

La violencia por prejuicio como elemento constitutivo de la tortura

Por Tomás H. Charni.¹

Sumario: *El autor formula un análisis de los elementos constitutivos del delito de tortura de acuerdo a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Azul Rojas Marín" a la luz del concepto de violencia por prejuicio respecto de las personas LGBTI.*

Introducción

El pasado 12 de marzo del corriente año, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante Corte IDH- dispuso declarar a la República del Perú -en adelante el Estado o Perú- responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 7.1², 7.2³, 7.3⁴ y 7.4⁵ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante la Convención o CADH-, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación, consagrados en el artículo 1.1⁶ del mismo tratado, en perjuicio de Azul Rojas Marín.

Paralelamente a ello, determinó que el Estado es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8.1⁷ y 25.1⁸ de la Convención, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación y de adoptar disposiciones de derecho interno, consagradas en los artículos 1.1 y 2⁹ de la misma, y con los artículos 1¹⁰, 6¹¹ y 8¹² de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura -en adelante CIPST-.

Como consecuencia de esto, dispuso, entre otras medidas, la obligación del Estado de promover y continuar con las investigaciones que sean necesarias para determinar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables por los hechos denunciados.

Este temperamento, representa una nueva interpretación de los alcances del concepto de tortura a la luz del artículo segundo de la CIPST en consonancia con la evolución jurisprudencial establecida por el citado órgano interamericano en materia de reconocimiento de derechos en favor de las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex (LGBTI)¹³, o aquellas personas percibidas como tales. El presente trabajo se propone, en breves líneas, realizar un abordaje del delito de tortura a la luz de los parámetros establecidos en el decisorio formulado por la Corte IDH en el marco del caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú¹⁴, y resaltar a tales fines el desarrollo formulado por el tribunal en relación al concepto de violencia por prejuicio respecto de las personas LGBTI.

Por otra parte, resta en este punto mencionar que un estudio acabado de la temática impone la necesidad de abordar, en forma sucinta, aquellos elementos normativos constitutivos de la citada conducta típica conforme la CIPST.

Antecedentes del caso

I. Trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El 15 de abril de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CIDH- recibió una petición presentada por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) y Redress Trust en la cual se alegaba la responsabilidad internacional de Perú en perjuicio de Azul Rojas Marín y su madre, Juana Rosa Tanta Marín.

Se indicó que Azul Rojas Marín fue detenida ilegal y arbitrariamente por funcionarios policiales, y que durante su privación de la libertad fue objeto de graves agresiones físicas, que incluyeron violación sexual con una vara de goma en el ano, y psicológicas, con específicas referencias hacia su orientación sexual. Se denunció que estos hechos constituían actos de tortura sexual, que debían ser analizados teniendo en cuenta el “componente homofóbico” de la violencia sufrida por la víctima y el fin que se perseguía de humillarla, castigarla y discriminarla. En respuesta a ello, el Estado, refirió, en torno a la tipificación formulada, que no se encontraban presentes todos los elementos del delito, en particular, la intencionalidad y la finalidad sumado a que la calificación jurídica de los hechos resultaba ser de competencia exclusiva de los tribunales internos.

Sentado lo expuesto, la Comisión, al momento de expedirse en punto al fondo de la cuestión, comenzó por resaltar, en lo que aquí interesa, que “(...) la violación sexual constituye en todos los casos una grave violación de los derechos humanos protegidos en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana¹⁵. Es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias¹⁶ y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’, situación difícilmente superable por el paso del tiempo¹⁷. Cuando la violencia y violación sexual ocurre de manos de un agente estatal en contra de una persona detenida, es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente¹⁸.”¹⁹

De igual modo, indicó que la “(...) Convención Americana prohíbe la imposición de la tortura o de un trato o castigo cruel, inhumano o degradante contra las personas en cualquier circunstancia [y que] ‘un aspecto esencial del derecho a la seguridad personal es la absoluta prohibición de la tortura, norma perentoria del *derecho* internacional que crea obligaciones *erga omnes*’²⁰. Asimismo, la CIDH y la Corte han calificado la prohibición de la tortura como una norma de *jus cogens*²¹²².”²³

Destacó también, que ambos organismos “(...) han calificado diversos actos de violencia y violación sexual cometidas por agentes estatales como formas de tortura.”²⁴

Por otra parte, expuso que “(...) conforme a la jurisprudencia constante de la Comisión y la Corte Interamericana, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales. En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y

desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados.”²⁵

La Comisión, a la luz de los elementos referenciados, consideró que por la naturaleza y forma en que la violencia había sido ejercida sobre la víctima, se advertía un especial ensañamiento con la percepción de ella, al momento de los hechos, como un hombre gay.

Sobre la base de esta inteligencia, se preguntó si en el caso se encontraban los tres elementos constitutivos del delito de tortura, esto es: a) que sea un acto intencional; b) que cause un sufrimiento físico o mental y c) que se cometa con determinado fin o propósito.

En primer lugar, se limitó a expresar que por la propia naturaleza y contexto en que ocurrió el caso, resultaba evidente que todos los actos de violencia fueron cometidos por agentes estatales de manera deliberada.

En segundo término, resaltó que la violación sexual sumado a otras formas de violencia física, psicológica y sexual padecidas por la víctima en una comisaría, como consecuencia de una detención ilegal, arbitraria y discriminatoria daban por acreditado el siguiente componente.

Para concluir, refirió que “(...) en cuanto al elemento relativo a que la violencia sea cometida con determinado fin, la Comisión recuerda que la CIPST no establece un listado de fines que deben ser perseguidos, siendo suficiente acreditar que tuvo alguna finalidad específica. Al respecto, la Comisión y la Corte han indicado que la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre²⁶. La Comisión considera que la misma conclusión resulta aplicable a los demás actos de violencia física, psicológica y sexual cometidos en el presente caso. Además, por las razones expuestas anteriormente, la Comisión encuentra que además de la degradación y humillación inherente al tipo de violencia recibida, resulta claro que la misma tenía la finalidad de castigar y humillar a la víctima por la orientación sexual con la que era identificada en ese momento.”²⁷

En consecuencia, encontró presentes los tres caracteres citados razón por la cual recomendó al Estado realizar una investigación efectiva, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable, en torno a la violencia sexual sufrida por Azul Rojas Marín, bajo la calificación de tortura.

II. Temperamento adoptado por la Corte.

Luego de entender que el caso se encontraba en estado de impunidad por una serie de factores, que incluían el incumplimiento de investigar los hechos objeto de tratamiento, la Comisión, el 22 de agosto de 2018, solicitó a la Corte IDH que concluyera y declarara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones contenidas en su Informe de Fondo.²⁸

De igual manera, la Corte encontró suficientemente acreditado que, durante la detención, la señora Rojas Marín fue desnudada forzosamente, golpeada en varias oportunidades, los agentes estatales realizaron comentarios despectivos sobre su orientación sexual, y fue víctima de violencia sexual ya que en dos oportunidades le introdujeron una vara policial en el ano.

A su vez, el tribunal recalcó que la detención fue realizada con fines discriminatorios y sin que se cumplieran con los requisitos legales, entre ellos la obligación de registración prevista en el código procesal peruano.

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos, comenzó por destacar que “(...) la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están absoluta y estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta prohibición es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas²⁹, y pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional³⁰. Los tratados de alcance universal³¹ y regional³² consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser sometido a ninguna forma de tortura.”³³

Incluso, refirió que “(...) en casos que involucran alguna forma de violencia sexual, se ha precisado que las violaciones a la integridad personal conllevan la afectación a la vida privada de las personas, protegida por el artículo 11 de la Convención, la cual abarca la vida sexual o sexualidad de personas³⁴. La violencia sexual vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada de las personas, supone una intromisión en su vida sexual y anula su derecho a tomar libremente las decisiones respecto a con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas³⁵.”³⁶

Del mismo modo, indicó que “(...) en este caso las obligaciones generales que se derivan de los artículos 5 y 11 de la Convención Americana son reforzadas por las obligaciones específicas derivadas de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Los artículos 1 y 6 de esta Convención Interamericana, refuerzan la prohibición absoluta de la tortura y las obligaciones del Estados para prevenir y sancionar todo acto o intento de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes en el ámbito de su jurisdicción.”³⁷

Además, acentuó que, el Estado no pudo demostrar que la fuerza utilizada al momento de proceder a la detención de Rojas Marín fuera necesaria y recordó que “(...) todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana, en violación del artículo 5 de la Convención Americana.”³⁸

La violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos de la persona (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta³⁹.”⁴⁰

Inclusive, el Tribunal recordó que “(...) las amenazas y el peligro real de someter a una persona a graves lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada ‘tortura psicológica’⁴¹.

De igual manera, la Corte ha reiterado que la violación y otras formas de violencia sexual pueden configurar tratos crueles, inhumanos o degradantes, e incluso actos de tortura si satisfacen los elementos de la definición⁴². Para calificar una violación sexual como tortura deberá atenderse a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, tomando en consideración las circunstancias específicas del caso.”⁴³

En lo que refiere a la finalidad perseguida mediante el maltrato deliberado infligido en contra de la víctima, la Corte, recordó que “(...) en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre.”⁴⁴

Por último, destacó que “(...) el caso resulta encuadrable en lo que considera ‘delito de odio’ o ‘hate crime’, pues es claro que la agresión a la víctima estuvo motivada en su orientación sexual, o sea que, este delito no solo lesionó bienes jurídicos de Azul Rojas Marín, sino que también fue un mensaje a todas las personas LGBTI, como amenaza a la libertad y dignidad de todo este grupo social.”⁴⁵

Sobre la base de estos conceptos la Corte concluyó que la violación anal y los comentarios relativos a la orientación sexual, evidenciaban un fin discriminatorio, por lo que constituyó un acto de violencia por prejuicio subsumido en la calificación de tortura.

Conceptualización de la tortura

Históricamente, esta actividad delictiva fue utilizada como procedimiento tendiente a obtener confesiones, declaraciones o elementos relevantes en el marco de una investigación criminal. En efecto, su concepción clásica remite a un accionar ilegal por parte de las fuerzas de seguridad, mediante la imposición de actos crueles, destinados a revelar conductas reprochables cuya persecución resultaba infructuosa.

Luego, el decurso temporal trajo consigo una nueva significación de esta figura vinculada al castigo de sujetos pertenecientes a diversas minorías, sobre la base de su identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística, entre otras.⁴⁶

En la actualidad, la situación carcelaria se ha constituido como el contexto por antonomasia donde se presenta este delito. Del mismo modo, en Latinoamérica, resulta una constante las denuncias vinculadas a las condiciones en las cuales se lleva adelante la privación de la libertad. El abuso de las prisiones preventivas, el estado de las unidades carcelarias y la actividad del servicio penitenciario resultan reclamos generalizados en la mayoría de las jurisdicciones cuyo corolario ha derivado en un exorbitante cumulo de actuaciones judiciales destinadas a la investigación de la figura bajo análisis.

Por otro lado, en punto al desarrollo normativo de este delito, debemos remontarnos a los siglos XVI y XVII para encontrar las primeras legislaciones destinadas a sancionar esta clase de conducta. Como ejemplo significativo de ello encontramos el *Bill of Rights* de Inglaterra, donde se comienza a abolir la tortura, en su modalidad de “*cruel punishments*” o como forma de castigo cruel.

El proceso abolicionista iniciado en el siglo XVIII con la corriente Iluminista derivada de las enseñanzas de Beccaria y Voltaire trajo consigo un abandono generalizado de estas actuaciones⁴⁷, y, con ello se inició un proceso donde la mayoría de las legislaciones nacionales conminaron esta conducta como una figura delictiva autónoma.

Barbero resalta que: “El final del siglo XX trajo consigo un conjunto de instrumentos de carácter internacional que abordan el tema. Declaraciones sobre derechos humanos de diversa índole se han encargado de definir la tortura y decretar su prohibición en el ámbito del Derecho Internacional, incluso pactos específicos sobre la materia, y, por su parte, el Derecho Penal Internacional pasó a colaborar con la tarea de castigar su práctica, y en este ámbito se tipificó expresamente la tortura como crimen contra la humanidad.”⁴⁸

Como corolario de este proceso encontramos la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984, en cuyo preámbulo se resalta el deseo de hacer más eficaz la lucha contra esta conducta.

En ella se puede advertir el concepto de este delito en los siguientes términos: “(...) todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.”⁴⁹

De lo expuesto, se desprende los diversos motivos posibles de ser encuadrados dentro de este delito, que, en todos los casos, debe ser realizado o contar con la participación de un funcionario público. El articulado comienza por referenciar aquellos supuestos de corte tradicional vinculados al logro de una confesión y finaliza con la frase “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”, lo que permite al operador jurídico un amplio margen de acción al momento de subsumir un supuesto fáctico.

En el ámbito regional debemos mencionar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, creada dentro de la Organización de Estados Americanos con el objetivo de prevenir y sancionar casos de tortura y otras actividades similares, cuya entrada en vigor se remonta al 28 de febrero de 1987.

De su preámbulo se lee que “Todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales (...).”

Esta Convención estipula lo siguiente:

“Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No serán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.”

De conformidad a lo expresado, se desprende que la última normativa presenta un mayor grado de amplitud al prever la tortura por “cualquier otro fin”. En palabras de la doctrina, se trata de una fórmula abierta absoluta que demuestra el carácter más proteccionista de la Convención Interamericana.⁵⁰

Por otro lado, una de las mayores críticas que ha recibido la mentada definición redundante en la ausencia de referencia en torno al sujeto activo de la figura, de allí que tengamos de acudir al siguiente artículo para lograr concluir el concepto.

El artículo 3° del citado plexo normativo estipula que:

“Serán responsables del delito de tortura:

- a) Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b) Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso “a” ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.”

Tal como fuera adelantado, en el caso aquí expuesto la conducta desplegada por los agentes policiales fue encuadrada en un supuesto de tortura. Para ello, la Corte debió acudir a la cláusula residual referenciada y argumentar que la violencia ejercida sobre la víctima fue ejercida por transgredir las normas socialmente aceptadas del género, valiéndose para ello de la utilización del concepto normativo definido como “violencia por prejuicio”. Dicha circunstancia, nos lleva a preguntarnos respecto de la conceptualización y alcances de este elemento normativo.

¿Qué entendemos por violencia por prejuicio?

Los actos de violencia física contra las personas como consecuencia de sus orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género diversas o no

normativas, o cuyos cuerpos varían del estándar corporal femenino y masculino se han incrementado progresivamente en nuestro continente.

Dicha circunstancia, trajo aparejada la necesidad de realizar un tratamiento diferencial de esta violencia motivada, a los fines de evaluar los elementos característicos con el objeto de facilitar las investigaciones criminales ante esta clase de supuestos.

Ante todo, debe mencionarse en torno a la denominación empleada – *prejuicio por sobre homofobia*–, que la preferencia radica en que la primera “(...) conlleva presunciones sobre las motivaciones que subyacen bajo las actitudes negativas, circunscribiendo en análisis de dichas actitudes respecto de la orientación sexual dentro del contexto más amplio de la investigación social psicológica sobre el prejuicio, evitando juicios de valor sobre tales actitudes.”⁵¹ Se trata, en palabras de especialistas de “(...) un concepto que apunta a una comprensión de la violencia como un fenómeno social, en contraposición con la violencia entendida como un hecho aislado. Los crímenes por prejuicio constituyen racionalizaciones o justificaciones de reacciones negativas, por ejemplo, frente a expresiones de orientaciones sexuales o identidades de género no normativas. Tal violencia requiere de un concepto y una complicidad social, se dirige hacia grupos sociales específicos, tales como las personas LGBT y tiene un impacto simbólico. Incluso cuando este tipo de violencia es dirigido contra una persona o grupo de personas, se envía un fuerte mensaje social contra toda la comunidad LGBT. La CIDH considera que el concepto de *violencia por prejuicio* resulta útil para comprender que la violencia contra las personas LGBT es el resultado de percepciones negativas basadas en generalizaciones falsas, así como en reacciones negativas a situaciones que son ajenas las ‘nuestras’.”⁵² El elemento sexual entendido en términos “correctivos” es un componente característico de esta clase de coacción, ya que es “(...) utilizad[o] para sancionar y castigar a las personas que desafían las normas tradicionales del género en razón de su orientación sexual, identidad o expresiones de género. La CIDH encontró que la esencia de este crimen es el castigo a la sexualidad no normativa o la no conformidad con el género.”⁵³

En punto al elemento subjetivo o intención perseguida por el perpetrador a la hora de materializar un delito contra las personas LGBTI se advierte como factor común un deseo de sancionar aquellas conductas tachadas como “incorrectas”, atentar contra “(...) expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer. Esta violencia se dirige, entre otros, a las demostraciones públicas de afecto entre personas del mismo sexo y a las expresiones de ‘feminidad’ percibidas en hombres o ‘masculinidad’ en mujeres. La violencia se puede manifestar en el uso de la fuerza por parte de agentes de seguridad del Estado, encargados de hacer cumplir la ley amparados en normas sobre la ‘moral pública’. También puede tomar la forma de violencia médica ejercida contra personas

cuyos cuerpos difieren de los estándares socialmente aceptados de cuerpos masculinos o femeninos, en intentos por ‘arreglar su sexo’⁵⁴, entre otros.”⁵⁵ Sobre la base de esta tesis, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes indicó “(...) que en una parte considerable de los casos de tortura a personas LGBT hay indicaciones de que se les somete con frecuencia a actos de violencia de índole sexual, como violaciones o agresiones sexuales, a fin de ‘castigarlos’ por traspasar las barreras del género o por cuestionar ideas predominantes con respecto al papel de cada sexo.”⁵⁶ De manera análoga agregó que “(...) la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos.”⁵⁷ Resta mencionar en torno a la recepción normativa de este tópico que “(...) según el Derecho Internacional, salvo pocas excepciones⁵⁸, los conceptos ‘orientación sexual’ e ‘identidad de género’ [y con ello la violencia por prejuicio] no se encuentran expresamente incluidos en los tratados de derechos humanos como categorías prohibidas de discriminación. En consecuencia, cuando estos derechos empezaron a tener mayor prominencia, organismos internacionales y regionales de derechos humanos analizaron la orientación sexual y la identidad de género bajo dos categorías prohibidas de discriminación, a saber, discriminación en razón del ‘sexo’, y la cláusula abierta de no discriminación en razón de ‘cualquier otra condición social’. Asimismo, la CIDH ha indicado que los tratados internacionales de derechos humanos tales como la Convención Americana son ‘instrumentos vivos’ que deben ser interpretados de conformidad con los tiempos actuales y con base en un criterio evolutivo. De tal forma, la Comisión y la Corte Interamericanas han afirmado que la *orientación sexual*⁵⁹ y la *identidad de género*⁶⁰ están protegidas por la frase ‘otra condición social’ del artículo 1.1 de la Convención Americana.”⁶¹ De la lectura de los conceptos que anteceden, se desprende que la violencia por prejuicio presupone una conducta enmarcada en un contexto social de rechazo hacia el “otro” como consecuencia de su orientación sexual. Este repudio se materializa en agresión y conlleva un mensaje de intolerancia contra aquello percibido como “distinto” que, ante supuestos de impunidad, proyecta una percepción de condona hacia la comunidad que impacta en el incremento de esta clase de supuestos.

Conclusiones

El caso “Azul Rojas Marín” representa un avance en el marco de un proceso de fortalecimiento en materia de reconocimiento de derechos en favor de las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales. Visibiliza un conjunto de problemáticas, que se replican en la mayoría de las jurisdicciones de estas latitudes, vinculadas a las dificultades y obstáculos que enfrenta el mentado colectivo para acceder a la justicia y el maltrato proveniente de funcionarios públicos al momento de denunciar conductas como las aquí analizadas. Del mismo modo, el temperamento adoptado por la Corte IDH, resulta novedoso en materia de interpretación normativa en atención a los alcances otorgados a los

términos de la Convención Interamericana y aquella destinada a prevenir y sancionar la tortura.

También, debe entenderse como una exhortación a los Estados miembros de la OEA a los fines de que adopten las decisiones que resulten necesarias con el objeto de prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar todo tipo de violencia contra las personas LGBTI.

Sumado a ello, se advierte la necesidad de desarrollar medidas de recolección de datos para estudiar y evaluar el alcance y las tendencias de este tipo de violencia.

Entendemos que esta tarea deberá ser acompañada de un marco legal que incorpore terminología específica en la materia y prevea conductas típicas autónomas, así como diversas clases de agravantes ante la configuración de un supuesto de violencia por prejuicio. Ello así, toda vez que una técnica legisferante en tal sentido genera un impacto simbólico y envía un fuerte mensaje a la sociedad en materia de política criminal.

Finalmente, en el ámbito jurisdiccional, los Estados, ante un caso que presenta como víctima una persona LGBTI, o aquellas percibidas como tales, tendrán la obligación de realizar exhaustivas e imparciales investigaciones en las cuales se indague los motivos de la violencia, debiendo determinar si dicho crimen fue cometido con base en la orientación sexual o la identidad de género, real o percibida, de la víctima o las víctimas.

A modo de cierre, resta mencionar que no todo supuesto de violencia contra persona lesbiana, gay, bisexual, trans e intersex, o percibida como tal representa un caso de violencia por prejuicio. Sin embargo, la situación coyuntural actual impone la obligación de comenzar la investigación sobre la base de dicha presunción delictiva, la cual, en caso de corresponder, habrá de ser desvirtuada como consecuencia de una investigación exhaustiva, respetuosa del deber de debida diligencia, donde se especifique las razones que motivaron la violencia.

1 Prosecretario Letrado del Consejo de la Magistratura de la Nación.

2 El citado inciso dispone que: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales."

3 Establece que: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas."

4 Refiere que: "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios."

5 Se estipula que: "Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella."

6 Bajo el título "Obligaciones de Respetar los Derechos", se indica que "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.”

7 Bajo el rotulo de “Garantías Judiciales”, se establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

8 El articulado expresa que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

9 “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”, se indica que: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

10 Art. 1: “Los Estados partes se obligan a prevenir y sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.”

11 Art. 6: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.”

12 Art. 8: “Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éstos prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.”

13 Adoptamos estas siglas en razón de que la CIDH las utiliza cuando se refiere a las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex. Cuando se hace referencia únicamente a la violencia experimentada por lesbianas, gay, bisexuales y personas trans, la CIDH utiliza las siglas LGBT. Sin perjuicio del desarrollo que habremos de formular, cabe adelantar que "(...) la violencia contra personas LGBT se basa en la percepción de las orientaciones sexuales e identidades de género que transgreden las normas socialmente aceptadas del género. [L]a violencia contra las personas intersex se deriva de la falta de reconocimiento y aceptación hacia las personas cuyos cuerpos difieren del estándar corporal masculino y femenino, y frecuentemente consiste en tratamiento o cirugías médicas innecesarias realizadas en ausencia del consentimiento informado de las personas intersex." (CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS/SER.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12 de noviembre de 2015.)

14 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020.

15 CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.579, *Valentina Rosendo Cantú y otra*, México, 2 de agosto de 2009, párr. 60, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.580. *Inés Fernández Ortega*, México, 7 de mayo de 2009, párr. 88, Informe No. 53/01, Caso 11.565, Fondo, *Ana, Beatriz y Cecilia González Pérez*, México, 4 de abril de 2001, párr. 45.

16 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 311; y CIDH, Informe No. 33/16, Caso 12.797. Fondo. *Linda Loaiza López Soto y familiares*. Venezuela. 29 de julio de 2016, párr. 176.

17 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro.*, supra, párr. 311.

18 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro.*, supra, párr. 311; y CIDH, Informe No. 74/15, Caso 12.846. Fondo. *Mariana Selvas Gomez y otras*. México. 28 octubre 2015, párr. 346.

19 CIDH, Informe 24/18. Caso 12.982. *Azul Rojas Marín y otra Perú*. Fondo. 24 de febrero de 2018., párr. 89.

20 CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/SER.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1, corr., 22 de octubre de 2002. Citando: CIDH, *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 118.

21 El *ius cogens* quedó positivizado a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 53 *Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (Jus Cogens)*, redactada en Viena el 23 de mayo de 1969, donde expresamente se indicó que la celebración de un tratado en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general conlleva su nulidad. A ello debe sumarse la interpretación de sus alcances formulada por la Corte IDH quien refirió que: "El *ius cogens* está formado por derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, que afectan valores y bienes

trascendentales de la comunidad internacional consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y que genera obligaciones *erga omnes* para los Estados, consistentes en adoptar las medidas necesarias para no dejar en la impunidad las violaciones de aquéllas.” (Corte IDH, *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 84, 85, 128 y 131.).

22 CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos.*, supra, citado en CIDH, *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 154; y Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro.*, supra, párr.271.

23 CIDH, *Azul Rojas Marín y otra Perú.*, supra, párr. 92.

24 CIDH, Informe 5/96. Caso 10.970. *Perú. Raquel Martín de Mejía*. 1 de marzo de 1996; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215.

25 CIDH, Informe 172/10. *César Alberto Mendoza y otros (Prisión y Reclusión perpetuas de adolescentes). Fondo. Argentina*. 2 de noviembre de 2010. Párr. 298; Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 134 y Corte IDH, *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260.

26 Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 117. Citando. *Cfr. ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, para. 597, y *CAT, Case V.L. v. Switzerland*, Decision of 22 January 2007, U.N. Doc. CAT/C/37/D/262/2005, párr. 8.10.

27 CIDH, *Azul Rojas Marín y otra Perú.*, supra, párr.117.

28 Resulta importante remarcar que el Estado de Perú ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 12 de julio de 1978 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981. Asimismo, el Estado de Perú ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura el 28 de marzo de 1991.

29 Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 100, y *Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*, supra, párr. 180.

30 Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 92, y *Caso*

Valenzuela Ávila Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386, párr. 180.

31 Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 2; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37, y Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, artículo 10.

32 Cfr. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículos 1 y 5; Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 5; Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño, artículo 16; Convención de Belém do Pará, artículo 4, y Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 3.

33 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú.*, supra, párr.141.

34 Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra., párr. 179.

35 Corte IDH, *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párr. 367, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México.*, supra, párr. 179.

36 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú.*, supra, párr. 141.

37 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú.*, supra, párr. 143.

38 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57, y *Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C No. 392, párr. 91.

39 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*, supra, párrs. 57 y 58, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párr. 150.

40 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú.*, supra, párrs. 158 y 159.

41 Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 102, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párr. 192.

42 Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párrs. 110 y 112, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.*, supra, párr. 193.

43 Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párr. 128, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.*, supra, párr. 193.

44 Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párr. 117, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.*, supra, párr. 193.

- 45 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú.*, supra, párr.165.
- 46 Para un acabo tratamiento de la temática ver *Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación*. Naciones Unidas, Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf
- 47 Conf. Forrest, Duncan, *Torture Through the Ages*, en Forrest, Duncan, (edit.), *A Glimpse of Hell. Reports on Torture Worldwide*, Amnesty International, University Press, New York, 1996, p. 23.
- 48 Barbero, Natalia, *Análisis dogmático-jurídico de la tortura: la tortura en derecho internacional: la tortura como delito y como crimen contra la humanidad en derecho argentino y español*, primera edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 16.
- 49 Conf. Art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- 50 Bazán Chacon, Iván, *El delito de tortura como crimen internacional*, trabajo presentado ante el Taller Jurídico del Sur, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Tacna, 14/5/99, ap. 2., en Barbero, *op.cit.*, p.54.
- 51 Gregory Herek, *The Psychology of Sexual Prejudice*, University of California, *Current Directions in Psychological Science*, 1999.
- 52 María Mercedes Gómez, "Capítulo 2: Violencia por Prejuicio" en *La Mirada de los Jueces: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Tomo 2. Cristina Motta & Macarena Sáez, eds., Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Red Alas, 2008, citado en CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, supra, 44.
- 53 CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, supra, párr. 9.
- 54 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. 57.
- 55 CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, supra, párr.25.
- 56 ONU, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, A/56/156, 3 de julio de 2001, párr. 17.
- 57 ONU, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, supra, párr. 19, citado en ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 79.
- 58 Ver por ejemplo la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en el cuadragésimo tercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 6 de junio de 2013. Asimismo, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores incluye una referencia específica a la no discriminación con base en las "diversas orientaciones sexuales e identidades de género" (Artículo 5 "Igualdad y no discriminación por razones de edad"). OEA,

Asamblea General, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, cuadragésimo quinto período ordinario de sesiones, adoptada en Washington D.C., 15 de junio de 2015, firmada el mismo día por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay.

[59](#) CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas (Caso 12.502)* contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2012, párrs. 90 y 95.

[60](#) Corte IDH, *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 84, 85, 91 y 93.

[61](#) CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, supra, párr.39.