.

De hecho, estudios sobre prevención del genocidio advierten<sup>16</sup> del riesgo que implica referirse a un grupo instrumental como: «*peste*», «*sanguijuelas*», «*insectos*», «*animales*» o cualquier otro nombre que termina deshumanizando al grupo, hace que los asesinatos y atrocidades sean más digeribles. Este tipo de categorizaciones entran dentro de mensajes de deshumanización, que incluyen diferentes subgrupos<sup>17</sup>:

- Biológicamente Infrahumanos: «Cucarachas», «Microbios», «Parásitos», «Mutilados», «Sidosos», «Insectos», «Toxinas», «Germen»,

---

que resulta la etapa previa a una masacre o un genocidio, no se trata de las menciones específicas o llamados al odio, sino de aquellas menciones previo al discurso del odio, como lo que se considera «homofobia cordial», las cuales encajan perfectamente en el concepto de discursos peligrosos. Las guías se encuentran disponibles: <http://dangerousspeech.org/guidelines>

14. El poder de las palabras, pueden levantar espíritus o hundirlos: «*over the years, nigger has become the best known of the American language's many racial insults, evolving into the paradigmatic slur. It is the epithet that generates epithets*». Kennedy, R. (2002). *Nigger: The Strange Career of a Troublesome Word*. United States: Pantheon Books.
15. Mandela, N. (14 febrero de 1995). Speech by President Nelson Mandela at the Inauguration of the Constitutional Court. Extraído de: <http://www.anc.org.za/content/speech-president-nelson-mandela-inauguration-constitutional-court>
16. Benesch, S. (2014). Countering Dangerous Speech: New Ideas for Genocide Prevention. United States Holocaust Memorial Museum. Extraído de: <https://www.ushmm.org/m/pdfs/20140212-benesch-countering-dangerous-speech.pdf>
17. Maynard, J. y Benesch, S. (2016). Dangerous Speech and Dangerous Ideology: An Integrated Model for Monitoring and Prevention. *Genocide Studies and Prevention* 9, 3 (2016). *Genocide Studies and Prevention*. Extraído de: <http://dx.doi.org/10.5038/1911-9933.9.3.1317>

«Plaga<sup>18</sup>», «Microbios», «Cáncer<sup>19</sup>». Así como cualquier otra palabra que apele a la necesidad de purificación de la sociedad, frente a estos elementos tóxicos.

- Algo sobrenatural: «Diablo», «Satanás», «Demonios», «Espectros», «Extraterrestres», «Aliens» y cualquier otro apelativo a que además de ser algo ajeno a la realidad, también representa algo malvado<sup>20</sup>.
- Señalamientos ideológicos: «Zurdo», «Comunista», «Oligarcas», «Homosexualista», «Aborteras», «Fanáticos», «Sodomitas», «Lobby Gay», «Feminazi», «Guerrillero», «Terengo», «Piricuaco», «Rojo<sup>21</sup>».
- Señalamientos contextuales: «Hombres Vestidos de Mujer», «Fantasías mentales» para referirse a personas trans, «fantasías mentales» también para referirse a personas trans.

- 
18. *«in order to become permanently adamant on Jewish questions. Here was a pestilence, a moral pestilence, with which the public was being infected. It was worse than the Black Plague of long ago»*. Hitler, A. (1924). *Mein Kampf: My Struggle*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) p. 45.
19. Steinitz explica como Hitler utilizaba «... imágenes naturales y orgánicas para caracterizar a la nación alemana... “Luego, los judíos fueron descritos en términos de metáforas de infestación orgánica (como ‘parásitos’), dañando y poniendo en peligro la supervivencia del ‘cuerpo’ alemán. ‘Las metáforas utilizadas para describir a los judíos crearon un nuevo’ universo moral”, donde la eliminación de los judíos era necesaria para la existencia del alemán». Steinitz, J. (2015) What’s metaphor got to do with it? Troping and counter – troping in holocaust victim language. University of Iowa, página 87 y 88. Extraído de: <https://ir.uiowa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5966&context=etd>. También ver: Perry, S. (2009). Rhetorical functions of the infestation metaphor in Hitler's rhetoric. *Central States Speech Journal*, 34:4. Extraído de: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10510978309368147>
20. Hitler se amparaba en apelar a la noción del «diablo» al momento de describir a los judíos. Ver: Hitler, A. (1924). *Mein Kampf: My Struggle*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) p. 49, 235.
21. La guerra civil salvadoreña (1980-1992) tiene un sinnúmero de ejemplos, de heridas que siguen abiertas, a raíz de las acciones criminales que fueron causadas a raíz de esas discursivas peligrosas. Como por ejemplo: El 22 de febrero, el dirigente del PDC y el Procurador General de la República, Mario Zamora, asesinado en su domicilio, días después del Frente Amplio Nacional (FAN), dirigido por el ex alcalde de la Guardia Nacional Roberto D'Aubuisson, lo acusara públicamente de ser miembro de grupos subversivos. Ante esta declaración, Zamora presentó una denuncia por difamación en contra del líder de derecha, lo que terminó con su asesinato. Así reportado en: ONU (1992). De la Locura a la Esperanza. la guerra de los Doce Años en El Salvador. Reporte de la Comisión de la Verdad para El Salvador, pág. 133. Extraído de: [http://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/04/informe\\_cv\\_es.pdf](http://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/04/informe_cv_es.pdf)

De esta manera, se mueve al grupo instrumental a una categoría social inferior la cual no viene con la protección social que otros grupos sociales tienen, de cierta forma crean una sensación de repulsión y antipatía hacia ese grupo.

Benesch explica<sup>22</sup> que con este tipo de mensajes sutiles, se puede levantar un movimiento que represente un gran riesgo para el grupo instrumental, sobre todo por los mensajes entre líneas que se dibujan con cada una de esas palabras, ya que se crea la ilusión de que existe un peligro para el público que está siendo manipulado, construyendo una amenaza<sup>23</sup> que el grupo instrumental representa para el colectivo, destruyendo las alternativas a la no violencia y creando una especie de orgullo o virtud<sup>24</sup> detrás de efectuar actos de violencia. Siendo usual, además, que este tipo de mensajes contengan afirmaciones de que los miembros del grupo instrumental están dañando su pureza o integridad; o bien, se trata de un señalamiento que trata de algo foráneo, a fin de justificar su expulsión.

Las discursivas peligrosas, en efecto, tratan de una especie de fallo del sistema en lo que respecta la libertad de expresión (Norteamérica incluida, por cuanto la libertad de expresión en dicha jurisdicción es casi un derecho absoluto) ya que si se analiza de manera aislada difícilmente se podría concluir que se trata de un discurso de odio, o de algo que sea de tal gravedad, que no pueda ser amparado por dicha libertad. Es por ello que se vuelve necesario e imperioso estudiar<sup>25</sup>:

22. Benesch, S. (2014). *Countering Dangerous Speech: New Ideas for Genocide Prevention*. United States Holocaust Memorial Museum. Extraído de: <https://www.ushmm.org/m/pdfs/20140212-benesch-countering-dangerous-speech.pdf>
23. Un ejemplo de la construcción de la amenaza lo encontramos en Hitler: «*The Jewish way of reasoning thus becomes quite clear. The Bolshevization of Germany, that is to say, the extermination of the patriotic and national German intellectual s*». Hitler, A. (1924). *Mein Kampf: My Struggle*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) p. 466. Punzon toma ese histórico pasado alemán, la carga moral por haber provocado dos guerras mundiales y el holocausto judío, y lo trae a la actualidad alrededor de la crisis de los migrantes Sirios: «*tienen que hacer creer a los alemanes que van a ser asesinados, ya sea literalmente mediante atentados o simbólicamente, con la suplantación de su cultura por un sucedáneo musulmán como consecuencia de la inmigración. El antiguo discurso de las razas, tan denostado en nuestro tiempo, se ha reformado como un discurso sobre las culturas, y el miedo vuelve a ser un arma política*». Punzon, D. (23 Setiembre 2017). «Alemania: El Miedo Como Arma Política». *Revista Contexto*. Extraído de: <http://ctxt.es/es/20170920/Firmas/15137/alemania-xenofobia-alternativa-Alemania-inmigracion-elecciones.htm>
24. Un ejemplo de esto lo encontramos en «Los Diez Mandamientos de los Hutu» que fueron difundidos en 1990 en el genocidio de Ruanda. También lo encontramos en los discursivas peligrosos de Roberto D'auibuisson en las que clamaba: «Haga patria, mate un cura», al considerar a los miembros de la Iglesia Católica, como parte de los grupos comunistas de El Salvador». Ver: Gordon, S. (1989). *Crisis política y guerra en El Salvador*. [Versión Digital]. Extraído de: <https://play.google.com/store/>
25. Benesch, S. (1992). *Dangerous Speech: A Proposal to Prevent Group Violence*. Extraído de: <https://worldpolicy.org/wp-content/uploads/2016/01/Dangerous-Speech-Guidelines-Benesch-January-2012.pdf>

- El contexto histórico y social en el que se difunde el mensaje. Por ejemplo, decirle niño a alguien difícilmente podría ser considerado una ofensa, pero cuando se analiza que en la época de la esclavitud era usual que un hombre blanco se refiera a un hombre negro como «Boy» sin importar que se tratase de un octogenario, entonces la situación es diferente.
- La persona que disemina el mensaje y su influencia sobre la audiencia, pues no es lo mismo una cuenta de twitter con 1 seguidor a una de una figura pública, como Donald Trump, que además de tener millones de seguidores tiene en sus manos el poder que le confiere ser presidente de los EUA. Es en este sentido preocupante que una persona como él, con la responsabilidad que su cargo implica, se preste para crear todo tipo de metáforas en contra de los inmigrantes.
- El medio de difusión<sup>26</sup>, con el fin de determinar su alcance y potencial capacidad de repetición.

Benesch y Maynard, explican que lo más importante en todo caso, es el contenido del mensaje (el cual usualmente es plagado de mentiras completas y medias verdades) y la maleabilidad o facilidad de manipulación de la audiencia<sup>27</sup>.

Veamos un ejemplo: el presidente de los Estados Unidos de América, Donald Trump<sup>28</sup>, decidió hacer gala de sus dotes artísticos y culturales, procediendo a leer un poema denominado «*The Snake*», el cual trata de una serpiente que congelada pidió ayuda y una persona la acogió y la cuidó. Una vez se recuperó... la serpiente le atacó. En el caso de Trump, su cometido era el de empujar a los asistentes a su *rally* político, asociaron a los inmigrantes que ingresan

- 
26. Los genocidios se han logrado gracias a la gran capacidad de difusión de los mensajes, sin importar que esto ocurra en Ruanda o en Alemania, los medios han tenido un papel fundamental. Ejemplos de esto lo podemos encontrar: el totalitarismo ideológico Nazi que abarcó prácticamente todos los aspectos de la vida de los alemanes, desde canciones hasta postales, libros de niños, arte, películas, música, incluso hasta la forma de vestir, comer, hablar y saludar. Las condiciones anteriormente señaladas, facilitaban la transmisión de los mensajes inflamatorios por medio del aparataje propagandístico Estatal y privado, en contra de los judíos. En Ruanda, por ejemplo, también encontramos ejemplos de cómo los medios pueden ampliar el eco sobre mensajes que vienen a ser discursivas peligrosas, tal y como consideró la Corte Penal Internacional en el caso: CPI, Fiscalía Vs. *William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*.
27. Maynard, J. y Benesch, S. (2016). Dangerous Speech and Dangerous Ideology: An Integrated Model for Monitoring and Prevention. *Genocide Studies and Prevention* 9, 3 (2016). *Genocide Studies and Prevention*. Extraído de: <http://dx.doi.org/10.5038/1911-9933.9.3.1317>. También ver: Benesch, S. y otros (2016). Web of Hate: Tackling Hateful Speech in Online Social Spaces. *First Workshop on Text Analytics for Cybersecurity and Online Safety by Dangerous Speech Project*. Extraído de: <https://arxiv.org/abs/1709.10159>
28. Trump, D. (29 de Abril del 2017). The Snake. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=qSrOXvoNLwg>

ilegalmente al país, con esa serpiente que busca ayuda, pero que en cualquier momento atacarán.

Lo cierto es que, si alguien es llamado serpiente, podrá ser una ofensa, pero nada lo suficientemente grave para considerarse un discurso de odio, aceptarlo como tal, sería dramático y exagerado. Sin embargo, si se depara en analizar el contexto histórico en el cual Donald Trump leyó el discurso, el asunto cambia radicalmente, ya que después de comprender la cruzada anti-inmigrantes de Trump, sus promesas electorales y los mensajes transmitidos a su audiencia ese mismo día sobre estar «cautelosos y vigilantes» con los migrantes ilegales, la conclusión cambia por completo.

En este mundo entre la libertad de expresión y los discursos de odio, también son relevantes las metáforas, por cuanto comunican mensajes que son difícilmente expresables con palabras, como explica el doctor Steinitz: «*El pensamiento, de acuerdo con el modelo, es, como hemos visto, un movimiento continuo que oscila entre la particularización y la categorización y se convierte en un dilema más en el que el lenguaje entra –las palabras utilizadas en un argumento. Entonces, podemos pasar a la semántica. La elección de las palabras implica una posición, por lo que una particularidad puede pasar a una categoría familiar. La deliberación interna, explica Billig, es una señal de que una situación de discusión está atrapada entre la categorización y la particularización. Esto es precisamente un instante, u ocasión, de la creación de la metáfora<sup>29</sup>*». Continuando en su explicación en la imperiosa necesidad de la existencia de una plataforma cultural o psicológica para que las metáforas puedan existir.

La naturaleza argumentativa de las metáforas pueden ser muy peligrosas, por cuanto pueden brindar legitimidad necesaria a un macabro plan, por medio de un simple lenguaje figurativo, el cual siendo parte de un esquema mucho mayor y amplio, viene a ser un argumento en sí mismo, tal y como explica Steinitz: «*Perry examinó el lenguaje creado y utilizado por los nazis para ilustrar cómo las metáforas de infestación-enfermedad reconstruyeron la conciencia alemana tanto para darle al régimen su fuerza (describiendo cualquier cosa alemana como un gran organismo) como para legitimar los actos contra los judíos (usando deshumanización metáforas)<sup>30</sup>*».

Señalar las similitudes retóricas entre la actualidad y el pasado, no es atribuir que alguien sea un Nazi o equivalente a ellos, sino que se trata de un señalamiento de la gravedad que reviste lanzar cierto tipo de discursos en las sociedades, por cuanto pueden llegar a: «*reducir las barreras psicológicas y morales*

29. Steinitz, J. (2015) What's metaphor got to do with it? Troping and counter – troping in holocaust victim language. University of Iowa, Pág. 72 y 99. Extraído de: <https://ir.uiowa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5966&context=etd>

30. De alguna manera el uso de metáforas en aquella época, vendría a ser como el uso de «memes» en redes sociales de la nuestra, pues representa una idea o un símbolo que se transmite de forma explosiva.

*que normalmente impiden que las personas toleren la violencia. Tales mensajes están destinados a persuadir a las personas de que deben defenderse contra una amenaza existencial<sup>31</sup>».*

Razón por la cual, las discursivas peligrosas que emanan de grupos populistas tanto del espectro ideológico de la izquierda y derecha, deben señalarse como tal, y entender que dichos discursos resultan en un subterfugio de la libertad de expresión, con lo cual significa con las consecuencias jurídicas de efectuar una expresión de dicho tipo.

### III. LA BOLSA QUE ATRAPA TODOS LOS MALES: «LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO»

Nadie la entiende muy bien qué es, ni tampoco como se inició, hay algunos que incluso se llaman expertos en ella. Cuando se pide una definición resulta difícil concretarla, ya que se requiere un amplio recorrido por la izquierda marxista y comunista, para concretar que, aún sin existir nexo causal lógico y concluyente, se establezca que la ideología de género, el término creado por el marketing conservador, es una obra que sin mayor explicación se indica que se trata de una estrategia encubierta del comunismo (¿?) para destruir a la familia (¿?). Un verdadero sin sentido, pero que ha tenido eco en la población, demostrando que el contenido del mensaje enviado al grueso conservador latinoamericano, ha tenido el eco que se advierte como peligro en un caso de discursiva peligrosa.

Álvaro Vargas Llosa<sup>32</sup>, la ha denunciado como un recurso que utilizan los grupos religiosos para dar una imagen de laicidad, a un ataque que es claramente religioso pues no solo ACI Prensa<sup>33</sup> los delata, sino también el contenido de sus posturas: «Tienen una agenda concreta que incluye el rechazo del matrimonio entre personas del mismo sexo y de la adopción homoparental, los derechos de las personas trans, la educación sexual en las escuelas y el aborto, todo bajo el estandarte de los derechos de los niños y niñas, y de la protección de la familia natural»<sup>34</sup>.

31. Benesch, S. (2018). Why the rhetoric of infestation is dangerous? Extraído de: <https://dangerousspeech.org/why-the-rhetoric-of-infestation-is-dangerous/>
32. Además, los grupos evangélicos y sus aliados católicos han dado una apariencia laica a su reclamo al convertir su denuncia de la «ideología de género» en una defensa de sus derechos civiles y su condición ciudadana. Vargas Llosa, A (2018). Los evangélicos y las urnas. <http://www.latercera.com/reportajes/noticia/columna-alvaro-vargas-llosa-los-evangelicos-las-urnas/77854/>
33. ACI Prensa (2018). Cardenal sobre ideología de género: Llamar perro a un gato tiene muy poco sentido. Extraído de: <https://www.aciprensa.com/noticias/cardenal-sobre-ideologia-de-genero-llamar-perro-a-un-gato-tiene-muy-poco-sentido-54308>
34. Vela Barba E. (11 julio del 2017) La verdadera ideología de género. New York Times. <https://www.nytimes.com/es/2017/07/11/la-verdadera-ideologia-de-genero/>

¿Pero cumple las otras condiciones detalladas en la sección 2 de este capítulo para ser una discursiva peligrosa? ¿Es el término «ideología de género» un discurso de odio encubierto? ¿Es el término de «ideología de género» una especie dentro de la discursiva peligrosa? Sí las cumple, por lo que es un discurso de odio encubierto y que se trata de algo tan peligroso como las teorías raciales como las que utilizaba Hitler. Ello por cuanto al considerar los grupos que han aceptado y promueven estos mensajes de odio almidonados de lenguaje inocente (grupos ultra conservadores y multimillonarios que componen las redes de iglesias de «evangelio de la prosperidad»<sup>35</sup>), se deslumbra que se ha logrado implantar en el colectivo social un discurso del tipo «ellos» contra «nosotros», que además representan una «amenaza latente» contra la familia. Dejando claro que únicamente hace falta el llamado a la acción, para empezar a atacar a estos grupos instrumentalizados por grupos anti derechos humanos. Es por ello que resulta imperioso poner extrema atención que la propagación del término «ideología de género» implica a nivel latinoamericano.

Alrededor de todo América Latina, se esta volviendo cada vez más usual que grupos ultra conservadores anti derechos humanos, utilicen espacios públicos para escupir sus mensajes de odio. Se pasa por el mundo de las conspiraciones que rayan con la fantasía de un mundo gobernado por «George Soros», judíos y el comunismo/marxismo; pasan por la mala intención de generar un prejuicio –más que superado– que la homosexualidad y la identidad de género son enfermedades mentales, considerando que los pronunciamientos como la Organización Mundial de la Salud y otras entidades similares, son en realidad fruto de un «lobby gay», negando las toneladas de evidencia científica que respalde tal pronunciamiento<sup>36</sup>.

Una vez deslegitimada la orientación sexual e identidad género, vuelven al asedio manipulando las declaraciones técnicas emitidas, con la intención confundir a las personas por asociación, al señalar que parafilias han subido al grado de ser reconocidas como «orientación sexual». Esto es importante aclarar, al año 2018, es absolutamente falso que parafilias sean reconocidas como orientación sexual por la OMS. La discursiva peligrosa de la ideología de género, continua hasta llegar al terreno de las mentiras descaradas. Ya que asocia a los movimientos LGBTI, a actividades delictivas en las que opera un individuo que no tiene capacidad suficiente para dar consentimiento. Esto es un acto difamador, calumnioso y mal intencionado que únicamente tiene como fin desprestigiar la lucha social de grupos LGBTI. Si acaso existiese alguna organización, cabe preguntarse si no es una organización aliada de los grupos ultra conservadores para precisamente crear tal controversia. También, en esta

35. En relación con la explicación de estos grupos, remito al lector al capítulo XI sección 2 destinado al fundamentalismo religioso con aspiración política.

36. Laje, A. Y Márquez, N. (2016). *El libro Negro de la Nueva Izquierda: Ideología de Género o Subversión Cultural*. Argentina: Grupo Unión y Centro de estudios libre. Pág.136 y 137.

misma sintonía suelen presentar casos extremos, sin relación alguna con el género, como resulta la absurdez de la «transedad» (un recurso que utilizan para generar alarma), ni mucho menos con la pedofilia, un abominable crimen, que en todo caso es predominantemente heterosexual. Todo ello se trata de expresiones retóricas para generar confusión y desprestigiar las causas. Asimismo, es usual que grupos ultra conservadores anti derechos humanos, busquen tergiversar datos sobre enfermedades de transmisión sexual, para hacer creer a las personas LGBTI conllevan un «riesgo» inherente<sup>37</sup> a su estilo de vida, el cual es supuestamente seleccionado. Cuando lo cierto es que las cifras de enfermedades de transmisión sexual, responden a los niveles de exclusión de las personas LGBTIQ, al ser empujadas a la clandestinidad, siendo una razón de peso la inclusión y el trato no discriminatorio<sup>38</sup>.

Todo lo anterior, rodeado de una elocuente selección de vocabulario cargada de prejuicios y calificativos vulgares como: «sodomitas», «homosexuales», «invertidos», «mutilados», «sidosos» y otra serie de improperios que resulta difícil de entender como un adulto de un país civilizado puede repetir, sino es por estar motivado por el odio, fama y/o dinero que le brinda levantar la bandera de un falso peligro. Por lo que se evidencia el odio encubierto de un discurso peligroso, sin que sea necesario las expresiones cargadas de insultos tradicionales, pues todas las acciones son una ofensa hacia todo lo que significa una persona homosexual o trans. Tal y como lo señala el doctor Schifter: «*La homofobia se relaciona con el genocidio por muchas vías. La primera es que, al haber sido un odio tan antiguo, de origen bíblico y común, se ha visto como algo natural. Cuando una sociedad encuentra natural discriminar y perseguir a una minoría, la tendencia a destruirla y a perseguir otras se acentúa. En segundo lugar, la medicalización de la homosexualidad, en el siglo XIX serviría de modelo para hacer lo mismo con los judíos, gitanos, negros y discapacitados. En tercer lugar, una vez que se mira a una comunidad como un ente biológico y patológico, se abre un portillo para buscar su erradicación*»<sup>39</sup>.

Veamos el ejemplo de las elecciones presidenciales del año 2018 en Costa Rica. Pero previo a entrar en el tema, conviene recordar un par de hechos alrededor de la tropical y verde nación tica. Lo primero, es que existe una estabilidad democrática en tal país, los riesgos de golpe de Estado son prácticamente

37. No se queda atrás de Irala, quien establece: «no se puede afirmar que la actividad homosexual constituye “un estilo de vida saludable” o “indiferente” para la salud. Se puede decir, por el contrario, que se acompaña de sufrimiento personal de muchos individuos con orientación y actividad homosexual y de sus seres queridos, por cuestiones relacionadas con la salud» Jokin de Irala (2006). «Comprendiendo la homosexualidad. Pamplona» Ediciones Universidad de Navarra, P.10. Cabe indicar que de Irala es un médico de la Universidad de Navarra, la Universidad del Opus Dei.
38. Laje, A. Y Márquez, N. (2016). *El libro Negro de la Nueva Izquierda: Ideología de Género o Subversión Cultural*. Argentina: Grupo Unión y Centro de estudios libre., Pág.131,175, 181.
39. Schifter, J. (2012). *Genocidio: ¿Por qué cometemos crímenes atroces?* San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, p.161.

nulos, ello en parte gracias a la decisión que los gobernantes del país tomaron para abolir el ejercito y enfocarse en crear escuelas en lugar de cuarteles. El no haber pasado por una guerra civil, ahorro millones de dólares, salvo miles de vidas y evitó la existencia de déficits morales y familiares producto de las guerras. Estas y otras condiciones, fueron factores determinantes para que a finales de los años 70s, la Corte Interamericana se instalara en San José, llegando a 40 años de estar enraizada en la nación bananera de Costa Rica. Pero como dijo Olof Palme: «... *El prejuicio siempre se asoma, incluso en sociedades iluminadas*»<sup>40</sup>.

En el año 2017 y 2018, se vivió una intensa campaña presidencial en donde los puntos principales de discusión fueron los derechos de las minorías LGBTI y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, por lo que la «ideología de género» fue una gran protagonista en la fiesta cívica del país, en donde la gente sale a votar en masas, de varios partidos en un mismo carro y sin miedo de ser ametralladas (como tristemente ha ocurrido tantas veces en América Latina). La traída del término surgió por la creatividad del partido político evangélico de la corriente ideológica de la prosperidad denominado Restauración Nacional.

Uno de los ejemplos esta en las actuaciones del entonces candidato a vicepresidente y actual diputado de la Asamblea Legislativa, Francisco Prendas quien de manera errática (por dicha) expresó<sup>41</sup> en una entrevista radial que su partido, en caso de llegar al gobierno, no nombraría a personas que no encajen con su «moralidad heterosexual». Lo cual da una primera señal de como el discurso empieza a demarcar una división entre «ellos» y «nosotros», tachando lo diferente –lo no heterosexual (ya no se diga lo no binario)– como algo inmoral, reprochable, grotesco, asqueroso y peligroso. No hace falta decirlo expresamente para entenderlo, esa es la gravedad de la discursiva peligrosa, que viene con los ropajes propios de la mojigatez, pero el veneno criminal del discurso de odio. Es decir que: «... *se asocia a una identidad que se califica como anormal con arreglo a un proceso de alienación construido socialmente entre “nosotros” y “ellos” (A/HRC/21/42, párr. 12), un proceso de deshumanización de la víctima, “lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tenga lugar la tortura y los malos tratos (A/56/156, párr. 19)*»<sup>42</sup>.

40. Palme, O. (25 de diciembre de 1965). Discurso sobre la migración. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=C3HK8ubv7Mg>

41. Agüero, M. y otras (26 Febrero 2018). Restauración Nacional no nombrará ministros gais para «no ofender a la mayoría». La Nación. Extraído de: [https://www.nacion.com/el-pais/politica/restauracion-nacional-no-nombrara-ministros-gais/UCHCA7QSNVHZ-3JUNKUKA56NS5M/story/?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=twitter](https://www.nacion.com/el-pais/politica/restauracion-nacional-no-nombrara-ministros-gais/UCHCA7QSNVHZ-3JUNKUKA56NS5M/story/?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter)

42. Organización de las Naciones Unidas. (11 de mayo de 2018). «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género», párrafo 49. Extraído de: <https://www.ohhrlr.org/sites/default/files/atoms/files/g1813215.pdf>

Por supuesto que no se trató de un caso aislado, Prendas no fue el único con desplantes, pues su candidato presidencial, Fabricio Alvarado<sup>43</sup>, considera que la homosexualidad es «causada por el diablo» (un lenguaje propio de la categoría de deshumanización de grupos instrumentales) y que se deben generar los espacios para «restaurar» a los homosexuales que quieran «curar su homosexualidad», contradiciendo las investigaciones científicas que establecen de forma contundente que la homosexualidad no es una enfermedad. Nuevamente estas situaciones generan un efecto de repulsión y hasta terror, ya que basta con imaginar a una persona en un pueblo que sea manipulable por discursos religiosos como el que «la homosexualidad es causada por el diablo» resulta que la persona manipulada deja de tener a un ser humano a un peligro latente, una situación anormal, la cual le requiere atención inmediata y cautela. La discursiva peligrosa deshumaniza.

Otro ejemplo de esta discursiva peligrosa lo encontramos en la dicotomía de «familia» contra «no familia» se encuentra en el debate que sostuve en el año 2017 en televisión nacional con el candidato presidencial de Costa Rica Fabricio Alvarado, en ese momento diputado de la República de Costa Rica, sobre el tema de matrimonio civil igualitario<sup>44</sup>, el cual fue moderado por el periodista Marcelo Castro. En el discurso de Fabricio, se puede resumir a que todos los problemas económicos y de seguridad de la sociedad tenían la raíz en el debilitamiento de la familia. A lo cual coincido completamente, con la gran diferencia, que en mi concepción de familia existe espacio para que diferentes moldes de familia (en adición al de hombre/mujer/hijos) tengan el derecho de coexistir, desarrollarse plenamente y tener la capacidad de alcanzar sus sueños y anhelos de vida. ¿Cómo encuentran un riesgo en la familia, cuando se busca incluir a los demás en la sociedad? Es algo que no me explico, más que por aspectos políticos y lo rentable (financiera y políticamente) que resulta la manipulación de masas con temas alarmantes.

La discursiva peligrosa detrás de la «ideología de género» se completa al incluir en la ecuación que todo se hace para «Proteger a la Familia» dando a entender que los grupos «promotores» de la «ideología de género» llevan una «agenda encubierta» para supuestamente transformar a todas las personas en homosexuales (científicamente imposible), reducir la población mundial, «destruir» a la familia o bien presentarlos como si estos no fueran miembros de las

43. Ver: Diario La Nación (27 Febrero 2018). Fabricio Alvarado predica que homosexualidad es promovida por el diablo y llama a «restaurar» a gays. Extraído de: <https://www.nacion.com/data/bfabricio-alvarado-predica-que-homosexualidad-es/PZ62P5QAKFB5NJI2VVFQQUZAJM/story/>

44. Castro, M. (6 de Diciembre del 2018). Matrimonio civil igualitario: Fabricio Alvarado y Herman Duarte debatieron sobre el tema. Teletica. Extraído de: [https://www.teletica.com/180220\\_matrimonio-civil-igualitario-fabricio-alvarado-y-herman-duarte-debatieron-sobre-el-tema](https://www.teletica.com/180220_matrimonio-civil-igualitario-fabricio-alvarado-y-herman-duarte-debatieron-sobre-el-tema)

familias<sup>45</sup>. Es decir, que los grupos opresores de derechos humanos, crean la existencia de la amenaza latente en el colectivo social. Esto es grave, dado que todo se va alineando, poco a poco, para que en algún momento determinado las barreras morales de los otros grupos, estén tan abajo, que atacar al grupo instrumental (LGBTI) resulte la única salida para «sobrevivir». Esto es lo peligroso de la discursiva peligrosa, el acorralamiento que produce por miedo, el cual se genera por la ignorancia y el prejuicio.

Algo produce la sola mención de la «ideología de género» en la mente de las personas que están siendo manipuladas por esta discursiva peligrosa. Ese algo es miedo, y el miedo da consejos de supervivencia, con todas las implicaciones que ello conlleva. Del efecto del miedo y lo que puede llegar a hacer, Olof Palme el primer ministro sueco que fue asesinado un 28 de febrero de 1986 nos explicó: «Nos gusta vernos a nosotros ismos como mente abierta y tolerantes. Pero no es tan simple. El prejuicio no necesita estar enraizado en algún tipo de teoría complicada. Sus orígenes son mucho más básicos. El prejuicio esta enraizado en la vida diaria...y sobretodo se trata de una expresión de ignoracia y miedo. Ignorancia sobre lo que hace a otras personas únicas. Miedo a perder una posición, un privilegio social, un derecho previo»<sup>46</sup>. De esta manera, al crear condiciones para que crezcan los prejuicios, se va deteriorando el ideal de coexistencia que debe prevalecer en un Estado de derecho.

Un resultado de todas estas campañas de discursos peligrosos, lo encontramos con la evolución del discurso que se dio tras la victoria de Fabricio Alvarado en la primera ronda de la elección presidencial, cuando una señora madre de familia, que formaba parte de una protesta en contra de la educación sexual en los colegios públicos, expresó ante la prensa: «En Romanos 1, del 18 en adelante dice que **el que comete estos actos merece la muerte**. Edúquense con la Biblia porque esto es falta de ignorancia de la Biblia»<sup>47</sup>. De igual manera, no hace falta ir tan

45. Conscientes de lo peligroso y dañino que es ese discurso monopolista del término familia por parte de los grupos conservadores, Fundación Igualitos junto con ULACIT, INDIMEDIACR y HDUARTE-LEX lanzaron una contra campaña «Por Todas las Familias» a fin de mostrar que los homosexuales también son familia. Esta campaña que surgió por redes sociales, alcanzó televisión nacional y prensa escrita, llegó a un aproximado entre 800 mil y un millón de personas. El video de la campaña puede ser visualizado en: [www.fundacionigualitos.org](http://www.fundacionigualitos.org) Mientras que la cobertura en televisión nacional, puede verificarse en el siguiente enlace: Teletica (Marzo, 2018). Fundación igualitos lanza video contra la discriminación. Extraído de: <https://teletica.com/Multimedia/Videos/944641>

46. Palme, O. (25 de diciembre de 1965). Discurso sobre la migración. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=C3HK8ubv7Mg>

47. Frase acuñada por una madre de familia costarricense, cuando en un acto de vandalismo puro, decidió cerrar una escuela pública a fin de protestar por la impartición de clases de educación sexual a los adolescentes –menores de edad– de una escuela pública en San Carlos, Costa Rica. Esto puede ser verificado en el siguiente enlace: CR HOY (8 febrero, 2018). «El que cometa esos actos

lejos, basta con revisar cualquier publicación en redes sociales y notar que la interacción entre usuarios esta fuera de control, incluso llamando al exterminio.

Los discursos de la campaña presidencial costarricense del año 2018, donde se presentó la impensable situación en la que una promesa de la campaña de Fabricio Alvarado fue retirar a Costa Rica de la CorteIDH, no vienen a ser hechos aislados, sino que se trata de una maquinación financiada por grupos ultra conservadores con políticas anti derechos humanos, quienes han uniformizado su mensaje de odio y dado un aire de laicidad, con la creación de la «ideología de género», con el cual se atrapan en una sola expresión, todos los «males» (*identidad de género, adopción de parejas del mismo sexo, matrimonio civil igualitario, derechos sexuales y reproductivos de la mujer, etc.*) que aquejan a la familia tradicional conservadora, y por ende a la sociedad.

El arsenal discursivo de los grupos opresores de derechos humanos, se acompaña de una falsa bandera de libertad de expresión, defendiéndose cuando alguien no quiere escuchar sus insultos deshumanizadores, llamando intolerante a quien se rehúsa a aceptar sus ofensas degradantes que resultan contrarias a derecho, y jugando con fuego al traer al presente temidos fantasmas del pasado (comunismo, marxismo) que regresan a la palestra pública, con nuevos adeptos (los homosexuales), con supuestamente el fin último «*de destruir a la familia*». Esta homogeneización discursiva, se ampara en slogans comunes («con mis hijos no te metas», «proteger a la familia») y acciones idénticas («marcha por la familia»). Esto genera una innegable alarma en los grupos que son manipulados para participar en estas marchas. Por que hay que ser claros, el 80% de las personas que participan en estas marchas no tienen un interés de dañar al prójimo, no quieren matar a nadie, ni siquiera se les ha ocurrido esa locura por la cabeza; solamente actúan por el miedo que sin justificación les ha sido implantado en su cabeza. Actúan por miedo a que pierdan a su familia.

Esos discursos peligrosos, vistos de manera aislada parecen ser simples traspies que no tienen mayor impacto en la sociedad, pero al analizarlos desde una perspectiva integral e histórica, sabemos por el yugo de la experiencia en otras naciones, que las palabras pueden moldear a una sociedad entera y que cuando los discursos se dirigen a deshumanizar, cuando van con esa intención de dañar a una parte de la población, que tienen como objetivo girar la opinión en contra de ellas, ocurren atrocidades como aconteció en los años de la dictadura Nazi ¿Cómo olvidar el impacto de Julius Streicher<sup>48</sup> con el rotativo «**Der Stürmer**» en la cotidianidad alemana de los años 30s y 40s?

(homosexuales) merece la muerte». Extraído de: <https://www.crhoy.com/nacionales/padres-que-cerraron-escuela-en-san-carlos-el-que-cometa-esos-actos-merece-la-muerte/>

48. El Tribunal Militar Internacional de los juicios de Nuremberg al condenado a muerte por la comisión de crímenes en contra de la humanidad por haber envenenado la mente de millones de alemanes dijo lo siguiente: «*For his 25 years of speaking, writing, and preaching hatred of the Jews, Streicher was widely known as "Jew-Baiter Number One."*»

Una muestra del presagio soslayado en el párrafo anterior, lo avvicina el independiente experto Víctor Madrigal-Borloz, quién explica en su primer reporte que: «*el creciente número de delitos motivados por prejuicios basados en la orientación sexual y la identidad de género se correlaciona con un auge repentino de los líderes políticos y grupos religiosos ultraconservadores que utilizan sus plataformas para promover la intolerancia, deshumanizar a las personas por motivos de orientación sexual, identidad de género o expresión de género y fomentar el estigma y la intolerancia entre sus partidarios*»<sup>49</sup>. Es decir, que las palabras de desprecio, están generando un impacto, el cual se traduce en pérdida de vidas de personas reales.

«*La ignorancia y el prejuicio son las sirvientas de la propaganda... Nuestra misión, por lo tanto, es confrontar la ignorancia con el conocimiento, la intolerancia con la tolerancia y el aislamiento con la mano extendida de la generosidad*»<sup>50</sup>. La ideología de género, ese termino creado por el marketing conservador forma parte de la propaganda anti derechos humanos. En ese panorama, es necesario exponer y desnudar las falacias retóricas en las que se amparan los ataques de los grupos opresores, presentando argumentaciones amparadas en la verdad que se respalda no solo del derecho, sino además de la moral, pues ninguna verdad degrada, humilla, ni segrega. Con la ideología de género, lejos de elevar la dignidad humana y el respeto hacia la diversidad que debe existir en la humanidad, se crea un enemigo colectivo, únicamente para fines políticos. En todo caso, es importante recordar que: «*Antes de repetir "amén" en tu hogar y lugar de adoración. Piensa y recuerda que un niño está escuchando*»<sup>51</sup>.

---

*In his speeches and articles, week after week, month after month, he infected the German mind with the virus of anti-Semitism and incited the German people to active persecution. Each issue of Der Stuermer, which reached a circulation of 600,000 in 1935, was filled with such articles, often lewd and disgusting».*

49. ONU. (11 de mayo de 2018). «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género», párrafo 38. Extraído de: <https://www.avid.org/sites/default/files/atoms/files/g1813215.pdf> En una línea similar: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en America. Relatoría sobre los Derechos de las personas LGBTIQ y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Extraído de: [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso\\_de\\_odio\\_incitacion\\_violencia\\_LGTBI.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso_de_odio_incitacion_violencia_LGTBI.pdf)
50. Annan, K. (16 de marzo de 1999). Globalization, Says Secretary-General, 'Should Also Give Us A Humanity Free Of The Barriers Of Race. Extraído de: <https://www.un.org/press/en/1999/19990316.sgsm6927.html>
51. Mary Griffith es la madre de Bobby Griffith, un joven que se suicidó a raíz de su extremismo religioso. En la película que se hizo en honor a su hijo y a su historia, *Prayers For Bobby* (2009), se revive el emotivo discurso que hizo la señora en su Iglesia para hacer consciencia de los riesgos que existen en las palabras odiosas, dolorosas y groseras hacia las personas gay, lesbianas, bisexuales o transexuales. El clip puede visualizarse en: [https://www.youtube.com/watch?v=mOEnjQY\\_jCk](https://www.youtube.com/watch?v=mOEnjQY_jCk)

La ideología de género como recursiva retórica para agrupar las agendas de derechos sexuales reproductivos de la mujer y de la diversidad sexual, resulta un ejemplo de discursiva peligrosa, ya que deshumaniza, degrada y representa como una amenaza latente a las personas que componen los grupos instrumentales que la conforman. Este tipo de discursiva, tal y como se ha advertido en una innumerable cantidad de trabajos, puede tener serias consecuencias. Ello debido a que inhibe los frenos morales de la sociedad, lo cual puede desencadenar un odio societario en contra de la diversidad sexual<sup>52</sup>. Esto es algo que es necesario advertir, pues no podemos olvidar –nunca olvidar– que el discurso explosivo, incendiario y deshumanizador que fue propagado por años en Alemania, justificó en gran medida el actuar de Hitler.

---

52. Conviene recordar que, en la década de los ochentas en Costa Rica, los homosexuales eran humillados constantemente por medio de redadas masivas, justificadas por la crisis del VIH/SIDA y por la fábrica de mentiras que se encargó de implantar prejuicios en la población hacia la diversidad sexual, indicando todo tipo de difamaciones. Ver: Schifter, J. (1989). «La formación de una contracultura: Homosexualismo y Sida en Costa Rica» San José, Costa Rica: Editorial Guayacán, pág. 74, 112, 113 y 117



## Capítulo IX

### Discursos de odio

SUMARIO: I. ¿QUÉ SON LOS DISCURSOS DE ODIO? II. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: UN RECORRIDO POR AMÉRICA Y EUROPA EN LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 1. *Irrespeto a símbolos patrios*. 2. *Insultos proferidos por periodistas*. 3. *Quema de cruces*. 4. *Manifestaciones políticas de la ideología de odio*. 5. *Difusión de propaganda, folletos, carteles y mensajes políticos de odio*. 6. *Libros, artículos, caricaturas y novelas racistas o de odio*. 7. *Antisemitismo y negación del holocausto*. 8. *Declaraciones anti-inmigrantes*. 9. *Degradación a la religión*. 10. *Degradación a personas LGBTIQ*.

«Nadie nace odiando al otro por el color de su piel, su procedencia o religión. La gente aprende a odiar y, si pueden aprender a odiar, también pueden aprender a amar<sup>1</sup>» explicaba Nelson Mandela en su autobiografía, que deja mucho de qué hablar, pues una persona que vivió lo que el sufrió, pasar 30 años en prisión y salir de ella sin sed de venganza, es una vida sobre la cual vale la pena reflexionar: ¿por qué alguien llega a odiar? ¿Quién enseña a otra persona a detestar?

La libertad de expresión, en muchos casos, puede servir para exponer problemas sociales, para llamar la atención de situaciones que requieren ser remediadas; pero también, puede ser utilizada para dañar, para encender furias incontrolables, para hacer apologías de odio y desprecio hacia grupos determinados. Existen palabras pueden ser tan filosas como una espada, tan certeras como un disparo, que dejan un eco en la eternidad.

#### I. ¿QUÉ SON LOS DISCURSOS DE ODIO?

De acuerdo con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se entiende por discursos

1. Nelson Mandela. (1994). *Long Walk to Freedom: The autobiography of Nelson Mandela*. Boston, MA: Little, Brown.

de odios aquellas expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base en la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico y puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia<sup>2</sup>.

Por su parte, la doctrina entiende por discurso de odio, como «cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante»<sup>3</sup>.

Se trata de supuestos que no encajan en el ejercicio de libertades democráticas ampliamente protegidas que ampara discursos antidemocráticos e hirientes sino que son expresión de ideologías radicales y discriminatorias que pretenden fomentar e incitar acciones atentatorias contra determinados individuos o colectivos por razones de raza, religión, ideas políticas, orientación sexual o cualquier otra razón o condición personal o social<sup>4</sup>.

El discurso de odio no puede abarcar ideas amplias y abstractas, tales como las visiones e ideologías políticas, la fe o las creencias personales. Tampoco se refiere simplemente a un insulto, expresión injuriosa o provocadora respecto de una persona<sup>5</sup>. El Discurso de odio tiene como finalidad la persuasión a la acción violenta contra determinados colectivos humanos en el público al que se dirigen, o que son capaces de generar por sí mismos un clima de odio, discriminación y violencia hacia las determinadas comunidades o grupos minoritarios<sup>6</sup>.

Asimismo, el discurso de odio tiene que distinguirse de aquellos «crímenes de odio» que se basan en conductas expresivas, como las amenazas y la

2. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. (30 de diciembre de 2009). Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTE-RAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf> Párr. 10
3. Weber, A. (2009): *Manual on hate speech*. France: Conseil de l'Europe.
4. Aba-Catoira, A. (2015). Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 19(3).
5. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. (30 de diciembre de 2009). Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTE-RAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>
6. Díez, L. (2002). Sobre la constitucionalidad de la Ley de Partido. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 3(2).

violencia sexual, y que se encuentran fuera de cualquier protección del derecho a la libertad de expresión<sup>7</sup>. Un delito o crimen de odio es una ofensa tradicional como asesinato, incendio premeditado o vandalismo con un elemento añadido de parcialidad. El FBI ha definido un delito motivado por odio como una «ofensa criminal contra una persona o propiedad motivada, en todo o en parte, por un prejuicio contra una raza, religión, discapacidad, orientación sexual, etnia, género o identidad de género». El odio en sí mismo no es un crimen, y el FBI es consciente de proteger la libertad de expresión y otras libertades civiles<sup>8</sup>.

Bajo el sistema interamericano de protección de derechos humanos los Estados sólo están obligados a prohibir el discurso de odio en circunstancias limitadas, esto es, cuando el discurso constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por motivos que incluyen la raza, el color, la religión, el idioma o el origen nacional, entre otros<sup>9</sup>.

En ese sentido, el artículo 13.5 de la Convención Americana dispone expresamente que, estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional<sup>10</sup>.

Este discurso puede presentarse de varias formas a través de celebración de actos públicos en forma de conferencias, concentraciones, exposiciones o conciertos musicales convocados con la finalidad de provocar y propagar el discurso de odio, violencia y discriminación y que pueden ser susceptibles de delito alguno, o a través de los medios de comunicación quienes refuerzan los estereotipos negativos que pueden conducir a actos de violencia contra las

7. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. (30 de diciembre de 2009). Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTE-RAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf> Párr. 11
8. Hate Crimes. (s.f.) Extraído de: <https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes>
9. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. (30 de diciembre de 2009). Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTE-RAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>
10. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. (30 de diciembre de 2009). Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>

personas LGBTIQ y de género no conforme<sup>11</sup>. Este discurso no conoce fronteras de tiempo ni espacio<sup>12</sup>.

El discurso generador de odio y discriminación no tiene amparo ni cobertura en los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia<sup>13</sup>. Incluso, en el sistema estadounidense, se ha establecido que a pesar de que la Primera Enmienda permite el «libre comercio de ideas», y que eso incluye aquellas que pueden resultar desagradables o incómodas para la abrumadora mayoría de las personas, tal protección no es absoluta y excluye ciertas clases de expresiones en las que los intereses sociales del orden y la moral superan a los beneficios del libre comercio: (i) que por su propia expresión infligen daño o tienden a incitar a una violación inmediata de la paz; (ii) palabras de combate, es decir, palabras abusivas que son intrínsecamente propensas a provocar reacciones violentas; (iii) promoción dirigida a incitar a la inminente acción ilegal, y que probablemente incite a tal acción<sup>14</sup>.

Un problema adicional del discurso de odio subyace en la palabra odio, explica Benesch, que ello puede darse porque: esa palabra podría referirse al odio del hablante/autor, o su deseo de hacer que los objetivos del discurso se sientan odiados, o el deseo de hacer que los demás odien al objetivo (s), o la capacidad aparente del discurso para aumentar el odio. Por lo que propone enfocarse en la expresión por encima de la intención<sup>15</sup>.

El trabajo discute las limitantes o bien dificultades que existen para identificar los discursos de odio, incluyendo una paradoja en la detección de estos, pues la mayoría de personas tiene una idea de lo que es un discurso de odio,

11. Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas y United and Strong. (2015). *Homophobia and Transphobia in Caribbean Media: A Baseline Study in Belize, Grenada, Guyana, Jamaica and Saint Lucia*. Nueva York, NY, Estados Unidos.
12. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. (30 de diciembre de 2009). Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf> Párr. 1.
13. Tribunal Constitucional de España No. 214/1991, Tribunal Constitucional de España No. 176/1995 y Tribunal Constitucional de España No. 235/2007, citadas en: Aguilar G. y Miguel A. (2014). Investigación y persecución de delitos de odio y discriminación en los supuestos de homofobia y la transfobia. Coords. Cuesta L. Víctor y Santana V. Dulce. *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. (351-382). España: Thomson Reuters Aranzadi, P. 380.
14. Cobb, M. (2003). *God Hate Fags: The Rhetorics of Religious Violence* (Sexual Cultures). Nueva York, Estados Unidos: NYU Press.
15. Benesch, S. et al. (2016). Web of Hate: Tackling Hateful Speech in Online Social Spaces. First Workshop on Text Analytics for Cybersecurity and Online Safety by Dangerous Speech Project. Extraído de: <https://dangerousspeech.org/a-web-of-hate-tackling-hateful-speech-in-online-social-spaces/>

pero muy pocas coinciden en identificar un discurso de odio como tal. Esto por el hecho que en cada persona operan sesgos, prejuicios y preconcepciones diferentes lo cual a la vez moldea la realidad que perciben. Otro problema que se presenta, en el lado del mundo técnico, es con los buscadores automáticos de términos claves, pues en muchos casos los autores de discursos de odio en la web, logran pasar sin ser detectados, por el uso de palabras homónimas o se escudan bajo trucos lingüísticos<sup>16</sup>.

## II. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: UN RECORRIDO POR AMÉRICA Y EUROPA EN LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El análisis del discurso de odio hoy en día resulta complicado, y ello es así porque desde nuestras concepciones de que es odio y discriminación podemos encuadrar una determinada expresión en «discurso de odio». La doctrina, tratando de encontrar una solución ha agregado que para considerar a estos discursos como «de odio» deben tener una carga tal, que incite a la población a cometer atrocidades en contra de un determinado grupo, en razón de su raza, pensamiento político, preferencia sexual entre otras. Sin embargo, como hemos visto, aun a pesar de tal característica indivisible de los discursos de odio, la interpretación que les han dado distintas Cortes nacionales o internacionales ha variado, llegando al punto contradictorio de que situaciones análogas pueden ser consideradas discurso de odio en un país, pero no en otro, o incluso, que expresiones o actuaciones que se consideraron en un determinado país discurso de odio, haya dejado de serlo o viceversa.

La existencia de leyes en ciertos países clarifica el supuesto de hecho en el cual debe encuadrarse un «discurso de odio». Lamentablemente, estos países son pocos, y limitan la concepción de discurso de odio, sólo a ciertas categorías como la negación del holocausto, dejando por fuera otras categorías, que en un mundo como el de ahora, también requiere protección. La falta de consenso resulta en una mayor complejidad para abordar este tema.

En cualquier caso, como veremos a continuación, los discursos de odio que son permitidos en otros lados, posiblemente no lo sería en América Latina, al menos en los países que se someten a la jurisdicción de la CorteIDH, en atención a la amplitud de las categorías protegidas.

16. Benesch, S. et al. (2016). Web of Hate: Tackling Hateful Speech in Online Social Spaces. First Workshop on Text Analytics for Cybersecurity and Online Safety by Dangerous Speech Project. Extraído de: <https://dangerousspeech.org/a-web-of-hate-tackling-hateful-speech-in-online-social-spaces/>

## 1. IRRESPECTO A SÍMBOLOS PATRIOS

El Caso **Stern Taulats y Roura Capellera. Vs. España (Solicitud N.º y 51186/15)**<sup>17</sup>, es una sentencia mediante la cual se declara la responsabilidad internacional de España. Los hechos de este caso versan sobre la condena a unos manifestantes por el delito de injurias contra la Corona (artículo 490.3 del Código Penal Español), en razón de la quema de la foto del Rey. El Tribunal resaltó que el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio Jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen. Un acto de este tipo debe ser interpretado como expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta. La puesta en escena orquestada, aunque haya llevado a quemar una imagen, es una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público, a saber la institución de la monarquía, de manera que, la prisión como sanción fue una medida desproporcional que incurrió en una violación al derecho a la libertad de expresión de los demandantes.

## 2. INSULTOS PROFERIDOS POR PERIODISTAS

El caso de **Stratis Balsas**<sup>18</sup>, es una sentencia del Tribunal de Apelaciones del Egeo septentrional de Grecia. El caso versaba sobre un periodista y escritor Stratis Balsas quien escribió un artículo en 2013, en el que se refería a un director de escuela secundaria como el director Golden Dawn y neonazi. El tribunal de apelación confirmó la conclusión del tribunal inferior de que el uso de «neonazi» equivalía a insultar, un delito penal punible de conformidad con el artículo 361 del Código Penal griego.

## 3. QUEMA DE CRUCES

**RAV Vs. City of St. Paul, 505 US 377 (1992)**<sup>19</sup>, es un caso de la Corte Suprema de Estados Unidos en el que el Tribunal Supremo anuló por unanimidad la ordenanza sobre delitos por motivos raciales de St. Paul, Minnesota e invirtió la condena de un adolescente, quien quemó una cruz en el césped de una familia afroamericana. La Corte afirmó que la restricción de categorías específicas de expresión, a saber, obscenidad, difamación y *fighting words*, estaba permitida según la constitución, pero no así la restricción que se basa en el contenido o amenaza la censura de ideas.

17. TEDH. Caso Stern Taulats y Roura Capellera vs. España. No. 51186/15.

18. Tribunal de Apelaciones del Egeo Septentrional de Grecia. Caso Stratis Balsas. (2006).

19. SCOTUS. RAV Vs. City of St. Paul. 505 U.S. 377 (1992).

#### 4. MANIFESTACIONES POLÍTICAS DE LA IDEOLOGÍA DE OUDIO

El caso, **National Socialist Party of America Vs. Village of Skokie**<sup>20</sup>, es una sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de fecha 14 de junio de 1977. Se refiere una controversia sobre el Partido Nacional Socialista de América (NSPA) en Skokie, Chicago un pueblo con un 57% de población judía en el cual varios de sus residentes eran supervivientes de los campos de concentración nazis. El NSPA propuso realizar una manifestación pública y pacífica para protestar contra las regulaciones sobre el uso de los parques públicos de la aldea para las asambleas políticas. El Tribunal de Circuito del Condado de Cook emitió una orden judicial prohibiendo, «[m] arquearse, caminar o desfilarse con el uniforme de [NSPA]; [m]arquearse, caminar o desfilarse o mostrar la esvástica dentro o fuera de su persona; [d] distribuir panfletos o exhibir cualquier material que incite o promueva el odio contra personas de ascendencia judía, ascendencia u odio contra personas de cualquier fe o ascendencia, raza o religión dentro de la aldea de Skokie». El Tribunal de Circuito también denegó la suspensión temporal de la orden a la espera de su apelación. El tribunal de apelación y el Tribunal Supremo de Illinois confirmaron la denegación de la suspensión temporal, y este también denegó una solicitud de apelación acelerada directa de la prohibición.

La cuestión relativa a la denegación de la suspensión temporal se presentó ante el Tribunal Supremo de los EE. UU. La Corte Suprema de los Estados Unidos revisó la negativa de la Corte Suprema de Illinois a suspender temporalmente una prohibición de manifestación política a la espera de una apelación de la prohibición. La manifestación política debía estar alineada con la ideología nazi, incluida la exhibición de la esvástica, y estaba programada para llevarse a cabo en Skokie, Chicago. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo que, dado que la Corte Suprema de Illinois había denegado la revisión inmediata de apelación de la prohibición, debería haber permitido su suspensión temporal a la espera de su apelación.

#### 5. DIFUSIÓN DE PROPAGANDA, FOLLETOS, CARTELES Y MENSAJES POLÍTICOS DE OUDIO

El caso **Féret Vs. Belgium (Solicitud N.º 15615/07)**<sup>21</sup>, es una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 16 de julio de 2009, los hechos de este caso se refieren al presidente del partido político «Front National– Nationaal Front», quien era miembro de la Cámara de Representantes de Bélgica en el momento de los hechos. Su partido había repartido folletos y carteles en una campaña electoral, que provocaron quejas de incitación al

20. SCOTUS. National Socialist Party of America Vs. Village of Skokie. 432 U.S. 43 (1977).

21. TEDH. Féret vs. Belgium No. 15615/07.

odio, la discriminación y la violencia. Los folletos presentaban comunidades de inmigrantes no europeos con una mentalidad criminal y deseosos de explotar los beneficios que derivaban de vivir en Bélgica, y también trataban de burlarse de ellos. El tribunal sostuvo que, la condena penal de Féret obedecía a los objetivos legítimos de prevenir el desorden y proteger los derechos de los demás.

Destacó el tribunal que era crucial para los políticos, al expresarse en público, evitar los comentarios que podrían fomentar la intolerancia pues es su deber defender la democracia y sus principios porque su objetivo final era gobernar. Fomentar la exclusión de los extranjeros fue un ataque fundamental a sus derechos, y todos, incluidos los políticos, deberían tener especial precaución.

El caso **Incal Vs. Turquía (Solicitud N.º 41/1997/825/1031)**<sup>22</sup>, es una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 09 de junio de 1998 que sostuvo el derecho del ciudadano Incal a criticar al gobierno con expresiones que poco distaban de la incitación a la violencia, la hostilidad y el odio. El Tribunal observó que los límites a las críticas contra el gobierno son más amplios que los que afectan a los ciudadanos particulares. Concluyó que la condena de Incal era desproporcionada respecto del objetivo esgrimido por el gobierno y, por tanto, innecesaria en una sociedad democrática.

En la **Sentencia de la Corte Suprema Española 112/2016, de fecha 20 Junio de 2016**<sup>23</sup>, se niega la solicitud de amparo que hiciera un ciudadano condenado por dar un discurso donde aplaudía las actividades terroristas de un difunto miembro de la ETA, el grupo separatista que aterrorizó España con sus bombas y demás operativos de protesta para independizar el país Vasco.

## 6. LIBROS, ARTÍCULOS, CARICATURAS Y NOVELAS RACISTAS O DE ODIOS

El caso, **Lindley Dixon Powell, y Epsy Tanisha Swaby Campbell v el Ministerio de Educación Pública es una Sentencia**<sup>24</sup> emitida por Sala Constitucional de Costa Rica, en fecha 26 de enero de 1996, identificada bajo el número 509-1996, en donde se discute la censura de un libro por racista y discriminatorio. En efecto, el libro en su primera versión se refería a un niño afrodescendiente como «un monito», y en su segunda versión ya no se incluye la comparación pero se dispone que es algo «raro» y al rato se descubre que es un niño. A pesar de que la Sala Constitucional de ese país tras un profundo análisis declaró sin lugar el recurso pues el libro lejos de ser discriminatorio buscaba un efecto contrario, destacó que como todo derecho,

22. TEDH. Incal vs. Turquía. No. 41/1997/825/1031.

23. Tribunal Supremo de España. No. 112/2016.

24. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 509-1996.

la libertad de expresión no es absoluta, y tiene su límite, de tal forma que el abuso que se haga de ella hará incurrir en responsabilidad a su autor, según la legislación que rige la materia.

## 7. ANTISEMITISMO Y NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO

En el caso, **Ross Vs. Canadá (Comunicación No 736/1997)**<sup>25</sup>, el Comité de Derechos Humanos de la ONU dictaminó que la publicación de opiniones antisemitas podría quedar comprendida dentro del ámbito de la prohibición del PIDCP de la apología del odio nacional, racial y religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. El peticionario, Malcolm Ross, había sido docente en Canadá durante 15 años, período durante el cual publicó libros y formuló declaraciones públicas que denigraban la fe y la ascendencia judía.

El caso **Garaudy v France (Solicitud N.º 65831/01)**<sup>26</sup>, es una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los hechos de este caso se refieren al libro autoría de Garaudy «The Founding Myths of Modern Israel», que contemplaba teorías revisionistas y negacionistas del holocausto. El Tribunal Europeo validó la condena que las Cortes Nacionales Francesas hicieron al autor del libro, por cuanto era una apología para negar el holocausto.

En el caso, **Faurisson Vs. Francia (Comunicación N.º 550/1993)**<sup>27</sup>, el Comité ratificó las restricciones a la libertad de expresión vinculadas con las expresiones de odio. Robert Faurisson, un profesor de literatura, fue procesado en el marco de la «Ley Gayssot» de Francia, que enmendaba la Ley sobre Libertad de Prensa de 1881 y constituía como delito el cuestionar la existencia de ciertos crímenes de lesa humanidad por los que el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg había condenado a los dirigentes nazis. En una entrevista de una revista, Faurisson expresó su convicción de que las cámaras de gas utilizadas para exterminar a los judíos en los campos de concentración nazis durante la Segunda Guerra Mundial eran un mito.

El caso del «libre mercado de las ideas»<sup>28</sup>, es una Sentencia del Tribunal Constitucional Español, que discute el Caso de la librería Europa donde el Tribunal mantiene que es precisamente cuando se presentan ideas que sorprenden, que chocan y que contestan el orden establecido, cuando la libertad de expresión es más preciada. El Tribunal Constitucional español sostiene que

25. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ross vs. Canadá. No. 736/1997.

26. TEDH. Garaudy vs. France. No. 65831/01.

27. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Faurisson vs. Francia. No. 550/1993.

28. Tribunal Constitucional de España. No. 235/2007.

«nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional».

El caso **Makoki**<sup>29</sup>, del Tribunal Constitucional Español, abordó la vulneración que ocasionaba la publicación de un cómic que se mofaba del cautiverio de los judíos en los campos de concentración nazis, al derecho al honor colectivo del pueblo judío. El tribunal consideró que en las obras satíricas como el cómic enjuiciado no debía satisfacer el principio de veracidad que es exigible a la libertad de información. Sin embargo determinó que existe una limitación al principio de libertad de expresión cuando el discurso incite al odio o a la violencia contra algún grupo social.

El caso, **M'Bala M'Bala Vs. France (Solicitud N.º 25239/13)**<sup>30</sup>, es una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 10 de noviembre de 2015. Los hechos de este caso se refieren a un comediante por haber efectuado una actuación de la mano con un historiador, que había sido previamente condenado por el delito de negación del holocausto, en la que una persona utilizando un atuendo similar a la de los judíos deportados, le entregaba un candelabro de siete piezas haciendo un símil con el símbolo religioso de los judíos. El Tribunal sostuvo que, si bien el discurso satírico cae dentro de la protección de la Convención, el show de M'bala M'bala no merecía la protección del artículo 10, ya que fue más allá de una actuación para el entretenimiento; su contexto global ascendió a una demostración de odio y el antisemitismo y el apoyo a la negación del Holocausto.

## 8. DECLARACIONES ANTI-INMIGRANTES

El caso **Jean-Marie Le Pen Vs. France (Solicitud N.º 18788/09)**<sup>31</sup> es una sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de fecha 20 de abril de 2010, los hechos de este caso versan sobre las declaraciones de un política francesa de extrema derecha, Jean Marie Le Pen, quien señaló en referencia a los musulmanes («*the day there are no longer 5 million but 25 million Muslims in France, they will be in charge*») los dejó ver como una amenaza para Francia, por lo que a criterio de las Cortes Nacionales de Francia, era una incitación a la discriminación, al odio y violencia hacia un grupo determinado. El Tribunal opinó que la injerencia de las autoridades francesas en la libertad de expresión de Le Pen, estaba prescrito por la ley (artículos 23-24 de la ley de libertad de prensa francesa – *Loi sur la Liberté de la Presse*) y persigue el objetivo legítimo de proteger la reputación o los derechos de los demás.

29. Tribunal Constitucional de España. No. 176/1995.

30. TEDH. Caso M'Bala M'Bala Vs. France. No. 25239/13.

31. TEDH. Caso Jean-Marie Le Pen Vs. France. No. 18788/09.

El caso **Norwood Vs. Reino Unido (Solicitud N.º 23131/03)**<sup>32</sup>, es una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 16 de noviembre de 2004. Los hechos de este caso se refieren a un miembro del Partido Nacional Británico que entre noviembre de 2001 y el 9 de enero de 2002, colocó en la ventana de su apartamento en un primer piso un cartel grande (60 cm x 38 cm), con una fotografía de las Torres Gemelas en llamas y las palabras «Islam de Gran Bretaña» – «Proteja al pueblo británico» y un símbolo de una media luna y estrella en un letrero de prohibición. El Tribunal sostuvo que, que las palabras y las imágenes en el cartel equivalían a una expresión pública de ataque a todos los musulmanes en el Reino Unido. Ese ataque general y vehemente contra un grupo religioso, que vincula al grupo en su conjunto con un grave acto de terrorismo, es incompatible con los valores proclamados y garantizados por la Convención, en particular la tolerancia, la paz social y la no discriminación.

## 9. DEGRADACIÓN A LA RELIGIÓN

El caso de «**La última cena**» (**Marithé Francois Girbaud**)<sup>33</sup>, es una sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, ratificado por la Corte de Apelaciones de París, de fecha 10 marzo de 2005 y 8 de abril de 2005 respectivamente. Los hechos de este caso se refieren a una campaña publicitaria que utiliza como inspiración el cuadro de la última cena, y sustituye a Jesucristo y los apóstoles por mujeres. El Tribunal ordenó a la Compañía retirar su campaña publicitaria.

El caso «**La Noche del Santo Condón**» (**Aides Haute-Garonne**)<sup>34</sup>, es una sentencia de la Corte de Casación de Francia en Sala Penal, de fecha, 14 de febrero de 2006, la cual revirtió una sanción a la organización *Aides Haute-Garonne* que había organizado una campaña de prevención del VIH titulada «La Noche del Santo Condón» en la que se utilizaba el boceto de una mujer religiosa semidesnuda, con maquillaje rosado en exceso, una bufanda, un collar con una cruz y dos condones a su derecho con un texto que indicaba: «*Sainte Capote protege-nous*». La Corte explicó que la hipersensibilidad no puede detener una campaña de prevención de VIH.

El caso **Revista Charlie Hebdo**<sup>35</sup>, es una sentencia de la Corte de Apelaciones de París, de fecha 12 de marzo de 2008, relativo al caso de las polémicas caricaturas del profeta Mahoma y de fundamentalistas religiosos del islam

32. TEDH. *Norwood Vs. Reino Unido*. Solicitud No. 23131/03.

33. Tribunal Gran Instancia de París. «La última cena» (Marithé Francois Girbaud). (2005).

34. Cour de cassation, Criminal Chamber, «La Noche del Santo Condón» (Aides Haute-Garonne), (2006).

35. Corte de Apelaciones de París. *Revista Charlie Hebdo*. (2008).

producidos por la revista. La Corte de Apelaciones consideró que todas las caricaturas son una contribución legítima al debate alrededor del terrorismo y que no expresaba ninguna opinión en relación con la religión del Islam o de la comunidad musulmana.

## 10. DEGRADACIÓN A PERSONAS LGBTIQ

En la sentencia **16668-2017** de la Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica, se hace referencia al caso relativo a la presentación del «**libro negro de la nueva izquierda**»<sup>36</sup> y la posterior cancelación. La Corte destacó que aun cuando la posición de una persona parezca incorrecta, insostenible y hasta retrógrada, el esquema democrático le permite expresarla. No solo escapa de los supuestos del artículo 13 de la Convención Americana, sino que la igualdad en el ejercicio de derechos implica –contrario a lo interpretado por la Universidad– que toda persona tiene derecho a expresar su opinión. Aun cuando la posición de una persona parezca incorrecta, insostenible y hasta retrógrada, el esquema democrático le permite expresarla. La responsabilidad que surja por dicha opinión será exigible ulteriormente. En cuanto a la oposición de diferentes instancias universitarias a la actividad, la Sala recuerda que la norma imperante es la vigencia de la libertad de expresión, cuyas excepciones deben ser expresas y limitadas. Cuando se impide el ejercicio de dicha libertad con base en el contenido del mensaje que se pretende transmitir, entonces se adopta una postura de intolerancia que menoscaba el debate democrático.

En la sentencia **3090-2013**<sup>37</sup> de la Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica, encontramos un caso que se refiere a la declaratoria de interés público del V Congreso Centroamericano de Bioética, el cual incluía una charla del médico español, Jokin de Irala, quien hablaría sobre la supuesta «*cura a la homosexualidad*». Señaló la Corte que, en el ámbito del libre ejercicio de la libertad de expresión y pensamiento, cada persona es libre de manifestar sus ideas y pensamientos, y por ello no se puede someter a nadie a censura previa sino más bien a un régimen de responsabilidad ulterior. Empero, tratándose del Estado, su discrecionalidad está limitada a que con sus actos no se vulnere el derecho de la constitución, como ocurre en este caso en que se ha emitido un acuerdo irrazonable, discriminatorio y carente de lógica. Destacó que deviene irrazonable una declaración de interés público de una actividad en que una conferencia revierte en una estigmatización de un sector de la población.

36. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia No. 16668-2017. Al respecto ver capítulo VIII referente a la discursiva peligrosa y la sección 4 del capítulo VII de este libro.

37. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. 16668-2017. 3090-2013.

En la **Sentencia (Auto) de la Audiencia Provincial de Madrid**<sup>38</sup>, se discutió el caso de la organización extrema religiosa «Hazte Oír» y su autobús que denegaba la ampliación de derechos a las personas transexuales. Inicialmente se consiguió una medida cautelar por el hecho que el mensaje en el autobús era considerado una forma de discurso de odio, atenuado. Sin embargo la decisión fue revertida en apelación, pues la libertad de expresión permite criticar el comportamiento de otras personas, siempre y cuando no sea para amenazar, insultar o subestimar a una persona o colectivos.

El caso «**Discusión de ley relacionada con discriminación por orientación sexual**»<sup>39</sup>, es una sentencia de la Corte de Casación de Francia, en Sala Penal, de fecha 12 Noviembre del 2008, que analiza los debates legislativos para aprobar una ley relacionada con discriminación por orientación sexual, en los cuales, el diputado ultra conservador Christian Vanneste, hizo una serie de declaraciones homofóbicas, indicando que los homosexuales eran inferiores en carácter moral a los heterosexuales, y que representaban una amenaza a la supervivencia de la humanidad, ya que esto iba en contra del modelo heterosexual de matrimonio y educación a los niños. Esto generó que fuera condenado por un discurso homofóbico, decisión que fue revertida al considerar que la expresión se encontraba protegida dentro de la libertad de expresión ya que no venía con una intención de dañar, sino que solamente buscaba alimentar el debate.

El caso **Snyder Vs. Phelps**<sup>40</sup>, es una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de fecha 02 de marzo de 2011. El caso planteó la cuestión de si la Primera Enmienda era o no capaz de proteger a los manifestantes públicos en un funeral contra la angustia emocional. Se trataba de un reclamo de angustia emocional, interpuesto por Albert Snyder, un hombre homosexual cuyo hijo Matthew Snyder, un infante de marina de Estados Unidos, fue asesinado durante la guerra de Irak. El reclamo se hizo en respuesta a las acciones de la familia Phelps, así como de la Iglesia Bautista de Westboro (WBC), quienes también estuvieron presentes en los piquetes del funeral. El Tribunal falló a favor de Phelps en una decisión 8-1, determinando que el discurso sobre un asunto de interés público, en una calle pública, no puede ser la base de responsabilidad por agravio emocional angustia, incluso en las circunstancias en que el discurso es visto o interpretado como «ofensivo» o «indignante».

El caso, **NJA 2005 s. 805– Åke Green**<sup>41</sup> es una sentencia de la Corte Suprema de Suecia de fecha 29 de noviembre de 2005 que analizó una serie de expresiones hirientes contra los homosexuales en el marco de un evento religioso. La Corte destacó que estas expresiones eran el resultado de interpretaciones de

38. Audiencia Provincial de Madrid. No. 2. No. 562/2017.

39. Corte de Casación de Francia. Discusión de ley relacionada con discriminación por orientación sexual. (2008).

40. SCOTUS. Snyder Vs. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

41. Corte Suprema de Suecia. NJA 2005 s. 805 – Åke Green.

pasajes de la biblia, cuestión que se ampara en libertad religiosa en la medida en que no se trate de discursos de odio. De esta manera, declaró sin lugar el recurso interpuesto por los fiscales en contra de los predicadores, fallando a favor de la libertad religiosa.

El caso, **NJA 2006 s. 467 – The leaflets**<sup>42</sup>, es una sentencia de la Corte Suprema de Suecia de fecha 06 de julio de 2006 que confirmó la condena hecha a un grupo de neonazis que repartieron panfletos con mensajes homofóbicos en donde se establecía una degradación hacia los homosexuales, haciéndolos ver que tienen menos valor que los heterosexuales.

A manera de ejemplo, la CSJ Mexicana ha indicado lo siguiente: «*Las expresiones homófobas, esto es, el discurso consistente en inferir que la homosexualidad no es una opción sexual válida, sino una condición de inferioridad, constituyen manifestaciones discriminatorias, ello a pesar de que se emitan en un sentido burlesco, ya que mediante las mismas se incita, promueve y justifica la intolerancia hacia la homosexualidad*» Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos de México, No. 2806/2012. Sin perjuicio de las críticas que ha recibido la sentencia, es sin duda un gran avance para borrar el estigma de la población LGBTIQ.

El caso **Vejdeland y otros Vs. Suecia (Solicitud N.º 1813/07)**<sup>43</sup>, es una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 9 de febrero de 2012, los hechos de este caso se refieren a un grupo que dejó folletos homofóbicos en los casilleros de los alumnos en una escuela secundaria superior. Señaló el Tribunal Europeo que, si bien los solicitantes tienen el derecho a expresar sus ideas, las declaraciones formuladas en los folletos eran innecesariamente ofensivas. Destacó además que, al igual que lo hizo el Tribunal Supremo de Suecia, los solicitantes habían impuesto los folletos a los alumnos dejándolos en sus casilleros, y observó además que los alumnos habían tenido una edad impresionable y sensible y que la distribución de los folletos había tenido lugar en una escuela a la que ninguno de los solicitantes asistió y a la que no tuvieron acceso libre.

42. Corte Suprema de Suecia. NJA 2006 s. 467 – The leaflets.

43. TEDH. Vejdeland y otros Vs. Suecia. No. 1813/2007.

## Capítulo X

# Crímenes de odio

SUMARIO: I. FACTORES DETERMINANTES PARA LA EXISTENCIA DE UN CRIMEN DE ODIO. II. EL ASESINATO DE LA POBLACIÓN TRANS. III. EL CASO DE DANIEL ZAMUDIO. IV. ¿QUÉ HACER CON LOS DISCURSOS DE ODIO Y LA DISCURSIVA PELIGROSA?

Los discursos de odio son expresiones que buscan promover la acción violenta contra algún grupo; mientras que los delitos de odio son ilícitos penales cometidos en contra de una persona o sus propiedades motivados por prejuicios relativos a la nacionalidad, origen, preferencias sexuales, ideología política, entre otras. De esto, podría desprenderse que existe una relación estrecha entre discurso de odio y delitos de odio, y hasta podríamos afirmar que en muchos casos el discurso de odio es la primera fase que alimenta –aunque no siempre y no indispensablemente– la comisión de un crimen de odio.

Lo menos obvio de este análisis, que en muchos casos se ignora, es que los prejuicios que motivan la ocurrencia del delito de odio, no vienen necesariamente por discursos de odio, sino que ocurren por la creación de condiciones para que una persona vea a otra, una amenaza potencial a otra y deba actuar. En este contexto sale a relucir la discursiva peligrosa que tanto es ignorada, o en el mejor de los casos, escudada por la libertad de expresión: «son solo un meme» o «no insulto a nadie» dicen en su defensa. Pero lo cierto, es que cada palabra, tiene el poder de degradar a una persona, al punto de implantar un nivel de desagrado tan alto que puede llegar a crear las condiciones para la ocurrencia de actos atroces, como los que veremos a continuación.

### I. FACTORES DETERMINANTES PARA LA EXISTENCIA DE UN CRIMEN DE ODIO

Un crimen de odio es una infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o la propiedad, donde la víctima, el local o el objetivo de la

infracción se elija por su real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo<sup>1</sup>.

Dicho concepto forma parte de la terminología de la defensa de los Derechos Humanos en la Oficina para las instituciones democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la organización para la seguridad y cooperación en Europa (OSCE), la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECR) del Consejo de Europa y la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA)<sup>2</sup>.

Según algunos autores, la concurrencia de uno o varios factores de polarización será suficiente para orientar la investigación con el fin de desvelar la existencia de una motivación discriminatoria en el delito cometido, así, entre esos factores de polarización para la acreditación de la motivación encontramos<sup>3</sup>:

1. Pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritarios.
2. Discriminación por asociación.
3. Las expresiones o comentarios discriminatorios que profiera el autor
4. Los tatuajes o la ropa que lleva puesto el autor de los hechos por su simbología relacionada con el odio.
5. La propaganda, banderas o pancartas que pueda llevar el autor de los hechos o que puedan encontrarse en su domicilio registrado.
6. Antecedentes policiales del sospechoso
7. Incidente ocurrido cerca de un lugar de culto
8. Relación del sospechoso con grupos o asociaciones caracterizadas por odio.
9. La aparente gratuidad de los actos violentos.
10. Enemistad histórica entre los miembros del grupo de la víctima y del presunto culpable.
11. Cuando los hechos ocurran en un día, hora o lugar en donde se conmemora un acontecimiento o es símbolo para el delincuente.
12. Análisis de su teléfono móvil u ordenadores.

1. Aguilar G. y Miguel A. (2014). Investigación y persecución de delitos de odio y discriminación en los supuestos de homofobia y la transfobia. Coords. Cuesta L. Víctor y Santana V. Dulce. *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. (351-382). España: Thomson Reuters Aranzadi, P. 356.
2. *Ibidem* P. 354.
3. Aguilar G. y Miguel A. (2014). Investigación y persecución de delitos de odio y discriminación en los supuestos de homofobia y la transfobia. Coords. Cuesta L. Víctor y Santana V. Dulce. *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. (351-382). España: Thomson Reuters Aranzadi. P. 373.

Es usual que un delito de odio, además venga con hazañas adicionales que denotan un grado de exuberancia exagerada y desmedida: 50 apuñaladas, decenas de disparos o medidas aún más extremas.

En todo el mundo, la comunidad LGBTIQ sufre de exclusión por medio de la invisibilidad a la cual la mayoría las somete debido a no seguir un patrón de hetero-normatividad. En Centroamérica, a esa exclusión se le debe sumar otro factor crítico, la crisis de violencia, la cual desborda la capacidad para dar una respuesta institucional efectiva<sup>4</sup>.

Los ataques que se dan contra la comunidad LGBTIQ, a veces, se manifiesta en crímenes atroces, que vienen acompañados por el desinterés de las instituciones encargadas de investigar tales delitos por el hecho que se trata de actuaciones contra personas de la comunidad LGBTIQ. Esta crisis de violencia y de falta de voluntad de las autoridades surge del miedo y desconocimiento de lo que significa que una persona sea parte de la comunidad LGBTIQ. Cuyo desconocimiento, se alimenta además de situaciones fácticas que generan sesgos negativos en la mente de las personas y que alientan a discriminar a las personas de la comunidad LGBTIQ.

Varios estudios han demostrado que las personas LGBTIQ corren un mayor riesgo de sufrir violencia física y sexual<sup>5</sup> y que, en la mayoría de esos casos, la orientación sexual o la identidad de género de las víctimas fueron causas determinantes de los abusos<sup>6</sup>.

Estudios internacionales<sup>7</sup> demuestran que la violencia, tanto física como emocional, se encuentra relacionada con la homofobia, el odio irracional a otra persona en razón de una orientación sexual diferente a la heterosexual. Los hechos constitutivos de delitos –que en su mayoría quedan en impunidad– ocurren por el odio visceral que existe hacia lo diferente, lo desconocido y lo libre.

4. ONU. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 11 de mayo de 2018. A/HRC/38/43, Párr. 37.
5. McManama, K., Liu, R., et al. (2017). Suicide and self-injury in gender and sexual minority populations. Smalley, K., Warrer, J., et al. *LGBT Health: Meeting the Needs of Gender and Sexual Minorities*. Nueva York, Estados Unidos: Springer Publishing Company. p. 181-198. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. (11 de mayo de 2018) A/HRC/38/43, Párr. 26.
6. Blondeel, K., Vasconcelos, S., et al. (2018). Violence motivated by perception of sexual orientation and gender identity: a systematic review», *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, 96(1), págs. 29-41; Consejo de Derechos Humanos, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. 11 de mayo de 2018. A/HRC/38/43, Párrafo 26.
7. *La violencia homofóbica y transfóbica en el ámbito escolar en Latinoamérica: hacia centros educativos inclusivos y seguros*. (2016). UNESCO, Extraído de: [http://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2016/12/La\\_violencia\\_homofobica\\_y\\_transfobica\\_en\\_el\\_ambitoescolar\\_Unesco.pdf](http://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2016/12/La_violencia_homofobica_y_transfobica_en_el_ambitoescolar_Unesco.pdf)

Además, los crímenes contra personas de la comunidad LGBTIQ se caracterizan por sus altos niveles de violencia y crueldad<sup>8</sup>. Así, se evidencia un grado de violencia física grave que en algunos casos supera al que se encuentra en otros crímenes de odio<sup>9</sup>. La CORTE IDH<sup>10</sup>, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>11</sup> y organizaciones de la sociedad civil, se han pronunciado sobre la crueldad y los altos niveles de violencia por prejuicio contra personas con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas<sup>12</sup>.

## II. EL ASESINATO DE LA POBLACIÓN TRANS

Por ejemplo, en el Salvador 45.8% de mujeres trans han sufrido atentados contra su vida e integridad física, y entre los objetos más comunes para agredirlas o tratar de asesinarlas, encontramos armas blancas (como cuchillos), armas de fuego, objetos corto-contundentes (como piedras y palos) y otros objetos como lazos y las manos (para asfixiar por ahorcamiento), los puños y pies (para golpearlas), y el uso de sustancias como gas pimienta<sup>13</sup>.

8. Situación de violencia que estigmatiza a la población LGBTIQ en el continente americano. (2015). Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciaPersonasLGBTIQ.pdf>
9. Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias. A/HRC/20/16. (19 de abril de 2016). *Asamblea General de las Naciones Unidas*, párr. 71. Extraído de: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10562.pdf>
10. Comunicado de Prensa No. 153A/14, Una mirada a la violencia contra personas LGBTI en América: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014. (17 de diciembre de 2014). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
11. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los 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 (17 de noviembre de 2011). párr. 22; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23. (4 de mayo de 2015). párr. 23.
12. Situación de violencia que estigmatiza a la población LGBTIQ en el continente americano. Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciaPersonasLGBTIQ.pdf>
13. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de las Mujeres Trans en El Salvador*. (2015). San Salvador: Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Esta entidad, ha sido fuertemente criticada por activistas en El Salvador desde que fue puesta en manos de la señora Raquel Caballero, a raíz de sus posturas anti LGBTI. Al respecto ver las fuertes críticas que se le hicieron al: Avelar, K., Álvarez, M., Duarte H. (2017). Memorial de argumentos por motivo del 161 período de sesiones ordinarias de la CIDH. Párrafos 48 al 52. Extraído de: <https://www.fundacionigualitos.org/cidh-161/> De igual manera, resulta destacable la posición de Karla Avelar: «Sus primeros meses de mandato ante la PDDH Sra. Raquel

Por si ello no fuera poco en El Salvador se han presentado casos de extrema violencia contra personas transexuales, al punto de matarlas, presentándose situaciones donde las autoridades encargadas de investigar el delito, irrespetan la identidad trans y los identifican como «hombres vestidos de mujer<sup>14</sup>». Tal y como indicó el experto independiente Víctor Madrigal B.: «*La violencia transfóbica, al igual que otras formas de violencia de género, se deriva de las normas y los estereotipos de género, que se ven impuestos por la desigualdad en la dinámica de poder<sup>15</sup>*».

De igual forma el experto señaló: «*En el marco de un proyecto de vigilancia se registró un total de 2.609 denuncias de asesinatos de personas transgénero y de género no conforme en 71 países de todo el mundo entre el 1 de enero de 2008 y el 30 de septiembre de 2017. Habida cuenta de que los asesinatos de personas transgénero y de género no conforme no se registran sistemáticamente y que en la mayoría de los países ni siquiera existe un sistema para recopilar datos adecuados, el número real es, sin duda, muy superior<sup>16</sup>*».

*Caballero nos deja una experiencia desagradable de exclusion y Marginacion confirmada a traves de la desactivacion de la Mesa Permanente de personas LGBTI de la PDDH desde ya hace 4 meses y diversos correos enviados a sus correos institucionales sin obtener una respuesta a nuestras demandas y solicitudes, y su ausencia y cumplimiento a su mandato ha permitido una alza en ataques dirigidos a las personas LGBTI por funcionarios de la Policia Nacional Civil (PNC), Fuerza Armada y Cuerpos de Agentes Metropolitanos (CAM) a lo cual ha existido nula intervencion de la PDDH». Comunicado de prensa de COMCAVIS Trans del 31 de enero del 2017. Extraído en: <https://www.facebook.com/comcavistrans/photos/pcb.398354323840811/398354260507484/?type=3&theater>*

14. Noches, M.; Rauda, N.; Alvarado, J. (25 de enero del 2016). Las muertes invisibles de las mujeres y los hombres trans. El Faro. Extraído de: [http://www.elfaro.net/es/201601/el\\_salvador/17819/Las-muertes-invisibles-de-las-mujeres-y-los-hombres-trans.htm](http://www.elfaro.net/es/201601/el_salvador/17819/Las-muertes-invisibles-de-las-mujeres-y-los-hombres-trans.htm) También ver: Escalante, D. (19 Febrero 2017). Secretaría Inclusión Social (Feb, 2017). Ante el asesinato de tres mujeres trans, quien la fiscalía había identificado como «*hombres vestidos de mujer*», la Secretaría de Inclusión Social sostuvo una reunión con la Fiscalía. Secretaria de Inclusión Social. «*Secretaria Pignato se reúne con Jefe Fiscal de Zacatecoluca por asesinatos de personas de Personas LGBTIQ*». Extraído de: <http://www.inclusion-social.gob.sv/secretaria-pignato-se-reune-con-jefe-fiscal-de-zacatecoluca-por-asesinatos-de-personas-de-poblacion-LGBTIQ/>
15. ONU. (11 de mayo de 2018). «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Párrafo 40». Extraído de: <https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/g1813215.pdf>
16. ONU. (11 de mayo de 2018). «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Párrafo 44». Extraído de: <https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/g1813215.pdf> En el informe se cita la siguiente información de respaldo: Observatorio de Personas Trans Asesinadas, Transrespeto versus transfobia en el mundo (TvT) (véase <https://transrespect.org/es/trans-murder-monitoring/tmm-resources/>); Boglarka Fedorko y Lukas Berredo, *El círculo vicioso de la violencia: personas trans y género-diversas, migración y trabajo sexual*, serie de publicaciones de TvT, vol. 16, octubre de 2017. Véanse también Transgender Europe (TGEU), «Trans Day of Remembrance (TDoR) 2017», comunicado de prensa, 14 de noviembre de 2017, y A/HRC/38/43/Add.1, párr. 47.

### III. EL CASO DE DANIEL ZAMUDIO

Otro caso de homofobia extrema la encontramos con Daniel Zamudio un hombre de 24 años, quien fue brutalmente atacado y sádicamente torturado por varias horas por un grupo de cuatro hombres en un parque en Santiago de Chile<sup>17</sup>. En palabras de uno de los condenados por el hecho:

«Patricio Ahumada y Alejandro Angulo le preguntaron a Daniel Zamudio si era homosexual, [...], cuando Daniel dice que sí, Ahumada le empieza a pegar palmetazos [...] Angulo dijo que era una lacra porque era gay, Ahumada se reía // Ellos dos [Ahumada y Angulo] comienzan a pegarle continuamente, saltaban en su cabeza y nariz. [...] Luego que lo golpearon, se sentaron, siguieron fumando. Posteriormente Angulo se levantó y orinó en la boca y pecho de Zamudio, luego Ahumada hizo lo mismo, también le orinó encima, después le siguen pegando; Ahumada le rompe una botella de ron [...] en la cabeza de Zamudio y Angulo toma el gollete y le hace tres esvásticas, le hace dos en el estómago y una el pecho y le da dos “punzazos” en el lado izquierdo del cuerpo. [...] Ahumada y Angulo le pegan nuevamente a Daniel, zamarrean brutalmente su cabeza tomándola de las orejas y golpeándola, rebotaba en el suelo. [...] Luego Ahumada rompe otra botella en la cabeza de Zamudio y le dice a Angulo que aprenda a hacer los cortes y le hace otras dos esvásticas en la espalda [...]. Posteriormente, Angulo y Ahumada saltaban en la cabeza, le pegaban en la nariz, ojos, genitales, luego los dos orinan de nuevo sobre Zamudio. [...] Raúl [López] tomó una piedra que estaba en el lugar y se la tira en la pierna tratando de quebrársela [...] como no puede quebrársela con la piedra, le hace una palanca con las manos y se la quiebra, ellos se ríen y dicen que sonó como un hueso de pollo<sup>18</sup>».

Chile respondió tal deplorable acto con la Ley Zamudio, con el fin de sancionar los crímenes de odio. La vida de Daniel evidencia el monstruo de la homofobia que existe en el continente, pues los hechos ocurrieron en Chile: el país más moderno de América Latina, ¿no se supone que también debería serlo en lo social? Los Estados, deben tomar medidas a raíz de estas experiencias, pues como un termómetro, nos marcan la temperatura de la justicia social de un país. No hace falta esperar que ocurra otra tragedia de estas para implementar otra Ley Zamudio, lo que le pasó a ese joven es una injusticia que no debe volver a ocurrir.

17. Situación de violencia que estigmatiza a la población LGBTIQ en el continente americano. Extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciaPersonasLGBTIQ.pdf>

18. Testimonios rendidos por los acusados Raúl Alfonso López Fuentes y Fabián Mora. Caso de Daniel Zamudio Vera. Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Expediente (RUC) 1200245128-8. 56, 58, 63, 64 y 68.

#### IV. ¿QUÉ HACER CON LOS DISCURSOS DE ODIOS Y LA DISCURSIVA PELIGROSA?

La discursiva peligrosa y el discurso de odio, nos motiva a que hagamos una introspección sobre porqué se permiten este tipo de discursivas en una democracia ¿Se debe permitir «destruir la democracia por medio de las armas de la democracia<sup>19</sup>»? Sobre todo, cuando se entiende a la democracia como aquella forma de gobierno en que todas las personas en un Estado, sin importar sus diferencias (*religión, raza, género, nacionalidad, estado familiar, ingresos económicos, orientación sexual*) tienen lugar para existir y desarrollar su pleno potencial como seres humanos. La democracia implica que *todos pueden pensar diferente*, lo cual significa un profundo compromiso al respeto de la dignidad humana, lo cual implica proteger y promover los derechos de cada individuo, sin importar sus diferencias, ya que toda vida humana es valiosa. En una democracia, no importa si alguien es parte de una aplastante mayoría o una significativa minoría: las ideas, prácticas y creencias deben respetarse. Tanto las minorías deben respetar a las mayorías, como las mayorías tomar precauciones que terminen pisoteando a las minorías. En este entender, la democracia viene a ser una promesa que existirán las condiciones necesarias, para que todos los miembros de un *ecosistema*, puedan co-existir pese a los conflictos que puedan generarse.

La democracia viene ser un campo neutral donde diferentes colores convergen, sin que uno pueda imponerse sobre otro, al extremo que uno pueda anular a otro por completo y requiere para su existencia de ciertos mínimos dentro de los cuales está el derecho fundamental a la libertad de expresión. Dicha libertad permite expresar el pensamiento de manera libremente, cuando esto se hace dentro del marco de la legalidad (sin injuriar, calumniar, difamar, etc). Esto quiere decir, que, si una persona tiene miedo a expresar sus convicciones personales más profundas, porque ello puede implicar una posible sanción (segregación social, laboral, familiar, etc) entonces se estaría violentando la promesa que ofrece esta forma de gobierno. La protección a la libertad de expresión, por muy minoritaria que sea la postura, es un requisito necesario para el buen funcionamiento de una democracia, pues en los choques de opiniones, usualmente surge la verdad.

En la actualidad vemos como una amalgama de intereses populistas, han cobrado vida, bien por tratarse de nuevos nacimientos o por revivir de las

19. Frase de Adolfo Hitler según lo reportado por: Grunfeld, F. (1974). *The Hitler File: A Social History of Germany and the Nazis, 1918–45*. Worthing, England, Little Hampton Book Services Ltd., p. 109. Como explica la investigadora Bárbara Koehn: «Hitler accedió al poder absoluto en etapas sucesivas, pero siempre respetando estrictamente la legalidad. La sorprendente paradoja es que Hitler se sirvió de los mecanismos que le ofreció la propia democracia parlamentaria para abolirla». Koehn, B. (2005). *La Resistencia Alemana contra Hitler 1933-1945*. España, Alianza Editorial, P. 39.

penumbras del pasado, aprovechándose del desentendimiento<sup>20</sup> de conceptos fundamentales como la libertad de expresión, buscando proteger bajo su sagrado ropaje, discursos que son deshumanizadores, segregadores y con un riesgo latente en razón de un grupo instrumental. Los errores del pasado están volviendo, y con más fuerza<sup>21</sup>, amenazando los cimientos de la modernidad que se ha construido con tanta sangre y dolor.

Ante este panorama surgen las preguntas: **¿Es viable la censura previa en una democracia?** Las legislaciones pertinentes a la regulación de espectáculos públicos, por regla general prevén la censura previa para evitar la ocurrencia de discursos de odio y actos en contra de la moral y pornográficos. Por lo que quedan por fuera, otras categorías protegidas. Sin dejar a un lado que el criterio del sistema interamericano es que la censura previa debe tratarse casos excepcionales y debidamente regulados por la ley. Entonces, para responder, sí es viable la censura previa, pero en casos debidamente tipificados en la ley y justificados ante la amenaza real y evidente, tal y como resulta en el caso de la discursiva peligrosa y los discursos de odio.

Pero ¿por qué censurar en lugar de dejarlos opinar? ¿no deberíamos oxigenar la democracia con debate? Nuevamente se ignora el fenómeno cultural de la civilización del espectáculo y como al ser el nuevo estándar de cultura, las personas son más susceptibles de ser manipulados por todo lo que es escandalizador. Pero hay que ser además prácticos, estos grupos de odio siguen en crecimiento y subiendo en número de adeptos y las posturas que defienden se van radicalizando, dejando cada vez menos espacio para la existencia de grupos minoritarios. No todo discurso es censurable previamente o sancionable, sino que solamente aquellos que constituyen discursos de odio: discurso de odio *strictu sensu* y la discursiva peligrosa que es el discurso de odio encubierto, el que deshumaniza y crea la amenaza en el colectivo social. Las dudas toman un nivel mayor de intensidad cuando los planteamientos que podrían ser objeto de censura promueven erradicar/destruir/humillar a otro sector de la población y vale la pena preguntarse si **¿es democrático permitir que minorías promuevan la destrucción de otros grupos?** Visto de otra manera **¿es democrático proteger a la democracia de su autodestrucción?** Estas pregunta, puede responderse por partes o de forma compuesta, pero sin importar el orden de

20. Al respecto, remito al lector a la sección 4 del capítulo VII de este libro.

21. Al respecto, remito al capítulo XI de este libro en donde se desarrolla el problema de la Alt Right. De igual forma, remito al lector a analizar al oscuro personaje que colocó a Donald Trump en la presidencia: Steve Bannon. Un recorrido de sus acciones de unir a los partidos políticos de corte de extrema derecha de Europa se encuentra en: Alonso, A. (5 de agosto del 2018). Steve Bannon, ex asesor de Trump, impulsa una fundación para ayudar a los populistas antiUE en las europeas de 2019. El Independiente. Extraído de: [https://www.elindependiente.com/politica/2018/08/05/movimiento-steve-bannon-cuenta-atras-populistas-europeos-hacia-2019/?utm\\_source=share\\_buttons&utm\\_medium=twitter&utm\\_campaign=social\\_share](https://www.elindependiente.com/politica/2018/08/05/movimiento-steve-bannon-cuenta-atras-populistas-europeos-hacia-2019/?utm_source=share_buttons&utm_medium=twitter&utm_campaign=social_share). De igual forma: Vargas Llosa, A. (2018). El estallido del populismo. Madrid, España: Editorial Planeta.

los factores, al igual que ocurre con Roma, llegaremos al mismo producto: **será viable censurar a un grupo opresor de derechos humanos en una democracia, únicamente si dicha censura se efectúa para proteger a la democracia, resultando una clara manifestación del principio de las ironías de la vida.**

En un reciente acto de censura previa a un grupo que promueve la denigración de minorías, con la caja de herramientas que conlleva la ideología de género, el reconocido líder del tanque de pensamiento libertario, Juan Carlos Hidalgo indicó «Al buscar prohibir la actividad, quienes dicen defender la tolerancia y la diversidad terminan siendo agentes de intolerancia. Peor aún, convierten a los otros en víctimas»<sup>22</sup>. La postura del representante del CATO Institute, el señor Hidalgo presenta una postura razonada, pero que no comparto. Ello por cuanto considero que es mucho más importante proteger y cuidar la existencia de la democracia, por encima del derecho a la libertad de expresión. La censura previa del par de autores, obedece a una acción esencial para proteger la existencia y preservación de la forma de gobierno que inventaron en la Grecia clásica, puesto que sin esta máxima (que muchas veces se ignora), terminaríamos en un cuarto Reich.

Las ideas totalitarias –en contraposición a las ideas democráticas donde se busca la coexistencia de todas las personas en un plano de igualdad– corren el riesgo de ganar adeptos de manera fulminante, promueven las polarizaciones, incentivan al odio, desencadenan violencia y terminan empujando a que masas enardecidas por el combustible del prejuicio, linchen a las minorías hasta retroceder a las *cavernas que han sido iluminadas*. No podemos permitir que personas antidemocráticas puedan venir a escudarse con las protecciones que la democracia ofrece. Para jugar el juego, tiene que someterse a las reglas del juego: «Porque no sólo desaparece la libertad (de expresión) cuando la reprimen o la censuran los gobiernos despóticos. Otra manera de acabar con ella es vaciándola de sustancia, desnaturalizándola, escudándose en ella para justificar atropellos y tráfico indignos contra los derechos civiles»<sup>23</sup>. No solo se puede pedir los beneficios de la democracia.

No obstante, es importante recordar que no todos los países tienen regulada la censura previa. Además, que, para hablar de censura previa, se parte del hecho que existe un conocimiento previo que ocurrirá un acto determinado, y ello no siempre es posible. Entonces, la censura previa no resulta suficiente y puede prestarse para la ocurrencia de abusos, como los que han acontecido en las dictaduras de izquierda y de derecha. No debemos perder de vista que además la censura previa, aunque tentadora, puede resultar en un efecto rebote el

22. Hidalgo, J. (27 de agosto del 2017). Intolerancia de los tolerantes. Nación. Extraído de: <https://www.nacion.com/opinion/columnistas/intolerancia-de-los-tolerantes/OYLXOAI3AJDYRCAXOUY62YDCCA/story/>

23. Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html)

cual lejos de silenciar el odio lo puede exponenciar. Pero las sanciones (civiles/ penales) generan un efecto particular, dado que se aplicaría de forma *ex post*, así que nadie podrá sentirse censurado; sino más bien advertido que puede expresar en el medio y forma que considere conveniente las expresiones que quiera, pero que ello puede tener una consecuencia. Teniendo un fundamento serio, objetivo y razonable: preservar la democracia. El problema no es que opinen, sino que en su opinión no tiene cabida la coexistencia de todos los grupos que componen a una sociedad. Esto es algo que lo ha entendido en buena medida facebook, youtube, twitter y otras redes sociales que toman medidas de eliminación de grupos, perfiles o páginas específicas en las que se transmiten mensajes de odio.

Por lo que en mi opinión es que resulta necesario establecer legislación (pues son pocos los países que tienen normativa implementada para ello, El Salvador por ejemplo cuenta con una legislación especial para cubrir las expresiones contra la mujer; o el caso de Alemania y su legislación especial para el odio en el mundo digital que tiene un enfoque de sanción al proveedor de la plataforma social) que sancionen los discursos de odio y la discursiva peligrosa, para que sea posible analizar cada caso concreto de una manera *ex post*, tras la ocurrencia del discurso. Es muy diferente permitir que un grupo minoritario, abogue por un tratamiento igualitario, donde por ejemplo, pide tener acceso a las mismas instituciones civiles del Estado (matrimonio civil); en el cual no busca quitarle derechos a nadie, sino solamente pedir un trato igualitario y uno discriminatorio de forma injustificada. Si una persona se ve afectada porque otra tiene los mismos derechos, se trata de un clásico caso de un prejuicio, que le bloquea que el hecho que una persona tenga los mismos derechos, no va perder nada; pues al fin y al cabo, los derechos humanos no son como un pastel, no se pierden por el hecho que alguien más pueda tener el mismo derecho también.

Entonces, tomando en consideración lo peligroso que puede significar la censura, las medidas que deben existir algunas regulatorias por ejemplo:

1. Sancionar discursos de odio con multas económicas y sanciones penales, esto genera –discutiblemente– efectos de censura indirecta pero además da un desincentivo económico a que las personas se muevan con estos mensajes
2. Legislar que ante la ocurrencia de discursos de odio se deben presentar contra discursos en los mismos medios para que en el choque de mensajes surja la verdad y saque a las personas del hechizo que produce el odio. Así quien diga que la homosexualidad es una enfermedad, también en su mismo discurso se verá obligado a decir que sus mensajes no tienen sustento científico vigente.

## CAPÍTULO X. CRÍMENES DE ODIO

Considero que la censura previa a los mensajes de odio (expresos y encubiertos– discursiva peligrosa), es algo que debe aceptarse en una democracia; y cuando ello no sea posible, que existan mecanismos de sanción ex post, a fin de bloquear los incentivos perversos de utilizar prácticas tan dañinas y corrosivas para el Estado de Derecho. La democracia no debe estar nunca a la merced de nadie, no es negociable. Dejar que estos mensajes de profesen libremente, es como permitir que el cáncer invada un cuerpo; o como dejar que te asalten después de una donación. La raíz del problema, usualmente recae en el prejuicio, el cual siempre se construye por la mezcla de la ignorancia, miedo y desinformación.



## Capítulo XI

# Los riesgos para el Estado de Derecho: Extremos ideológicos y fundamentalistas conservadores

SUMARIO: I. DERECHA ALTERNATIVA (ALT-RIGHT). 1. *Imagen mesiánica*. 2. *Retórica conservadora*. 3. *Discriminación matrimonial*. 4. *Nacionalismo exacerbado, creando «amenazas» contra la soberanía*. 5. *Discursiva peligrosa deshumanizante*. 6. *Falsa atribución de vínculos con el marxismo y comunismo*. 7. *Intención de exclusión del Estado al grupo instrumental*. II. FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO CON ASPIRACIÓN POLÍTICA. III. LA IZQUIERDA TOTALITARIA.

El entretenimiento, valor central de la «Civilización del Espectáculo», ha transformado todas las facetas de la sociedad. Comenzando con el adormecimiento del pensamiento crítico con la excesiva publicidad, la prensa amarillista, la literatura light y todo lo esporádico, lo inmediato y lo instantáneo. Lo anterior significa que los valores esenciales para vivir en democracia se funden con un mar de irrelevancia, por lo que consecuentemente los conceptos verdaderos se integran con los falsos –o con cobre– cambiando el norte cultural de la sociedad.

Esa sensación, innegable y desesperanzadora, que existe alrededor de la crisis de la democracia surge por el hecho que los mensajes de odio, discretos y explícitos, han logrado hacerse un campo en la política, desplazando a los mensajes de optimismo, inclusión y respeto de todos los seres humanos. Ello es también fruto del corrosivo cultural que hemos hablado. Esta susceptibilidad de la sociedad, la derecha alternativa la explota por medio del escándalo, aprovechándose, por ejemplo, del existente desentendimiento de conceptos como el de la discriminación, para levantar mensajes ideológicos que les permiten ingresar al espectro político de la democracia: ¿«destruir la democracia por medio de las armas de la democracia»<sup>1</sup>? Probablemente.

1. Frase de Adolfo Hitler según lo reportado por: Grunfeld, F. (1974). *The Hitler File: A Social History of Germany and the Nazis, 1918–45*. Worthing, England, Little Hampton Book Services Ltd., p. 109.

La derecha alternativa saca a relucir un síntoma de una enfermedad que no termina de mostrarse: Teoristas que la tierra es plana, posturas que defienden un «genocidio blanco» a raíz de la «mezcla de razas», teorías que niegan la ocurrencia del holocausto judío, homosexuales que se oponen a la inmigración musulmán, teorías que niegan los descubrimientos científicos del calentamiento global, nacionalismo exacerbado, religiones con una filosofía de odio hacia homosexuales, quema de cruces para intimidar, tele-evangelistas que dan un salto a la política... así de absurda y peligrosa es la derecha alternativa que se encuentra en apogeo en Europa y Estados Unidos de América. Es el regreso a la mentalidad de la tribu que magistralmente expone Vargas Llosa<sup>2</sup>.

En este capítulo, analizaremos dos de estos riesgos para el Estado de Derecho: los denominados fundamentalistas religiosos con aspiraciones políticas y la derecha alternativa, la cual es una ideología extremista que abarca varios de los grupos antes mencionados, ya que en su centro se encuentra la «identidad blanca» y critican todo lo que se considera políticamente correcto, la justicia social y se «defienden» del ataque contra su «civilización». Finalizando con un rechazo también al extremismo de la izquierda totalitaria, supuestamente ya superada, pero que surge entre los escombros apropiándose del lenguaje y de las causas sociales. La moderación, nos deja claro que es la única respuesta.

## I. DERECHA ALTERNATIVA (ALT-RIGHT)

El Southern Poverty Law Center (SPLC)<sup>3</sup> es una ONG en los EUA que tiene dentro de sus proyectos monitorear grupos que tienen como motor principal el odio, ¿hacia qué? Diferentes aspectos o facetas de la vida, así encuentran entidades con ideologías de diferente índole y que tienen en común un factor: odiar a un sector de la población.

De esta manera, están los grupos que tienen una postura nacionalista extrema, como ocurre con el nacionalismo negro y el nacionalismo blanco. El primero surgió como respuesta al racismo blanco, teniendo como meta buscar la creación de una nación separada de la opresión blanca, con posturas racistas y dañinas. El nacionalismo blanco, que abanderan una serie de teorías<sup>4</sup> de

2. Vargas Llosa, M. (2018). La llamada de la Tribu. Barcelona, España: Alfaguara.
3. El SPLC ha identificado al menos: 22 grupos antiinmigrantes, 51 anti LGBT, 114 anti musulmanes, 233 nacionalistas negros, 68 de odio en general, 10 que niegan el holocausto, 72 del Ku Klux Klan, 2 de supremacía masculina, 31 neo confederados, 121 neonazis, 71 racista skinhead, 100 nacionalistas blancos, 31 fundamentalistas religiosos. Al respecto ver: Ideologies. Southern Poverty Law Center. Extraído de: <https://www.splcenter.org/fighting-hate/extremist-files/ideology>; Hate map by ideology. Southern Poverty Law Center. Extraído de: <https://www.splcenter.org/hate-map/by-ideology>
4. Una de ellas siendo el homonacionalismo, correspondiente a sectores minoritarios homosexuales en contra de la migración de musulmanes, por considerar que ponen en riesgo los derechos alcanzados. Una de las promesas del pensamiento crítico

supremacía blanca sobre otras razas, enfocando sus esfuerzos en señalar los factores que hacen a los otros grupos inferiores.

El nacionalismo blanco, tiene en su centro al racismo y desprecio. Dentro del nacionalismo blanco encontramos a grupos extremos como: (i) Ku Klux Klan, que odian a los afrodescendientes, pero también a los judíos, gays y católicos; supremacía masculina, que tienen como objetivo someter de nuevo a la mujer; (ii) Grupos «neo-confederados», que continúan atrapados en la época racista de la Confederación americana; (iii) grupos Neonazis, que tienen como objetivo perseguir al judío, como enemigo número uno, incluyendo también a quienes niegan el Holocausto, y en su lugar hablan sobre un supuesto «genocidio blanco»<sup>5</sup> que ocurre al mezclarse las razas.

Además, también existen los grupos anti inmigrantes con posturas nativistas y vigilantes contra los foráneos; grupos anti LGBT y anti-emancipación de las mujeres escudados con la retórica y pseudociencia que tiene como fin demonizar a la diversidad sexual; grupos anti musulmanes<sup>6</sup>, ligándolos con ataques terroristas; grupos anti-gobierno, que surgieron después de la elección del primer presidente afrodescendiente, el honorable Barack Obama.

El odio, que se ha ido esparciendo como el fuego que destruye los bosques en un incendio, no escapa del ámbito de la religión y nos enfrentamos con los poderosos tentáculos multimillonarios del fundamentalismo religioso, principalmente relacionado con grupos evangélicos de la prosperidad que llevan una agenda anti diversidad sexual y anti emancipación de las mujeres, juzgando

---

moderno Español, Marcos Bartolomé lo define como: «la instrumentalización de la homosexualidad para justificar posiciones nacionalistas que rechazan la inmigración extranjera y, frecuentemente, islamofóbicas». Continúa indicando que es por medio de retorcido fenómeno del homonacionalismo que se justifican fenómenos como «Gays for Trump», Jimmie Åkesson en Suecia, el «trol» de redes sociales Milo Yiannopoulos, entre otros que suponen: «un abandono de la interseccionalidad y de las posiciones reivindicativas aun cuando ningún país del mundo ha logrado la igualdad real». Ver: Bartolomé, M. (29 de diciembre del 2016). Pinkwashing en Israel. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2016/12/29/pinkwashing-israel>. En el mismo orden Maroño, A. (28 Junio 2017). El Racismo Sale Del Armario. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2017/06/28/el-racismo-sale-del-armario/> Así como: Esteban, N. (16 de noviembre del 2017). Una Nación LGBT. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2017/11/16/una-nacion-lgtb/>

5. Stack, L. (15 de Agosto del 2017). Alt-Right, Alt-Left, Antifa: A Glossary of Extremist Language. New York Times: <https://www.nytimes.com/2017/08/15/us/politics/alt-left-alt-right-glossary.html?mcubz=3>
6. Como por ejemplo, el político holandés Pim Fortuyn, quien fue un referente del homonacionalismo abogaba por una postura en contra de la migración de musulmanes. En mi opinión, las minorías de la diversidad sexual no deberían verse afectadas por la migración, y los migrantes deberán ir con mente abierta para adaptarse a nuevos aires. Sobre el tema: Roman K. (2013). In the Name of Hate: Homophobia as a Value. Southeastern Europe 371–16 Extraído de: [https://www.academia.edu/7987889/In\\_the\\_Name\\_of\\_Hate\\_Homophobia\\_as\\_a\\_Value](https://www.academia.edu/7987889/In_the_Name_of_Hate_Homophobia_as_a_Value)

todo desde la lupa de la sagradas escrituras, interpretadas a merced de algún grupo vulnerable, principalmente la población LGBT.

La derecha alternativa o *Alt-right* es la denominación, sin estructura o jerarquía, que se utiliza para englobar a una amalgama de grupos, compuesta por: «supremacistas blancos, que creen que la raza blanca es biológica y culturalmente superior al resto; nacionalistas blancos, que apoyan la idea de crear sociedades exclusivamente blancas; neonazis, admiradores de Hitler y que sienten un odio especial hacia los judíos, todas las personas no blancas, la comunidad LGTB y las personas con discapacidades; facciones que siguen los valores clásicos del KKK, y el movimiento *alt right*<sup>7</sup>». Es decir que algunos grupos podrán no compartir en su totalidad sus objetivos, pues sus intereses son muy diversos, pues pasan del «anarcocapitalismo al fascismo, pasando por tradicionalistas religiosos y seguidores de teorías conspirativas<sup>8</sup>», pero tienen un factor en común que los une: el odio.

Debido a esta heterogeneidad de grupos que abarca, a esta falta de contenido ideológico uniforme y definido, es que agrupa grupos tan diversos que pueden llegar a ser contradictorios (como homonacionalistas y fundamentalistas religiosos), pero que en todo caso logran unir una serie de discursos de odio contra: «el consenso cultural progresista de las élites europeas y norteamericanas, expresado a través de la corrección política. Se oponen a la idea de que no existen diferencias innatas entre hombres y mujeres –también conocida como ideología de género–, a la idea de que no existen diferencias entre culturas y todas son iguales –multiculturalismo–, a las políticas de fronteras abiertas y al Estado de Bienestar que financia todo lo anterior. En general, se opone al discurso victimista que ve opresión en todas partes y reduce tu individualidad a la de “minoría oprimida” a la que arbitrariamente perteneces así como también a la idea de que la verdad no debe decirse si es ofensiva; es más, ellos dicen abiertamente aquello que supuestamente no deberían decir a través de memes o chistes, para provocar a los progresistas y mostrarlos como violentos sólo por no poder aceptar la realidad, alegando que “**sólo son memes**”<sup>9</sup> y <sup>10</sup>».

7. Moreno, A. (25 de septiembre del 2017). Racismo y Fanatismo El Supremacismo Blanco en EEUU. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2017/09/25/racismo-y-fanatismo-el-supremacismo-blanco-en-ee-uu/> También ver: Ford, M. (22 de enero del 2017). The Atlantic. The 'Far Right' in America: A Brief Taxonomy. Extraído de: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/01/far-right-taxonomy/509282/>
8. Tamames, J. (18 de junio 2018). Auge y Caída De La Ultraderecha Estadounidense». El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2018/06/18/auge-y-caida-de-la-ultraderecha-estadounidense/>
9. El cinismo es usual en grupos anti derechos humanos, sino cómo justificar la posición de Streicher para defenderse ante las acusaciones que pesaban sobre él por los crímenes de lesa humanidad que cometió: «Mi conciencia está tan limpia como la de un bebé. Si leer los volúmenes de *Der Stürmer* o cualquier otra de las publicaciones de la empresa editorial *Der Stürmer*, de la que yo era presidente, no encontrará ni una palabra relacionada con el exterminio de los judíos. Ya lo verá» citado por Fernández Aguado, C. (2013). *La prensa antisemita en la Alemania Nazi*. (Tesis de Maestría) Universidad de Sevilla, P. 33.
10. Palma, N. (21 de diciembre del 2017). Derecha Alternativa: una introducción para derechistas pusilánimes. Extraído de: <http://letraslibertarias.com/index.php/home/post/derecha-alternativa-una-introduccion-para-derechistas-pusilanimos->

Estos grupos, embajadores de las discursivas peligrosas, crean una retórica de «ellos» contra «nosotros» lo cual representa un grave riesgo para la población ya que generan una amenaza en la mente de las poblaciones manipuladas, lo cual puede llegar a justificar violaciones sistematizadas de los derechos humanos de los grupos instrumentales. La estructura de la retórica de estas discursivas peligrosas, es constantemente señalada como un riesgo, al respecto: *«La retórica binaria de “ellos contra nosotros”, basada en una concepción identitaria del choque de civilizaciones, es el germen de una deriva asimilacionista dentro del paradigma multicultural. Los atentados terroristas de los últimos años refuerzan esta retórica nacionalista, que se centra en probar la incompatibilidad entre islam y valores occidentales y democráticos. Los partidos de extrema derecha como el Frente Nacional francés o el Partido por la Libertad neerlandés llevan años esgrimiendo estas consignas, ahora adoptadas por partidos tradicionalmente moderados<sup>11</sup>».*

Esta es una realidad en boga, con un crecimiento exponencial con grupos que además de ser antisistema, es decir no creen en la democracia, tienen una visión que los derechos humanos, no son para todos los humanos. Estos elementos han sido determinantes para el «Estallido del Populismo»<sup>12</sup> el cual explota la mentalidad de tribu, apelando a la discriminación de terceros para lograr la supervivencia del supuesto grupo amenazado. Las ONGs, Gobiernos y las Iglesias<sup>13</sup> juegan un rol fundamental en bloquear estos avances, ya que sin lugar a dudas, representan un serio riesgo para la paz ansiada en la humanidad, por cuanto: *«Los ideales de razón, ciencia y humanismo necesitan ser defendidos ahora más que nunca, porque sus logros pueden venirse abajo<sup>14</sup>».*

Para comenzar, es necesario recordar que la derecha alternativa engloba una multiplicidad de ideologías, grupos e individuos que tienen todas o solamente algunas áreas en común. Así encontramos a grupos homo-nacionalistas, anti-inmigrantes y religiosos fundamentalistas que pueden llevar una agenda

11. Moroño, A. (19 de diciembre del 2017). Un Futuro en la Diversidad. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2017/12/19/un-futuro-en-la-diversidad/>
12. Vargas Llosa, A. (2017). El Estallido del Populismo. Buenos Aires, Argentina: Editorial Planeta.
13. Un ejemplo de esto lo encontramos en el pronunciamiento conjunto de grupos religiosos evangélicos moderados, en el que se le pide al presidente Trump que se denuncie a la derecha alternativa, la cual ha sido protegida por su administración. Ver: White, J. (30 de September del 2017). Evangelical leaders urge Donald Trump to condemn «alt-right» as «racist» and «evil». The Independent. Extraídos de: <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/alt-right-donald-trump-evangelicals-charlottesville-white-supremacists-xxx-a7975906.html> En la misma línea: «Obispos católicos y evangélicos coinciden en este asunto: las posiciones xenófobas del partido ultraderechista Alternativa para Alemania (AfD) son incompatibles con la fe cristiana. Sin embargo, es difícil transmitir ese mensaje a sus fieles». Ver: La iglesia y la derecha populista. DW. Extraído de: <https://www.dw.com/es/la-iglesia-y-la-derecha-populista/av-43205998>
14. Martínez, J. (17 de junio de 2018). Steven Pinker: «Los populistas están en el lado oscuro de la historia». Extraído de: [https://elpais.com/elpais/2018/06/07/eps/1528366679\\_426068.html?id\\_externo\\_rsoc=TW\\_CC](https://elpais.com/elpais/2018/06/07/eps/1528366679_426068.html?id_externo_rsoc=TW_CC)

anti musulmanes, por ejemplo; pero llegan a tener un choque frontal en aspectos de los derechos de la diversidad sexual. Aún a pesar de ello, se clasifica dentro de los grupos de la derecha alternativa, a estos grupos, por su común denominador que es el odio y posicionamiento ideológico extremo.

Se ha determinado que en el núcleo de su pensamiento, se encuentra el nacionalismo, la creencia de la superioridad del hombre blanco por encima de otras razas y su posicionamiento en temas conservadores (derechos reproductivos de la mujer, derechos de la diversidad sexual, entre otros). Es por ello, que dentro de los grupos se encuentran neonazis, *skinheads* racistas, supremacistas blancos y grupos anti LGBTIQ.

En este contexto, considerando los discursos que dicho heterogéneo grupo utiliza para taladrar las dignidades de las personas, esparcir sus inflamatorios mensajes y cosechar odio en las mentes y corazones, considero que resulta apropiado dimensionar y comparar sus mensajes, a las actuaciones que ocurrieron en la Alemania Nazi. Dentro de lo que he encontrado lo siguiente:

## 1. IMAGEN MESIÁNICA

Son muchos los líderes modernos que se presentan a elecciones democráticas, disfrazados con el aire de un mesías, salvador de los problemas que aquejan a los pueblos y concededor de hasta materias que no conocen; tal y como Hitler se dibujaba frente a sus seguidores<sup>15</sup>.

## 2. RETÓRICA CONSERVADORA

Esto es uno de los factores, posiblemente más fácil de identificar, también Hitler era partidario de atacar a la «ideología de género», al punto que para el 10 de octubre de 1936 creó una Institución exclusiva para combatir la homosexualidad y el aborto denominada: *Reichszentrale zur Bekämpfung der Homosexualität und der Abtreibung*<sup>16</sup>.

Posiblemente, en algunos casos (como por ejemplo con grupos neonazis) coincidirán en la razón de ser de la persecución, la cual se originó por el hecho que Hitler consideraba como inaceptable la no reproducción de quienes tenían

15. La película propagandística nazi que muestra a Hitler como el mesías que devolverá la gloria a Alemania: Hitler: el triunfo de la voluntad (s/f). History Channel. Extraído de: <https://cr.tuhistory.com/videos/hitler-el-triunfo-de-la-voluntad>

16. Austin, B. (s/f) Homosexuals & the Holocaust: Background & Overview. Jewish Virtual Library. Extraído de: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/background-and-overview-of-homosexuals-in-the-holocaust>. También: Zentner, C. y Bedürftig, F. (1997). *The Encyclopedia of the Third Reich*. New York, NY: Da Capo Press. También: Lüdecke, K. (2011). *I Knew Hitler (Third Reich from Original Sources)*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)

los gestos arios, pues su objetivo final era la creación de una raza libre de enfermedades e imperfecciones físicas.

### 3. DISCRIMINACIÓN MATRIMONIAL

La discriminación matrimonial es uno de los actos más graves para robar la calidad humana de un colectivo. Los nazis sabían esto y por ello instauraron el 15 de setiembre de 1935, las infames leyes de Nuremberg, dentro de la cual se destaca la Ley para la protección de la sangre alemana y el honor alemán, la cual en su artículo primero establece: «*Art. 1 Quedan prohibidos los matrimonios entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín. Los matrimonios celebrados en estas condiciones son nulos aun si hubieren sido celebrados en el extranjero a fin de evitar ser alcanzados por la presente ley*<sup>17</sup>».

### 4. NACIONALISMO EXACERBADO, CREANDO «AMENAZAS» CONTRA LA SOBERANÍA

En la época del dictador Alemán, no existía una CorteIDH para reclamar su «injerencia a la soberanía», a diferencia de lo que hemos visto, en verdaderos actos de ignorancia por parte de políticos de diferentes jurisdicciones. No obstante ello, la técnica de apelar a una soberanía lesionada, es algo que ha sido utilizado desde tiempos memorables, a fin de apelar al siempre maleable espíritu nacionalista. Hitler lo utilizó en más de una ocasión, la primera de ellas: «*ya no tenemos un Reich alemán políticamente independiente. Somos una colonia del mundo exterior*<sup>18</sup>».

### 5. DISCURSIVA PELIGROSA DESHUMANIZANTE

«**¡Quien lucha contra los judíos lucha contra el diablo!**» señalaba una edición de *Der Stürmer*<sup>19</sup> la cual refleja el sentimiento imperioso antijudío, el cual era constantemente comparado con el diablo. Lo cual obedece a una técnica de las discursivas peligrosas para deshumanizar al grupo instrumental. Esta técnica, es más que sobrada la evidencia de ser utilizada por representantes del fundamentalismo religioso, que también entra dentro de la categoría de la derecha alternativa.

17. Una versión en español de las leyes de Nuremberg puede ser consultadas por medio de este enlace: <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/leyesnuremberg.pdf>

18. Hitler, A. (12 de abril de 1922). In Munich. Extraído de: <http://www.hitler.org/speeches/>

19. *Der Stürmer* (enero de 1940) Número 1, pág. 3 citada por Fernández Aguado, C. (2013). *La prensa antisemita en la Alemania Nazi*. (Tesis de Maestría) Universidad de Sevilla, P. 89. También ver: Hitler, A. (1924). *Mein Kampf: My Struggle*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) p. 49, 139, 235, 246.

Al igual y como indican los grupos conservadores, que los homosexuales representan un potencial riesgo de extinción para la humanidad, Hitler y sus secuaces, señalaban lo mismo acerca de los judíos, desde la infancia de sus ciudadanos, uno de los miles de ejemplos de ese tipo de mensajes, lo encontramos en este extracto de libros para niños: «*El demonio ha enviado a nuestro país a los médicos judíos para que, cómo diablos que son, violen a la mujer y su honor. El pueblo alemán desaparecerá si no encuentra el medio de dar a la salud un sentido alemán, encomendándosela a médicos alemanes*<sup>20</sup>».

Pero esos ejemplos no eran los únicos, así también era usual el uso de metáforas de la naturaleza o bien apelar a sensaciones/sentimientos de falta de higiene, impureza o envenenamiento de la sociedad por la interacción con el grupo instrumental. Estas posturas son usuales, cuando grupos anti-derechos humanos, hacen mención de enfermedades de transmisión sexual de una manera irresponsable.

## 6. FALSA ATRIBUCIÓN DE VÍNCULOS CON EL MARXISMO Y COMUNISMO

Si no eran los judíos, entonces eran las teorías conspirativas del marxismo/comunismo que querían destruir el ideal NAZI<sup>21</sup> de sociedades únicamente compuestas por «razas superiores». Desconozco si por falta de ingenio o bien por ser una falacia que ha probado resultados, grupos modernos continúan clamando a los fantasmas del marxismo/comunismo, esta vez por medio de planes secretos en los que «buscan subvertir la cultura» e instaurar «el marxismo cultural». Para ello, dicen sus fantasiosos promotores, utilizan a «tontos útiles» que han sido marginados y que son fáciles de manipular para luchar contra el Estado.

## 7. INTENCIÓN DE EXCLUSIÓN DEL ESTADO AL GRUPO INSTRUMENTAL

El 7 de abril de 1933, el Partido Nazi instauró La Ley para la Restauración del Servicio Civil Profesional la cual excluyó a los judíos del servicio gubernamental. No es de sorprenderse que grupos afines a ideologías que calzan dentro de la derecha alternativa, también hagan propuestas similares, aunque no tengan suficientes partidarios. Ejemplo de esto lo encontramos con la propuesta de Francisco Prendas, candidato a la vicepresidencia de Costa Rica

20. Según lo explica Zentner (1974) citado por Fernández Aguado, C. (2013). *La prensa antisemita en la Alemania Nazi*. (Tesis de Maestría) Universidad de Sevilla, P. 11.

21. Hitler, A. (1924). *Mein Kampf: My Struggle*. [Versión Kindle]. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com) p. 65, 320, 325, 382, 447

en el periodo electoral del año 2018, sobre no contratar a personas con una «moralidad diferente a la heterosexual».

No cabe duda de que existen similitudes alarmantes, que hace poner las barbas en remojo sobre tres aspectos: ¿Qué tan ilusos estamos siendo frente a estos discursos inflamantes y peligrosos? ¿es justificable que puedan ampararse de la libertad de expresión para degradar de esta manera? ¿Cuál es la mejor manera de afrontar el problema?

## II. FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO CON ASPIRACIÓN POLÍTICA

La religión ha sido aliada en muchas causas justas, cómo olvidar el rol predominante que jugó en la lucha de los derechos civiles que lideró el pastor Dr. Martin Luther King. La religión sigue siendo aliada en esta batalla de poderes, pues quien busca saciar las necesidades espirituales de una persona, quien tiene ese don, no necesita de las herramientas del desprecio al prójimo, para lograrlo. En esta sección, se advierte de uno de los fenómenos políticos que mayor peligro representa para la continuidad del goce y ejercicio de derechos humanos de grupos minoritarios, predominantemente que componen la diversidad sexual y mujeres.

Se trata, de esta manera, del señalamiento de las aspiraciones políticas por medio del uso de la fe, de algunos de los líderes del sector evangélico pentecostal, de la línea ideológica de la prosperidad<sup>22</sup> los cuales representan un riesgo para el Estado de Derecho<sup>23</sup>. Una de sus notas características, según apunta el Doctor Calderón, se trata del: «*el uso profesional del marketing (de la fe y la política) centrado en la idea de consumo religioso cercano al consumo show –al estilo Factor X–*»; así como la manipulación de las masas por medio de la metáfora de: «*la “idea del mal” como una lucha terrenal en contra de demonios: feminismos, derechos*

22. «*La ideología de la prosperidad es entonces una marca que distingue a los neo pentecostales y que a su vez los ubica como aliados del neoliberalismo. Sus feligreses son los más pobres de las sociedades latinoamericanas, los trabajadores precarizados, los más golpeados por la economía, a quienes el relato de una vida próspera les convence, aunque sólo lo logren los que llegan a ser pastores, o a fundar sus propios emprendimientos religiosos*». Calderón, J. y Zúñiga, T. (2018). *Évangélicos, pentecostales y neo pentecostales: de la fe a la política*. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/evangelicos-pentecostales-y-neopentecostales-de-la-fe-a-la-politica/>
23. Existen otros grupos religiosos que si bien tienen una ideología de odio (Westboro Baptist Church) no representan el riesgo que los fundamentalistas evangélicos de la prosperidad, por cuanto no tienen ni el poderío económico, ni humano que sí tienen los grupos de la prosperidad.

*sexuales y reproductivos, entre muchos otros temas de discusión no religiosa –como la lucha contra el demonio<sup>24</sup> político del “castrochavismo” –<sup>25</sup>».*

El contenido de su mensaje, engloba predominantemente<sup>26</sup> posturas ultra-conservadoras en relación con la familia y restricciones en las libertades de los demás<sup>27</sup>, englobando todas sus demandas en el término **ideología de género**<sup>28</sup>, lo cual ya se ha advertido que es una especie más de los muy variados ejemplos que pueden existir de discursivas peligrosas. Además, son grupos aliados con el neoliberalismo y la sociedad de consumo, dada la armonía que existe entre dicha visión y la ideología de la prosperidad del evangelio.

Otro punto a destacar, es que dentro de sus fieles se mueven grupos de las clases sociales más altas (y de las más bajas también), con un gran poder de levantamiento de capital<sup>29</sup>. Finalmente, es necesario destacar que son entidades que cuentan con sus propios mecanismos para efectuar la difusión de sus mensajes, ya que son propietarias de canales de televisión y redes sociales.

24. Orozco, R. (13 de octubre del 2008). El diablo me atrapó. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2008/10/13/sociedad/1223848802\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2008/10/13/sociedad/1223848802_850215.html)
25. Calderón, J. y Zúñiga, T. (13 de mayo del 2018). Evangélicos, pentecostales y neo pentecostales: de la fe a la política. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/evangelicos-pentecostales-y-neopentecostales-de-la-fe-a-la-politica/> y Calderón, J (4 de febrero del 2018). La re-espiritualización de la política. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/la-re-espiritualizacion-la-politica/>
26. Calderón, J. (8 de noviembre del 2017) Iglesias evangélicas y el poder conservador en Latinoamérica. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/iglesias-evangelicas-poder-conservador-latinoamerica/>
27. «Hoy la mayor parte de los grupos evangélicos defienden políticas neoliberales en lo económico y conservadoras en lo social, con posturas que criminalizan el aborto, contrarias al matrimonio entre personas del mismo sexo y a los avances en políticas de género». Lucía, I. (23 de Noviembre del 2017). La gran marcha de la Iglesia evangélica en América Latina. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2017/11/23/la-gran-marcha-de-la-iglesia-evangelica-en-america-latina/>
28. Alcántara, M. (4 de abril del 2018). La religión en la política. El País. Extraído de: [https://elpais.com/elpais/2018/04/03/opinion/1522768168\\_990629.html?rel=mas](https://elpais.com/elpais/2018/04/03/opinion/1522768168_990629.html?rel=mas)
29. El pastor Copeland, en el año 2003, reportaba a todos sus feligreses que la Iglesia su Iglesia ha recibido más de 1000 millones de dólares. Ver: Copeland, K. (s/f). I am a billionaire. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=XFV0d1a70jY> En esta misma línea, el televangelista (pastor evangélico que se auxilia de la televisión) solicitó ayuda a sus fieles para comprar un jet de 54 millones de dólares. Laborde, A. (31 de mayo del 2018). Un telepredicador pide 54 millones de dólares a sus fieles para un avión de lujo: «Dios quiere que lo tenga». El País. Extraído de: [https://elpais.com/internacional/2018/05/30/mundo\\_global/1527698869\\_139355.html](https://elpais.com/internacional/2018/05/30/mundo_global/1527698869_139355.html) Mientras que en América Latina, en el año 2014 Forbes reportaba la construcción de un templo en Brasil por 300 millones de dólares, ver: Anderson, A. (30 de julio del 2014). God Has A New Home: A \$300 Million Mega Temple In Sao Paulo. Forbes. Extraído de: <https://www.forbes.com/sites/andersonantunes/2014/07/30/god-has-a-new-home-a-300-million-mega-temple-in-sao-paulo/#36c5666a5a91>

El número de creyentes de las iglesias evangélicas de la prosperidad es demoledor: «19 mil iglesias neo pentecostales en el continente, que organizan a más de cien millones de creyentes<sup>30</sup>». Su crecimiento exponencial es explicado por Calderón en los siguientes términos: «... la necesidad de un acercamiento la derecha política (en especial de la conservadora) y las iglesias neo pentecostales que movilizaban, ya para entonces, amplios sectores despolitizados y socialmente marginados. Esta alianza logró imponer un sentido común en las clases populares de la defensa –a ultranza– de la familia, creando constructos y marcos como la ya mencionada “ideología de género” y campañas como “con mis hijos no te metas”. De esta forma, la derecha en su disputa logró culpabilizar a la izquierda o a perspectivas progresistas de todo aquello que pudieran «dañar» al núcleo central de la sociedad<sup>31</sup>».

El poderío no es solo los números de feligreses, sino también en lo económico pues además de estar estructuradas en redes internacionales, de estar exenta del pago de impuestos, también mueven miles de millones de dólares en Brasil, Costa Rica<sup>32</sup>, Colombia<sup>33</sup>, y Guatemala<sup>34</sup>. La historia no termina ahí, pues su capacidad de formar alianzas con otros grupos, sin intenciones políticas, pero que son conservadores. Ejemplo de esto lo hemos visto en las multitudinarias marchas «por la familia» y «contra la ideología de género» organizadas en Panamá, Costa Rica, México, Perú, Colombia; con lo cual demuestra el poderío detrás de una mayoría sesgada con prejuicios.

30. Calderón, J. (8 de noviembre del 2017) Iglesias evangélicas y el poder conservador en Latinoamérica. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/iglesias-evangelicas-poder-conservador-latinoamerica/>
31. Calderón, J. (4 de febrero del 2018). La re-espiritualización de la política. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/la-re-espiritualizacion-la-politica/> En relación a los cambios teológicos: Lucía, I. (23 de Noviembre del 2017). La gran marcha de la Iglesia evangélica en América Latina. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2017/11/23/la-gran-marcha-de-la-iglesia-evangelica-en-america-latina/>
32. En Costa Rica, la cantidad de las iglesias evangélicas han aumentado un 174% en los últimos 31 años, llegando a 3752 congregaciones en todo el país, ver: Avendaño, M. (17 de febrero del 2018). Movimiento evangélico en Costa Rica: del «servicio a Dios» a la conquista política. El Financiero. Extraído de: <https://www.elfinanciero.cr.com/economia-y-politica/movimiento-evangelico-en-costa-rica-del-servicio/5NROWY6WQVHHRIFU2JSSV2JHEE/story/>
33. En Colombia tienen reportados activos por 5 mil millones de dólares, mientras que en Brasil por 7 mil millones de dólares. En ambos lugares manejan franquicias, templos, escuelas, redes de apoyo, terapias, casas de préstamo, convirtiéndose en una iglesia, comunidad, así como una especie de un mini Estado. Calderón, J. (13 de febrero del 2018). Iglesias evangélicas y el poder conservador en Latinoamérica. Redes Cristianas. Extraído de: <http://www.redescristianas.net/iglesias-evangelicas-y-el-poder-conservador-en-latinoamerica/javier-calderon-castillo>
34. Guatemala tiene el mayor número de cristianos evangélicos per cápita de toda América Latina: 2.790 registradas: seis templos evangélicos por cada parroquia católica. Nolan, R. (13 de mayo del 2018). Cash Luna y su nave espacial en la colina. El Faro. Extraído de: <https://elfaro.net/es/201805/centroamerica/21861/Cash-Luna-y-su-nave-espacial-en-la-colina.htm>

Es decir, 100 millones de creyentes pueden estar expuestos a mensajes, que se califican como discursiva peligrosa, en perjuicio de los derechos de las personas LGBTIQ. Esto es el equivalente de jugar a tirar fósforos a un barril de gasolina. Un ejemplo de esta preocupante situación, lo encontramos en Brasil: «Brasil es el país que más preocupa: 387 brasileños LGTB fueron asesinados y 58 se suicidaron tan solo en 2017, una subida del 30% en un año. La causa no es otra que la emergencia de discursos ultraconservadores; la Iglesia evangélica y el político radical Jair Bolsonaro tienen mucho que ver en esta ecuación, pues crean impunidad y destruyen la solidaridad de la sociedad. En septiembre un juez legalizó las “terapias de conversión” de homosexuales<sup>35</sup>».

Además, las situaciones de riesgo también se evidencian en la política partidaria. Así vemos que es cada vez más común, que las iglesias evangélicas tomen un rol protagónico en eventos electorales: Morales en Guatemala, Alvarado en Costa Rica, Murillo en Nicaragua. De igual forma, el factor evangélico ha demostrado ser determinante en eventos críticos para un país: el acuerdo de Paz de Colombia que fue rechazado por la manipulación a la cual fue sometida la población conservadora; o el juicio político con el cual se destituyó a Dilma en Brasil<sup>36</sup>.

La religión no es el problema. Sino la manera en cómo algunas personas la utilizan para generar beneficio personal, en perjuicio del prójimo. En este sentido, no me resulta posible concluir que la religión es un generador de discriminación, ya que la historia da pie para ambas posiciones. En cualquier caso, los fundamentalistas religiosos, con sus posturas extremistas y sus ambiciones políticas, sí representan un riesgo para la democracia, el Estado de Derecho y el goce pacífico de los derechos. Ante esta realidad, es necesario permanecer alertas, denunciar los abusos de poder y recordar que aunque sean mayoría, en las democracias, las minorías se respetan.

### III. LA IZQUIERDA TOTALITARIA

Ahora bien, es importante aclarar que la izquierda totalitaria no es ninguna santa paloma y que, así como existen grupos extremistas de derecha,

35. Calderón, J. (4 de febrero del 2018). La re-espiritualización de la política. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/la-re-espiritualizacion-la-politica/>

36. Vargas Llosa, A (24 de febrero del 2018). Los evangélicos y las urnas. La Tercera. Extraído de: <http://www.latercera.com/reportajes/noticia/columna-alvaro-vargas-llosa-los-evangelicos-las-urnas/77854/> Calderón, J. (8 de Noviembre del 2017). Iglesias evangélicas y el poder conservador en Latinoamérica. CELAG Extraído de: <http://www.celag.org/iglesias-evangelicas-poder-conservador-latinoamerica/>

Calderon, J. y Zúñiga, T. (13 de mayo del 2018). Evangélicos, pentecostales y neopentecostales: de la fe a la política, CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/evangelicos-pentecostales-y-neopentecostales-de-la-fe-a-la-politica/>

también los hay en la izquierda. La izquierda totalitaria, al igual que la extrema derecha, desconoce las garantías del Estado de derecho y restringe las libertades fundamentales para el buen funcionamiento de las democracias, imponiendo extremos en los lenguajes, adueñándose de todas las causas sociales y recurriendo a constantes luchas ideológicas alrededor de la generación de riqueza en la sociedad, polarizando el Estado de derecho.

La principal diferencia que encuentro entre los grupos de la derecha alternativa, en los que tienen una ideología de odio, es que los grupos de extrema izquierda tienen una furia interna, producto de resentimiento social exacerbado, buscando un fin más que de exterminio uno de rebelión y generación de caos para saciar el dolor, producto de la opresión que han sido sometidas estas personas por años. No obstante ello, existen grupos de extrema izquierda –como todos los extremos se terminan tocando– que buscan “la muerte al macho” o la “destrucción de la Iglesia Católica”, las cuales son posturas que deben moderarse, esto con el fin que puedan encajar dentro del ideal de un Estado de Derecho, donde todas las personas puedan co-existir.

La hegemonía de la izquierda política latinoamericana está en decadencia por incontables problemas relacionados con escándalos de corrupción en Brasil, Argentina, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Bolivia Cuba, y por supuesto Venezuela. Es impresionante conocer la triste realidad, por ejemplo, que Noruega se encuentra dentro de los países más ricos del mundo a raíz de su producción petrolera, cuando Venezuela tiene reservas del oro negro mucho mayores que el país escandinavo. Es inaceptable que una bola de gobiernos populistas, expertos en el arte de la mentira, el engaño y la represión estilo cubano, sigan enraizados en el poder y sin ningún afán de soltar el mando.

Basta con ver la actitud sanguinaria del régimen dictatorial de Daniel Ortega y Rosario Murillo, quienes, a pesar de soportar más de tres meses de turbas diarias, se rehúsan a dejar el poder. Aferrándose de todos los asesinatos que han cometido. Por supuesto que Nicaragua, no es la única muestra del desastre que la izquierda populista puede significar. demás que existen regímenes totalitarios, opresivos y violatorios de derechos humanos que sin lugar a dudas se trata de un problema sumamente serio que tratar.

El terrorismo de Estado actual, o en potencia como es el caso de los grupos con aspiraciones políticas que no han probado aún las mieles del poder, debe condenarse venga de donde venga. El problema surge de las posiciones extremas en que un grupo busca imponerse sobre el otro, no de una manera sana, sino de una forma en la que pretende aplastarlo, aniquilando la humanidad del otro. Todas esas visiones son contrarias a la lógica de cómo fue configurado el Estado de Derecho, ya que la idea detrás de ello es que se trate de un derecho de todas las personas de co-existir, y la coexistencia de una pluralidad de individuos, requiere necesariamente, la colaboración de todos, cediendo un poco y estableciendo mínimos que no son negociables, pero que son punto de partida

de todas las personas; pues al final del día, todas las personas somos iguales en dignidad.

En palabras del eterno idealista del Reino de Suecia, Olof Palme: «*Para nosotros, la democracia es una cuestión de dignidad humana. Esto incluye las libertades políticas, el derecho a expresar libremente nuestros puntos de vista, el derecho a criticar e influir en la opinión. Abarca el derecho a la salud y el trabajo, a la educación y la seguridad social*».

No se trata de izquierdas o derechas, sino de humanos.

## Capítulo XII

# ¿Cómo hacerse activista?

SUMARIO: I. ENCONTRANDO SU «CAUSA». II. BIG PICTURE THINKING. III. «LA ESCALERA DE CLARIDAD» DE EVAN WOLFSON. IV. PERSPECTIVA FINANCIERA. V. PERSPECTIVA LEGAL. VI. PERSPECTIVA POLÍTICA. VII. PERSPECTIVA SOCIAL Y EMOCIONAL.

Todo mundo tiene en sus manos el poder de cambiar su realidad. No hace falta un título especial, ni tampoco un ungüento mágico para empezar a cambiar el mundo, mucho menos esperar a que llegue mañana para comenzar. Todo lo que se necesita es voluntad y firme convicción de efectuar lo que está por hacer. Para hacerse activista no se requiere ser abogado, únicamente se requiere tener una causa a la cual defender. Tampoco se requieren más recursos que la energía inicial de efectuar un acto significativo, lo cual varía por cada persona (y son igualmente importantes): para alguien puede ser organizar una marcha, para otra interponer una demanda, mientras que para alguien más puede tratarse de dejar un comentario en Facebook.

En todo caso, si creen que pueden lograr algo, lo lograrán. Si creen que no pueden hacerlo, también será así. Todo depende de lo que creas, por eso el primer paso, siempre será creer. Tienes que creer, pues como dijo Obama: «*No te vuelvas cínico, nunca pienses que no puedes marcar la diferencia, pelear por lo que es correcto, vale la pena*<sup>1</sup>». Una vez ya tienes la convicción que puedes hacer la diferencia, estás listo para planificar y evitarte los problemas que yo me encontré en el camino, por mi inexperiencia y desconocimiento en la materia.

Para ello, les presento estos aspectos prácticos que aprendí en mi recorrido y que me hubiera gustado conocer antes de comenzar.

---

1. Obama, B. (9 de noviembre del 2017). White House post presidential elections press conference. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=oTYtzuFwQ3c>

## I. ENCONTRANDO SU «CAUSA»

Todos los aportes deben ser vistos en comparación a uno mismo, ningún activismo es más importante que otro; ni tampoco una causa puede ser interpretada que es más valiosa que otra, tal y como explica Daniel Ortuño: «... Si su causa es reinstaurar una Venezuela democrática, informar a la humanidad la verdad, seguir la vida de un músico talentoso, sorprendernos a todos con diseños, liderar la Organización Mundial de la Salud, aprender más en la Real Academia Española, ayudar a los refugiados en Costa Rica, entre otros, persistirás, porque viviremos para ver sus efectos en nuestro mundo. Prometo estar contigo en la búsqueda de la felicidad, el progreso y el mejoramiento de la humanidad. Prometo que caminaré contigo hacia la sostenibilidad, la inclusión y el amor. Prometo que los serviré a todos en el espíritu de fraternidad. Todo lo que pido, es que te acompañes. Todo lo que pido es que camines conmigo. Me declaro, un defensor de la justicia y los derechos humanos. La pregunta es, ¿cómo lo harás?<sup>2</sup>».

Es decir, que lo importante es tener claro que para usted, determinada causa sea importante, y que en este capítulo posiblemente encontrará algunos aspectos prácticos aplicables a cualquier causa que requiera de activismo, en esencia todo activismo es una lucha social.

Para mí, la causa que siempre me ha impactado o importado, es el hecho que las parejas del mismo sexo tengan el mismo trato igualitario que las parejas heterosexuales. Si alguien me hubiera contado todo lo que implicaría el activismo, tal vez me lo hubiera pensado dos veces, antes de presentar el 11 de noviembre del 2016 la demanda que me cambió la vida. Siendo víctima del sesgo en retrospectiva, noto que fueron 3 aspectos fundamentales los que me movieron para que presentara esa demanda, de los cuales vale la pena mencionar el principal: combatir esa sensación de injusticia que se siente cuando se escuchan a grupos conservadores que hablan como si fueran los dueños de la verdad absoluta, cuando se llenan sus bocas de mentiras y se dan falsos aires de superioridad moral. Sin duda alguna, interponer la demanda tal y como lo

2. Faltando dos semanas para entregar este libro, con la decisión de matrimonio civil igualitario en Costa Rica a la vuelta de la esquina (2 semanas posterior a la fecha de entrega) sentimos con Railen Hernández, el director de la práctica de derechos humanos de Hduarte Legal, la necesidad de conseguir apoyos extras para todo el trabajo de los detalles que hacen una obra ordinaria, en extra ordinaria, una vez dejamos esa intención en el aire, recibí la aplicación de un recién graduado del bachillerato internacional. No era cualquier aplicación, tenían 5-7 Model UN de experiencia, notas 4.0/4.0, redacción impecable (en inglés mandó la aplicación) y una claridad que no la tienen muchos licenciados que aplican de manera semanal a mi oficina (el objetivo está transformar el número de aplicaciones de trabajo a u número de aplicaciones de clientes), inmediatamente pusimos su nombre en google y encontramos su discurso, su maravilloso discurso de graduación, en donde tocó las fibras emocionales de Railen (por «liberar a Venezuela») y las mías (por «informar la humanidad de la verdad»). En ese momento sabíamos que Daniel Ortuño era la persona indicada para este trabajo.

## CAPÍTULO XII. ¿CÓMO HACERSE ACTIVISTA?

hice, fue un error, por el hecho que no tenía completo el panorama del mundo en donde me tocaría moverme, ni las implicaciones que ello tendría en las diferentes áreas de mi vida.

Pero de nuevo, si no hubiera cometido ese error, nada de lo que se ha trabajado habría ocurrido (incluyendo este libro). Los errores son oportunidades para aprender y crecer. Los que yo cometí, los acepto con humildad y mi objetivo de compartir estas vivencias es para prevenir que otros tropiecen en la misma piedra. Por cuanto si bien es cierto que en este momento escribo estas letras con calma, orgullo y gratitud; no siempre fue así. Entre el período del 11 de noviembre del 2016 a la fecha del 30 de julio del 2018, experimenté muchos días que fueron todo menos eso, pues se vive en una constante montaña rusa de emociones.

La demanda por la igualdad, como bauticé la primera acción de matrimonio civil igualitario en El Salvador, dio inicio al movimiento del cual he formado parte para reivindicar los derechos de las minorías LGBTIQ. En la realización de las acciones han participado cientos de personas, con la misma convicción, logrando generar un impacto significativo en diferentes partes del mundo:



Infografía 1. Acciones Fundación Igualitix y Hduarte Legal 2016-2018

Esas acciones han sido forjadas en medio de un intenso calor mediático, presiones sociales de ámbitos tan variados que abarcan desde familiares, amistades y clientes; en realidad al momento de iniciar una acción de ese tipo, existe una idea de que la presión detrás de las personas que lideran esas acciones es grande, pero esa descripción se queda corta para detallar la sensación que existe. Parafraseando a Ramón Candel, al igual y como ocurre con los mejores aceros que se funden a las temperaturas más altas, el carácter recibe el mismo impacto y se transforma en algo diferente.

La medición de los riesgos detrás de una decisión inicial como la del 11 de noviembre nunca será demasiado precisa para identificar todos los potenciales problemas, por lo que queda, es trabajar desde la más profunda convicción que lo que se está haciendo es algo en que se cree y aferrarse a esa creencia para dar el salto de valor.

De todo ese fuego, he aprendido muchas cosas que son los aspectos que comparto en forma de consejos para futuros y actuales defensores de derechos humanos, a fin de que la experiencia adquirida por este servidor, pueda ser de utilidad. No me quejo, pero mi vida es diferente a lo que era. También lamento haber perdido algunas amistades, incluyendo relaciones con parientes, algunos enemigos por ser quien uno es, por representar la causa que representa y otros por sentir envidia o sensaciones similares. Lo cierto es que la única manera para no enfrentar estas situaciones, es haciendo nada.

Por lo que es necesario prepararse y entender que existirán personas con otras perspectivas, con otras causas y con otras visiones. Pero, así como ellos tienen derecho a esas convicciones, usted también tiene el derecho a tener las suyas, a continuar firme y a mantenerse enraizado a lo que lo hace vibrar, a lo que le permite levantarse cada mañana. No olviden que en este mundo hay muchas personas que: *«aman a la humanidad en abstracto, pero que joden a la sociedad en concreto»*.

El activismo se intensifica por momentos, no pregunta si estas triste, ocupado, fuera del país, o con ganas de trabajar. No pregunta nada, solamente demanda. Simplemente ocurren hechos que requieren atención inmediata. Más que salir delante de la «competencia», se trata de encontrar aliados con los cuales puedes cargar el peso que implica llevar la causa. Mi experiencia me indica que lo más difícil es el comienzo, pues es ahí donde recibes más piedras, para asustarte, hacerte caer o una combinación de ambas. Lo importante es continuar, dejar a un lado las burlas, ataques cibernéticos (siempre *double step verification* en las cuentas de correo/redes sociales) y seguir en la lucha de forma constante.

Habrán personas que no te comprenderán, que querrán cambiar tus ideas o que te querrán imponer una nueva ruta, haciéndote sentir mal por seguir tu causa. Nadie tiene derecho a hacer eso con lo que mueve tu pasión y fuego interno. Es importante aceptar que todo el mundo tiene derecho a pensar y a

sentir lo que quiera, una causa no es más importante que la otra. Lo mejor de las causas sociales, es que cada uno puede aportar desde su trinchera. Lo que cada uno aporte, estará bien y nadie tiene derecho a juzgar a los demás sobre lo «mucho» o lo «poco» que puede dar.

En esta diversidad de perspectivas, también encontramos diferentes tipos de activismo. Hay quienes buscan involucrar a personas por medio de la culpa, haciendo sentir mal a los demás, cuestionando a otros sobre «sus privilegios» y criticando la apatía de alguien al actuar. También existen otros, que más que cuestionar, están emocionados por aportar, por aprender, por contribuir y llevan una genuina visión para cambiar el mundo ¿cuál método es mejor que otro? No podría decirlo, pero para sacar lo mejor de los demás, solamente se puede lograr inspirando, motivando y llegando al corazón.

Lo perfecto es enemigo de lo bueno, no es posible medir milimétricamente todas las posibilidades que pueden ocurrir ante la presentación de una demanda de lo que se considera un litigio de alto impacto, es decir, siempre habrá alguien ofendido, alguien que se sentirá excluido y a la vez, también habrá otros que se sientan inspirados y algunos que simplemente les tenga sin cuidado. Es importante tener en cuenta esto y que no les afecte (suena más fácil decirlo que hacerlo) pero que tengan claro cuál es su objetivo y tengan definida una «escalera de claridad<sup>3</sup>» con los objetivos, estrategias, vehículos para ejecutarlas y demás mecanismos que le permitan llegar al objetivo.

## II. BIG PICTURE THINKING

El primer paso antes de salir a navegar en una causa, es tratar de abstraerse a fin de analizar la causa o problemática y lograr una imagen en perspectiva del problema que se pretende enfrentar. La idea de ello es conseguir un mapa general del problema, identificando actores relevantes a favor, en contra, neutrales. Así como otros elementos importantes como estado actual de la situación, recursos disponibles (actuales y potenciales), entre otros.

Parte de este trabajo requiere una debida diligencia antes de tomar acciones, la cual puede incluir entrevistas con personas con mayor experiencia, identificación de libros/revistas con información de la materia y cualquier otra fuente

3. Este es un concepto ideado por Evan Wolfson, el fundador de Freedom to Marry que logró posicionar el tema de matrimonio igualitario en la opinión pública lo cual llevó al histórico caso en el que se legalizó el matrimonio de las personas del mismo sexo a nivel federal. El caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Obergefell vs Hodges* de la CSJ de los Estados Unidos de América, está Extraído de inglés: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf) SCOTUS, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_ (2015).

de información que permita crear las condiciones para brindar un consentimiento informado de tratarse de una causa que en efecto, entiende y busca perseguir.

No se trata de identificar, de forma milimétrica todas y cada uno de los puntos críticos de la causa, pero sí por lo menos garantizar que se ha efectuado una diligencia estándar previo a ingresar a la causa. Este trabajo de unas cuantas semanas, puede ahorrar presiones de años. Vale la pena en el largo plazo efectuarlo.

### III. «LA ESCALERA DE CLARIDAD» DE EVAN WOLFSON

Este es un ejercicio que da claridad de cuáles son los pasos a seguir para lograr el objetivo, pues lo que básicamente se hace es establecer un objetivo claro que será el norte a seguir para el resto del proceso.

Cada persona tiene derecho a tener el objetivo que quiera, y con base a esa definición se debe ir construyendo el resto de las acciones de la *estrategia de claridad*<sup>4</sup>; así definido el objetivo, se pueden definir las estrategias para alcanzar tal objetivo; posteriormente se podrá definir los vehículos para llegar a ese punto y establecer las acciones concretas que correspondan. De esta manera se filtran acciones que no tienen ninguna relación con el objetivo y se evita el desperdicio de recursos. Ejemplo:

1. Objetivo: Instituciones civiles que ofrece el Estado que sean disponibles para todas las personas.
2. Estrategia: pueden ser varias estrategias para llegar al objetivo.
  - a) Opinión Pública. Construir una opinión pública favorable.
  - b) Acciones legales. Interponer acciones constitucionales para lograrlo.
  - c) Consolidar liderazgo entre diferentes activistas.
3. Vehículos. Cómo pongo en marcha las estrategias.
  - a) Opinión Pública. Son varios vehículos que pueden utilizarse: Prensa, Noticieros, Redes Sociales, columnistas, generadores de opinión, influencers, acciones públicas, manifestaciones, debates, foros de universidad.
4. Wolfson, E. (2015). Freedom to Marry's Ladder of Clarity: Lessons from a Winning Campaign (That Is Not Yet Won). *Columbia Journal of Gender and Law*. 29(1). Extraído de: <https://cjgl.cdrrs.columbia.edu/article/freedom-to-marrys-ladder-of-clarity-lessons-from-a-winning-campaign-that-is-not-yet-won/>

- b) Acciones legales. Acciones de amparo, de inconstitucionalidad.
  - c) Consolidar liderazgo entre diferentes activistas. Contactar organizaciones clave y entender sus necesidades y analizar si es posible apoyarlas.
4. Acciones.
- a) Opinión pública. Una acción concreta sería publicar una columna de opinión sobre el tema.
  - b) Acción Legal. Presentar la demanda.
  - c) Consolidar liderazgo. Cubrir la necesidad.

Todos los niveles deberán contribuir en alcanzar el objetivo para que puedan implementarse, de lo contrario se trata de un desperdicio de recursos. Asimismo, hay muchas personas que probablemente no estarán de acuerdo con lo planteado, pero es necesario aceptar la realidad que en una democracia es normal que exista la diversidad de pensamiento, lo importante es continuar adelante, a pesar de que existan detractores dentro de las mismas *frontlines*, el primero en estar convencido del objetivo buscado debe ser usted mismo. Esto es esencial, porque con el paso de tiempo entenderá que todos tendrán derecho a renunciar, salvo la persona que dé inicio a estas acciones, lo cual conllevará costos –económicos, sociales, familiares– que deben estar preparados para asumir.

#### IV. PERSPECTIVA FINANCIERA

Un aspecto importante y crítico a considerar son los aspectos financieros, algunos dirán que sin fondos no se puede trabajar un proyecto, pero muchos se sorprenderían de que realmente solamente se necesita: seguridad en aspectos de vida y vivienda, internet y una computadora para generar el impacto. Lo demás viene determinado por la capacidad de crear alianzas, por ejemplo, con Embajadas de primer mundo que pueden financiar los costos de organizar unas conferencias; o bien, con Universidades que le permitirá tener un auditorio de manera gratuita. Siempre organicé conferencias gratuitas, por lo que recomiendo el uso de *eventbrite* para su manejo.

#### V. PERSPECTIVA LEGAL

Otra vertiente importante que considerar es la legal, es decir todo lo que es referente al fondo del tema. Es importante también tomar en cuenta que para

ganar un caso: hay que tener la razón, saber pedir las cosas y que te quieran dar la razón. Por ello es esencial tener absoluta claridad en lo siguiente:

- MARCO JURÍDICO LOCAL. Teniendo claro lo local, en particular la jurisprudencia de su respectiva de la Sala Constitucional o su equivalente, se podrán hacer referencias a lo internacional con mayor facilidad. Esto será necesario para obtener el respeto de los jueces, es importante recordar que un caso local lleno de jurisprudencia internacional puede ser impresionante para una conferencia, pero no necesariamente para los magistrados locales que resolverán su reclamo. Otro aspecto importante es el conocimiento de las discusiones de la asamblea constituyente, por si existen algunas posturas a rescatar del poder constituyente
- MULTIDISCIPLINARIO. Un enfoque multidisciplinario es siempre más fuerte que uno meramente legalista. El apoyo en historiadores, economistas, criminólogos, filósofos resulta más rico y dinámico.
  - PSYCHOLAWGY<sup>5</sup>. Dentro de lo multidisciplinario, la aplicación de la psicología al derecho, sobre todo en un caso que tiene tantos sesgos y prejuicios en la sociedad. En el caso particular, neutralicé toda expresión tendenciosa como *matrimonio gay*, *matrimonio entre personas del mismo sexo*, *matrimonio homosexual* y similares para hablar realmente de lo que se trata: «**Acceso igualitario a las instituciones centrales que ofrece el Estado para regular las relaciones de pareja**». También en una sección destinada a cada uno de los argumentos en contra al acceso a la institución matrimonial, con una frase de líderes históricos de movimientos de derechos civiles para hacerle frente al prejuicio, activando sesgos de autoridad.
  - HISTORIA: Es cierta aquella frase que la historia tiende a repetirse, por cuanto el mundo está lleno de patrones recurrentes<sup>6</sup>, por lo que una revisión a la historia, por tediosa que pueda ser, puede

5. Hago referencia a la institución Psycholawgy fundada por José María de la Jara, Mario Drago y Carlos Rojas K. El 31 de julio del 2015 organizamos gracias al apoyo institucional de ICC Costa Rica y del Young Arbitrator Forum –YAF– el primer congreso de análisis psicológico del arbitraje de la región centroamericana. Los invitados fueron: José María de la Jara, Mario Drago y Francisco Ferrer.

6. «El Postulado De Los Patrones Recurrentes, *es aquella forma en que la vida se manifiesta en nuestra existencia para hacernos ver el verdadero norte que debemos apuntar. Cuantas veces les ha pasado que han notado que una situación se repite una y otra vez (con diferentes matices o variantes, pero en esencia es la misma) hasta que se reconoce el patrón circunstancial y personal (comportamientos y actitudes).*» Duarte, H. (2017). Despejando variables, encontrando sentido. El País Que Viene: Jóvenes en el exterior. Extraído de: <https://hduartelegal.com/blog/2017/4/4/despejando-variables-encontrando-sentido-in-el-pas-que-viene-feb-2017-ii-edition>

ser de gran utilidad para contextualizar a la lucha, entender el estado en el que se encuentra el movimiento LGBTI y así poder tomar decisiones que mejor se adapten a ese conocimiento.

- ¿PEDIR PERDÓN O PERMISO? Esto es algo que deben considerar con mucho cuidado ya que hay muchos actores interesados en el tema: desde líderes históricos del movimiento LGBTI que llevan años en la batalla como activistas, personas que viven de fondos recibidos por litigio estratégico que pueden ver sus planes afectados, así como actores que han venido llevando el relevo generacional de forma paulatina. Ingresar a un sistema sin haber interactuado previamente puede generar problemas. En mi caso, yo cometí el error de no crear los consensos previo a una acción, lo cual de haberlo hecho me pude haber ahorrado muchos problemas que se simplifican con una buena planificación. Es muy importante tener acercamientos con diferentes movimientos para lograr alianzas. Ahora bien, los acercamientos son importantes, pero tampoco deben esperar que todas las personas estarán a favor de sus acciones o su agenda, por lo que basta con esperar un plazo prudencial, previo a tomar una acción. Si debo señalar que, en el 2012, traté de organizar un equipo para empezar con algo similar a lo que hoy tengo entre manos, sin embargo, no fue posible si quiera montar la infraestructura inicial. Desde mi experiencia, la mejor decisión fue presentar las acciones, continuar trabajando, viendo hacia adelante, ofreciendo ayuda a quien lo necesitara y dejar que las acciones de mi actuar hablen por mí.
  - Un ejemplo de eventos críticos me ocurrió a mediados de noviembre tras una entrevista en DOSE<sup>7</sup>. La columna origina se llamaba «**How one man is challenging El Salvador Same Sex Marriage Ban**». No le prestamos atención al problema que eso sería, no con las mayorías, sino dentro de las mismas minorías. El título fue cambiado con una serie de disculpas –más que justificadas y además necesarias– a «This New LawsUIT Ignites Central America's Fight For Equal Marriage». El problema con el primer título es que de alguna manera no se reconocía que mi trabajo era posible gracias al esfuerzo de activistas desde los años 90s donde se conformaron las primeras organizaciones de defensa de derechos a las minorías LGBTI.
- EQUIPO. Este es un tema bastante complicado, sobre todo cuando no existe una equivalencia en los valores entre las personas. Otro factor importante es tener cuidado con los *free riders* y personas que no

7. La entrevista se encuentra en este link: How One Man is Challenging El Salvador Same Sex Marriage Ban. (s.f.). Extraído de: <https://dose.com/articles/this-new-lawsuit-ignites-central-americas-fight-for-marriage-equality/>

lleguen a contribuir a lograr el objetivo, sino que llegan a implantar o querer cambiarlo. Ante ello, es mejor seguir adelante sin ellos. Esto no es una batalla de lobos solitarios ni de ególatras necesitados de atención, se debe tomar en cuenta que siempre será la idea el involucrar a la mayor cantidad de personas posibles; pero que ese fin, no justifica que personas abusivas puedan tomar el control de tu organización.

- **ESTRUCTURA JURÍDICA.** En mi caso, la estructura jurídica la decidí implementar casi un año después de fundado el movimiento Igualitos, con varios fines, para adquirir una mayor madurez al momento de tener acercamientos para potenciales donadores, así como también para purgar a aquellos que buscan ser parte, pero únicamente para buscar beneficios económicos sin justificación o méritos para ello.

## VI. PERSPECTIVA POLÍTICA

El campo político es uno de los más importantes, por lo que es importante tener claro al menos estos aspectos:

- **IDENTIFICACIÓN DE ACTORES POLÍTICOS.** a fin de llegar a lograr alianzas con los que sea necesarios trabajarlas a fin de posicionar los temas en la agenda pública, por cuanto al ser luchas sociales, se requieren que actores sociales participen de estos procesos<sup>8</sup>.
- **OPINIÓN PÚBLICA:** Es innegable que, dentro de los ingredientes necesarios para ganar la batalla de este tipo de litigio, la opinión pública es fundamental, conseguirse un agente de relaciones públicas para que redacte los comunicados de prensa, haga llegar la noticia a diferentes medios y consiga espacios para discutir, es crucial para ello (en mi caso, se ofrecieron algunas personas para ello, pero quedaron en buenas intenciones, sin concretar nada real al respecto). Otro factor de la opinión pública, es el de conquistar a la audiencia por medio de razonamientos lógicos, coherentes y simpáticos. Un ejemplo de ello, es la postura que ha mostrado el doctor John Corvino, quien ha publicado libros con la casa editorial de Oxford University Press y ha participado en una considerable cantidad de entrevistas, debates y foros con relación a la posibilidad que exista el matrimonio igualitario. Sus argumentos nunca llevan insultos, ni enojos y lejos de alejarse de sus férreos opositores, busca construir puentes para ello.

8. Recomiendo el libro: Ferman, F. (2017). Notas breves sobre Las Claves del Poder: En el ejercicio del poder siempre hay una cara de la realidad que está prohibido que veas. San Salvador, El Salvador: Dictus.

- **GENERADORES DE OPINIÓN:** Mantenerlos al tanto de lo que ocurre, para darles ideas de qué pueden escribir; idealmente está el invitarlos a que lleven el tema al foco público para discusión.
- **PRENSA.** Es crucial saber distinguir entre aliados, neutrales y no aliados. En particular con los neutrales y no aliados es mejor hacer entrevistas por escrito para evitar malas interpretaciones o mensajes fuera de contexto, como usualmente puede ocurrir. Una manera de asegurarse de siempre llevar la entrevista adonde ustedes quieren es apoyarse de mensajes claves y mantenerse en esta línea, para evitar ser llevado a terrenos frágiles. Ser claros con los mensajes y ser asesorados. Otro aspecto que en lo personal considero admirable, es que ante este tipo de acciones no se puede ir por la puerta trasera, se tiene que ir por la delantera, pues va de la mano con la lógica de las acciones que buscan lograr: acceso igualitario a la institución civil del matrimonio, no puede pedirse en secreto, de forma escondida. Se debe hacer siempre de frente y dando oportunidad a que todas las personas interesadas se puedan pronunciar.
- **USO DE LAS OLAS SOCIALES:** Sir Richard Branson es un reconocido empresario y filántropo conocido por su extravagancia y compromiso por mejorar el mundo. En su libro «Like A Virgin: Secrets they won't teach you at business schools» habla del uso de los acontecimientos relevantes de cada país para aprovechar un *boost* en la publicidad, así vemos un ejemplo claro en el mundo de aerolíneas. Un ejemplo del uso de olas es lo que ocurrió el 12 de abril, existe una conmoción por el pasajero de United Airlines que fue vapuleado por el personal de United Airlines, a lo que sus competidores han sacado anuncios sumamente ingeniosos para aprovechar y surfear esta ola de indignación. El ejemplo de Southwest Airlines es muestra de ello: «We beat our competitors, not our costumers».
- **FLEXIBILIDAD.** Si bien es cierto que el objetivo es claro, debe haber un margen para negociar algunas cosas y lograr una apertura de mesas de negociación.

## VII. PERSPECTIVA SOCIAL Y EMOCIONAL

Este es un tipo de conflicto particular porque despierta pasiones humanas que no son encendidas por otro tipo de litigios comerciales, ni por mucho que involucre al país entero como sucede con un arbitraje de inversión. La presión y acoso que se llega a sentir escala a niveles que a veces son incontrolables, por lo que es importante tener líneas de confianza

y soporte emocional sumamente definidas: Familia, Pareja, Amistades y Trabajo.

- 4 CUERPOS: físico, emocional, mental y espiritual. Cada uno de estos tiene sus propias reglas, así sabemos las reglas generales del mundo físico: leyes de la gravedad, por ejemplo operan perfectamente. Estos 4 cuerpos, vienen en pareja, así el físico y el emocional son una pareja; mientras que el mental y el espiritual es otra. Guardan una correlación de uno con el otro, así la mente viene a ser el cuerpo del espíritu que funge como el mundo emocional de la mente. El mundo de lo físico, implica involucrar el ámbito racional, en donde tenemos limitada nuestra capacidad de recordar en contraste con nuestro amplio depósito emocional donde recordamos prácticamente todo. Algunos autores como Klaric, explican que es una proporción de 1-1000 en cuanto a la capacidad de almacenaje, algo como 1 *giga* en contra de un Tera de proporción. Por eso es que nos recordamos de la fragancia de nuestros abuelos, o bien cómo hay ciertas comidas que nos transportan a nuestra infancia o como un simple sonido nos puede transportar a otro territorio desconocido. Ese es el mundo emocional. Lo interesante del mundo emocional es que es como la canción de Shakira, y no sabe distinguir qué una situación es diferente a otra, pues solamente siente, percibe y experimenta. El mundo emocional lo trabajo con la biodecodificación emocional. El mundo mental y espiritual, sigue otras reglas diferentes pues entramos en el ámbito superior del ser humano y las reglas del mundo físico ya no operan en este terreno. Para entender las normas del mundo mental, recomiendo escuchar a Juan Acosta; mientras que las reglas del mundo espiritual, no me alcanza este libro para escribirlas, pero existe.
- BIODECODIFICACIÓN EMOCIONAL. El cuerpo grita lo que uno calla. Las enfermedades se manifiestan por tratarse de emociones que ignoramos, que dejamos a un lado y que se van sumando a nuestro bagaje de la vida, al punto que uno vive con ellas sin realmente darse cuenta al respecto lo que está viviendo. La biodecodificación emocional, es una de esas herramientas que todo mundo puede aprender y que todo mundo puede utilizar. Requiere nada más apagar la mente y escuchar el cuerpo, entender todas las sensaciones porque ahí donde está el dolor, el sentimiento de aflicción, el flechazo, el susto, esa parte donde se siente lo es precisamente el punto donde se debe trabajar.

En palabras de una de las mejores expertas en esta técnica, Marisol Fernández de Costa Rica<sup>9</sup>: «*La Descodificación Biológica Original es un método que*

9. Recomiendo a Marisol Fernández para este tipo de terapias, quien puede ser contactada por email [Mar.sol.fdez@gmail.com](mailto:Mar.sol.fdez@gmail.com) y en su sitio web: Biodecodificación emocional en Costa Rica. (s.f.) Extraído de: <https://decodificacionbiologicaencostarica.wordpress.com/>

permite identificar las posibles causas del conflicto físico (como por ejemplo síntomas y enfermedades) o emocional (comportamental o existencial). Este método complementa el criterio médico sin pretender reemplazarlo ni contradecirlo. La Descodificación Biológica Original adopta un conjunto de técnicas entre las cuáles, toma como referencia la teoría del Dr. Hamer conocida como “La Nueva Medicina Germánica”, explica que la biología reacciona modificando las estructuras y tejidos cuando los seres humanos experimentamos un instante (shock biológico): dramático, sorpresivo, inesperado, vivido en aislamiento y sin solución. Dicho de otra manera, la biología guarda una estrecha relación entre: a) la función o razón de ser del órgano, estructura o tejido en el cuerpo y b) una vivencia o shock biológico ante un evento, resultando en alteraciones muy precisas.

Además de la Nueva Medicina Germánica, se utilizan otras técnicas de apoyo con el objetivo de que el consultante libere las cargas conflictuales asociadas a ese shock biológico. Esta liberación implica que la biología recupera por sí misma su equilibrio y función naturalmente. ¿Por qué hay sanación? Hay sanación porque el cuerpo se sana solo una vez corregido el conflicto biológico o shock. Según Hipócrates, el fundador de la medicina 400 años antes de Cristo, el cuerpo contiene de forma natural el poder intrínseco de sanarse (“physis”) y cuidarse. Usted puede constatar que eso es cierto, cada vez que de niño por ejemplo, se cayó, se rompió, sangró y aún sin tratamiento el cuerpo expulsó lo que tenía que expulsar, se limpió antes de iniciar el proceso de cerrar o cicatrizar las heridas y listo. Tal y como sucedió por fuera también sucede con los órganos y tejidos internos. La biología se altera únicamente para responder a una situación de estrés o shock biológico y al resolverlo, la biología retoma su curso natural».

- JUAN ACOSTA Y LAS LEYES DEL UNIVERSO. Otro recurso interesante viene del genio colombiano Juan Acosta<sup>10</sup>, un programador informático con experiencia en desarrollo de sistemas de inteligencia artificial y seguridad informática. Lo interesante de Juan es su entendimiento de cómo funciona el mundo a un nivel energético, explicando las razones detrás de cómo se desenlazan los hechos y por qué las personas reaccionan como reaccionan. Conocer a Juan para mí ha sido uno de los puntos clave para entender cómo funciona el mundo, por ejemplo: cuando una persona te insulta, realmente lo que hace es presentar un reflejo de ella misma en ti, cosas tan básicas como esas hasta

10. Puede ser contactado por medio de: [jacostaco@gmail.com](mailto:jacostaco@gmail.com) Llegué a él por recomendación de Marisol Fernández y me topé con un genio abierto en ayudar al prójimo. Algunas de sus conferencias son: Acosta, J. (1 de marzo de 2017). [Inteligencia Artificial y el futuro del empleo en el mundo. \[Video\]. https://www.youtube.com/watch?v=b9uV-1PP-EZM&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?v=b9uV-1PP-EZM&feature=youtu.be). Acosta, J. (26 de febrero de 2017). [¿La magia en el caos? Creación total con Sergio Monor vs Juan Acosta. \[Video\]. Extraído de: https://www.youtube.com/watch?v=157pb3SR0ew&feature=youtu.be&t=27m10s](https://www.youtube.com/watch?v=157pb3SR0ew&feature=youtu.be&t=27m10s) Acosta, J. (1 de diciembre de 2016). [Como influir con tu energía para densificar tus propósitos. \[Video\]. Extraído de: https://www.youtube.com/watch?v=Yupz7og1hWo&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?v=Yupz7og1hWo&feature=youtu.be).

aspectos más elevados que solo entenderán viendo sus videos y conversando con él. Ya le he dicho que haga un libro o dos.

- **CÍRCULO DEL ÉXITO.** Es el perfecto balance y armonía entre humildad y dignidad. Es importante por cuanto de esta manera reconozco las fallas y necesidad de ayuda del prójimo sin ponerse como alfombra para que pasen por encima de uno y les pierdan el respeto. Esto es vital para no elevarse al punto de perder el centro o razón de ser: todos y todas las personas LGBTI. Lo cual implica que no puede existir discriminación por la razón que sea dentro del colectivo de personas LGBTI. Ahora bien, esto no significa que esté obligado a ser postal de todas las personas que se le acerquen, siempre puede decidir de manera estratégica con quien trabajar y quien no, pero no puede decir que alguien no lo representa sin una base objetiva.
- **EMPATÍA.** La base o fuente de todos los valores, tratar de comprender lo que siente el prójimo desde su punto de vista.
- **DISEÑO GRÁFICO.** Es importante saber comunicar las ideas por medio de imágenes, en mi caso, me he visto beneficiado por el apoyo incondicional de Edy Perdomo<sup>11</sup>, quien por medio de su agencia de marketing digital, brinda opciones de diseño gráfico accesible para todos y de calidad.
- **LA LUZ SE COMPARTE.** Una vez tengan luz, es decir mucha atención de diferentes vertientes, es importante compartirla y asegurarse dar las gracias a todas las personas que han permitido llegar a donde está ahora en este momento. En particular también considero valioso que reconozca a los liderazgos históricos, por cuanto somos construcciones que se erigen sobre los cimientos dejados por los primeros activistas.
- **BILLETERA VS PASIÓN: LO QUE TE HAGA DESPERTAR CADA MAÑANA.** Ahora bien, no está nada malo cubrir al menos el costo de oportunidad. Por medio de un emprendimiento social, siempre y cuando exista una verdadera convicción.
- **NO BUSQUE SER RECONOCIDO.** Pero, no permita que otros se aprovechen de su trabajo y obtengan reconocimiento gracias a usted. Creo que se vuelve relevante una parte de la grabación que dejó Harvey Milk: *«Nunca me he considerado un candidato. Siempre me he considerado parte de un movimiento, parte de una candidatura. Consideré el movimiento como el candidato. Creo que hay una distinción entre los que usan el movimiento y los que son parte del movimiento. Creo que siempre fui parte del movimiento... Casi todo se hizo con la vista puesta en el movimiento gay...en*

11. Edy puede ser contactado en: Edy Perdomo [brahant@live.com](mailto:brahant@live.com) Ejemplos de su trabajo pueden encontrarlos en: [www.fundacionigualitos.org](http://www.fundacionigualitos.org)

*mi elección le di esperanza a una persona... la respuesta es que todo se trata dar esperanza... no se trata de ego, no de poder... se trata de esperanza para las personas jóvenes... tienes que darles esperanza<sup>12</sup>». Y esa siempre fue la instrucción que seguí y me ha guiado en este proceso.*

- CUIDADO CON EL ARQUETIPO DE VÍCTIMA. Este es el error más usual que se comete, caer en víctima, recuerde que el rol de cada uno es ser líder, el de inspirar a las personas a sacar su mejor versión y no la de querer dar lástima. Dar energías y no tristeza. Esa es parte de la idea.
- ANCLAS. Es de gran ayuda definir anclas o *role models* que le permitan recargar energías por medio de sus discursos, sus enseñanzas y su vida. En lo personal, la mayoría de mis anclas han sido incluidas en frases a lo largo de este libro.

En el activismo los días cambian en un segundo al otro, la energía que demanda el proyecto siempre será demandante, los problemas son todos urgentes, pero hay que recordar que las penas se dividen y las alegrías se multiplican, por lo que es confortable tener a un equipo de personas que están disponibles para apoyar en llevar a cabo esta lucha. Recuerden que el primer y el último paso, es siempre el más difícil.

---

12. Milk, H. (18 de noviembre de 1978). Grabación de mensaje en caso de ser asesinado. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=CVb9nt8huMY>. Harvey Milk fue asesinado el 27 de noviembre de 1978.



## Capítulo XIII

### Conclusiones

1. En un Estado Constitucional democrático de Derecho, deciden las mayorías, pero con respeto a las minorías. Existen las condiciones para que todas las personas, sin importar sus cualidades personales, puedan coexistir. Los Estados deben generar los espacios para que todas las personas puedan gozar y ejercer las libertades y derechos fundamentales inherentes a la calidad de dignidad humana, sin importar raza, edad, género, identidad de género, orientación sexual, nacionalidad o cualquier otro factor.

2. En la actualidad, como consecuencia de la «Civilización del Espectáculo», existe un desentendimiento sobre lo qué significa la discriminación, el cual ha sido aprovechado para generar confusión sobre cuándo se trata de una discriminación injustificada y cuando no. La regla no debe ser complicada: si algo degrada, poniendo a un individuo o colectivo, en una posición de inferioridad, de segundo plano como si se tratase de un humano de segunda categoría, entonces es un caso de discriminación injustificada, por lo que no debe ampararse por el Estado de Derecho. La determinación del carácter injustificado deberá hacerse en atención al contexto histórico, social y cultural del grupo bajo análisis.

3. Al igual y como ocurre con el concepto de discriminación, existe un indebido dimensionamiento del alcance de la libertad religiosa. Por religión, por ejemplo, una persona puede decidir hacer o dejar de hacer algo: no comer cerdo (judíos), no hacerse una transfusión sanguínea (testigos de jehová), o rehusarse a participar en una guerra (varias religiones). Pero esa convicción, no es extensibles a terceros. De tal forma que una persona que se rehúsa a recibir transfusiones sanguíneas por su fe, no puede obligar a alguien que necesita y quiere recibir transfusiones, a no recibirlas. Este desentendimiento, producto del espectro cultural en el que se interactúa en la sociedad, genera que grupos conservadores experimenten una falsa sensación de «imposición», cuando no pueden hacer valer sus convicciones personales en los demás.

4. Toda persona tiene derecho a definir sus convicciones personales y creencias religiosas, haciéndolas valer, sin que el Estado pueda interferir la autonomía de la voluntad persona. En cierta forma, todas las personas tienen un derecho a decidir quién puede involucrarse (y quién no) en sus asuntos

personales, íntimos y privados. Pero cuando voluntariamente entran en el mercado de bienes y servicios, con o sin finalidad de lucro, el principio de trato igualitario y no discriminación, deben regir toda actuación empresarial. En este sentido, pueden instaurar todas las reglas que consideren oportunas, pero en respeto y apego a esos dos pilares.

5. Los discursos marcan y determinan la vida de una persona. La libertad de expresión es uno de los pilares en los que se sostiene el buen funcionamiento de la democracia. La crítica excesiva, manifestaciones políticas chocantes, los mensajes polémicos y hasta las burlas artísticas se encuentran protegido por la libertad de expresión. Existe una postura unánime en contra de los discursos de odio y los mensajes que incitan a la violencia en contra de otros; no obstante, la identificación de lo que constituye un mensaje de odio dirigido a una persona o grupo en concreto, y qué se trata de una exclamación general abstracta, no resulta tan fácil de identificar.

6. Es importante hacer frente a las semillas de odio que se implantan en las mentes y corazones de la población por medio a los mensajes que escupe la discursiva peligrosa. La cual lejos de tratarse de un lenguaje inocente, crítico, grosero o burlista; se trata de un mensaje de odio puro, que deshumaniza, que genera una falsa sensación de amenazas creando una dicotomía de «ellos» contra «nosotros». Esta discursiva peligrosa, tal cual receta de cocina, es el paso previo para promover un genocidio. Su peligro subyace en que se encubre con un lenguaje inocente, del cual Mandela nos advirtió en el acto inaugural de la Corte Constitucional de Suráfrica: «*los ataques a los derechos básicos de las personas se expresan invariablemente en lenguaje inocente*<sup>1</sup>».

7. La discursiva peligrosa, un mensaje de odio en el fondo y no en la forma, se cubre con el sagrado ropaje de la libertad de expresión para justificar la transmisión de sus mensajes: «*la libertad de expresión y el derecho de crítica, sirva de coartada y garantice la inmunidad para el libelo, la violación de la privacidad, la calumnia, el falso testimonio, la insidia y demás especialidades*<sup>2</sup>...». Al igual que un caldo que se prepara por etapas, el agua está hirviendo, y en algún momento esa olla llegará al punto de ebullición... pero no podemos esperar para actuar: es necesario advertir la naturaleza de estos mensajes de odio a la población. Esta falsa apariencia de libertad de expresión, la desnaturaliza, tal y como ha explicado Mario Vargas Llosa: «*Porque no sólo desaparece la libertad (de expresión) cuando la reprimen o la censuran los gobiernos despóticos. Otra manera de acabar con ella es*

1. Mandela, N. (14 de febrero de 1995). Speech by President Nelson Mandela at the Inauguration of the Constitutional Court. Extraído de: <http://www.anc.org.za/content/speech-president-nelson-mandela-inauguration-constitutional-court>
2. Aunque el autor se refiere a la crítica amarillista del periodismo, la manipulación de la libertad de expresión, también se encuentra presente en grupos políticos. Ver: Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html)

*vaciándola de sustancia, desnaturalizándola, escudándose en ella para justificar atropellos y tráficos indignos contra los derechos civiles<sup>3</sup>».*

8. El factor cultural insignia de la «Civilización del Espectáculo», la persecución del entretenimiento por sobre todas las cosas, dificulta la desarticulación de las discursivas peligrosas que transitan libremente en los espacios de discusión de la sociedad. Existe un déficit analítico crítico, en el estudio de la discursiva peligrosa, por cuanto: *«Una de las consecuencias de convertir el entretenimiento y la diversión en el valor supremo de una época es que en el campo de la información, insensiblemente ello va produciendo también un trastorno recóndito de las prioridades: las noticias pasan a ser importantes o secundarias sobre todo, y a veces exclusivamente, **no tanto por su significación, económica, política, cultural y social** como por su carácter novedoso, sorprendente, insólito, escandaloso y espectacular... no es exagerado decir que ¡Hola! Y congéneres son los productos periodísticos más genuinos de la civilización del espectáculo<sup>4</sup>».*

9. En razón de lo anterior, la dificultad radica en que el mensaje que transporta la verdad, con la cual se descubre la verdadera naturaleza de odio y desprecio de los mensajes de la discursiva peligrosa, pueda perderse en el *mar de irrelevancia<sup>5</sup>* creado por la propaganda, las noticias falsas y el exceso de información que caracteriza a la «Civilización del Espectáculo» que Vargas Llosa bautizó. La educación para la libertad y en valores<sup>6</sup>, la confrontación de la mentira con la verdad y el señalar las carencias argumentativas en que los discursos anti derechos humanos se apoyan, son herramientas para detener el avance de estos peligros para la humanidad.

10. Los patrones recurrentes de la historia, son identificables en nuestro presente: nacionalismos radicales, racistas empedernidos y grupos que tienen finalidades ilegales y una agenda ideológica de odio en las que buscan encontrar culpables externos de sus propias desgracias. Se trata de grupos heterogéneos que tienen el odio como puntos en común, promoviendo agendas en donde se usan grupos instrumentales (llámese musulmanes, inmigrantes o personas

3. Vargas Llosa, M. (3 de junio del 2007). La Civilización del espectáculo. El País. Extraído de: [https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/03/opinion/1180821605_850215.html)

4. Vargas Llosa, M. (2012). La civilización del espectáculo. Ciudad de México, México: Alfaguara. Pp. 54-55

5. «En lo que respecta a la propaganda, los primeros defensores del alfabetismo universal y de la prensa libre advirtieron sólo dos posibilidades: que la propaganda sea verdad o que sea falsa. No previeron lo que en realidad ha sucedido, sobre todo en nuestras sociedades occidentales capitalistas: el desarrollo de una vasta industria de comunicación masiva, que no lidia ni con lo falso ni con lo verdadero, sino con lo irreal, lo que es casi siempre totalmente irrelevante. En una palabra, fallaron en tomar en cuenta el apetito casi infinito del hombre por las distracciones». Huxley, A. (1958). Retorno a un Mundo Feliz. [Edición Kindle], Capítulo IV. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)

6. Huxley, A. (1958). Retorno a un Mundo Feliz. [Edición Kindle], Capítulo XI. Extraído de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com)

LGBTIQ, por ejemplo), para ir escalando en la mentalidad de los colectivos sociales, colocando en la mente societaria una sombra de enemigos inexistentes (la ideología de género, por ejemplo) que servirá de justificante de las acciones que promueven en su ideario ideológico: segregación, discriminación, hasta llegar a la exterminación en contra de los grupos instrumentales vulnerables.

11. En el año 2018, no es posible decir que el problema se trata de un acto aislado o irreal, pues existe una creciente ola de políticos que se presentan a las elecciones democráticas con total cinismo y desfachatez, hondeando la falaz bandera del nacionalismo exacerbado, llegando a conquistar a masas embrutecidas por la propaganda mediática con la cual algunos sectores de la población han sido adormecidos.

12. A lo anterior, se suma el hecho que algunos de estos grupos, los que componen el grupo de fundamentalistas religiosos con aspiraciones políticas, tienen una capacidad financiera casi infinita, pues se alimenta del masivo negocio que han encontrado en la fe. Sin dejar a un lado las capacidades organizativas para el establecimiento de redes, que pueden activarse con un simple mensaje. En todo caso, las cicatrices colectivas que llevamos en nuestra humanidad (Ruanda, el *Third Reich*, antigua Yugoslavia y otros ejemplos) nos obligan a que por medio un análisis crítico de esta situación, se determinen acciones concretas en cómo afrontar esta creciente problemática, que pone en riesgo: «*Los ideales de razón, ciencia y humanismo... porque sus logros pueden venirse abajo*<sup>7</sup>».

13. «*La oscuridad no puede expulsar a la oscuridad; sólo la luz puede hacer eso. El odio no puede expulsar al odio; sólo el amor puede hacerlo*<sup>8</sup>» Es el poderoso mensaje que no podemos olvidar al revisar el estado actual del mundo, en donde a pesar de la existencia de grupos opresores de derechos humanos que se levantan para ofender, humillar y afectar a grupos vulnerables en una sociedad. Ninguna ley que degrada a la persona humana puede ser justa, y está en nuestras manos transformar a las sociedades por medio **del motor de la conversación**. La exposición de historias personales y la confrontación del prejuicio con la verdad, son las herramientas para hacer frente a esta ola de odio, que será cegada con el dorado resplandeciente de luz que produce el amor y el poder del Estado de Derecho.

7. Martínez, J. (17 de junio de 2018). Steven Pinker: «Los populistas están en el lado oscuro de la historia». Extraído de: [https://elpais.com/elpais/2018/06/07/eps/1528366679\\_426068.html?id\\_externo\\_rsoc=TW\\_CC](https://elpais.com/elpais/2018/06/07/eps/1528366679_426068.html?id_externo_rsoc=TW_CC).

8. Luther King, M. (17 de noviembre de 1957). Love your enemies. Extraído de: <https://vimeo.com/24614519>.

## Sobre el autor

Soy abogado en Costa Rica y El Salvador. Mi licenciatura la obtuve a los 21 años al graduarme de la Escuela Superior de Economía y Negocios (convalidado por la Universidad de Costa Rica), con grado de maestría en arbitraje internacional comercial por la Universidad de Estocolmo. Tengo doble nacionalidad de El Salvador y Suiza y residencia permanente en Costa Rica. En casi una década de carrera, he representado clientes en arbitrajes bajo reglas complementarias de CIADI, Sistema Interamericano de Derechos Humanos así como en decenas de casos relacionados con rama de derecho público y comercial en sede judicial en Costa Rica y casos comerciales en arbitrajes nacionales e internacionales en Costa Rica.

En el año 2018, tuve la fortuna de recibir diferentes reconocimientos, los cuales me llenan de humildad y gratitud pero de todos estos premios, creo que el más significativo está el de: «Inspirational Lawyer for Promoting Equal Opportunities of the LGBT Community» (2018) que me entregó Chambers & Partners, dado que me permitió dar un discurso frente a 250-350 líderes de oficinas legales en América, en donde los invitaba a apostar por crear ambientes libres de discriminación, una política que cuesta cero dólares y se puede implementar de manera inmediata.

También me gusta escribir, soy coautor de 5 libros sobre derecho procesal y psicología aplicada a la ley. Esto lo comencé a hacer en el año 2011, cuando me regalaron un espacio en La Prensa Gráfica para escribir una columna de opinión, hoy en día ya llevo más de 70 publicaciones que cubren diferentes temas como: el arbitraje internacional, la democracia, Estado de Derecho, discriminación, derechos humanos, temática LGBT y la lucha contra la corrupción. Y ni me acuerdo cómo o cuando, me han puesto en más de 150 reportajes con historias presentadas por The Economist, The Local (Suecia), Yahoo News, La República, La Nación, La Prensa Gráfica, El Diario de Hoy, entre otros.

En cuanto a conferencias, me resulta muy fácil organizarlas, y he sido ponente en decenas de conferencias de derecho que abordan temas tales como: el arbitraje internacional, el análisis psicológico del arbitraje y discriminación;

H. DUARTE: ¿ES JUSTIFICABLE DISCRIMINAR? UNA DISCUSIÓN...

en 10 países de América (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y los Estados Unidos de América) y 4 países de Europa (Francia, Suecia, Noruega y el Reino Unido). Eventos organizados por Harvard Law School, Universidad de Cambridge, Universidad de Estocolmo, Universidad de Oslo, Sciences Po entre otras.

Mi email es [Herman@HDuarteLegal.com](mailto:Herman@HDuarteLegal.com)

# Bibliografía

La bibliografía completa está disponible en la versión digital del documento y además se encuentra disponible en este enlace: [www.hduartelegal.com/libro-discriminacion](http://www.hduartelegal.com/libro-discriminacion). No está demás señalar que en cada nota de pie de página se encuentra la ficha completa.



## Tabla de Jurisprudencia utilizada

La tabla de jurisprudencia utilizada para este libro está disponible en la versión digital del documento y además puede consultarse en este enlace: [www.hduartelegal.com/libro-discriminacion](http://www.hduartelegal.com/libro-discriminacion). No está demás señalar que en cada nota de pie de página se encuentra la ficha completa.



## Anexo.-Tabla de Derechos de la CADH relacionada con casos

En el siguiente cuadro se presentan los derechos que consagra la CADH y se relacionan los casos emblemáticos que han tenido lugar con el mismo.

	<b>Convención Americana</b>	<b>Casos Emblemático de la CorteIDH</b>
1. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica	Artículo 3	Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. (2000). Serie C No. 70. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. (2005). Serie C No. 125.
2. Derecho a la Vida	Artículo 4	Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2012). Serie C No. 257 Corte IDH. Sentencia Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo. (2012) Serie C No. 256. Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2015). Serie C No. 292.
3. Derecho a la Integridad Personal	Artículo 5	Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2016). Serie C No. 329. Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2014) Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2010). Serie C No. 216.

H. DUARTE: ¿ES JUSTIFICABLE DISCRIMINAR? UNA DISCUSIÓN...

	<b>Convención Americana</b>	<b>Casos Emblemático de la CorteIDH</b>
4. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre	Artículo 6	Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2016). Serie C No. 318. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2006). Serie C No. 148.
5. Derecho a la Libertad Personal	Artículo 7	Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. (2012). Serie C No. 252. Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. (2012). Serie C No. 253. Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. (2004). Serie C No. 109. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. (2011). Serie C No. 221.
6. Garantías Judiciales	Artículo 8	Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2013). Serie C No. 272. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2010). Serie C No. 215. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. (2012). Serie C No. 251.
7. Principio de Legalidad y de Retroactividad	Artículo 9	Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2014). Serie C No. 276. Corte IDH. Caso De La Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. (2004). Serie C No. 115.
8. Derecho a Indemnización	Artículo 10	Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. (2012). Serie C No. 242. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2008) Serie C No. 182.
9. Protección de la Honra y de la Dignidad	Artículo 11	Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. (2008). Serie C No. 177.

ANEXO.-TABLA DE DERECHOS DE LA CADH RELACIONADA CON CASOS

	<b>Convención Americana</b>	<b>Casos Emblemático de la CorteIDH</b>
10. Libertad de Conciencia y de Religión	Artículo 12	Corte IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. (2001). Serie C No. 73.
11. Libertad de Pensamiento y de Expresión	Artículo 13	Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2015). Serie C No. 293. Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. (2004). Serie C No. 111.
12. Derecho de Rectificación o Respuesta	Artículo 14	No se ha presentado.
13. Derecho de Reunión	Artículo 15	Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2008). Serie C No. 184. Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2009). Serie C No. 200.
14. Libertad de Asociación	Artículo 16	Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2007). Serie C No. 167. Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. (2012). Serie C No. 258. Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2007). Serie C No. 167.
15. Protección a la Familia	Artículo 17	Corte IDH. Caso Hermanos Ramírez Escobar Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351. Corte IDH. Caso Átala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17. (2017). Serie A No. 24.

H. DUARTE: ¿ES JUSTIFICABLE DISCRIMINAR? UNA DISCUSIÓN...

	<b>Convención Americana</b>	<b>Casos Emblemático de la CorteIDH</b>
16. Derecho al Nombre	Artículo 18	Corte IDH. Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2009). Serie C No. 211.
17. Derechos del Niño	Artículo 19	Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. (2012). Serie C No. 242. Corte IDH. Caso Átala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. (2012). Serie C No. 239. Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2012). Serie C No. 246.
18. Derecho a la Nacionalidad	Artículo 20	Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2005). Serie C No. 130.
19. Derecho a la Propiedad Privada	Artículo 21	Corte IDH. Caso Granier y otros (Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2015). Serie C No. 293. Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2009). Serie C No. 198. Corte IDH. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2015). Serie C No. 299. Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2009). Serie C No. 205.
20. Derecho de Circulación y Resid.	Artículo 22	Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. (2016). Serie C No. 330. Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. (2011). Serie C No. 236.
21. Derechos Políticos	Artículo 23	Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2008). Serie C No. 184. Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2010). Serie C No. 212.

ANEXO.-TABLA DE DERECHOS DE LA CADH RELACIONADA CON CASOS

	<b>Convención Americana</b>	<b>Casos Emblemático de la CorteIDH</b>
22. Igualdad ante la Ley	Artículo 24	Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. (2016). Serie C No. 330. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. (2006). Serie C No. 146.
23. Protección Judicial	Artículo 25	Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. (2015). Serie C No. 305. Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. (2000). Serie C No. 68.
24. Derechos Económicos Sociales y Culturales	Artículo 26	Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2017). Serie C No. 344. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2015). Serie C No. 298. (Educación) . Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. (2018). Serie C No. 349.
25. Derecho a la Mujer	No hay una mención expresa.	Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2009). Serie C No. 205.



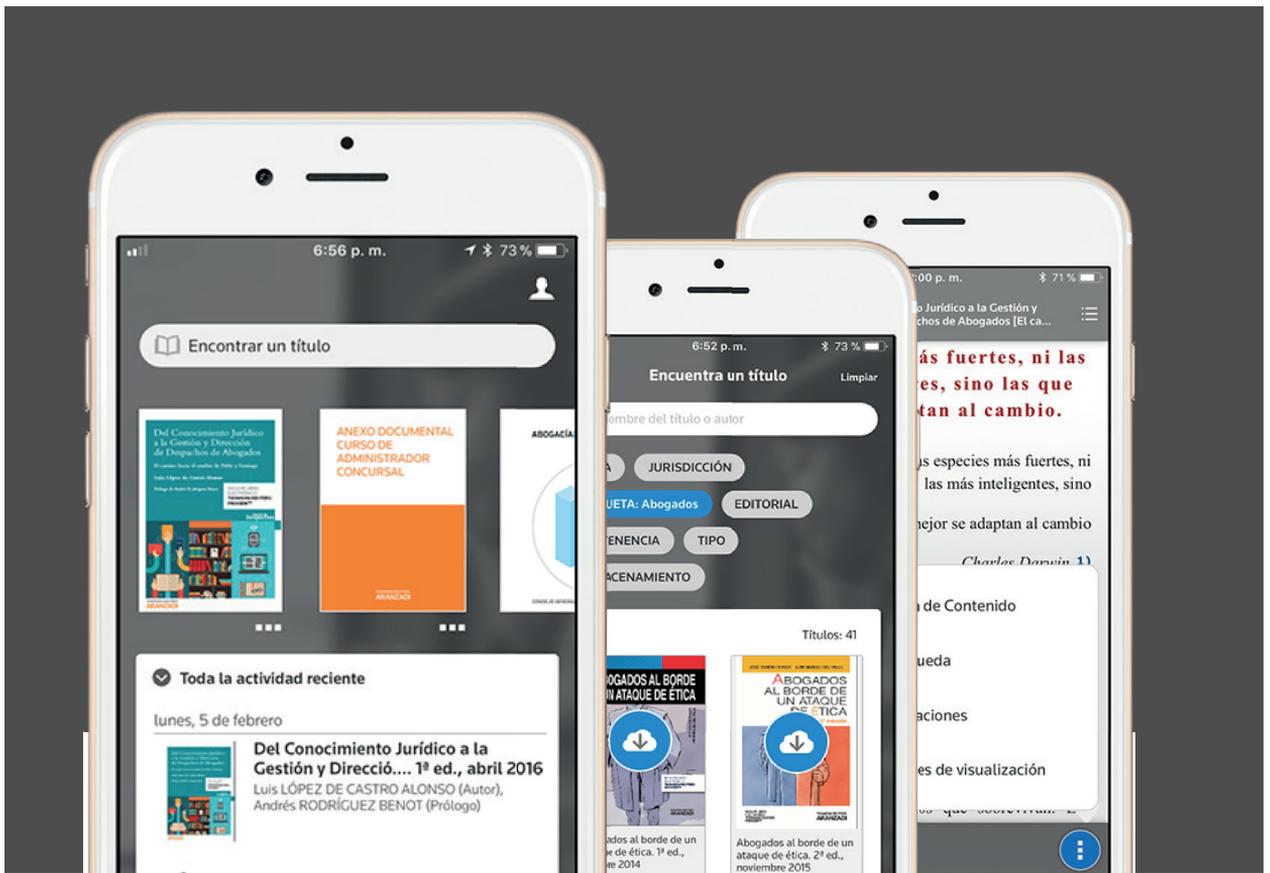
# Thomson Reuters Proview

## Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGATELO Y APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.

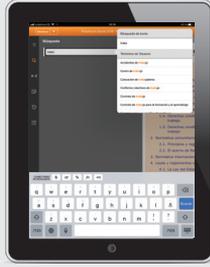


ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS  
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y  
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET

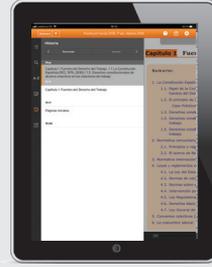
# FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



**SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS**  
Haces anotaciones y escojes los colores para organizar tus notas y subrayados.



**USAS EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN**  
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



**HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN**  
Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



**ORDENAR**  
Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios.



**CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS**  
Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



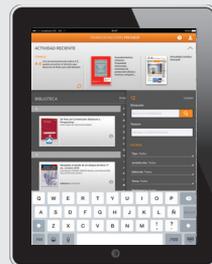
**MARCADORES DE PÁGINA**  
Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



**BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA**  
Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



**IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN**  
Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



**SUMARIO NAVEGABLE**  
Sumario con accesos directos al contenido

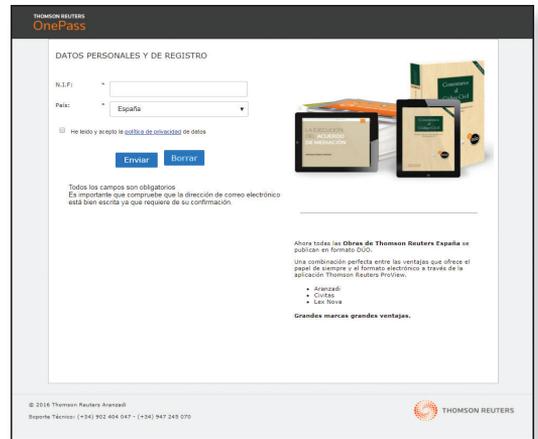
**INFORMACIÓN IMPORTANTE:** Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado cliente,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (\*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si se ha registrado anteriormente en **“One Pass”** (\*\*), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas la contraseña que usa para acceder a la aplicación **Thomson Reuters ProView™**. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.



Si es la primera vez que te registras en **“One Pass”** (\*\*), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.



Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a [www.proview.thomsonreuters.com](http://www.proview.thomsonreuters.com)

### Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección [www.thomsonreuters.es](http://www.thomsonreuters.es) y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso** a Soporte para no Suscriptores (compra de Publicaciones).

(\*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(\*\*) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

