

OEA/Ser.L/V/II.173

Doc.419

31 de diciembre

de 2020

Original: inglés

INFORME No. 401/20

CASO 13.095

INFORME DE FONDO (PUBLICACIÓN)

T. B. Y S. H.
JAMAICA

Aprobado por electrónicamente por la Comisión el 31 de diciembre de 2020

Citar como: CIDH, Informe No. 401/20 (PUBLICACIÓN). Caso 13.095. Fondo. T. B. y S. H. Jamaica.
31 de diciembre de 2020.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
II.	POSICIÓN DE LAS PARTES.....	2
	A. Posición de la parte peticionaria.....	2
	B. Posición del Estado	5
III.	ANÁLISIS DE LA ADMISIBILIDAD.....	6
	A. Competencia <i>ratione materiae, ratione personae, ratione temporis y ratione loci</i> de la Comisión	6
	B. Requisitos de admisibilidad	7
	1. Agotamiento de los recursos internos y plazo de presentación	7
	2. Duplicación de procedimientos y cosa juzgada internacional	7
	3. Caracterización de los hechos alegados.....	7
IV.	DETERMINACIONES DE HECHO	8
	A. La ley de “sodomía” de Jamaica	8
	B. Las personas LGBTI en Jamaica.....	8
	C. La situación de S. H. y T. B.....	10
	D. Impugnaciones de la Ley de Delitos contra la Persona.....	13
V.	ANÁLISIS DE DERECHO	14
	A. El principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la protección de la honra y de la dignidad, el derecho a la integridad personal y el derecho de circulación y de residencia.....	14
	1. Consideraciones generales	14
	2. Análisis de este caso.....	20
	B. El principio de legalidad	22
	C. El derecho a la salud.....	23
	D. El derecho a la protección judicial	27
VI.	ACCIONES POSTERIORES AL INFORME No. 240/19	28
VII.	INFORME No. 250/20 E INFORMACIÓN SOBRE CUMPLIMIENTO	29
VIII.	CONCLUSIONES FINALES Y RECOMENDACIONES	29
IX.	PUBLICACIÓN	31

I. INTRODUCCIÓN

8. El 16 de agosto de 2011¹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la CIDH”) recibió una petición presentada por Aids-Free World (“la peticionaria”), en la cual se alega la responsabilidad internacional de Jamaica² (“el Estado” o “Jamaica”) por la violación de varios derechos de T. B. y S. H. como consecuencia de las leyes que tipifican como delito las relaciones sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo y crean un contexto adverso para las personas LGBTI.

9. El 21 de septiembre de 2011, la CIDH otorgó medidas cautelares para proteger a T. B. y S. H. y pidió al Estado jamaicano que tomara las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de ambas personas. En la solicitud señaló que ambas habían sufrido agresiones, ataques, amenazas y acoso debido a su orientación sexual³.

10. El 6 de junio de 2017, la CIDH informó a las partes que, de acuerdo con su resolución 1/16 sobre medidas para reducir el atraso procesal, había decidido aplicar el artículo 36.3 del Reglamento y diferir el análisis de admisibilidad hasta el debate y la decisión sobre el fondo. Además, la CIDH se puso a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa, sin embargo no fue posible alcanzar un acuerdo⁴. Las partes contaron con los plazos dispuestos en el Reglamento de la CIDH para presentar observaciones adicionales sobre el fondo. Toda la información recibida por la Comisión fue transmitida debidamente a las partes. El 11 de noviembre de 2019, la Comisión realizó una audiencia pública sobre el caso durante su 174 período de sesiones⁵.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

A. Posición de la parte peticionaria

11. La parte peticionaria afirma que T. B. y S. H. han sido víctimas de varios ataques como consecuencia de su orientación sexual o su identidad de género. Señala que dichos ataques han sido motivados por la existencia de la Ley de Delitos contra la Persona de 1864 (también conocida como “OAPA” o “ley de sodomía”), en la cual se tipifican como delitos la sodomía —es decir, las relaciones sexuales anales— y los “delitos contra la moral pública” entre hombres, en público o en privado, y se les aplica una pena máxima de diez años de cárcel. Agrega que las leyes de sodomía se usan para juzgar a las personas LGBTI y legitimar la discriminación y la violencia perpetradas contra ellas debido a su orientación sexual o su identidad de género.

12. La peticionaria sostiene que el señor S. H., que es gay, ha sufrido ataques frecuentes debido a su orientación sexual. Afirma que, en abril de 2011, cuando el señor S. H. regresaba a su casa de una tienda, dos hombres se pararon frente a él en la calle, lo llamaron “batty man” [en el dialecto jamaicano, “maricón”] y comenzaron a empujarlo de un lado para otro entre ellos. El dueño de una ferretería intervino al ver lo que estaba ocurriendo: les dijo a los hombres que dejaran en paz al señor S. H. y le dijo al señor S. H. que se fuera a su casa. Cuando el señor S. H. se iba, los atacantes le dijeron: “¡Muerte a los maricones!”. Pocos días después, el dueño de la ferretería le dijo al señor S.H. que había oído una conversación entre estos hombres y que los oyó decir que iban a matarlo.

13. Una semana después, el señor S. H. estaba caminando en la avenida Humber. Un hombre estaba lavando su automóvil cerca de la acera, de modo que el señor S. H. bajó a la calle para pasar alrededor del coche. Cuando pasaba, el hombre le arrojó agua y le gritó: “No quiero que pasen maricones al lado mío”. La parte peticionaria señala que el señor S. H. denunció ambos incidentes en la comisaría de la calle Barnett, ante dos agentes de

¹ El 7 de octubre de 2011, la peticionaria presentó información adicional para complementar la petición inicial.

² De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 del Reglamento de la Comisión, la comisionada Margarette May Macaulay, de nacionalidad jamaicana, no participó en el debate ni en la decisión sobre este caso.

³ MC 153/11, X y Z, Jamaica.

⁴ Carta de la CIDH del 6 de junio de 2017.

⁵ El Estado no asistió a la audiencia. El 24 de octubre de 2019, el Estado pidió que se convocara una audiencia para una fecha posterior y que se le avisara con suficiente anticipación. La CIDH decidió celebrar la audiencia de conformidad con el artículo 64.3 de su Reglamento, en el cual se dispone que “[s]i una parte debidamente notificada no comparece, la Comisión proseguirá con la audiencia”.

policía, en una sala llena de gente. Después de su declaración, el supervisor le dijo al otro agente que suprimiera la palabra “amenaza” del parte policial, ya que el primer incidente había sido una mera agresión.

14. La parte peticionaria agrega que se produjo un tercer incidente el 31 de mayo de 2011. Cuando el señor S. H. iba caminando a su casa de vuelta de una clase, a las 18:30 horas, aproximadamente, por la avenida Foster, el hombre que lo había agredido la primera vez salió de una casa y le gritó: “Maricón, ¿no te dije que no quería volver a verte por aquí?”. Acto seguido, le tiró una piedra. El señor S. H. escapó ileso. Al día siguiente volvió a la comisaría de la calle Barnett para hacer otra denuncia. Los agentes le dijeron que arrojar piedras no constituía una agresión. Cuando él preguntó qué era, la respuesta de la policía fue: “Es solo arrojar piedras”.

15. La parte peticionaria señala que, el 19 de junio de 2011, cuando el señor S. H. estaba caminando con un grupo de amigos por la calle principal de la ciudad turística de Ocho Ríos, en la costa norte, un automóvil con tres hombres pasó a su lado y uno de los pasajeros gritó: “Batty-man”. Después, el automóvil dio marcha atrás con las puertas abiertas y paró frente al señor S. H. y sus amigos. Los ocupantes les dijeron al señor S. H. y a sus amigos que no querían ningún “batty man” en Ocho Ríos y que en esa ciudad mataban a los maricones. El automóvil siguió al señor S. H. y a sus amigos, mientras los ocupantes gritaban, entre otras cosas: “Batty man fi dead” (“¡Muerte a los maricones!”). Uno de los hombres que estaban en el automóvil le arrojó algo al señor S. H., pero no lo alcanzó. El señor S. H. y sus amigos tomaron un atajo, por el cual el automóvil no pudo seguirlos, y fueron a la comisaría de Ocho Ríos. La policía recibió la denuncia en el vestíbulo y después escoltó al señor S. H. y a sus amigos al centro de transporte de Ocho Ríos para que pudieran tomar un autobús de regreso a Montego Bay.

16. Por otro lado, la parte peticionaria alega que la señora T. B., mujer trans a quien se le había asignado el sexo masculino al nacer y que anteriormente se había identificado como hombre gay, ha sufrido discriminación desde la infancia debido a su orientación sexual, su identidad de género y su expresión de género. La peticionaria afirma que la señora T. B. vivió en Clarendon (Jamaica) hasta el 15 de marzo de 2011, fecha en que su familia la echó de la casa, y tuvo que huir porque varios hombres amenazaron con matarla y prender fuego a la casa debido a su orientación sexual. Desde entonces ha tenido que mudarse constantemente y se ha quedado por lo menos en ocho lugares diferentes para no tener que vivir en la calle.

17. Específicamente, la señora T. B. afirma que, el 12 de marzo de 2011, fue atacada por una turba. Ese día, poco antes de las 19:00 horas, fue a comer a un restaurante. Estaba sentada a una mesa con un amigo que tenía un aspecto muy femenino, mirando a unos hombres. Esos hombres se acercaron, los insultaron y les dijeron que no querían maricones allí, mientras imitaban el sonido de disparos. La señora T. B. cruzó la calle para escapar de la escena. Mientras cruzaba, vio gente acercándose desde todas las direcciones para atacarlos con botellas, piedras y bastones. Entró corriendo con su amigo en un comercio que estaba cerca, y entonces llegó la policía, que los llevó a la comisaría. Cuando llegaron, los agentes de policía les informaron que iban a formular cargos en su contra y que, si no cooperaban, encontrarían una docena de delitos de los cuales acusarlos. La señora T. B. alega que, desde el momento en que llegó a la comisaría con su amigo —después de las 19:00 horas— hasta las 3:00 de la mañana, aproximadamente, siete u ocho agentes de policía los acosaron y los maltrataron constantemente. Agrega que oyó a algunos de los policías decir: “Matémoslos aquí; si los matamos, no pasará nada”.

18. La señora T. B. señala que, en un momento dado, la policía les permitió irse de la comisaría. Cuando estaban saliendo, uno de los agentes les dijo: “Que sea la última vez que los veo en Mandeville. Yo soy policía de civil; si los veo otra vez en Mandeville, voy a hacer que la turba les dé una paliza peor de la que planeaban”. Según la parte peticionaria, el 15 de mayo, la madre de la señora T. B. la echó de su casa. La señora T. B. fue a quedarse con un diácono de la iglesia, pero la maltrataron y tuvo que irse poco después. Desde entonces ha estado mudándose constantemente y ahora se encuentra en el exterior.

19. Con respecto a la **admisibilidad**, la parte peticionaria afirma que la petición cumple todos los requisitos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”). En lo que se refiere al agotamiento de los recursos internos, señala que la petición cumple los requisitos para una excepción dispuestos en el artículo 31.2, incisos a y b, del Reglamento de la Comisión porque en el apartado 13.12 de la

Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de Jamaica, la “cláusula de exclusión”, se establece que nada relacionado con delitos sexuales podrá ser considerado incompatible con las disposiciones de dicho capítulo o violatorio del mismo. Por lo tanto, no existe un recurso interno eficaz para declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Delitos contra la Persona de 1864. La parte peticionaria señala que presentó la petición a la CIDH dentro de un plazo razonable de conformidad con el artículo 32.2 del Reglamento de la Comisión.

20. En cuanto a los argumentos jurídicos, la parte peticionaria afirma que la Ley de Delitos contra la Persona viola el **principio de no discriminación e igualdad ante la ley** porque da al Gobierno de Jamaica una justificación legal para discriminar contra las personas LGBT. Agrega que dicha ley viola el **derecho a la vida y a la integridad personal** porque legitima los abusos contra los jamaquinos homosexuales y LGBTI y autoriza a los agentes del Estado y a los particulares a cometer con impunidad actos de violencia contra personas LGBTI o contra personas que parezcan serlo. La peticionaria señala que tanto T. B. como S. H. han sido objeto de actos extremos de intimidación y amenazas de violencia a manos de agentes de policía y particulares debido a su orientación sexual, su identidad de género y su expresión de género, en incidentes que van desde amenazas veladas de violencia física en general hasta amenazas de muerte específicas.

21. Asimismo, la peticionaria alega que Jamaica ha violado el **derecho a la protección de la honra y de la dignidad** porque la Ley de Delitos contra la Persona constituye una injerencia en la vida privada al penalizar incluso actos consensuales realizados en privado. Por ejemplo, cuando el señor S. H. denunció incidentes de acoso y abuso a la policía, el agente le tomó declaración y conversó en voz alta en salas donde había mucha gente para que otras personas que estaban en la comisaría se enteraran de que el señor S. H. era homosexual. Análogamente, cuando la señora T. B. se vio obligada a refugiarse en una comisaría, los agentes dijeron repetidamente a otros que habían agarrado a dos hombres gays.

22. La peticionaria aduce que Jamaica violó el **derecho a la libertad de pensamiento y de expresión**, ya que los actos sexuales íntimos entre adultos o entre dos hombres homosexuales son una expresión de su homosexualidad y de su identidad homosexual. Por lo tanto, el hecho mismo de que la Ley de Delitos contra la Persona siga en vigor viola el derecho a la libertad de expresión de los “homosexuales jamaquinos” y de personas LGBTI como T. B. y S. H.

23. La peticionaria afirma que el Estado violó el **derecho a la libertad de asociación** porque la Ley de Delitos contra la Persona discrimina en contra de las personas LGBTI al negarles el derecho a perseguir intereses particulares y a ejercer la libertad de asociación en forma de asociación íntima o familiar con otros. De esta manera se aísla a la comunidad LGBTI en Jamaica y se le impide asociarse con otras personas LGBTI y con personas heterosexuales. La peticionaria señala que el Estado violó el **derecho a la vida familiar** porque, con dicha ley, Jamaica ha negado a las presuntas víctimas el derecho a mantener su familia y a tener contacto con ella, ya que ninguna de las dos presuntas víctimas se comunica regularmente con sus familiares. Asimismo, T. B. y S. H. señalan en su declaración que los vínculos familiares se han cortado a causa de la violencia, la persecución y la discriminación que ambos han enfrentado.

24. La parte peticionaria sostiene que el Estado violó el **derecho de circulación y de residencia** de las presuntas víctimas porque la situación en Jamaica las priva de estos derechos al convertirlas en prisioneras de su propia casa o, peor aún, en prisioneras de cualquier albergue que encuentren, porque los homosexuales y las personas LGBTI suelen encontrarse en una situación persistente de carencia de hogar. T. B. y S. H. quedaron sin residencia permanente porque los echaron de la casa. En ambos casos, la familia los rechazó porque sospechaban de su homosexualidad. La falta de un hogar permanente los obliga a permanecer en albergues públicos donde su vida podría correr peligro si otras personas se enteran de que son gays o si lo sospechan.

25. La parte peticionaria afirma que el Estado violó el **derecho a participar en el gobierno** porque la Ley de Delitos contra la Persona impide la plena participación de los jamaquinos homosexuales —entre ellos las presuntas víctimas— en el gobierno al tipificar su conducta como delito. Los políticos elegidos se abstienen de contratar homosexuales porque podrían terminar en la cárcel de acuerdo con las leyes jamaquinas. Con la Ley de Delitos contra la Persona, los homosexuales no pueden participar plenamente en la vida pública en Jamaica.

26. La parte peticionaria afirma que Jamaica violó el **derecho a la salud** porque las presuntas víctimas no tienen acceso a servicios eficaces de prevención, pruebas y tratamiento para el VIH debido a la discriminación generalizada contra los homosexuales y las personas LGBTI, incluso en el sector de la salud pública. Señala que hay alrededor de 32.000 personas infectadas por el VIH en Jamaica y que, según el informe nacional sobre el sida, la mitad de ellas no conocen su estado ni tienen acceso a servicios de salud. En dicho informe se establece una relación entre las bajas tasas de notificación de la infección por el VIH y el sida, por una parte, y el estigma y la discriminación, por la otra, que acompañan a las personas gays, y se llega a la conclusión de que las leyes contra la sodomía impiden que los homosexuales reciban servicios de prevención y tratamiento.

B. Posición del Estado

27. Con respecto a la **admisibilidad** de la petición, el Estado aduce que la parte peticionaria no ha agotado los recursos internos cuando presentó la petición, como se requiere de acuerdo con el artículo 46.1.a de la Convención y el artículo 31 del Reglamento de la Comisión. Señala que, en virtud del artículo 19 de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de Jamaica, toda persona que alegue que se ha infringido, se está infringiendo o probablemente se infrinja cualquiera de las disposiciones de la Carta en relación con ella puede recurrir a la Suprema Corte para pedir una reparación. Alega que la peticionaria podría haber interpuesto una acción constitucional similar, de conformidad con el artículo 25 de la Constitución, antes de la entrada en vigor de la Ley de Delitos contra la Persona. La legislación interna de Jamaica asegura el debido proceso para la protección de los derechos presuntamente violados.

28. Asimismo, el Estado afirma que la petición no se encuadra en las excepciones dispuestas en el artículo 46.2, incisos a y c, de la Convención y en el artículo 31.2, incisos a y c, del Reglamento de la Comisión. Señala que la afirmación de la peticionaria de que la cláusula de exclusión “imposibilita” la impugnación de la Ley de Delitos contra la Persona no encuentra fundamento en la práctica en el ordenamiento jurídico interno. Informa que actualmente hay un caso pendiente ante la Suprema Corte de Jamaica, que consiste en una acción constitucional interpuesta por un jamaíquino que ha pedido órdenes y declaraciones para que los artículos 76, 77 y 79 de la Ley de Delitos contra la Persona se interpreten en el sentido de que no prohíben ciertos derechos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho a la intimidad y a la igualdad de conformidad con la Carta.

29. El Estado informa que la demanda interpuesta por Javed Saunja Jaghai y J-Flag contra el Procurador General y otros ante la Suprema Corte de Judicatura con el fin de que se despenalizara la actividad sexual consensual entre hombres adultos en Jamaica fue retirada. Según el Estado, el señor Jaghai declaró que retiraba la demanda porque, aunque no había sufrido daños físicos después de interponerla, lo habían amenazado. No explicó el índole de las amenazas ni resulta claro sin las presuntas amenazas son una consecuencia directa de la acción entablada ante la Corte, y no hay ninguna indicación de que se haya puesto a las autoridades en conocimiento de dichas amenazas y de que las autoridades no hayan actuado. Por lo tanto, la Corte no pudo emitir un fallo en este asunto porque la demanda fue retirada. Cualquier litigante podría llevar un asunto de este tipo ante la Corte para que lo resuelva.

30. El Estado agrega que no está en condiciones de predecir el resultado de una acción de ese tipo ante los tribunales locales. Afirma que no se le debería exigir que demuestre que la impugnación de una ley en particular prosperará para comprobar que hay recursos internos, ya que la existencia de un recurso no está vinculada necesariamente a un desenlace particular.

31. Además, el Estado señala que, de conformidad con el artículo 32.1 del Reglamento de la Comisión, las peticiones deben presentarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se haya comunicado a la presunta víctima la decisión que agotó los recursos internos. Como no hubo una decisión, este requisito no se puede cumplir. Las excepciones relativas al agotamiento de los recursos internos no se aplican en este caso. Por lo tanto, tampoco se aplica el requisito más flexible del artículo 32.2 del Reglamento de que la petición se presente dentro de un “plazo razonable”.

32. El Estado alega que la Comisión no tiene competencia para considerar la petición, en la cual se pide que se determine si la legislación interna es compatible con las obligaciones asumidas por Jamaica en el marco de la Convención. Afirma que dicha competencia incumbe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en virtud del artículo 64.2 de la Convención. Las funciones de la Comisión enumeradas en la Convención no incluyen la facultad para determinar la compatibilidad del derecho interno con dicho instrumento. El Estado agrega que un peticionario no tiene *locus standi* de acuerdo con la Convención ni con el Reglamento de la Comisión para pedir que la Comisión se pronuncie sobre la compatibilidad del derecho interno de un país con la Convención.

33. El Estado señala que la Comisión no tiene competencia *rationae personae* porque ni T. B. ni S. H. han sido objeto de una investigación o un juicio penal por haber participado en actos abarcados por los artículos 76, 77 o 79 de la Ley de Delitos contra la Persona. Afirma que en las peticiones se debe aducir una violación concreta para que la Comisión pueda aceptarlas. Agrega que la Ley de Delitos contra la Persona no es una norma de aplicación automática y, por lo tanto, puede afectar derechos individuales solo cuando el Estado toma medidas para aplicarla.

34. Con respecto al **fondo** del caso, el Estado afirma que las alegaciones de T. B. y S. H. son manifiestamente infundadas. Señala que no hay pruebas de que T. B. o S. H. hayan presentado denuncias relativas a amenazas para su vida o su integridad física. Además, no se conoce el paradero de T. B., lo cual impide que la policía continúe investigando. Por otro lado, el Estado señala que inició la investigación de los tres incidentes denunciados por S. H., pero que S. H. informó a los investigadores que no quería que la policía continuara investigando el asunto. Su paradero tampoco se conoce, lo cual impide toda acción adicional.

35. Específicamente, el Estado señala que, aunque T. B. y S. H. efectuaron alegaciones con respecto al acceso a servicios de salud en establecimientos de salud pública, dichas alegaciones se refieren a la decisión de no acudir a los servicios de salud o no son específicas y no están respaldadas por pruebas. Por lo tanto, la Comisión no debería llegar a una conclusión adversa con respecto a la responsabilidad del Estado.

36. El Estado sostiene que la petición es infundada porque no ha asumido ninguna obligación en el ámbito internacional de revocar el delito de sodomía y otros delitos similares. Afirma que Jamaica no es parte de un tratado u otro instrumento que prohíba específicamente la preservación del delito de sodomía y otros delitos similares y que no hay ninguna norma en el derecho consuetudinario que requiera la revocación del delito de sodomía. El Estado señala que, en América Latina y el Caribe, hay nueve Estados que siguen tipificando como delitos la sodomía y actos similares y que Jamaica es uno de 72 Estados, aproximadamente, de los 193 Estados de todo el mundo donde se penalizan la sodomía y actos similares. Por otro lado, afirma que, si se pudiera argumentar que ha surgido una norma en el derecho consuetudinario de acuerdo con la cual es impermissible tipificar la sodomía como delito, Jamaica cumpliría los requisitos para ser considerado objetor persistente frente a una presunta norma consuetudinaria de ese tipo. Jamaica siempre se ha opuesto y continúa oponiéndose a toda supuesta obligación internacional de revocar el delito de sodomía.

III. ANÁLISIS DE LA ADMISIBILIDAD

A. Competencia *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione loci* de la Comisión

37. Con respecto a la competencia *ratione personae*, la Comisión observa que el Estado argumentó que la Comisión no tiene competencia porque ni T. B. ni S. H. han sido objeto de una investigación o un juicio penal por haber participado en actos abarcados por los artículos 76, 77 o 79 de la Ley de Delitos contra la Persona. En ese sentido, la CIDH recuerda que la peticionaria afirma que la existencia de dicha ley permite la violación de varios de los derechos individuales amparados por la Convención. En vista de que, de acuerdo con el artículo 44 de la Convención, la peticionaria puede presentar quejas y que las presuntas víctimas son personas que se encontraban bajo la jurisdicción del Estado jamaicano cuando se produjeron los actos alegados, la Comisión tiene competencia *ratione personae* para considerar la petición. Asimismo, la Comisión tiene competencia *ratione loci* para considerar la petición porque en ella se alegan violaciones de la Convención que presuntamente tuvieron lugar en el territorio de un Estado parte de dicho instrumento. La CIDH tiene

competencia *ratione temporis* porque Jamaica ratificó la Convención y depositó el instrumento de ratificación el 7 de agosto de 1978. Por lo tanto, el Estado tenía la obligación de respetar y asegurar los derechos amparados en la Convención en la fecha en que se presume que se produjeron los hechos. Por último, la CIDH tiene competencia *ratione materiae* en vista de que la petición se refiere a presuntas violaciones de la Convención.

B. Requisitos de admisibilidad

1. Agotamiento de los recursos internos y plazo de presentación

38. El artículo 46.1.a de la Convención dispone que, para que una petición presentada conforme al artículo 44 sea admitida por la Comisión, se requerirá que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. El propósito de este requisito es que las autoridades internas puedan entender en la presunta violación de un derecho protegido y, en los casos en que corresponda, tengan la oportunidad de abordarla antes de que pase al ámbito de un órgano internacional.

39. La parte peticionaria afirma que se aplican las excepciones establecidas en el artículo 46.2, incisos a y b, de la Convención como consecuencia de los argumentos expuestos anteriormente. A su vez, el Estado indica que la peticionaria no agotó los recursos internos y no presentó la petición dentro del plazo de seis meses.

40. Con respecto al argumento del Estado acerca de la posibilidad de impugnar la interpretación de la Ley de Delitos contra la Persona ante la Suprema Corte, la Comisión observa que la enmienda constitucional de 2011 prohíbe la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de sodomía y que la única demanda interpuesta ante la Suprema Corte fue retirada, supuestamente debido a amenazas basadas en prejuicios relacionados con la orientación sexual del solicitante, antes que la Corte pudiera pronunciarse sobre su admisibilidad. Por esta razón, la Comisión concluye que se aplica la excepción al requisito del agotamiento previo de los recursos internos establecido en el artículo 46.2.a de la Convención. Asimismo, la Comisión concluye que la petición fue presentada dentro de un plazo razonable, ya que algunas de las consecuencias de los actos denunciados persisten y, por lo tanto, se ha cumplido el requisito de presentación dentro de un plazo razonable establecido en el artículo 32.2 del Reglamento de la Comisión⁶.

2. Duplicación de procedimientos y cosa juzgada internacional

41. En el artículo 46.1.c de la Convención se dispone que, para que una petición sea admitida, se requiere que su materia “no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional”, en tanto que, en el artículo 47.d, se estipula que la Comisión declarará inadmisibles toda petición que sea sustancialmente la reproducción de una petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional. En el caso de autos, las partes no han señalado que exista cualquiera de estas circunstancias, y el expediente no revela su existencia.

3. Caracterización de los hechos alegados

42. A efectos de la admisibilidad, la Comisión debe decidir si en la petición se exponen hechos que caractericen una violación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.b de la Convención o si la petición es “manifiestamente infundada” o si es “evidente su total improcedencia” de acuerdo con el inciso c de dicho artículo. La norma relativa a estos dos requisitos es diferente de la que se emplea para tomar una decisión sobre el fondo de una queja. La Comisión debe hacer una evaluación *prima facie* para determinar si en la queja se ha fundamentado la aparente o posible violación de un derecho garantizado en la Convención, pero no para demostrar la existencia de una violación. Esta evaluación es un análisis resumido que no prejuzga el fondo ni da lugar a una opinión anticipada al respecto.

⁶ Véase CIDH, Informe No. 80/18, Petición 1850-11. Admisibilidad. Gareth Henry, Simone Carline Edwards y familiares. Jamaica. 2 de julio de 2018.

43. Ni en la Convención ni en el Reglamento de la CIDH se requiere que la peticionaria indique los derechos específicos presuntamente violados por el Estado en el asunto que tramita ante la Comisión, aunque la peticionaria puede hacerlo. Incumbe a la Comisión, de acuerdo con la jurisprudencia del sistema, determinar en su informe de admisibilidad qué disposiciones de los instrumentos interamericanos pertinentes se aplican, cuya violación podría demostrarse de probarse en medida suficiente los hechos alegados.

44. La Comisión considera que los hechos alegados por la peticionaria, de probarse, podrían constituir una violación de los derechos enunciados en los artículos 5, 11, 22, 24, 25 y 26 de la Convención en lo que respecta a las obligaciones establecidas en sus artículos 1.1 y 2, en perjuicio de T. B. y S. H.

IV. DETERMINACIONES DE HECHO

A. La ley de “sodomía” de Jamaica

45. El caso de autos se refiere al efecto de la Ley de Delitos contra la Persona de 1864 en la vida de T. B. y S. H. La ley dispone lo siguiente:

76. (Delito contra natura): Toda persona que sea condenada por el abominable delito de sodomía, cometido con otra persona o con cualquier animal, será pasible de pena de cárcel y condenada a trabajos forzados por un período que no exceda de diez años.

77. (Intento): Toda persona que intente cometer dicho delito abominable o que sea culpable de un acto de agresión con la intención de cometer dicho delito o de un ataque indecente a cualquier persona del sexo masculino será culpable de un delito menor y, de ser condenada, será pasible de pena de cárcel por un período que no exceda de siete años, con o sin trabajos forzados.

79 (Ultrajes a la decencia): Toda persona del sexo masculino que, en público o en privado, cometa cualquier ultraje contra la moral pública con otra persona del sexo masculino, que participe en la comisión de dicho acto, que logre que se cometa dicho acto o que trate de que se lo cometa será culpable de un delito menor y, de ser condenada, será pasible, a discreción del tribunal, de pena de cárcel por un período que no exceda de dos años, con o sin trabajos forzados⁷.

46. Además, la Constitución de Jamaica dispone lo siguiente:

13. Derechos y libertades fundamentales

[...]

12. Nada que esté contenido en una ley que esté en vigor antes de la entrada en vigor de la Ley de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales (enmienda constitucional) de 2011, o que se haga por mandato de la misma, en relación con:

- a. delitos sexuales,
- b. publicaciones obscenas o
- c. delitos relacionados con la vida del feto

podrá ser declarado incompatible con las disposiciones de este capítulo o en contravención del mismo⁸.

B. Las personas LGBTI en Jamaica

47. La CIDH y otros organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales y órganos nacionales han expresado preocupación por la situación de las personas LGBTI en Jamaica y han recalcado que la existencia de leyes que penalizan las relaciones sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo en privado crea una cultura de hostilidad, discriminación y graves violaciones contra las personas LGBTI⁹.

⁷ Offences Against the Person Act [Ley de Delitos contra la Persona].

⁸ Constitución de Jamaica de 1962 con las enmiendas introducidas hasta 2011 inclusive.

⁹ CIDH. *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. OEA/ser.L/V/II.170, Doc. 184, 7 de diciembre de 2018, párr. 241.

48. En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica, de 2012, la Comisión señaló lo siguiente:

[...] la discriminación basada en la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género es sistémica en el país y [...] la discriminación contra los miembros de las comunidades de lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI) ha permeado profundamente las instituciones del Estado jamaicano. Las personas que no son heterosexuales o cisgénero enfrentan estigmatización política y jurídica, violencia policial e imposibilidad de acceso al sistema de justicia, además de intimidación, violencia y presiones en sus hogares y comunidades.

Preocupa a la CIDH que las leyes en contra de las actividades sexuales con consentimiento entre hombres adultos o de las conductas homosexuales puedan contribuir a un entorno que, en el mejor de los casos, no condena y, en el peor de ellos, condona la discriminación, la estigmatización y la violencia contra la comunidad LGBTI. La ley sirve como sanción social del abuso, ya que las personas LGBTI son consideradas de por sí como perpetradores de actividades ilegales. Puesto que se contempla a las personas LGBTI como partícipes de actividades delictivas, es lógico inferir que es menos probable que la policía investigue los delitos en su contra¹⁰.

49. Asimismo, en 2014, la Comisión expresó preocupación por la persistencia de la violencia, la discriminación y la hostilidad contra las personas LGBTI en Jamaica y por la falta de leyes para abordar este problema. Expresó especial preocupación por la carencia de hogar y el desplazamiento de hombres jóvenes que tienen relaciones sexuales con otros hombres y por los obstáculos que enfrentan las personas LGBTI para tener acceso a la justicia y a servicios de salud, puesto que temen que revelar su orientación sexual y su identidad de género lleve al estigma y a más violaciones en un país que penaliza las relaciones íntimas consensuales entre adultos del mismo sexo¹¹.

50. Asimismo, en su informe de 2015 sobre la violencia contra las personas LGBTI, la CIDH expresó preocupación por el impacto de la ley que penaliza las relaciones sexuales consensuales entre personas del mismo sexo en Jamaica, aunque no se la aplique, especialmente con respecto a los derechos a la vida, la integridad personal, la libertad personal, la intimidad y el acceso a servicios de salud y de otros tipos. La Comisión observó lo siguiente:

Estas leyes refuerzan prejuicios sociales ya existentes y aumentan considerablemente los efectos negativos que estos prejuicios tienen en las vidas de las personas LGBT. La criminalización de relaciones sexuales entre hombres también tiene un efecto simbólico ya que ante los ojos del sistema legal donde dicha criminalización se encuentra en vigencia, “todos los hombres gay son criminales”. Por ejemplo, las leyes contra la sodomía son utilizadas como un mecanismo de “control social y dominación” que permite a los Estados legitimar y contribuir a la estigmatización de las personas LGBT como individuos “inmorales”. Además, estas leyes han sido utilizadas para justificar detenciones arbitrarias, arrestos e incluso actos de tortura contra personas LGBT¹².

51. En su informe de 2014, Human Rights Watch señaló que, en la sociedad jamaicana, son generalizados los índices elevados de delitos violentos, la falta de confianza del público en la policía, el bajo índice de denuncia de delitos, las bajas tasas de juzgamiento y la percepción de que la justicia está sesgada en contra de los pobres. Los jamaicanos LGBT, en particular los que son pobres y no pueden vivir en zonas más seguras y ricas, son vulnerables a la violencia. Muchos viven atemorizados. Se burlan de ellos, los amenazan, los despiden del trabajo, los echan de la casa, los golpean, los apedrean, los violan e incluso los matan¹³. Según el informe, ha habido una ola de cambio en Jamaica en la forma en que se está respondiendo a los abusos de los derechos humanos cometidos contra personas LGBT, pero la violencia persiste¹⁴.

¹⁰ CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica*. OEA/Ser.L/V/II.144, Doc. 12, 10 de agosto de 2012, párrs. 264 y 271.

¹¹ CIDH. *Informe sobre el 153 Período de Sesiones de la CIDH. Seguimiento del Informe de la CIDH sobre la situación de derechos humanos en Jamaica*. 29 de diciembre de 2014.

¹² CIDH. *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II.rev.1, Doc. 36, 12 de noviembre de 2015, párrs. 56, 74 y 75; véase también *No dejar a ninguna persona LGBT atrás*. Declaración de expertos en derechos humanos en el Día Internacional contra la homofobia, la transfobia y la bifobia, 16 de mayo de 2018.

¹³ Human Rights Watch. *Not Safe at Home, Violence and Discrimination against LGBT people in Jamaica*, p. 2.

¹⁴ Human Rights Watch. *Not Safe at Home, Violence and Discrimination against LGBT people in Jamaica*, p. 48.

52. Human Rights First, por su parte, señaló en 2015 que, en Jamaica, las personas LGBT vivían en un clima de homofobia generalizada en la sociedad. Las mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero enfrentan una amenaza adicional de violencia de género o sexual. Se discrimina contra las personas LGBT en el acceso a los servicios de salud, el empleo y la vivienda¹⁵.

53. El Departamento de Estado de Estados Unidos indicó en su informe de 2017 sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica que la homofobia era generalizada en el país. En su informe de 2018 recordó que la ONG J-FLAG había informado que, hasta fines de junio, había recibido 17 denuncias de discriminación por motivos de sexo, orientación sexual o identidad de género contra personas LGBTI, en comparación con 15 el año anterior. Era difícil obtener estadísticas exactas, ya que los observadores creían que esos tipos de violaciones de derechos humanos estaban subnotificadas. Con frecuencia, los organismos estatales estaban implicados en actos de discriminación¹⁶.

54. Por su parte, el Gobierno del Reino Unido señaló en un informe de 2017 que, en Jamaica, las personas LGBT eran víctimas de actos de violencia perpetrados por patotas, violaciones correctivas, extorsión, acoso, desplazamiento forzado y discriminación; que eran el blanco de burlas, las amenazaban, las despedían del trabajo, las echaban de su casa y sufrían malos tratos, como golpizas, apedreo y violaciones, o las mataban¹⁷.

C. La situación de S. H. y T. B.

55. El 4 de septiembre de 2011, S. H. presentó una declaración a la CIDH sobre el impacto que la homofobia en Jamaica había tenido en su vida:

[...] La vida en Jamaica es un infierno para mí. Si eres gay y se nota, tienes que esconderte [...]. Me niego a hacerme la prueba del VIH o pruebas para cualquier otra infección de transmisión sexual en centros de salud pública porque algunos amigos que son gays o que tienen relaciones sexuales con hombres suelen recibir un trato discriminatorio. Les preguntan sobre su conducta sexual y, si admiten que han tenido relaciones sexuales con un hombre, los tratan de manera diferente. Me preocupa la posibilidad de experimentar una discriminación similar si acudo a proveedores de servicios de salud sexual que no son conocidos en la comunidad LGBT por su tolerancia. Por lo tanto, mi acceso a servicios de salud sexual, como la prueba del VIH, la prevención y el tratamiento (si es necesario), está limitado por mi temor de la discriminación que enfrentan comúnmente los hombres gays [...].

[...] Tuve mi primera experiencia de violencia física por mi orientación sexual en abril de 2011 [...]. Estaba caminando por la calle Dome, cerca de la avenida Humber, en Montego Bay. Dos hombres pararon delante de mí mientras iba caminando. Uno de ellos me llamó "maricón" y dijo que no quería maricones allí [...]. Los dos comenzaron a empujarme. Los empujones se intensificaron; comenzaron a empujarme de un lado para otro entre ellos [...]. En la calle Dome hay una ferretería cerca de la calle Princess [...]. Cuando se produjo el incidente, el dueño de la ferretería vio lo que estaba ocurriendo e intervino. Les dijo a los tipos que me dejaran en paz y me dijo que me fuera a mi casa. Cuando me iba, los hombres dijeron: "¡Muerte a los maricones!" [...]. Unos días después del incidente, el dueño de la ferretería me dijo que había oído una conversación entre estos dos hombres y que los oyó decir que iban a matarme [...].

[...] el incidente siguiente se produjo una semana después [...]. Yo iba caminando por la calle y un hombre estaba lavando su automóvil [...]. Cuando pasé, me arrojó agua y me gritó: "¡No quiero maricones a mi alrededor!". No le contesté nada y me fui a mi casa.

[...] El 31 de mayo de 2011 fue el tercer incidente. Salí de la escuela a eso de las 18:30. Iba a casa, caminando por la avenida Foster, cuando el hombre más alto del primer ataque salió de una casa y dijo: "Batty bwoy mi nuh tell yuh she mi nuh wah si yuh roun yah!" ("Maricón, ¿no te dije que no quería volver a verte por aquí?"). Yo no dije nada y seguí caminando. Tomó una piedra y me la arrojó [...]. Al día siguiente fui a la comisaría de la calle Barnett para hacer otra denuncia. [...] Los agentes me dijeron que tirar piedras no era un acto de agresión. Les pregunté qué era, y la respuesta de la policía fue: "Es solo arrojar piedras" [...]. Vino otro agente, que dijo que era la supervisora del turno de la noche. La supervisora dijo que no podía darme un comprobante de la denuncia porque no se había cometido ningún delito [...].

¹⁵ Human Rights First. *The World as it Should Be. Advancing the Human Rights of LGBT People in Jamaica*. Julio de 2015.

¹⁶ Véanse los informes del Departamento de Estado de Estados Unidos sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica (2017 y 2018).

¹⁷ UK Home Office. *Country Policy and Information Note. Jamaica: Sexual orientation and gender identity*. Febrero de 2017.

El 19 de junio de 2011, por la mañana, estaba caminando con un grupo de amigos por la calle principal de la ciudad turística de Ocho Ríos, en la costa norte. Pasó un automóvil con tres hombres al lado nuestro, y uno de los pasajeros gritó: “¡Maricón!”. El coche dio marcha atrás con las puertas abiertas y paró frente a nosotros. Los ocupantes nos dijeron que no querían maricones en Ocho Ríos y que allí mataban a los maricones [...]. Mis amigos y yo tomamos un atajo, por el cual afortunadamente el automóvil no podía seguirnos, y fuimos a la comisaría de Ocho Ríos. Solo tres de los cinco integrantes de mi grupo se atrevieron a entrar en la comisaría para denunciar el incidente. La policía tomó las denuncias en el vestíbulo, donde todos los que estaban en la comisaría podían oír la conversación. Después, la policía nos escoltó al centro de transporte de Ocho Ríos para que pudiéramos tomar un autobús de regreso a Montego Bay [...]¹⁸.

56. El 29 de septiembre de 2011, T. B. presentó una declaración a la CIDH en la cual ponía de relieve el impacto que las leyes de sodomía de Jamaica han tenido en su vida:

[...] Ha sido difícil para mí encontrar servicios de salud sexual confidenciales en Jamaica donde los proveedores no emitan juicios. Es difícil ser franco porque, cuando te están haciendo la prueba, por lo general te preguntan sobre tu orientación si la prueba te da positivo y tienes que explicar tu sexualidad. Entonces, las personas seropositivas que son gays posiblemente no conozcan su estado debido a la homofobia y al temor. Yo he tenido la experiencia de ir a un hospital público para atenderme y enfrentar discriminación debido a mi aspecto y a mis gestos. Tengo amigos que han tenido experiencias similares al acudir a servicios de salud sexual.

El sábado 12 de marzo de 2011 [...] fui a comer algo en el centro, en Kentucky Fried Chicken (KFC). Estaba sentado a la mesa con un amigo [...] que tiene un aspecto muy femenino, mirando a unos hombres. Uno de ellos se acercó y dijo: “Weh yuh a look pan mi fa batty-boy, stop look pan mi” (“¿Por qué me estás mirando, maricón? Deja de mirarme”). Temí un enfrentamiento, de modo que me levanté y me fui [...]. Los tipos nos siguieron echando pestes, diciéndole a cualquiera que estuviera dispuesto a escuchar: “Yuh nuh see a two batty boy? Yuh nuh si dem a gay? Wi nuh wan no fish roun yah!” (“¿No ves que son dos maricones? ¿No ves que son gays? No queremos maricones por aquí”). Los hombres imitaban el ruido de disparos [...]. Cruzé la calle para escapar.

Mientras cruzaba la calle, vi gente que venía de todas las direcciones para atacarnos. No tenía dónde correr. Me sorprendió que se hubiera agolpado gente con tanta rapidez [...]. Entramos corriendo en un comercio que estaba cerca, Captain’s Bakery, para escapar [...]. Alguien finalmente llamó a la policía, que llegó a eso de las 19:00 horas. [...] La policía nos llevó de Captain’s Bakery a la comisaría. No sé por qué nos llevaron a la comisaría [...]. Cuando llegamos, los agentes nos dijeron que iban a formular cargos en contra de nosotros. Dijeron que, si no cooperábamos, encontrarían una docena de delitos de los cuales acusarnos. Yo estaba confundido; pensaba que nosotros éramos las víctimas. Desde que llegamos a la comisaría, poco después de las 19:00 horas, hasta las 3:00, aproximadamente, siete u ocho agentes de policía nos acosaron y nos maltrataron continuamente. Llamaban a sus amigos para que vinieran a la sala a vernos. Yo estaba tan asustado que lloraba, y me decían que dejara de llorar. Me preguntaron una y otra vez por qué me había puesto en esa situación. Dos de los agentes que estaban allí decían que nos estaban cuidando, pero cada vez que salían de la sala les decían a otras personas que estaban en la comisaría: “A dem two batty boy dem jus ketch ovah deh suh” (“Aquí están los dos maricones que agarramos”). Oí a algunos de los policías decir: “Mek wi kill them yah so far if wi kill dem, nutting nah cum out de it” (“Matémoslos aquí, si los matamos, no pasará nada”).

[...] Les preguntamos una y otra vez si podíamos irnos y les dijimos que podíamos pedir a alguien que nos fuera a buscar. Cuando llegó nuestro amigo para recogerlos, le pedimos a la policía que nos escoltara porque la turba seguía afuera [...]. Cuando nos íbamos, uno de los agentes de policía dijo: “Que sea la última vez que los veo en Mandeville. Yo soy policía de civil; si los veo otra vez en Mandeville, voy a hacer que la turba les dé una paliza peor de la que planeaban”.

[...] Para el lunes 14 de mayo, la noticia había cundido en mi escuela. Como mi vecino había traído el artículo del periódico sobre el ataque y se lo había mostrado a todos [...], cuando llegué a casa, mi hermana y mi madre me dijeron que habían ido unos hombres a la casa, en automóviles y con pistolas, y habían dicho que yo me fuera o quemarían la casa. Mi primo y mis tíos, que vivían en la casa con nosotros, me dijeron que no podía quedarme. [...] Desde entonces, he tenido que mudarme de un lugar a otro [...]¹⁹.

57. El 6 de noviembre, T. B. presentó una segunda declaración en la cual afirmaba que la ley de sodomía promovía la discriminación contra las personas LGBTI como ella:

¹⁸ Declaración de S. H., 4 de septiembre de 2011.

¹⁹ Declaración de T. B., 29 de septiembre de 2011, párrs. 15 a 19.

En Jamaica es muy difícil para un hombre gay encontrar servicios de salud pública sin estigma, especialmente para un hombre como yo, muy afeminado [...]. En 2009, cuando tenía 17 años, fui a hacerme mi primera y única prueba del VIH en un consultorio de salud pública de Jamaica [...]. Sin embargo, debido a la forma en que me trataron, me fui del consultorio antes de la prueba y me negué a volver a otro establecimiento de salud pública de Jamaica para cualquier tipo de atención médica. [...] La enfermera me dio un cuestionario para llenar. Entre otras cosas, tenía preguntas sobre mis compañeros sexuales anteriores. Yo tenía miedo de contestar la verdad porque había tenido relaciones sexuales solamente con hombres, lo cual es un delito en Jamaica. Si contestaba el cuestionario, tenía que admitir que había infringido la ley y podía pasar hasta 10 años en la cárcel. Tampoco quería exponerme a un ridículo mayor al admitir que era gay, así que, cuando la enfermera no estaba mirando, tomé mis pertenencias rápidamente y me fui.

En 2011, un amigo de Trinidad se enteró de mi situación y vino a verme. Me prometió que me dejaría quedarme con él y que me cuidaría. Sin embargo, cuando llegué y él vio cuán afeminado soy, se negó a llevarme a su casa. Dijo que le preocupaba lo que dirían los vecinos. Terminé durmiendo en la calle en Trinidad durante ocho meses. Durante ese período conocí a mujeres trans sin techo, que me ayudaron a conseguir hormonas para iniciar la transición. [...] Cuando me fui de Jamaica a Holanda en 2012, le envié un correo electrónico a mi madre y le dije dónde estaba, pero cuando respondió lo único que hizo fue pedirme dinero. No me preguntó cómo estaba ni cómo estaba sobreviviendo [...]. Echo de menos a mi familia, extraño mi casa y mi país, pero sé que no puedo volver sin riesgos hasta que Jamaica se deshaga de la ley contra la sodomía y acepte más a las personas LGBT como yo²⁰.

58. El 29 de septiembre de 2011, el director del Equipo de apoyo regional de ONUSIDA para el Caribe, que trabajaba en la respuesta al VIH en la región, emitió una declaración en la cual puso de relieve el impacto de la Ley de Delitos contra la Persona en la respuesta al VIH:

[...] El contexto político, social y cultural de Jamaica ha dificultado sobremanera la respuesta al VIH. Primero, a medida que se propaga la epidemia entre hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres, ha sido difícil para el Estado anunciar públicamente que les está proporcionando servicios o que está apoyando a grupos de la sociedad civil que trabajan con estas poblaciones, especialmente en lo que se refiere al uso de condones. Por ejemplo, cuando se reveló que se estaban distribuyendo condones en las cárceles, estallaron disturbios en los cuales los hombres que se sospechaba que eran homosexuales fueron asesinados, y hubo que hacer cambios en el programa. Las disposiciones de la Ley de Delitos contra la Persona son contrarias a la salud del público y ponen en gran riesgo la vida de los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres.

Segundo, en los últimos veinte años, el estigma de la homosexualidad ha significado también que los recursos que deberían haberse dirigido a los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres, grupo que corre un riesgo mayor que la población general, no se han dirigido a ellos. Las medidas preventivas y los tratamientos necesarios para la salud de estos hombres no se han implementado en la escala requerida.

Tercero, el temor de la discriminación, de que se conozca el estado de la persona y su sexualidad, así como su vulnerabilidad ante la ley y la policía en una sociedad de redes sociales estrechas, han llevado a los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres a evitar los servicios para el VIH. Ha sido sumamente difícil trabajar con poblaciones cuya existencia y cuyo comportamiento sexual se consideran ilegales e inmorales en un país que teme la violencia homofóbica. En resumen, debido a los códigos jurídicos, culturales y religiosos, es difícil abordar el VIH con estos hombres en Jamaica.

En el Caribe, la prevalencia del VIH en los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres se sitúa entre 6,7% en Suriname y 32% en Jamaica, que presenta la prevalencia más elevada de la región, en comparación con una prevalencia estimada en los adultos de 1% en la región y una prevalencia nacional de 1,7% en Jamaica²¹.

59. Ese mismo día, dos integrantes de la organización sin fines de lucro Jamaicans for Justice presentaron una declaración conjunta en la cual recalcaron el impacto de la Ley de Delitos contra la Persona en las personas LGBTI:

[...] La ley de sodomía obstaculiza el acceso a la atención de salud, en particular para el VIH y el sida. Como la sodomía es un delito, la gente, sea homosexual o heterosexual, tiene miedo de hacerse la prueba del VIH, de buscar

²⁰ Declaración de T. B., 6 de noviembre de 2019.

²¹ Declaración de Ernest Massiah, director del Equipo de apoyo regional de ONUSIDA para el Caribe, 29 de septiembre de 2011, párrs. 15 a 19.

servicios de prevención y de recibir tratamiento para otros trastornos que puedan estar relacionados con su orientación sexual. Tienen miedo de que los proveedores de servicios de salud los tachen de homosexuales y, por consiguiente, los sometan al estigma y la discriminación conexos.

De acuerdo con las leyes jamaicanas, los funcionarios de salud pública deben instar a las personas VIH-positivas a que informen a su pareja. Como las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo y la sodomía son ilegales, las personas seropositivas temen que se entienda que han cometido un delito, igual que su pareja. Por consiguiente, se muestran reacias a hacerse la prueba y a informar a su pareja al respecto.

[...] La discriminación, la estigmatización, la violencia y los abusos de derechos humanos fundamentales a los cuales están expuestos los homosexuales y las personas que parecen serlo en Jamaica son motivo de grave preocupación para Jamaicans for Justice. La conexión entre la ley de sodomía y estas violaciones es directa en muchos casos y no tan directa en otros. La ley de sodomía crea claramente un entorno propicio para la discriminación contra los homosexuales, ya que penaliza una conducta que es o puede ser fundamental para su identidad como seres humanos y crea la percepción de que su mismo estado y su existencia son ilegales²².

60. En septiembre de 2011, el director ejecutivo de Jamaica AIDS Support for Life (JASL) presentó una declaración en la cual puso de relieve el impacto de la ley de sodomía de Jamaica en el derecho a la salud:

La ley de sodomía tiene un efecto pernicioso en el comportamiento de los homosexuales y los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres a quienes JASL atiende cuando necesitan atención de salud. Como esta ley legitima la discriminación contra los homosexuales o las personas que se cree que lo son, las poblaciones afectadas se muestran reacias a acudir tanto a los servicios de salud generales como a servicios relacionados específicamente con el VIH y el sida. Por ejemplo, si una persona busca atención médica y da la impresión de ser gay, de inmediato será objeto de discriminación a manos de los proveedores. Este temor de la estigmatización, que es muy conocido en la sociedad jamaicana, impide que los homosexuales y otras personas que dan la impresión de ser gays acudan incluso a los servicios sociales y de salud más básicos. Por ejemplo, JASL conoce casos de clientes que se niegan a solicitar pagos del seguro social por temor de que los burócratas los detecten y los sometan a un trato discriminatorio. Con respecto a los servicios de prevención, prueba, tratamiento y atención de la infección por el VIH y el sida, aunque JASL está segura de que no está llegando (o no puede llegar) a todas las personas vulnerables o afectadas, no tiene manera de saber a cuántas personas no está llegando porque estas personas han sido empujadas a la clandestinidad por su temor de la ley de sodomía o el deseo de evitar una mayor estigmatización²³.

D. Impugnaciones de la Ley de Delitos contra la Persona

61. En febrero de 2013, una persona llamada Javed Saunja Jaghai interpuso una demanda para impugnar la constitucionalidad de los artículos 76, 77 y 79 de la Ley de Delitos contra la Persona ante la Sala Civil de la Suprema Corte de Judicatura de Jamaica. El 28 de agosto de 2014 retiró la demanda, aduciendo las siguientes razones:

Jamaica es una sociedad muy pequeña con muchos individuos intolerantes que regularmente causan daños a personas desprevenidas que optan por vivir de una forma que les desagrada a ellos. Los incidentes antedichos confirman lo que se sabe que es la norma en Jamaica. Esta clase de intolerancia expresada contra las personas gays, combinada con los numerosos ataques reportados en los medios de comunicación contra hombres gays desde 2013, me ha infundido mucho miedo. Aunque no he sufrido daños físicos, me han amenazado suficientes veces para saber que soy vulnerable. Sé también que mis seres queridos han sido amenazados y temen por mi seguridad. Aunque la causa y el caso son nobles, ya no estoy dispuesto a jugarme la vida o a arriesgar la vida de mis padres y hermanos²⁴.

62. Según información de dominio público, en 2015, el defensor de los derechos de las personas gays Maurice Tomlinson interpuso otra demanda ante la Suprema Corte de Judicatura de Jamaica para impugnar las disposiciones de la Ley de Delitos contra la Persona que proscriben las relaciones sexuales consensuales entre hombres²⁵. No se conoce el resultado de la impugnación.

²² Declaración de Carolyn Gomes y Susan Goffe, 29 de septiembre de 2011, párrs. 26, 27 y 32.

²³ Declaración de Kandasi Walton-Levermore, septiembre de 2011, párrs. 26 y 27.

²⁴ Declaración jurada de Javed Saunja Jaghai en la cual indica las razones por las cuales retira la demanda, 28 de agosto de 2014. Apéndice de la comunicación de los peticionarios del 15 de octubre de 2014.

²⁵ Library of Congress. *Jamaica: challenge to Law on Homosexuality*. 14 de diciembre de 2015.

V. ANÁLISIS DE DERECHO

A. El principio de igualdad y no discriminación²⁶, el derecho a la protección de la honra y de la dignidad²⁷, el derecho a la integridad personal²⁸ y el derecho de circulación y de residencia²⁹

1. Consideraciones generales

63. Con respecto al principio de igualdad y no discriminación, la Comisión y la Corte han afirmado que constituye un pilar central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos. 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 incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte ha indicado que, en la etapa actual de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Este principio, sobre el cual descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, permea todo el ordenamiento jurídico³⁰.

64. El principio de igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: “una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”³¹.

65. Con respecto a la primera concepción, que es pertinente para el caso de autos, la Corte Interamericana señaló, remontándose a los orígenes de la jurisprudencia en la materia, que no todo trato diferenciado es discriminatorio y que es necesario determinar si se justifica de manera objetiva y razonable³². Este análisis es especialmente estricto cuando se refiere a una diferencia de trato basada en una de las categorías establecidas en el artículo 1.1 de la Convención.

66. En lo que concierne a la orientación sexual, desde el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile* y en casos subsiguientes, la Corte Interamericana aclaró lo que se entiende por la frase “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención³³. Según la Corte:

La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión

²⁶ El artículo 24 de la Convención dice: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Por su parte, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará dice: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

²⁷ El artículo 11, en la parte pertinente, dice: “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

²⁸ El artículo 5, en la parte pertinente, dice: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

²⁹ El artículo 22 de la Convención dispone en el inciso 1: “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales”.

³⁰ Corte IDH. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 109.

³¹ Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 267.

³² Corte IDH. *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 55 y 56.

³³ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 91 y 93.

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 sexual³⁴.

En ese sentido, el instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana³⁵.

67. Asimismo, la Corte ha señalado que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual en sí, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. La protección contra la discriminación basada en la orientación sexual no se relaciona únicamente con un trato menos favorable por ser lesbiana o gay, sino que abarca también la discriminación debida a que una persona actúa según su orientación sexual al optar por participar en actividades sexuales consensuales en privado o iniciar una relación de pareja a largo plazo con una persona del mismo sexo³⁶.

68. En lo que concierne al derecho a la intimidad y a la autonomía, la Corte ha señalado que el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas y enuncia diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de su familia. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias de terceros o de la autoridad pública³⁷. La Corte ha señalado asimismo que “[l]a vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás”³⁸.

69. Sobre la base de lo que antecede, la Corte Interamericana ha señalado que la orientación sexual forma parte de la vida privada de las personas. Por lo tanto, es una esfera en la que no puede haber una interferencia arbitraria³⁹. En el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, la Corte dictaminó que, como los tribunales internos “tuvieron como referente la orientación sexual” de la señora Atala, expusieron diversos aspectos de su vida privada⁴⁰.

70. Además, la Comisión recuerda que la Convención protege el derecho a la integridad personal, que abarca la integridad física, psíquica y moral y es uno de los valores más fundamentales en una sociedad democrática⁴¹. La infracción de ese derecho puede tener diversas connotaciones de grado, que van desde la tortura hasta otros tipos de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían en intensidad según los factores endógenos y exógenos⁴². En los casos de aplicación arbitraria del derecho penal, la CIDH ha considerado que la amenaza de una eventual detención o la mera emisión de una orden de arresto, aunque no sea ejecutada, pueden representar una violación de la integridad personal porque provocan incertidumbre y ansiedad, que pueden afectar la salud física y emocional de la persona⁴³.

³⁴ Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 104.

³⁵ Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 105.

³⁶ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 133 y 134.

³⁷ 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. 161.

³⁸ 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. 162.

³⁹ 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. 165.

⁴⁰ 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. 166.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 85.

⁴² Corte IDH. *Caso Loayza-Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 57.

⁴³ CIDH. *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.49/15, 31 de diciembre del 2015, párr. 214.

71. Tanto la Corte Interamericana como la Comisión han determinado que la penalización de las relaciones sexuales consensuales entre personas del mismo sexo viola el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la intimidad.

72. En su opinión consultiva sobre la identidad de género y la no discriminación de parejas del mismo sexo, la Corte Interamericana señala que las personas LGBTI sufren discriminación oficial en forma de leyes y políticas estatales que tipifican la homosexualidad como delito. Agrega que en la región todavía hay varios Estados donde se penalizan las relaciones sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo en privado, lo cual la Corte y diversos órganos de protección del derecho internacional de los derechos humanos han considerado contrario a los derechos humanos porque viola los derechos a la igualdad y a la no discriminación, así como el derecho a la intimidad⁴⁴.

73. La Comisión ha señalado que las disposiciones que sancionan a un grupo determinado de personas por participar en un acto o práctica sexual consensual con otra persona del mismo sexo no son admisibles, ya que se oponen directamente a la prohibición de discriminar por motivos de orientación sexual⁴⁵. Específicamente, en su informe sobre la violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en las Américas, la Comisión indicó que:

las disposiciones legales que criminalizan las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo en privado son incompatibles con los principios de igualdad y no discriminación de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, y tomando en cuenta su impacto en la violencia contra personas LGBT, la CIDH insta a los Estados de la región que tienen vigentes leyes que criminalizan el sexo consensual entre personas adultas del mismo sexo, leyes contra la “indecencia grave” y la “indecencia seria”, y legislación que criminaliza el uso de prendas tradicionalmente asignadas a otro género, a derogar estas disposiciones legales, y, mientras tanto, a imponer una moratoria explícita y formal sobre la aplicación de las mismas. Esto enviaría un claro mensaje a la sociedad en general, y a los agentes encargados de hacer cumplir la ley en particular, de que estas leyes no pueden ser utilizadas para amenazar o extorsionar a las personas LGBT o aquellas que son percibidas como tales⁴⁶.

74. Varios órganos internacionales de derechos humanos y tribunales internos superiores también han establecido la incompatibilidad de las disposiciones que sancionan prácticas sexuales entre personas del mismo sexo con el derecho a la intimidad y el principio de no discriminación y han puesto de relieve el nexo entre la penalización y la violencia contra las personas LGBTI.

75. En el caso *Toonen contra Australia*, el Comité de Derechos Humanos dictaminó que las leyes que penalizan las relaciones sexuales consensuales privadas entre personas del mismo sexo violan los derechos a la intimidad y a la discriminación, se apliquen o no, si la víctima en el caso ha sido objeto de una investigación o un juicio. Concretamente, el Comité explicó lo siguiente:

En lo que atañe al artículo 17, es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de “vida privada” y que en la actualidad el Sr. Toonen se ve realmente afectado por el mantenimiento de las leyes impugnadas. El Comité considera que los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania representan una “injerencia” en la vida privada del autor, aun cuando esas disposiciones no se apliquen desde hace un decenio. En ese contexto, el Comité señala que la política del ministerio público de no entablar acciones penales en relación con una conducta homosexual privada no constituye una garantía de que en el futuro no se iniciarán acciones contra homosexuales, especialmente si se

⁴⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. 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), párr. 39.

⁴⁵ CIDH. Informe No. 81/13, Caso 12.743. Fondo. Homero Flor Freire. Ecuador. 4 de noviembre de 2013, párr. 114.

⁴⁶ CIDH. *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II.rev.1, Doc. 36, 12 de noviembre de 2015, párr. 85; véase también *CIDH saluda inconstitucionalidad de la criminalización de relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo en Belice*, 22 de agosto de 2016; CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica*. OEA/Ser.L/V/II.144 Doc. 12, 10 de agosto de 2012, párr. 271; CIDH. *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.49/15, 31 de diciembre del 2015, párr. 163.

tienen en cuenta las declaraciones no desmentidas del Director del ministerio público de Tasmania formuladas en 1988 y las de los miembros del Parlamento de Tasmania⁴⁷.

76. El Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, de las Naciones Unidas, ha señalado que la penalización de la homosexualidad y otras formas de diversidad sexual y de género es una de las causas fundamentales de las graves y extendidas violaciones de derechos humanos por motivos de orientación sexual e identidad de género, además de ser contraria al derecho internacional de los derechos humanos⁴⁸.

77. Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que la penalización de actos homosexuales consensuales en privado constituye una conculcación de los derechos individuales a la intimidad y a la no discriminación, así como una vulneración de las normas internacionales de derechos humanos, y recuerda que los titulares de mandatos de procedimientos especiales han destacado la relación entre la penalización y los delitos de carácter homofóbico. Por ejemplo, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental observó que “cuando el Estado sanciona este tipo de castigo, los prejuicios existentes se consolidan, legitimándose la violencia comunitaria y la brutalidad policial contra los afectados”. La Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias hizo notar que la tipificación penal agrava la estigmatización social y hace a las personas “más vulnerables a la violencia y a los abusos en materia de derechos humanos, incluidas las amenazas de muerte y las violaciones del derecho a la vida, que suelen cometerse en un clima de impunidad”⁴⁹.

78. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que “el hecho de no aplicar la ley no significa la despenalización y sigue comportando una violación de los derechos humanos. La simple existencia de dicha ley, aun cuando no se aplique, puede infundir un efecto paralizador en el grupo al que hace referencia y resultar en la restricción de otros derechos como la libertad de expresión o de asociación. Incluso en aquellos Estados que disponen de una política de no aplicar esta legislación, se han documentado detenciones y acoso por parte de los funcionarios responsables de hacer cumplir la ley así como altos niveles de chantaje y extorsión. Con el objetivo de cumplir con el derecho internacional de derechos humanos, los Estados deben implementar la despenalización formal”⁵⁰.

79. El Relator Especial sobre la tortura ha señalado que “[e]xiste una relación evidente entre la criminalización de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero y los delitos motivados por el odio, los abusos de la policía, la violencia familiar y comunitaria y la estigmatización [...]. Tales leyes propician un clima en el que la violencia contra las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero, tanto si es ejercida por agentes estatales como por agentes ajenos al Estado, es tolerada y recibida con impunidad”⁵¹.

80. Análogamente, la Corte Europea de Derechos Humanos dictaminó en el caso *Dudgeon contra el Reino Unido* que las leyes de sodomía de Irlanda del Norte violaban el derecho a la intimidad establecido en la Convención Europea. Según la Corte Europea:

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos. *Toonen v. Australia*. Comunicación No. 488/1992. 31, CCPR/C/50/D/488/1992, marzo de 1994, párr. 8.2; véase también Comité de Derechos Humanos. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Sierra Leona*. 17 de abril de 2014, CCPR/C/SLE/CO/1, párr. 11.

⁴⁸ UN Independent Expert on Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity. *Botswana ruling to decriminalize same-sex relations a landmark, says UN expert*. 11 de junio de 2019.

⁴⁹ Consejo de Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011, párrs. 41 y 42; *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 43; véase también *Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Heiner Bielefeldt*. A/HRC//28/66, 29 de diciembre de 2014, párr. 42.

⁵⁰ Naciones Unidas. *Vivir libres e iguales. Qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex*, pág. 59.

⁵¹ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. A/HRC/31/57, párr. 15. Véase también *Press release on the implications of the anti-homosexuality Act on the work of Human Rights Defenders in the Republic of Uganda*, Relatora Especial sobre los Defensores de los Derechos Humanos de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, 11 de marzo de 2014.

[...] el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada constituye una intromisión continua en el derecho del demandante al respeto de su vida privada (que incluye su vida sexual) en los términos del artículo 8.1. [...] Aunque no parece que se hayan planteado en los últimos años casos respecto a aquellos actos que implicaban únicamente a adultos varones de más de veintiún años de edad, siempre que no fuesen pacientes mentales, no hay una política declarada por parte de las autoridades de no aplicar la Ley a estos sujetos (*ibíd.*). Más aún: amén de la persecución por el Director de la Oficina de Acción Pública, queda siempre la posibilidad de una acción de carácter privado⁵².

81. En el caso *Norris contra Irlanda*, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que el demandante podía invocar la condición de víctima de las leyes de sodomía aunque no hubiera sido juzgado sobre la base de dichas leyes:

[...] el artículo 25 permite a las personas privadas sostener que una ley viola sus derechos por su propio contenido aunque no se le haya aplicado personalmente, si corren el peligro de que les afecte directamente [...]. Entiende el Tribunal que el señor Norris se encuentra sustancialmente en la misma situación en que estaba el demandante en el caso *Dudgeon* [...]⁵³.

82. Además, varios tribunales superiores de todo el mundo han aseverado que las leyes de “sodomía” son incompatibles con el derecho a la intimidad, la libertad y el principio de no discriminación y pueden menoscabar el derecho a la integridad personal de las personas afectadas por estas leyes.

83. Por ejemplo, en el caso *Lawrence contra Texas*, la Corte Suprema de Estados Unidos determinó que una ley que tipifica como delito el hecho de que dos personas del mismo sexo realicen ciertos actos sexuales íntimos viola el derecho a la libertad establecido en la cláusula de la Constitución sobre el debido proceso. Según la Corte Suprema:

La igualdad de trato y el derecho comprendido en el debido proceso de exigir que se respete la conducta protegida por la garantía sustancial de libertad presentan vínculos importantes, y una decisión sobre el segundo punto promueve ambos intereses. Si la conducta protegida es tipificada como delito y no se examina la validez sustantiva de la ley que lo hace, el estigma que dicha ley genera podría subsistir aunque no pueda aplicarse tal como ha sido redactada por motivos relacionados con la igualdad ante la ley. Cuando una ley del Estado tipifica como delito la conducta homosexual, esa declaración en sí invita a discriminar contra las personas homosexuales tanto en la esfera pública como en el ámbito privado.

[...] los peticionarios tienen derecho a que se les respete la vida privada. El Estado no puede degradar su existencia o controlar su destino tipificando su conducta sexual privada como delito. El derecho a la libertad establecido en la cláusula sobre el debido proceso les da pleno derecho a su conducta sin injerencia del Estado. La Constitución contiene la promesa de que hay un ámbito de la libertad personal en el cual el Estado no puede entrometerse. Además, la ley de Texas no promueve ningún interés estatal legítimo que pueda justificar su intrusión en la vida personal y privada de la persona⁵⁴.

84. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en el caso *Coalición Nacional para la Igualdad de las Personas Gais y Lesbianas y otros contra el Ministro de Justicia y otros*, sostuvo que las leyes de sodomía violan el derecho a la igualdad y la dignidad:

La prohibición discriminatoria de las relaciones sexuales entre hombres refuerza los prejuicios que ya existen en la sociedad y aumentan enormemente los efectos negativos de esos prejuicios en la vida de estos hombres.

[...] el impacto es grave y afecta profundamente la dignidad, la personalidad y la identidad de los hombres gais. Se produce en muchos niveles y de muchas maneras y suele ser difícil de erradicar. La índole del poder y su finalidad

⁵² Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Dudgeon v. Reino Unido*. Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 41; véase también Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Modinos vs. Chipre*. Sentencia de 22 de abril de 1993, párr. 23.

⁵³ Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Norris v. Irlanda*. Sentencia de 26 de octubre de 1988, párrs. 31 y 32.

⁵⁴ *Case Lawrence v. Texas*. Supreme Court of the United States, 26 de junio de 2003, p. 14 y 18 (traducción de la CIDH). Véase *Obergefell v. Hodges*. Supreme Court of the United States, 26 de junio de 2015. En este caso, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que, aunque el caso *Lawrence* confirmó una dimensión de la libertad que permite a las personas tener una asociación íntima sin incurrir en responsabilidad penal, no se deduce de ello que la libertad termine allí. La transición de bandido a paria podría ser un avance, pero no llega a la plena promesa de libertad.

es penalizar la conducta privada consensual de adultos que no perjudica a otras personas. Su único fin es penalizar una conducta que no se ajusta a las normas morales o religiosas de un segmento de la sociedad.

[...] He considerado únicamente el delito de sodomía en el sistema del *common law* sobre la base de su incompatibilidad con el derecho a la igualdad. Esa fue la base principal de los argumentos expuestos en el caso. Sin embargo, en mi opinión, el delito de sodomía en el sistema del *common law* constituye también una infracción del derecho a la dignidad, consagrado en el artículo 10 de nuestra Constitución.

La prohibición de la sodomía en el sistema del *common law* penaliza todo tipo de copulación sexual anal entre hombres, independientemente de la relación que exista en la pareja, de la edad de la pareja, del lugar donde se haga o de cualquier otra circunstancia. De esa forma, sanciona una forma de conducta sexual que, en la sociedad en general, se atribuye a las personas homosexuales. Su efecto simbólico consiste en afirmar que, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico, todos los hombres gais son criminales. Por lo tanto, el estigma que marca a una parte considerable de la población es evidente, pero el daño causado por la ley penal es mucho más que simbólico. Como consecuencia del delito penal, los hombres gais corren el riesgo de ser arrestados, juzgados y condenados por el delito de sodomía simplemente porque tienen una conducta sexual que forma parte de su experiencia humana⁵⁵.

85. La Corte Suprema de la India afirmó, en el caso *Navtej Singh Johar y otros contra la Unión de la India, representada por el Secretario del Ministerio de Derecho y Justicia*, que una ley que penalizaba los actos homosexuales, entre otros, era inconstitucional. La Corte explicó:

Como mínimo se puede afirmar que la penalización de las relaciones carnales consensuales, sean entre personas homosexuales, heterosexuales, bisexuales o transgénero, no sirve a ningún fin o interés legítimo. Por el contrario, nos inclinamos a creer que, si el artículo 377 permanece en su forma actual en el digesto, permitirá el acoso y la explotación de la comunidad LGBT. Debemos dejar en claro que no se puede sabotear o cercenar la libertad de elección con la amenaza de una acción penal y convertirla en un ente parapléjico sobre la base de la volubilidad de la percepción mayoritaria.

[...] En el artículo 377 del Código Penal de la India no se tiene en cuenta que los actos consensuales entre adultos en el ámbito privado no son perjudiciales ni contagiosos para la sociedad. Por el contrario, el artículo 377 da una nota discordante con respecto a la libertad de las personas LGBT al convertirlas en parias y marginados de la sociedad⁵⁶.

86. En *Orozco contra el Procurador General de Belize*, la Corte Suprema de Belize reafirmó la inconstitucionalidad del artículo 53 del Código Penal, que tipifica como delito las relaciones sexuales “contra natura”, y determinó que dicho artículo excluye los actos sexuales consensuales entre adultos realizados en privado.

Puesto que el artículo 53 abarca actos en los que participan hombres y mujeres, el impacto en la dignidad de los hombres homosexuales es desproporcionado en vista de la profunda estigmatización derivada del hecho de que ellos sean los principales destinatarios. [...] Considero que el artículo 53 viola la dignidad del demandante y el artículo 3.c. Además, esta infracción influye en los demás derechos de los cuales emana el concepto de dignidad humana⁵⁷.

87. En el caso *Jason Jones contra el Procurador General de Trinidad y Tobago*, la Suprema Corte de Judicatura de Trinidad y Tobago declaró inconstitucionales los artículos 13 y 15 de la Ley de Delitos Sexuales, en los cuales se prohibían la “sodomía” y los “delitos contra la moral pública” entre dos hombres y se tipificaba como delito la actividad consensual entre adultos del mismo sexo. La Corte expuso lo siguiente:

Para este tribunal, la dignidad humana es un derecho básico e inalienable reconocido en todo el mundo en todas las sociedades democráticas. Ese derecho implica el concepto de autonomía y el derecho de la persona a tomar decisiones por sí misma sin intervención irrazonable del Estado. En un caso como este, la persona debe estar en condiciones de decidir a quién ama, a quién incorpora en su vida, con quién quiere vivir y con quién quiere formar

⁵⁵ Constitutional Court of South Africa. *Case of National Coalition Gay and Lesbian Equality and another v. Minister of Justice and others*. 9 de octubre de 1998, párrs. 23, 26 y 28 (traducción de la CIDH).

⁵⁶ Supreme Court of India. *Case of Navtej Singh Johar & Ors. v. Union of India thr. Secretary Ministry of Law and Justice*. 6 de septiembre de 2018, párrs. 223 y 239 (traducción de la CIDH).

⁵⁷ Supreme Court of Belize. *Caleb Orozco and the Attorney General of Belize*. 10 de agosto de 2016, pág. 27 (traducción de la CIDH).

una familia. Un ciudadano no debería vivir con la amenaza constante —la proverbial “espada de Damocles”— de que en cualquier momento pueda ser perseguida o enjuiciada. Esa es la amenaza que existe actualmente. Es una amenaza tolerada por el Estado, y esa aprobación es importante porque justifica en la mente de otros miembros de la sociedad que piensan de manera diferente que la vida, la existencia y el estilo de vida de una persona que decide vivir de la forma en que lo hace el demandante constituyen un delito y tienen menos valor que la vida, la existencia y el estilo de vida de los demás. Ha sido expresada con esas palabras en el pasado reciente por líderes de la sociedad. De esta forma, el Parlamento ha tomado la decisión deliberada de penalizar la forma de vida de personas como el demandante, cuya máxima expresión de amor y afecto se concreta en un acto considerado ilícito en la ley, se aplique o no. Este paso deliberado ha dado lugar, en este caso, a la violación de los derechos del demandante.

[...] A esta altura, el tribunal se siente obligado a concluir que es lamentable que la sociedad valore a una persona o le asigne una identidad según su raza, color, género, edad u orientación sexual. Esa no es su identidad. Esa no es su alma. Esa no es la totalidad de su valor para la sociedad o para ella misma. La experiencia del *apartheid* en Sudáfrica y en Estados Unidos durante la época de la esclavitud y con posterioridad, incluso a mediados y fines del siglo XX, ha mostrado la profundidad a la cual la dignidad humana ha caído como consecuencia de prejuicios presupuestos y predeterminados, basados en factores que no aceptan o reconocen la humanidad. La segregación racial, el *apartheid*, el Holocausto son recuerdos penosos de prejuicios de este tipo. Denegar ahora a una minoría percibida su derecho a la humanidad y a la dignidad humana sería continuar con este tipo de mentalidad, este tipo de superioridad percibida basada en las creencias genuinas de algunos⁵⁸.

88. Por último, con respecto al derecho de circulación y de residencia, la Corte Interamericana ha establecido que “puede ser vulnerado de manera formal o por restricciones *de facto* cuando el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo”⁵⁹. Al respecto, la Corte ha establecido que hay una conexión entre las amenazas y el acoso *de facto*, por un lado, y el desplazamiento forzado o el exilio, por el otro, cuando “el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate”⁶⁰.

2. Análisis de este caso

89. Primero, la Comisión determinará si los artículos pertinentes de la Ley de Delitos contra la Persona constituyen restricciones o diferencias de trato con respecto a los derechos reconocidos en la Convención. En ese sentido, la CIDH observa que el artículo 76 de la Ley de Delitos contra la Persona, titulado “Delito contra natura”, prohíbe “el abominable delito de sodomía” cometido por cualquier persona, sin especificar el sexo, el género o la orientación sexual. Asimismo, en el artículo 77 se sanciona el intento de cometer un acto de sodomía.

90. La Comisión considera que tales normas constituyen una restricción de la vida privada que tiene un efecto diferente en las personas LGBTI de Jamaica, como las presunta víctimas, en vista del contexto antedicho y de que las referencias a prácticas innaturales en las leyes de sodomía por lo general se interpretan en el sentido de penalizar a las personas que desafían las normas tradicionales de orientación sexual, identidad y expresión de género, y diversidad corporal o que representan sexualidades e identidades que no se ciñen a la norma⁶¹. Como ya ha señalado la CIDH, en la práctica, las leyes de ese tipo tienen un impacto desproporcionado en los hombres gays y en los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres. Ha habido casos de aplicación de estas leyes a hombres como consecuencia de su conducta homosexual⁶². Además, aunque la mayoría de estas leyes “no abordan de manera específica los actos sexuales entre mujeres, los prejuicios hacia las sexualidades no normativas que son prevalentes en estas sociedades ponen en riesgo a las mujeres que tienen sexo con

⁵⁸ High Court of Justice. *Jason Jones and the Attorney General of Trinidad and Tobago*, párr. 173 (traducción de la CIDH).

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 220; véanse también *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 119 y 120; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 197.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 220; véanse también *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 139; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 197.

⁶¹ Véase, por ejemplo, ACLU, *Why Sodomy Laws Matter*, donde se explica la forma en que las leyes de sodomía comenzaron a usarse contra las personas gays en Estados Unidos a fines de los años sesenta, cuando se puso en marcha el movimiento de defensa de los derechos de las personas gays.

⁶² Véase CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica*. OEA/Ser.L/v/II.144, Doc. 12, 10 de agosto de 2012, párr. 270.

mujeres, o a las mujeres que son percibidas con una identidad o expresión de género que no encaja con una noción tradicional de la femineidad. [...] las personas trans y las personas no conformes con el género, dada su alta visibilidad, también enfrentan violencia y discriminación en estos contextos”⁶³.

91. Por otro lado, la CIDH observa que el artículo 79 de dicha ley establece una diferencia de trato con respecto a los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres o los hombres homosexuales, ya que establece una pena de dos años de cárcel como máximo para “cualquier ultraje contra la moral pública” o su intento con otra persona del sexo masculino, en público o en privado.

92. En su jurisprudencia, a fin de determinar la arbitrariedad de una restricción o una diferencia de trato, la CIDH ha recurrido a una prueba de proporcionalidad, que abarca los siguientes elementos por orden de intensidad: i) la existencia de un fin legítimo; ii) la idoneidad, es decir, la determinación de la existencia o la ausencia de una relación lógica de causalidad entre el medio y el fin; iii) la necesidad, es decir, la determinación de la existencia o la ausencia de alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas, y iv) la proporcionalidad *stricto sensu*, es decir, un equilibrio entre los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del grado de beneficio del otro⁶⁴.

93. Sin embargo, en este caso la Comisión considera que no es necesario analizar la legitimidad de las restricciones y la diferencia de trato previstas en la Ley de Delitos contra la Persona porque, por un lado, tanto la CIDH como la Corte Interamericana ya han determinado que la existencia misma de leyes de sodomía o delitos contra la moral pública va en contra de los derechos reconocidos en la Convención, como el principio de no discriminación y el derecho a la intimidad⁶⁵.

94. Por otro lado, la Comisión recuerda que, en casos en que la diferencia de trato se basa en una de las categorías prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención, como la orientación sexual, el Estado tiene la carga de justificar sus actos sobre la base de “razones de mucho peso”⁶⁶, lo cual implica que las razones que aduzca para justificar las restricciones deben ser particularmente serias y fundamentarse en argumentos pormenorizados. Ante la falta de tal justificación, se presumirá que la diferencia de trato es incompatible con la Convención⁶⁷.

95. La CIDH observa que, en el caso de autos, el Estado no presentó ninguna justificación de la interferencia en la vida privada y la diferencia de trato de T. B. y S. H. en el marco de la Ley de Delitos contra la Persona. Por lo tanto, no se puede aplicar ni siquiera el primer paso de la prueba de proporcionalidad, es decir, la existencia de un fin legítimo, el cual, en el caso de las categorías sospechosas establecidas en el artículo 1.1 de la Convención, debe analizarse estrictamente en el sentido de una necesidad imperiosa. En consecuencia, debe presumirse que tanto la interferencia como la diferencia de trato son contrarias a la Convención.

96. En virtud de las consideraciones precedentes, la Comisión concluye que el Estado de Jamaica es responsable de la violación del principio de igualdad y no discriminación y del derecho a la intimidad amparados en los artículos 11 y 24 de la Convención, en lo que respecta a las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de T. B. y S. H.

⁶³ CIDH. *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II.rev.1, Doc. 36, 12 de noviembre de 2015, párr. 61; CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica*. OEA/Ser.L/v/II.144, Doc. 12, 10 de agosto de 2012, párr. 287.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 273; 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. 146.

⁶⁵ CIDH. *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II.rev.1, Doc. 36, 12 de noviembre de 2015, párr. 85; Corte IDH. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 23.

⁶⁶ CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile*. Caso 12.502. 17 de septiembre de 2010, párr. 88.

⁶⁷ CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile*. Caso 12.502. 17 de septiembre de 2010, párr. 88.

97. Con respecto al derecho a la integridad personal, como ya se ha indicado, tanto la Comisión como la Corte Interamericana, así como organizaciones internacionales y tribunales internos, han señalado que hay un nexo entre las leyes de sodomía y los abusos de los derechos humanos perpetrados contra personas LGBTI, puesto que tales leyes condonan la discriminación, la estigmatización y la violencia al dar aprobación social al abuso y contribuyen a la incidencia de delitos homofóbicos y transfóbicos y a otros abusos. La CIDH ha señalado también que la mera existencia de leyes de sodomía puede perjudicar la salud mental al producir ansiedad, culpa y depresión en las personas LGBTI afectadas⁶⁸.

98. En el caso de autos, la Comisión recuerda que T. B. y S. H. han sido víctimas de varios actos de violencia relacionados con su orientación sexual, su identidad de género y su expresión de género —entre ellos amenazas de muerte y violencia física— y con el contexto de homofobia y violencia contra las personas LGBTI en Jamaica. Las amenazas persistentes contra su vida y su integridad los obligaron a huir de Jamaica y pedir asilo en otros países.

99. La CIDH cree que, al mantener la Ley de Delitos contra la Persona en su legislación, el Estado ha contribuido a la perpetración de esos actos de violencia de la forma descrita, razón por la cual considera que el Estado es responsable de la violación del derecho a la integridad personal y el derecho de circulación y de residencia establecidos en los artículos 5.1 y 22.1 de la Convención, en lo que respecta a las disposiciones de los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de T. B. y S. H.

B. El principio de legalidad⁶⁹

100. Con respecto al principio de legalidad, la Comisión recuerda que constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática⁷⁰. Aunque la determinación de los actos que se clasifican como delitos y respecto de los cuales se activa el poder punitivo del Estado corresponde en principio a este último en el ejercicio de su política en materia penal, basada en sus particularidades históricas, sociales y de otra índole⁷¹, los Estados deben observar ciertas limitaciones al ejercer la potestad de definir delitos penales.

101. La Corte Interamericana ha insistido en que, en la elaboración de los tipos penales, es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles y den pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, que es particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente derechos fundamentales, como la vida o la libertad⁷².

102. Asimismo, tanto la Comisión como la Corte han considerado que el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención⁷³, lo cual implica que se deben adoptar normas para el bien común y no se deben penalizar ciertos tipos de conducta⁷⁴. Por ejemplo, en el caso *Pollo Rivera contra Perú*, la Corte dictaminó la responsabilidad del Estado por la penalización de médicos que habían atendido a personas que se sospechaba

⁶⁸ CIDH. *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II.rev.1, Doc. 36, 12 de noviembre de 2015, párr. 68.

⁶⁹ El artículo 9 de la Convención Americana dice: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 161.

⁷¹ CIDH. Informe No.176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.612. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupé y otros. Fondo. 5 de noviembre de 2010, párr. 116.

⁷² Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 287.

⁷³ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 32.

⁷⁴ CIDH. *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.49/15, 31 de diciembre del 2015, párr. 241.

que habían participado en actividades terroristas y declaró que la actividad médica terapéutica es fomentada y promovida por el derecho y que, en ciertas circunstancias, es deber de los médicos proporcionar atención, de modo que no se la puede tipificar como delito⁷⁵. La Corte tomó en cuenta la prohibición de la penalización de las actividades médicas desarrollada en el derecho internacional humanitario y en el derecho internacional de los derechos humanos⁷⁶.

103. La CIDH ya determinó en el apartado anterior que la penalización de la actividad sexual consensual en privado entre adultos viola el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad personal, en vista del impacto de tales normas en la integridad personal de las presuntas víctimas en este caso. La Comisión considera que la tipificación como delito de conductas que forman parte de los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos constituye de por sí una violación del principio de legalidad, en vista de las normas interamericanas mencionadas en los párrafos precedentes.

104. En virtud de las consideraciones precedentes, la Comisión concluye que el Estado de Jamaica es responsable de la violación del principio de legalidad amparado por el artículo 9 de la Convención, en lo que respecta a las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de T. B. y S. H.

C. El derecho a la salud⁷⁷

105. Con respecto al derecho a la salud, tanto la CIDH como la Corte Interamericana han determinado que está protegido por el artículo 26 de la Convención.

106. La Comisión reconoce que la interpretación del artículo 26 de la Convención y la determinación específica de su alcance y contenido pueden ser complejas. Por lo tanto, considera que el análisis de un caso particular de acuerdo con el artículo 26 de la Convención debe hacerse en dos niveles. Primero, hay que determinar si el derecho en cuestión emana de “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”, como se señala en el artículo 26 de la Convención, donde se indica la Carta de la OEA como fuente directa de estos derechos y se asigna el carácter de derechos humanos a las disposiciones del tratado que se aplican a estos asuntos. Como el objetivo de la Carta de la OEA no era identificar derechos, sino establecer una organización internacional, se deben usar otros textos para determinar los derechos derivados de las disposiciones de dicho instrumento, entre ellos fundamentalmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otras disposiciones pertinentes del derecho internacional.

107. Al aplicar estos parámetros, la Comisión y la Corte han demostrado claramente que el derecho a la salud es uno de los derechos derivados de las disposiciones económicas y sociales mencionadas en el artículo 26 de la Convención, razón por la cual no es necesario hacer una recapitulación de ese análisis⁷⁸.

108. De ello se puede inferir que la Comisión entiende que el artículo 26 de la Convención impone una serie de obligaciones a los Estados, además de limitar la regresión: esto forma parte de la obligación de desarrollo progresivo, pero no puede entenderse como la única obligación recurrible legalmente en el sistema

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 256.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 256; véase también Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 102.

⁷⁷ El artículo 26 dice: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

⁷⁸ Véanse, entre otros, CIDH, Informe No. 110/18, Caso 12.678. Fondo. Paola del Rosario Albarracín Guzmán y familiares, 5 de octubre de 2018, párr. 120; CIDH, Informe No. 64/18, Caso 12.738. Fondo. Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos). Honduras. 8 de mayo de 2019; Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 110; Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 99.

interamericano. Por lo tanto, la Comisión concluye que, teniendo en cuenta el marco de interpretación establecido en el artículo 29 de la Convención, el artículo 26, analizado a la luz de los artículos 1.1 y 2 de este instrumento, implica como mínimo las siguientes obligaciones inmediatas y de cumplimiento exigible: i) obligaciones generales de respetar y garantizar; ii) aplicación del principio de no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales; iii) obligación de actuar o tomar medidas para posibilitar el goce de los derechos amparados por ese artículo, y iv) obligación de proporcionar recursos apropiados y efectivos para proteger esos derechos. Las metodologías o las fuentes del análisis que sean pertinentes para cada una de estas obligaciones deberán basarse en las circunstancias particulares de cada caso.

109. Con respecto a los componentes inmediatos y exigibles de la obligación de actuar o tomar medidas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado, por ejemplo, que la adopción de medidas en sí no está limitada por otras consideraciones o supeditada a ellas. Por lo tanto, aunque se pueda lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos pertinentes, las medidas encaminadas a esa meta deben ser deliberadas y concretas y estar focalizadas lo más claramente posible en el cumplimiento de las obligaciones. El Estado tiene también obligaciones básicas para cumplir las normas mínimas relativas a estos derechos. Estas obligaciones no son pasibles de un desarrollo progresivo, sino que deben cumplirse de inmediato⁷⁹.

110. En el caso *Poblete Vilches contra Chile*, la Corte Interamericana, siguiendo la metodología establecida, determinó que el derecho a la salud está amparado por el artículo 26 de la Convención y recordó que la salud es un derecho humano fundamental para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no solo como la ausencia de enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social derivado de un estilo de vida que permita a las personas alcanzar un equilibrio integral⁸⁰. La Corte también destacó la obligación de los Estados de proveer servicios de salud eficaces y de buena calidad que promuevan la mejora del estado de salud de la población⁸¹.

111. La Comisión recuerda que, para cumplir sus obligaciones internacionales con respecto al derecho a la salud, los Estados deben no solo garantizar el suministro de servicios de salud, sino también mantener condiciones que lleven a una vida digna e igualitaria en la sociedad en lo que se refiere al derecho a la salud. En otras palabras, la Comisión recalca la obligación de los Estados de abarcar en sus políticas de salud y en sus marcos normativos los determinantes sociales básicos que permiten el goce efectivo del derecho a la salud. Entre dichas políticas se encuentra la garantía de otros derechos que permiten disfrutar de una vida sana, como el acceso a agua y alimentos adecuados, la prohibición de la tortura y las condiciones de trabajo sanas. Del mismo modo, es esencial integrar los determinantes sociales de la salud en las medidas que tomen los Estados con respecto a este derecho, como la distribución equitativa de recursos; las perspectivas culturales, étnicas y de género; la participación eficaz de la población en las políticas de salud; la determinación de las relaciones de poder, la violencia, la normativa, la discriminación institucional y social o los entornos familiares y comunitarios nocivos que obstaculizan el goce del derecho a la salud. En este marco, en opinión de la CIDH, los Estados deben tomar medidas con respecto no solo al suministro de bienes y servicios médicos adecuados, sino también a los entornos físicos y psicosociales que condicionan el goce individual del derecho a la salud física y mental⁸².

⁷⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general No. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1990. En ese sentido, véase CIDH, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147 (7 de septiembre de 2017) párrs. 236 y 237.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 118.

⁸¹ Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 118.

⁸² En ese sentido, véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 4, 11, 16 y 18; OMS, *Subsanar las desigualdades en una generación: Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*. Informe Final de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud (Ginebra, 2008); Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. A/HRC/41/34, 12 de abril de 2019.

112. En este contexto, la Comisión observa que, en muchos casos, las amenazas para el goce del derecho a la salud de las personas LGBTI, entre otras poblaciones vulnerables, y la violación de este derecho se deben también a la omisión de los Estados que no abordan precisamente los determinantes sociales del derecho a la salud, como la validez de un marco regulatorio que discrimine contra estas personas o grupos de la población. En este contexto, la CIDH considera que las leyes, las prácticas o las políticas que penalizan las relaciones sexuales entre dos personas del mismo sexo no solo impiden que los Estados formulen y apliquen políticas de salud orientadas específicamente a estos grupos, sino que también afectan de manera directa, seria y discriminatoria el goce del derecho a la salud.

113. Con respecto al contenido del derecho a la salud, en consonancia con el cuerpo del derecho internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha observado que todos los servicios, bienes y establecimientos de salud deben cumplir los requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad⁸³. Tanto la Comisión como la Corte han tomado en cuenta estos conceptos y los han incorporado en el análisis de numerosos casos⁸⁴.

114. Específicamente, el elemento de accesibilidad implica, entre otras cosas, que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles para todos, especialmente los sectores más vulnerables o marginados de la población, de hecho y de derecho, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos⁸⁵. La Comisión considera procedente recordar que la norma de accesibilidad invocada por la Corte implica que los Estados deben asegurar el trato igualitario de todas las personas que tienen acceso a los servicios de salud. En otras palabras, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención, los Estados deben asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción tengan acceso a servicios de salud “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”⁸⁶. La Corte ha señalado que la frase “cualquier otra condición social” abarca la orientación sexual, la cual, a su vez, no se limita al hecho de ser homosexual, sino que incluye su expresión y sus consecuencias en la vida de la persona⁸⁷.

115. La Comisión observa que tanto ella como la Corte Interamericana, así como varios órganos nacionales e internacionales, han considerado que las leyes de sodomía crean obstáculos para el acceso al derecho a la salud sin discriminación. En su informe de 2012 sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica, la CIDH expresó preocupación por que:

las leyes que tipifican como delito la conducta homosexual o entre hombres —que tienen como consecuencia la obstrucción del acceso a servicios médicos— tienen un efecto directo en las tasas de infección y podrían ser un factor que contribuye sustancialmente a la epidemia de VIH en Jamaica. En las Bahamas, el 10% de los hombres homosexuales están infectados con VIH/SIDA, un porcentaje similar a otros países del Caribe anglófono en los que los actos homosexuales no están penados; por otro lado, los países del Caribe anglófono en los que estas conductas sí están tipificadas como delitos tienen tasas de 20-30% o mayores de infección entre la población homosexual masculina. En Jamaica misma se reportan aproximadamente 27,000 personas infectadas con VIH, el 73% de ellas entre 20 y 49 años de edad. Mientras que la tasa de infectados entre la población general se estima en 1,6%, se cree que el 31.1% de los hombres homosexuales están infectados con VIH/SIDA⁸⁸.

116. La Corte Interamericana, en su opinión consultiva sobre la identidad de género y la no discriminación de parejas del mismo sexo, consideró que las leyes de sodomía:

⁸³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12.

⁸⁴ CIDH. Informe 2/16. Caso 12.484. Fondo. Cuscul Pivaral y otros. Guatemala. 13 de abril de 2016, párr. 106; Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 120.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 173.

⁸⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1.1.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 91 y 93.

⁸⁸ CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica*. OEA/Ser.L/v/II.144, Doc. 12, 10 de agosto de 2012, párr. 292.

repercuten negativamente en la calidad de los servicios de salud, disuaden a las personas de recurrir a esos servicios, y pueden llevar a que se deniegue la atención o a que no existan servicios que respondan a las necesidades sanitarias específicas de las personas LGBTI e intersexuales. Además, en las jurisdicciones en las que se penaliza su comportamiento sexual, es mucho más probable que se supriman medidas preventivas que debieran ser ajustadas específicamente a estas comunidades. De la misma manera, el temor de ser juzgados y castigados puede disuadir a quienes practican un comportamiento homosexual de acceder a los servicios de salud. Estos problemas se agravan en el caso de las personas que viven con el VIH/SIDA⁸⁹.

117. En 2019, el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, de las Naciones Unidas, señaló que los países que tipificaban como delito la homosexualidad y otras formas de orientación sexual e identidad de género creaban importantes barreras para el acceso a la salud, el empleo, la educación y otros procesos esenciales debido a la percepción de que la identidad misma de estas personas era un delito⁹⁰.

118. En su informe de 2010, el Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental clasificó los efectos de la penalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo en el derecho a la salud en tres categorías: inhibición del acceso a los servicios de salud, violencia y malos tratos, y estigmatización. El Relator Especial afirmó que, en los lugares donde se penalizaban las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, estas personas no tenían acceso a servicios de salud eficaces, en tanto que las medidas preventivas no estaban adaptadas a las necesidades de la comunidad LGBT. Los profesionales de salud pueden negarse a tratar a clientes que tienen relaciones sexuales con personas del mismo sexo o podrían responder con hostilidad⁹¹.

119. En sus observaciones finales sobre Jamaica, el Comité de Derechos Humanos observó en 2011 que la tipificación como delito de las relaciones consensuales entre adultos tenía un efecto negativo no solo en el acceso de las personas LGBTI a los servicios de salud, sino también en las campañas de salud pública contra el VIH y el sida⁹².

120. Asimismo, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en los países donde se tipifican como delito las relaciones sexuales consensuales entre personas del mismo sexo, muchas personas no acuden a los servicios de salud por temor de ser arrestadas o enjuiciadas. Asimismo, la OMS concluye que, en los países donde es ilegal ser gay, los proveedores de servicios médicos suelen discriminar contra las personas percibidas como lesbianas, gais y transgénero y tratarlas mal, lo cual reduce la probabilidad de que vuelvan a acudir a los servicios de salud⁹³. Las personas LGTBI señalan que, cuando tratan de tener acceso a establecimientos de salud, no les dan turno, les deniegan tratamiento o les faltan el respeto, se viola la privacidad médica, las avergüenzan en privado y las menosprecian en público, entre otras prácticas discriminatorias y abusos⁹⁴.

121. Por su parte, el Fondo Mundial de Lucha contra el Sida, la Tuberculosis y la Malaria observa lo siguiente:

La penalización de los actos sexuales entre personas del mismo sexo puede exacerbar la violencia contra los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres y contra las mujeres trans. La penalización de tales actos propicia un alto grado de violencia contra esos hombres y contra las personas trans. Asimismo,

⁸⁹ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. 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)*, párr. 39.

⁹⁰ United Nations High Commissioner for Human Rights, *Angola: Decriminalising same sex relations a welcome step for equality*, UN Independent Expert on Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, 25 de enero de 2019.

⁹¹ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Anand Grover (A/HRC/14/20), párrs. 17 a 21.

⁹² Comité de Derechos Humanos. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos* (CCPR/C/JAM/CO/3), párr. 9.

⁹³ *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Anand Grover. Nueva York: Naciones Unidas, 2010. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Anand Grover. Nueva York: Naciones Unidas, 2011.

⁹⁴ WHO. *Sexual Health, human rights and the law*. 2015, pág. 23.

crea un estigma en los establecimientos de salud. Eso limita la revelación de la orientación sexual de los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres y de otras poblaciones LGBTI, lo cual podría reducir la probabilidad de que se hagan la prueba del VIH. Algunos hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres enfrentan problemas de estigma y discriminación no verbal con el personal de salud, como chismes, lenguaje corporal que comunica falta de respeto y rechazo⁹⁵.

122. En el caso de autos, T. B. y S. H. señalan que han enfrentado varias restricciones al acceso a servicios de salud derivadas del contexto de discriminación contra las personas LGBTI en Jamaica y de la vigencia de la Ley de Delitos contra la Persona. Concretamente:

-S. H. dijo que tiene miedo de hacerse la prueba del VIH o pruebas para detectar otras infecciones de transmisión sexual porque los hombres gays y los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres suelen recibir un trato discriminatorio. T. B. dijo que, cuando fue a un hospital público, experimentó discriminación debido a su aspecto y sus gestos.

-Ambos dijeron que, para recibir servicios de salud sexual, se exige que los pacientes respondan a preguntas sobre el compañero sexual. Por lo tanto, se enfrentan con el dilema de que, si dicen la verdad —es decir, que han tenido relaciones sexuales con hombres—, estarán confesando un comportamiento que, en Jamaica, constituye un delito que puede castigarse con 10 años de cárcel. Por otro lado, si no dicen la verdad, no pueden recibir atención apropiada para su situación particular.

123. La Comisión ya ha señalado en apartados anteriores que la vigencia de la Ley de Delitos contra la Persona ha contribuido a un contexto de violencia y discriminación contra las personas LGBTI y, en particular, a actos de violencia que las presuntas víctimas han sufrido. La CIDH considera asimismo que la existencia de dicha ley ha contribuido a la discriminación sufrida por las presuntas víctimas cuando acudieron a servicios de salud, debido a su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género.

124. La Comisión considera que la vigencia de la Ley de Delitos contra la Persona ha creado por lo menos tres obstáculos para el acceso a la salud: 1) ha menoscabado el acceso de T. B. y S. H. a la salud porque temen que sufrirán discriminación si buscan atención médica en el contexto de discriminación contra las personas LGBTI en Jamaica; 2) en ciertas ocasiones en que las presuntas víctimas acudieron a servicios de salud, sufrieron discriminación; 3) les ha planteado el dilema de elegir entre recibir atención de salud adecuada, corriendo el riesgo de ser enjuiciadas en el ámbito penal por una conducta protegida por la Convención, y no revelar la información necesaria, pero no recibir tratamiento médico apropiado. La CIDH considera que, al mantener la vigencia de la Ley de Delitos contra la Persona, el Estado no ha respetado el derecho de las presuntas víctimas a la salud en condiciones de accesibilidad que prohíban la no discriminación.

125. En virtud de las consideraciones precedentes, la Comisión concluye que el Estado de Jamaica es responsable de la violación del derecho a la salud amparado en el artículo 26 de la Convención Americana, en lo que respecta a las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de T. B. y S. H.

D. El derecho a la protección judicial⁹⁶

126. La CIDH recuerda que los Estados tienen la obligación general de proporcionar recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen que han sido víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25), los cuales deben concordar con las garantías procesales debidas (artículo 8.1). Para que exista un recurso no basta con que esté previsto en la ley, sino que debe ser realmente idóneo para determinar si se ha incurrido en una violación de derechos humanos y proveer lo necesario para repararla⁹⁷.

⁹⁵ The Global Fund. *Baseline Assessment-Jamaica, Scaling up Programs to Reduce Human Rights Related Barriers to HIV Services*, septiembre de 2019, p. 40 (traducción de la CIDH).

⁹⁶ El artículo 25 de la Convención Americana dice: "1. 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".

⁹⁷ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 125; Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 61; Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 136.

127. En *Boyce y otros contra Barbados*, la Corte Interamericana determinó que Barbados no había cumplido las obligaciones asumidas de conformidad con el artículo 2 de la Convención, en lo que respecta a los artículos 1.1, 4.1 y 25.1, en vista de que la Constitución impedía toda impugnación judicial del artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, en la cual se establecía la pena de muerte obligatoria para toda persona condenada por homicidio. Según la Corte:

El artículo 26 de la Constitución de Barbados previene que tribunales puedan declarar la inconstitucionalidad de leyes existentes que hayan sido promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, esto es, antes del 30 de noviembre de 1966. Dicho artículo se conoce como una “cláusula de exclusión” dado que no permite que dichas leyes se sometan a una revisión de constitucionalidad de normas, y por lo tanto, las “excluye” de tal proceso. En efecto, el artículo 26 no permite la impugnación de aquellas leyes vigentes, previas a la constitución, con el propósito de revisar su constitucionalidad aun cuando el fin de dicha revisión sea analizar si la ley viola derechos y libertades fundamentales. Este es el caso del artículo 2 de la LDCP, que entró en vigor al momento de la promulgación de la Ley de Delitos Contra la Persona de 1868. Es decir, el artículo 2 de la LDCP es una ley previa a la constitución actual, y que continúa siendo ley en Barbados. Por lo tanto, en virtud de la “cláusula de exclusión”, la constitucionalidad del artículo 2 de la LDCP no puede ser impugnada a nivel interno.

En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento⁹⁸.

128. En el caso de autos, la Comisión observa que la Constitución de Jamaica dispone que no se puede declarar que las leyes sobre delitos sexuales son incompatibles con la Constitución o contravienen sus disposiciones. El Estado argumentó que es posible impugnar los artículos pertinentes de la Ley de Delitos contra la Persona, pero no aportó pruebas de la existencia de un recurso efectivo.

129. La Comisión recuerda que en 2013 se impugnaron los artículos 76, 77 y 79 de la Ley de Delitos contra la Persona, pero que la impugnación fue retirada, y que se interpuso otra en 2015, que todavía está pendiente.

130. La CIDH considera que la mera presentación de una acción no es prueba de la existencia y la efectividad de un recurso, especialmente en vista del texto de una ley que dice expresamente que no se puede declarar la inconstitucionalidad de los delitos sexuales, como los que se reglamentan en los artículos antedichos de la Ley de Delitos contra la Persona. Por consiguiente, la Comisión considera que T. B. y S. H. no contaron con un recurso efectivo que los protegiera contra actos violatorios de sus derechos humanos.

131. En virtud de las consideraciones precedentes, la Comisión concluye que el Estado de Jamaica es responsable de la violación del derecho a la protección judicial amparado por el artículo 25.1 de la Convención, en lo que respecta a las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de T. B. y S. H.

VI. ACCIONES POSTERIORES AL INFORME No. 240/19

132. El 5 de diciembre de 2019 la Comisión aprobó el Informe No. 240/19 sobre el fondo de este caso, que abarca los párrafos 1 a 131 *supra* y emitió las siguientes recomendaciones al Estado.

1. Reparar integralmente las violaciones de derechos humanos señaladas en el presente informe, en el aspecto tanto material como inmaterial. Ello debe incluir una indemnización pecuniaria así como medidas de satisfacción.

2. Adoptar las medidas de no repetición necesarias para evitar que se produzcan incidentes similares en el futuro, específicamente:

⁹⁸ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrs. 75 y 80.

- I) Derogar los artículos de la Ley de Delitos contra la Persona que tipifican como delito la actividad sexual consensual realizada en privado entre adultos y la conducta sexual consensual entre hombres que tienen sexo con otros hombres o con homosexuales;
- II) Establecer un marco jurídico o modificar las leyes vigentes a fin de prohibir y sancionar todas las formas de discriminación basadas en la orientación sexual, la identidad o la expresión de género, tanto real como percibida, y la diversidad corporal;
- III) Recopilar y analizar de manera sistemática y desglosada datos estadísticos del censo de Jamaica sobre la prevalencia y la índole de la violencia y la discriminación basadas en prejuicios, en la orientación sexual y la identidad o expresión de género tanto real como percibida y en la diversidad corporal;
- IV) Tomar las medidas necesarias para asegurar el acceso efectivo de las personas LGBTI a los servicios de salud sin discriminación;
- V) Aplicar el estándar de la debida diligencia en la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de actos de violencia contra las personas LGBTI independientemente de que la violencia se produzca en el contexto de la familia, la comunidad o la esfera pública, incluidos el trabajo, y los sectores de la educación y la salud. Asegurar que en las investigaciones no influyan prejuicios basados en la orientación sexual y/ o la identidad de género real o percibida de la víctima o del perpetrador;
- VI) Llevar a cabo actividades de capacitación periódicas y sostenidas para funcionarios públicos jamaquinos, en particular jueces, fiscales, defensores públicos, otros operadores de justicia, las fuerzas de seguridad y los sectores de la educación, el empleo y la salud, sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género, diversidad corporal y las dificultades que enfrentan estas personas;
- VII) Asegurar que los programas de educación de Jamaica se formulen con una perspectiva de género, a fin de garantizar la disolución de estereotipos y prejuicios y sobre la base de un modelo que garantice la autonomía de todas las personas, especialmente las LGBTI, e incluir la educación integral sobre la sexualidad en el programa de estudios escolares, de acuerdo con la capacidad progresiva de los niños, con una perspectiva de diversidad corporal, sexual y de género, a fin de asegurar que las políticas y los programas de educación estén formulados especialmente para modificar los esquemas sociales y culturales de comportamientos dañinos.

133. El 26 de febrero de 2020, la Comisión transmitió el informe al Estado con un plazo de dos meses para informar a la Comisión Interamericana sobre las medidas adoptadas para cumplir con sus recomendaciones. En esa misma fecha, la CIDH notificó a los peticionarios sobre la aprobación del informe. A la fecha, la CIDH no ha recibido ninguna respuesta de Jamaica en relación con el Informe No. 240/19.

VII. INFORME No. 250/20 E INFORMACIÓN SOBRE CUMPLIMIENTO

134. El 14 de septiembre de 2020, la Comisión aprobó el Informe Final de Fondo No. 250/20 en el cual la Comisión reiteró todas sus recomendaciones al Estado. El 2 de octubre de 2020, la CIDH transmitió el Informe al Estado y a los peticionarios con el plazo de dos meses para informar a la Comisión sobre las medidas adoptadas para cumplir con sus recomendaciones. Hasta la fecha la Comisión no ha recibido respuesta del Estado de Jamaica ni de los peticionarios con respecto al Informe No. 250/20.

VIII. CONCLUSIONES FINALES Y RECOMENDACIONES

135. Sobre la base de las determinaciones de hecho y de derecho, la Comisión Inter-Americana concluye que el Estado es responsable por la violación de los artículos 5.1 (Derecho a la Integridad Persona), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 22.1 (Derecho de Circulación y Residencia), 24 (Igualdad ante la Ley), 25.1 (Protección Judicial) y 26 (Derecho a la Salud) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los Artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de T.B. y S.H.

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS REITERA AL ESTADO DE JAMAICA SUS RECOMENDACIONES DE:

1. Reparar integralmente las violaciones de derechos humanos señaladas en el presente informe, en el aspecto tanto material como inmaterial. Ello debe incluir una indemnización pecuniaria así como medidas de satisfacción.
2. Adoptar las medidas de no repetición necesarias para evitar que se produzcan incidentes similares en el futuro, específicamente:
 - I) Derogar los artículos de la Ley de Delitos contra la Persona que tipifican como delito la actividad sexual consensual realizada en privado entre adultos y la conducta sexual consensual entre hombres que tienen sexo con otros hombres o con homosexuales;
 - II) Establecer un marco jurídico o modificar las leyes vigentes a fin de prohibir y sancionar todas las formas de discriminación basadas en la orientación sexual, la identidad o la expresión de género, tanto real como percibida, y la diversidad corporal;
 - III) Recopilar y analizar de manera sistemática y desglosada datos estadísticos del censo de Jamaica sobre la prevalencia y la índole de la violencia y la discriminación basadas en prejuicios, en la orientación sexual y la identidad o expresión de género tanto real como percibida y en la diversidad corporal;
 - IV) Tomar las medidas necesarias para asegurar el acceso efectivo de las personas LGBTI a los servicios de salud sin discriminación;
 - V) Aplicar el estándar de la debida diligencia en la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de actos de violencia contra las personas LGBTI independientemente de que la violencia se produzca en el contexto de la familia, la comunidad o la esfera pública, incluidos el trabajo, y los sectores de la educación y la salud. Asegurar que en las investigaciones no influyan prejuicios basados en la orientación sexual y/ o la identidad de género real o percibida de la víctima o del perpetrador;
 - VI) Llevar a cabo actividades de capacitación periódicas y sostenidas para funcionarios públicos jamaicanos, en particular jueces, fiscales, defensores públicos, otros operadores de justicia, las fuerzas de seguridad y los sectores de la educación, el empleo y la salud, sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género, diversidad corporal y las dificultades que enfrentan estas personas;
 - VII) Asegurar que los programas de educación de Jamaica se formulen con una perspectiva de género, a fin de garantizar la disolución de estereotipos y prejuicios y sobre la base de un modelo que garantice la autonomía de todas las personas, especialmente las LGBTI, e incluir la educación integral sobre la sexualidad en el programa de estudios escolares, de acuerdo con la capacidad progresiva de los niños, con una perspectiva de diversidad corporal, sexual y de género, a fin de asegurar que las políticas y los programas de educación estén formulados especialmente para modificar los esquemas sociales y culturales de comportamientos dañinos.

IX. PUBLICACIÓN

136. En vista de lo anterior y de conformidad con el artículo 47.3 de su Reglamento, la CIDH decide hacer público este informe e incluirlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. La Comisión Interamericana, de acuerdo con las normas contenidas en los instrumentos que rigen su mandato, continuará evaluando las medidas adoptadas por Jamaica con respecto a las recomendaciones anteriores hasta que determine que se ha cumplido plenamente.

Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los 31 días del mes de diciembre de 2020.
(Firmado): Joel Hernández García, Presidente; Antonia Urrejola Noguera, Primera Vicepresidenta; Flávia Piovesan, Segunda Vice Presidenta y Julissa Mantilla, Comisionada.