



## ADO 26<sup>1</sup>

### Criminalización de actos de homofobia y transfobia

**País:**

Brasil

**Tribunal:**

Supremo Tribunal Federal

**Órgano juzgador:**

Tribunal Pleno

**Forma del juicio:**

Presencial

**Ponente:**

Min. Celso de Mello

**Fecha del juicio:**

13.06.2019

**Materia:**

#### RESUMEN DEL CASO

Acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO) presentada contra la inercia del Congreso Nacional ante su deber de promulgar una ley que penalice los actos de discriminación cometidos por motivos de orientación sexual (homofobia) o identidad de género (transfobia). Los demandantes solicitan: (i) la aplicación de la ley que trata del delito de racismo, para que incluya también los actos homofóbicos o transfóbicos, hasta que se apruebe una ley específica; (ii) la declaración de la mora del Congreso Nacional de legislar sobre la materia; y (iii) el establecimiento de un plazo de un año para que se apruebe una ley que penalice todas las formas de homofobia y transfobia.

#### FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. La Constitución de 1988 obliga al Poder Legislativo a elaborar normas que penalicen las conductas discriminatorias, como las que descalifican a las personas por su orientación sexual (homofobia) o su identidad sexual (transfobia).
2. Una persona homosexual es alguien que se siente atraído por otras personas de su mismo sexo. Esta es su orientación sexual. Una persona transexual es alguien que siente que pertenece al sexo opuesto a su sexo biológico. Esto, a su vez, es su identidad sexual. La sexualidad también puede tener muchas otras variantes, englobadas en el acrónimo LGBT<sup>2</sup>. Las personas LGBT son ampliamente estigmatizadas y discriminadas en Brasil.
3. La sexualidad forma parte de la esfera más íntima y estructurante de la personalidad de una persona, relacionada con su dignidad, autonomía y libertad para definir sus propios planes de felicidad, así como para elegir hacia quién dirigir sus afectos y deseos.
4. Más de 30 años después de la promulgación de la Constitución de 1988, el Congreso Nacional no ha aprobado una norma que penalice las conductas homofóbicas y transfóbicas, situación que implica una violación del artículo 5, XLI y XLII, de la Constitución Federal de 1988, así como del deber del Estado de proteger a un grupo especialmente vulnerable.

<sup>1</sup> El presente caso fue juzgado juntamente con el MI 4.733, Ponente Min. Edson Fachin. Se decidió resumir la ADO 26, Ponente Min. Celso de Mello, debido a su mayor puntuación en la fase de selección de las sentencias más relevantes, en el criterio institucional de divulgación y en el criterio de interés social (*amicus curiae*).

<sup>2</sup> Actualmente, se utiliza el acrónimo LGBTQIAPN+.



5. Según el entendimiento del STF en el HC 82.424/RS (Caso Ellwanger), el concepto de racismo no se limita a consideraciones estrictamente antropológicas o biológicas. Se refiere a comportamientos sociales que rebajan injustamente a personas o grupos para estigmatizarlos y subyugarlos, violando el derecho a la dignidad humana.
6. Los comportamientos homofóbicos y transfóbicos se encuadran en el concepto de racismo en su dimensión social. Por esta razón, mientras no exista una ley específica emitida por el Congreso Nacional, se les aplican las penas previstas para los delitos en la Ley 7.716/1989, que trata del delito de racismo.
7. Esta conclusión no desconoce el derecho a la libertad de expresión o de religión. La libertad de expresión garantiza la libre manifestación; y la libertad religiosa, la libre predicación conforme a los dogmas y libros sagrados de una fe. Ambas están garantizadas, siempre que no constituyan discursos de odio, entendidos como exteriorizaciones que inciten a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia.

### RESULTADO DEL JUICIO

El Supremo Tribunal Federal reconoció que la omisión del Congreso Nacional en su deber de criminalizar las conductas homofóbicas y transfóbicas viola la Constitución Federal de 1988 (artículo 5, XLI y XLII). Hasta que el Congreso Nacional emita una norma sobre la materia, el Tribunal dictaminó que las prácticas homotransfóbicas están calificadas como especies del género racismo, en la dimensión de racismo social, por lo que caen bajo la tipificación penal contenida en la Ley de Racismo (Ley 7.716/1989).

### OBSERVACIONES COMPLEMENTARIAS

**Tesis:** “1. Hasta que venga del Congreso Nacional una ley que implemente los mandatos de criminalización previstos en los incisos XLI y XLII del artículo 5 de la Constitución de la República, las conductas homofóbicas y transfóbicas, reales o presuntas, que impliquen aversión odiosa a la orientación sexual o a la identidad de género de alguien, por ser expresiones de racismo, entendido como racismo en su dimensión social, encuadran, por identidad de razón y por adecuación típica, en los preceptos primarios de incriminación previstos en la Ley 7.716, del 08.01.1989, y constituye en el caso de un homicidio doloso, una circunstancia que lo califica, ya que es un motivo abyecto (Código Penal, artículo 121, párrafo 2, I, *in fine*); 2. La represión penal de la homotransfobia no se extiende ni restringe o limita el ejercicio de la libertad religiosa, cualquiera que sea la denominación confesional profesada, cuyos fieles y ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás o clérigos musulmanes y líderes o celebrantes de religiones afro-brasileñas, entre otros) tienen garantizado el derecho a predicar y difundir libremente sus pensamientos mediante la palabra, la imagen o cualquier otro medio, y a expresar sus convicciones de acuerdo con lo que figura en sus libros y códigos sagrados, así como a enseñar de acuerdo con su orientación doctrinal y/o teológica, pudiendo buscar y conquistar prosélitos y practicar los actos de culto y liturgia respectivos, independientemente del espacio, público o privado, de su realización individual o colectiva, siempre que tales manifestaciones no constituyan discursos de odio, entendidos como aquellas exteriorizaciones que inciten a la discriminación, hostilidad o violencia contra las personas en razón de su orientación sexual o identidad de género; 3. El concepto de racismo, entendido en su dimensión social, va más allá de los aspectos estrictamente biológicos o fenotípicos, ya que resulta, como la manifestación de poder, de una construcción histórico-cultural motivada por el objetivo de justificar la desigualdad y dirigida al control



ideológico, la dominación política, el sometimiento social y la negación de la alteridad, la dignidad y la humanidad de quienes, por formar parte de un grupo vulnerable (LGBTI+) y no pertenecer a la posición de hegemonía en una determinada estructura social, son considerados extraños y diferentes, degradados a la condición de parias del ordenamiento jurídico, expuestos, como consecuencia de un odioso menosprecio y perversa estigmatización, a una injusta y perjudicial situación de exclusión del sistema general de protección legal.



AMICUS  
CURIAE



VIDEO DEL  
JUICIO

parte 1



VIDEO DEL  
JUICIO

parte 2



VIDEO DEL  
JUICIO

parte 3



VIDEO DEL  
JUICIO

parte 4



VIDEO DEL  
JUICIO

parte 5



VIDEO DEL  
JUICIO

parte 6



VIDEO DEL  
JUICIO

parte 7



VIDEO DEL  
JUICIO

parte 8



VIDEO DEL  
JUICIO

parte 9

