

---

Suprema Corte (India)

*Navtej Singh Johar vs. Union of India*  
[6 septiembre 2018]

VICTOR MANUEL VERA GARCÍA  
*Academia IDH*

Hace no más de dos meses al momento de realizar este escrito, en la Corte Suprema de India (Corte SI) se dictó una sentencia que ha sido motivo de regocijo internacional, principalmente por parte de la población LGBTTTIQ (lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, transexuales, travestis, intersexuales y personas *queer*), así como para organismos e instituciones defensores de derechos humanos. Se trata de la sentencia del caso *Navtej Singh Johar & Ors. vs. Union of India*, en donde se declara parcialmente inconstitucional la sección 377<sup>1</sup> del Código Penal de India (CPI). Dicha sentencia es relevante en el reconocimiento de derechos de la población LGBTTTIQ. Antes que nada, es importante dar una contextualización breve del caso.

Si bien esta sección no hace referencia explícitamente de las personas LGBTTTIQ, sí señala un concepto cuestionable del cual no se da una definición y no se vuelve a mencionar en el CPI ni en algún otro documento del marco jurídico indio: “el orden natural”. Históricamente se ha entendido que “contra la naturaleza” es todo acto sexual que no tenga por objeto la procreación, concepción que en el ámbito del derecho moderno es inaceptable y ya explicaré mis razones más adelante. Esto ha hecho que las relaciones homosexuales sean vistas como depravadas y los miembros de esta parte de la

---

<sup>1</sup> 377. Unnatural offences.

Whoever voluntarily has carnal intercourse against the order of nature with any man, woman or animal, shall be punished with 152[imprisonment for life], or with imprisonment of either description for a term which may extend to ten years, and shall also be liable to fine.

Explanation- Penetration is sufficient to constitute the carnal intercourse necessary to the offence described in this section.

población acosados injustamente por las autoridades del estado<sup>2</sup>. Esto lo reconoce también la Corte Si en su sentencia (*Navtej Singh Johar & Ors. vs. Union of India thr. Secretary Ministry of Law and Justice*, 6 de septiembre de 2018: parrs. 75, 76, 78).

Con este contexto en mente, el 27 de abril de 2016 Navtej Singh Johar y otras cuatro personas LGTTTIQ presentaron una petición escrita al tribuna supremo solicitando se declare inconstitucional la norma citada. El caso se admitió por el Jefe de Justicia de India y se ordenó que fuera conocido por una banca constitucional de cinco jueces, el 10 de julio del presente año empezaron las audiencias de alegatos, concluyendo el día 17 del mismo mes. Se dio a las partes un plazo que concluía el día 20 de julio para formular sus reclamos finales y el día 6 de septiembre del presente año se dictó sentencia, declarando el tribunal supremo la inconstitucionalidad parcial de la sección 377 del CPI pues contraviene los artículos 14, 19 y 21 de la Constitución de India<sup>3</sup> (*Navtej Singh Johar*, parr. 253, xvii).

Cabe señalar que anterior a este caso hubo otro que abrió las puertas al reconocimiento de los derechos de las personas LGTTTIQ, y dos directamente relacionados con la sentencia comentada puesto que versan sobre la constitucionalidad o no de la sección 377. En el caso *National Legal Services Authority vs. Union of India and others*, conocido popularmente como *NALSA* la Corte Si se pronunció en cuanto al estatus legal de la identidad de las personas transgénero. En la sentencia se destaca la importancia constitucional de proteger el derecho de mujeres y hombres sobre las decisiones de su identidad sexual y de género.

En *Naz Foundation vs. Government of NCT of Delhi and others*, del año 2009 la Alta Corte de Delhi declaró inconstitucional la sección 377 del CPI, considerando que al criminalizar los actos homosexuales entre dos personas adultas y consensuados se vul-

---

<sup>2</sup> De acuerdo con la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (ILGA), cerca de 1500 personas fueron detenidas en la India en virtud de la sección 377, sólo en el año 2015.

<sup>3</sup> El artículo 14 protege la igualdad ante la ley, el artículo 19 en este caso particular es vulnerado en la libertad de asociación o más concretamente unión y el artículo 21 habla de protección a la vida y libertad personal.

neran los artículos 14, 15 y 21 de la Constitución. En *Suresh Kumar Koushal and another vs. Naz Foundation and others*, la Corte SI reinstauró la constitucionalidad de la norma impugnada. En la sentencia en comento dicho tribunal reconoce que la sentencia de *Suresh Kumar Koushal* estuvo equivocada y queda anulada, pues hace interpretaciones erróneas de la sección al acogerse a sustentos de moralidad social y al afirmar que los derechos protegidos tienen menor preponderancia si sólo una minoría se ve afectada en los mismos (*Navtej Singh Johar*, parrs. 169, 190, 253, viii, xviii).

Quiero ahora precisar los puntos que encuentro más favorables de la labor interpretativa que los juzgadores del tribuna supremo hicieron en la sentencia en comento.

Primero, es interesante la observación que hace la Corte SI respecto a la Constitución, pues afirma que ésta es un documento vivo, que evoluciona con la sociedad y sus valores (*Navtej Singh Johar*, parr. 83, 90). Esta valoración que hace el juzgador está en consonancia con lo que otras autoridades internacionales han hecho. Viene a mi mente por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo* (Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 febrero 2012: párrs. 36, 83) y la opinión consultiva 24/17 (Corte IDH, OC-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 noviembre 2017: parrs. 58, 69, 187), donde se habla también de los derechos de la población LGTTTIQ.

Relacionados con la evolución de la Constitución se encuentran dos conceptos interesantes desarrollados por la Corte SI, la moralidad social y moralidad constitucional. Se entiende la primera como los dogmas tradicionalmente aceptados, ya sea por la cultura, la religión o ambas, y la segunda basada en hechos comprobables y razonables. El tribunal toma en consideración lo que la Alta Corte de Delhi ha comentado en cuanto a la ponderación que se debe de hacer de las dos moralidades, afirmando que la segunda debe de anteponerse a la primera: “[...] the High Court had taken the view

that social morality has to succumb to the concept of constitutional morality.” (*Navtej Singh Johar*, parr. 68)

Además, la moralidad constitucional no sólo significa seguir los mandatos establecidos textualmente en la Constitución, sino reconocer que en ella se consagran una serie de principios que buscan una pluralidad y un reconocimiento de la libertad de cada individuo dentro de la sociedad. La Corte Si en reiteradas ocasiones nos dice que los jueces constitucionales, en su trabajo de “árbitros” de la ley no deben dejarse guiar por nociones de moralidad social la cual no tienen sustento legal (*Navtej Singh Johar*, parr. 111-119).

Si bien la sentencia tiene varios aciertos, no está libre de escrutinio y crítica. En primer lugar, hago la observación de que, al no haber una definición de lo que el legislador entendía por “no natural”, la Corte Si hace una comparación entre el delito de violación, sección 375<sup>4</sup>, y el multicitado delito de ofensas contra la naturaleza, sección 377. Puesto que el delito de violación sólo se acredita cuando no hay consentimiento y el de ofensas contra la naturaleza no prevé la ausencia o presencia de consentimiento, el juzgador estima que no es constitucional que algunas prácticas sexuales consensuadas (homosexuales) sean punibles y otras no (heterosexuales).

Mi crítica se refiere a que a lo largo del cuerpo de la sentencia no se hace un intento por definir que es lo “no natural” o “contra de la naturaleza”, sino más bien nos dice que no se debe entender ya por eso (*Navtej Singh Johar*, parr. 213-216). Si se hubiera dado alguna definición de este concepto podría existir una mayor certeza jurídica para la interpretación de la norma que aún queda parcialmente obligatoria. Así mismo los términos “no natural” o

<sup>4</sup> El delito de violación tal cual está tipificado en el CPI ya es sujeto a crítica en sí mismo, puesto que por una parte presenta como elemento *sine qua non* la ausencia de consentimiento y por otro lado estipula de manera absoluta que un hombre que tiene relaciones sexuales con su esposa mayor de edad no comete el delito de violación. Encuentro en conflicto ambos elementos del delito pues una interpretación superficial da a entender que una mujer casada no puede o no le vale negarse a sostener relaciones sexuales con su esposo. Así mismo violaciones a hombres no se encuentran contempladas en el Código, quedando relegadas con esta sentencia a las ofensas “en contra de la naturaleza”.

“contra la naturaleza”, son concepciones desfasadas en la actualidad y no están en consonancia con la idea de constitución como instrumento vivo ya mencionado. A mi parecer más que dar una definición aceptable de dichos conceptos la Corte Si debió desechar los mismos por algunos con un espíritu más contemporáneo y técnico, propios del derecho actual.

No se puede dejar de señalar que el sistema jurídico de India, como en muchas otras sociedades con fuertes dogmas religiosos y sociales (como es el caso de nuestro propio país, México), sufre de una marcada brecha entre importantes avances al respeto y reconocimiento de los derechos humanos y la vulneración y negación de estos. El caso *Navtej Singh Johar* es un gran avance sin duda, sin embargo, no debemos quedarnos cómodos en unas cuantas significativas victorias.

En India la identidad jurídica de las personas transexuales y transgénero ya es reconocida y ahora las relaciones homosexuales entre adultos ya no son criminalizadas. Sin embargo, aún el matrimonio igualitario y la paternidad homoparental no está reconocidos por la ley. En muchos países del mundo el ser persona LGTBTTIQ sigue siendo un delito que se castiga en no pocos casos con la muerte. Sentencias como la de *Navtej Singh Johar* son un avance que hay que celebrar sin duda, eso sin olvidarnos que queda un largo camino por recorrer. Académicos, legisladores, defensores, juzgadores y población en general, debemos trabajar todos los días por el establecimiento de un sistema jurídico y social donde todos los seres humanos seamos libres e iguales en dignidad y en derechos.