

Capítulo uno LAS FAMILIAS MÁS ALLÁ DE LA HETERONORMATIVIDAD

Juan Marco Vaggione¹

Las políticas sobre la familia se caracterizan, en la actualidad, por un antagonismo entre dos sectores principales que, articulando diferentes alianzas y discursos, responden a definiciones opuestas sobre la sexualidad. Aunque heterogéneos, estos sectores construyen de manera diferenciada la legalidad y legitimidad de las personas y parejas LGBTQ² en las relaciones familiares. Este antagonismo responde, en gran medida, al enfrentamiento sobre el reconocimiento —legal y social— que se le debe otorgar a los arreglos familiares que se constituyen al margen de la definición tradicional de familia. Uno de los conflictos centrales de la política contemporánea, a escala nacional y transnacional, se da entre aquellos que defienden la familia como institución social única basada esencialmente en

¹ Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Agradece la colaboración de Leticia Gavernet como asistente en la realización de este capítulo.

² En los dos capítulos de esta segunda parte se usa la sigla LGBT o LGBTQ para nombrar a los individuos o grupos que se autodefinen en disidencia frente a la norma. L por lesbianas, G por hombres gay, B por bisexuales, T por trans —travestís, transexuales y personas transgénero—. Aunque como toda sigla reduce la multiplicidad de identificaciones, ésta ha sido históricamente incluyente y por eso tiene variaciones. La sigla LGBT se usa cuando se citan fuentes u organizaciones que así se definen; a ésta los autores le agregan la letra Q cuando se incluye a las personas *queer*. El término *queer*, original del inglés, no ha tenido una traducción apropiada al español. Su traducción literal sería “raro”, “rara”, pero su valor político radica en que alude a prácticas de resistencia contra la explicación absoluta del mundo social a partir de binarios jerárquicos, sean éstos de género, orientación sexual o raza, entre otros (la letra “q”, en inglés, incluye también la idea de *questioning*, que se refiere a las personas cuya identidad está en cuestionamiento).

la heterosexualidad, y los que rompen con este esquema y sostienen que la familia debe ser reconocida como una realidad múltiple y diversa —las personas y parejas LGBTQ hacen parte de esa diversidad—.

Entre los que defienden una concepción única de familia en Latinoamérica se destaca la jerarquía de la Iglesia católica y sus sectores aliados. Para la Iglesia, defender la familia es una forma de defender la cultura latinoamericana, amenazada por las demandas de los movimientos feministas y por la diversidad sexual.³ Esta defensa se lleva a cabo de formas diversas y complejas, y ha convertido en obsoletos los marcos teóricos que dan sentido al fenómeno religioso. Por un lado, la jerarquía de la Iglesia católica continúa siendo el principal opositor político a la sanción de leyes y a la articulación de políticas públicas favorables a los derechos sexuales y reproductivos. La clara legitimidad de la Iglesia y de sus representantes,⁴ sumada a la que en cambio no tienen los políticos en la región, limitan la autonomía de gobernantes y legisladores que, a cambio de defender la idea que tiene la religión sobre la familia, recurren a la jerarquía católica en busca de apoyo. Por otra parte, a la frágil separación institucional entre Estado e Iglesia en la mayoría de los países latinoamericanos, se agrega el alto impacto que tiene la Iglesia como actor político en la región, su poder para delimitar la agenda pública y ejercer influencia en las decisiones gubernamentales.⁵ El *lobby* que hacen los representantes de la Iglesia católica con legisladores y jueces es un freno importante para el cambio del sistema legal y de la jurisprudencia que institucionaliza una concepción tradicional de familia.

³ Afirmaciones de este tipo ya son comunes. Lo han sido y lo son en los discursos y documentos de los últimos dos Papas. Por ejemplo, la “Carta a los obispos de la Iglesia católica sobre la colaboración del hombre y la mujer en la Iglesia y en el mundo”, preparado por la Congregación para la Doctrina de la Fe en el año 2004, responsabiliza al “feminismo radical de los últimos años porque induce a la mujer a creer que para ser ella misma tiene que convertirse en antagonista del hombre, llegando a una rivalidad extrema entre sexos, en que la identidad y el rol de uno son asumidos en desventaja del otro”. En el año 2006, el Consejo Pontificio para la Familia sanciona el documento “Familia y procreación humana”, en el que se dice que el movimiento feminista ha reforzado una visión “individualista del hombre y de la mujer” (ambos documentos pueden consultarse en la página web del Vaticano: <http://www.vatican.va>).

⁴ En los países latinoamericanos, la Iglesia católica es la institución que registra el mayor índice de confianza ciudadana. En la mayoría de los casos supera el 70%. Ver el “Informe de prensa” del año 2006 del Latinobarómetro, en el que se presentan los datos de encuestas realizadas en dieciocho países, y se evidencia que la Iglesia es la institución con los más altos índices de confianza en los últimos diez años en la región (www.latinobarometro.org/fileadmin/documentos/prensa/Espanol/Informe_Latinobarometro_2006.pdf).

⁵ Ver Juan Marco Vaggione, “Los derechos sexuales y reproductivos y el activismo religioso. Nuevas estrategias para su efectivización en Latinoamérica,” disponible en www.red-alas.org/concurso/concursoframe.htm.

Pero la institucionalización de un modelo único de familia también se sostiene por la influencia de los actores y discursos religiosos en la población. El modelo único de familia no sólo lo mantiene el poder político de la jerarquía en lo legal, sino también la construcción de una matriz cultural que sostiene el catolicismo y que influye en las construcciones morales y legales de la población en general. La religiosidad continúa siendo la variable que mejor predice la actitud de la población hacia los derechos sexuales y reproductivos. A mayor cercanía e identificación con la religión —particularmente con aquellas que como el catolicismo defienden una concepción tradicional—, mayor resistencia a los derechos sexuales y reproductivos. El caso más notable lo constituye el importante número de organizaciones no gubernamentales, conocidas como pro-vida o pro-familia,⁶ y formadas por ciudadanos que, identificados con la doctrina católica, se movilizan en defensa de las legislaciones restrictivas sobre género y sexualidad que existen en la región.⁷ La influencia de la religión se manifiesta también en legisladores y jueces, pues para muchos de ellos, sin que necesariamente exista presión externa de la jerarquía eclesial, las creencias religiosas continúan siendo una dimensión central al momento de tomar decisiones sobre la regulación legal de la sexualidad.⁸ La forma en que religión y moral suelen fundirse, y la influencia histórica de la Iglesia en la cultura latinoamericana son también barreras a las reformas legales que necesitan las sociedades pluralistas.

En las últimas décadas, sin embargo, la familia como orden simbólico ha comenzado a redefinirse a partir de la creciente presencia de los movimientos feministas y de la diversidad sexual⁹ que, entre otros factores, ya ejercen presión

⁶ Para un análisis de estas organizaciones en los Estados Unidos, ver Michael W. Cuneo, *The Smoke of Satan*, Oxford University Press, New York, 1997, y Mary Jo Appleby y R. Scout Weaver, eds., especialmente la Introducción, en *Being Right: Conservative Catholics in America*, Indiana University Press, Bloomington, 1995.

⁷ En Latinoamérica se destaca la presencia de Vida Humana Internacional (Human Life International-HLI), con oficinas en prácticamente todos los países de la región. A HLI se suma un número creciente de organizaciones, la mayoría católicas, cuya función principal es reforzar la definición tradicional de familia. Además de haber generado redes internacionales, muchas de estas organizaciones participan en los congresos mundiales sobre la familia que, desde 1997, buscan conformar una agenda única en defensa de la institución.

⁸ Ver Juan Marco Vaggione, “Dios y la ley. Las influencias religiosas en el derecho”, *Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Editorial Lerner, Buenos Aires, noviembre de 2005; Rosa María Rodrigues de Oliveira, “Isto é contra a natureza... uma observação de acórdãos judiciais e entrevistas com magistrados sobre conjugalidades homoeróticas em três estados brasileiros”, en Anna Paula Uziel, Luiz Mello, Miriam Pillar Grossi, eds., *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*, Garamond, Rio de Janeiro, 2007.

⁹ El término movimiento se utiliza de manera amplia por la diversidad sexual: abarca tanto el activismo de la sociedad civil como el impacto que el mismo ha tenido en la academia.

sobre el Estado y la sociedad política para que cambien los sistemas legales imperantes. El objetivo de estos movimientos es desinstitucionalizar la definición tradicional de familia, la que considera que la familia legal y legítima es la unión entre un hombre y una mujer, y que el objetivo principal de esa unión es la reproducción. Aunque ésta sigue siendo la definición privilegiada, su posición hegemónica como construcción se ha debilitado, lo que ha permitido empezar a entender la familia como un orden plural. Por un lado, se ha visibilizado demográficamente la existencia de diversos tipos de arreglos familiares que superan la concepción estrecha que defiende la postura tradicional, en particular los hogares monoparentales de mujeres. Por otro lado se ha criticado la concepción tradicional que se pretende universal y natural, y se ha puesto en evidencia que tiene una historia específica y que responde a relaciones de poder determinadas. La desnaturalización de la concepción tradicional, gracias a la diversidad social existente o al registro histórico de su existencia, permite abrir el espacio para que el pluralismo sea aceptado como constitutivo de los arreglos familiares.

Los movimientos feministas y los que abogan por la diversidad sexual critican la concepción tradicional/natural de familia porque enmascara regímenes de dominación. Se caracteriza, en primer lugar, por ser patriarcal: el hombre es ubicado en una situación de privilegio frente a la mujer. La división de roles de la familia, en la que la mujer es relegada a lo doméstico, a la esfera privada, a la reproducción, constituye una forma de dominación que el feminismo lleva décadas denunciando. En segundo lugar, la concepción tradicional de familia es heteronormativa: la heterosexualidad se constituye en la norma desde la cual se regulan las barreras morales y legales. Sólo las parejas heterosexuales constituyen un arreglo afectivo posible de ser reconocido por el Estado y la sociedad como núcleo legítimo de las familias contemporáneas. A las personas LGBTQ se las ubica en los márgenes de la definición de familia, y son “toleradas” siempre y cuando mantengan sus vínculos familiares en la invisibilidad e ilegalidad.

Un elemento común del patriarcado y la heteronormatividad como sistemas de dominación, que caracteriza también la definición tradicional de familia, es el entender la sexualidad como una función principalmente reproductiva. La Iglesia católica ha sido y es una de esas instituciones que sostienen que la moralidad y la legalidad de la sexualidad se adscriben al que consideran su fin esencial, esto es, la reproducción. En este esquema, las mujeres son definidas a partir de sus capacidades reproductivas, y “sujetas” por ello a la regulación e interés del Estado, de la sociedad y de los hombres. Las parejas del mismo sexo se ven como la negación de esas capacidades reproductivas y, por ende, como la negación de la familia y del matrimonio definidos a la manera tradicional. La fuerte conexión entre sexualidad y reproducción margina a las mujeres y a las personas y parejas LGBTQ.

LAS PERSONAS LGBTQ EN FAMILIAS

El movimiento por la diversidad sexual se ha convertido en los últimos años en un actor político fundamental en la búsqueda de la desinstitucionalización legal y cultural del concepto tradicional de familia. El movimiento ha sido particularmente exitoso porque logró hacer visible la presencia de las personas LGBTQ como parte de las familias contemporáneas e iniciar la discusión. Como parejas, como progenitores o como hijos, las personas LGBTQ desafían las construcciones religiosas, morales y legales imperantes sobre la familia. Desafían en particular un sistema de dominación heteronormativo y se cuestiona la heterosexualidad como requisito esencial para la constitución de parejas y para la procreación. Ni el matrimonio ni la paternidad o maternidad requieren parejas de distinto sexo, ni necesariamente, tampoco, exigen la heterosexualidad. A partir de la defensa de estos dos aspectos, hacen estallar los presupuestos básicos sobre los que se asienta la familia tradicional que por años ha regido de manera hegemónica en Latinoamérica.

Tras décadas de activismo se ha logrado que la legislación y la jurisprudencia internacional comiencen a cambiar, a abrir un espacio para la legalidad y la legitimidad de definiciones de familia que van más allá de la heteronormatividad. Los sistemas legales que regulan las relaciones familiares están produciendo cambios importantes en diferentes países del mundo. Acompañando la creciente legitimidad de la diversidad sexual, a las personas LGBTQ se les está reconociendo una mayor legalidad como parte de las relaciones familiares; así, las formas en las que la familia es legalmente constituida empiezan a redefinirse.

Sin embargo, en el movimiento mismo por la diversidad sexual existe una tensión importante en relación con la forma de superar la marginación de las personas LGBTQ en el marco regulatorio de la familia. La tensión se debe a la marcada heterogeneidad del movimiento, que abarca tanto a los actores como a las estrategias políticas que unos y otros privilegian. En cuanto a los actores, el movimiento engloba una lista abierta entre las que se destacan, entre otras personas, lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgéneros. Aunque comparten el régimen de exclusión y discriminación que los priva de reconocimiento y de derechos —al menos parcialmente—, cada uno de ellos tiene sus propias demandas y especificidades, no siempre fáciles de conciliar. La situación de los gays y de las lesbianas, por ejemplo, no se puede equiparar: aunque ambos son marginados en razón de su sexualidad, las lesbianas sufren además la opresión del patriarcado como sistema de dominación. Las personas trans, aquellas que se identifican con un sexo o género diferente al de su nacimiento, no sólo cuestionan las concepciones dominantes de sexualidad, sino que también ponen en jaque el sistema binario de la diferencia sexual (hombre/

mujer).¹⁰ Esta heterogeneidad, finalmente, debe ser pensada en su interseccionalidad, con dimensiones como la clase, la raza y las discapacidades, dimensiones éstas que generan situaciones diferenciales entre los múltiples actores.

Por supuesto, al momento de priorizar las demandas, esta heterogeneidad tiene consecuencias políticas. Como se analiza más adelante, una de las exigencias centrales del movimiento por la diversidad sexual es el matrimonio entre personas del mismo sexo. Más allá del análisis crítico que se pueda hacer de esta demanda, la incorporación de las parejas del mismo sexo a la institución del matrimonio poco tiene que ver con la problemática que, frente a dicha institución, tienen, por ejemplo, las personas trans, a las que se les niega incluso sus derechos ciudadanos básicos como el derecho al nombre, a circular libremente o a un trabajo digno.¹¹ Lo que les permita formalizar sus relaciones de pareja —en caso de quererlo así— no debería ser la legalidad del “matrimonio homosexual”, sino el reconocimiento de una identidad de género diferente a la asignada al momento de nacer, y además sin que necesariamente se deban someter a medidas quirúrgicas de normalización del cuerpo.¹² Aunque alguna jurisprudencia reconoce la validez del matrimonio en personas trans,¹³ en general persisten fuertes barreras, y no son éstas, precisamente, las que se intenta modificar a partir de la legitimación del matrimonio de personas del mismo sexo. La heterogeneidad propia del movimiento por la diversidad sexual no debe ser invisibilizada —o despolitizada— para darle prioridad a ciertas demandas que sólo tocan directamente a ciertos sectores.

Más allá de la heterogeneidad de los actores, aunque en fuerte conexión, hay también una tensión ideológica respecto a la forma de definir y analizar el sistema de dominación sobre la sexualidad, así como sobre las estrategias políticas que se deben implementar para superarla. El argumento principal de la

¹⁰ Un análisis en profundidad sobre el tema se puede consultar en Diana Maffia, comp., *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003; Josefina Fernández, *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género*, Edhasa, Buenos Aires, 2004.

¹¹ Lohana Berkins y Josefina Fernández, *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2005.

¹² Ver Mauro Cabral y Paula Viturro, “(Trans)Sexual Citizenship in Contemporary Argentina”, en Paisely Currah, Richard Juang y Shannon Minter Price, eds., *Transgender Rights*, University of Minnesota Press, Minnesota, 2006.

¹³ En los Estados Unidos, por ejemplo, la jurisprudencia sobre el tema es compleja. Existen casos judiciales en los que se consideró la validez de los matrimonios en los que una de las partes se había realizado una operación de reasignación de sexo. Sin embargo, algunas cortes han decretado la invalidez de estos matrimonios porque consideran que el sexo de la persona es el de nacimiento. Información del Transgender Law and Policy Institute disponible en www.transgenderlaw.org/resources/translaw.htm#_ftnref38.

primera postura, basada particularmente en discursos de derechos, es lograr una sociedad más justa a partir de la inclusión de las minorías sexuales, y reclamar el principio de igualdad ciudadana. La opresión a la que son sujetas las personas y parejas LGBTQ requiere estrategias políticas que pueden definirse como de asimilación, estrategias que permitan modificar los sistemas legales vigentes y se abra espacio a estos individuos como sujetos legítimos del derecho. Así, diversas temáticas de derecho público como la seguridad social, las pensiones y jubilaciones, los principios de inmigración o de derecho privado como cuestiones sucesorias y de alimentos¹⁴ están siendo modificadas para incorporar la situación de las parejas del mismo sexo.

La estrategia privilegiada es inscribir políticamente a las minorías sexuales como sujetos de derecho —con énfasis en gays y lesbianas—, denunciando al mismo tiempo la discriminación de los sistemas legales vigentes. La función política del movimiento por la diversidad sexual consiste en presionar al Estado y a la sociedad política para lograr reformas legales que protejan a los grupos que son excluidos por su sexualidad. Así, se proponen proyectos de ley y reformas legales, y se emprende un trabajo de lobby con los integrantes de los poderes Legislativo y Judicial para que modifiquen las regulaciones jurídicas existentes. Como se analiza en detalle en este capítulo, el discurso de derechos ocupa un lugar importante en el movimiento por la diversidad sexual, y ha conseguido importantes avances en el reconocimiento de las parejas del mismo sexo y en la defensa de las personas LGBTQ como padres y madres.

Desde una política más transgresora, asociada a la teoría *queer*, el movimiento por la diversidad sexual no debiera orientarse tanto a obtener derechos que permitan la inclusión de las personas LGBTQ en las definiciones prevalecientes de familia, sino más bien a hacer estallar (*queering*) esas definiciones. La teoría *queer* cuestiona la idea de una sexualidad “normal” que “legitima y privilegia la heterosexualidad y las relaciones heterosexuales como fundamentales y naturales en las sociedades”.¹⁵ Esta posición implica revisar cómo la “sexualidad, el género, la raza, y la opresión y el privilegio de clase se han amalgamado en una visión dominante de familia”¹⁶ en las sociedades contemporáneas. Un acercamiento que sólo se preocupa por el tema de los derechos no desafía al poder y sólo logra que algún sector de las minorías sexuales —aquéllos econó-

¹⁴ Ver Graciela Medina, *Uniones de hecho: homosexuales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

¹⁵ Cathy J. Cohen, “Punks, Bulldaggers, and Welfare Queen: The Radical Potential of Queer Politics?” en E. Patrick Johnson y Mae G. Henderson, eds., *Black Queer Studies*, Duke University Press, Durham, 2005, p. 24.

¹⁶ Valerie Lehr, *Queer Family Values. Debunking the Myth of the Nuclear Family*, Temple University Press, 1999, p. 10.

micamente más acomodados— puedan acceder a esos privilegios, reforzando tal vez la marginación de otros sectores. La liberación de las personas LGBTQ está en la posibilidad de deconstruir las políticas de normalización que se conectan con la esencialización de las identidades; esencialización que es un riesgo en las posturas que privilegian acriticamente la sanción de derechos.

La teoría *queer* pide una política más radical, una política de transgresión. En vez de buscar la incorporación a una matriz heterosexual de derechos, habría que cambiar la matriz misma, evidenciando la manera en que la heterosexualidad se construye como privilegiada. Lo que se debe lograr es romper con la naturalización o normalización de ciertas identidades sexuales y de género, y para ello es imprescindible deconstruir las formas en las que la sexualidad se ha ido institucionalizando. La estrategia política de esta postura respecto al derecho es diferente. En vez de pedir la incorporación de las personas LGBTQ a las distintas instituciones que regulan la familia, como el matrimonio, se debe proponer la deconstrucción de estas instituciones. En particular se debe denunciar cómo fortalecen la heteronormatividad y sostienen la “heterosexualidad obligatoria”.¹⁷ La estrategia “asimilacionista” fortalece el sistema estructural de dominación mediante la “normalización del sujeto homosexual”. Si bien esta normalización posibilita el acceso a derechos antes negados, al mismo tiempo inscribe un ideal de respetabilidad que diferencia a los homosexuales “buenos” de los “malos”, de los no respetables, de los que deben ser excluidos de los discursos de ciudadanía.¹⁸ El derecho, como sistema de dominación, es uno de los constructores y sostenedores de la heteronormatividad: el discurso legal es un sitio importante desde el cual se regula la sexualidad y se sostiene la división entre homo y hetero.¹⁹ El esencialismo que generalmente acompaña el reclamo de los derechos de gays y lesbianas no logra desafiar el sistema de dominación, pues implica el riesgo de caer en las tendencias normalizadoras del discurso legal liberal.²⁰ Más que un énfasis en las reformas legales, la teoría *queer* privilegia una dimensión política capaz de denunciar y superar el régimen

¹⁷ La heterosexualidad obligatoria o “compulsory heterosexuality” es el presupuesto de que la heterosexualidad es universal y obligatoria; que los hombres se encuentran naturalmente atraídos por las mujeres, y viceversa. Adrienne Rich introdujo este concepto en un ensayo de 1980 (Adrienne Rich, “Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana”, en *Sangre, pan y poesía. Prosa escogida 1979-1985*, Icaria, Barcelona, 2001).

¹⁸ Ver Carl F. Stychin, *Law's Desire: Sexuality and the Limits of Justice*, Routledge, New York, 1995.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Ver Lise Gotell, “Queering Law: Not by Vriend”, *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 17, N° 1, 2002.

de dominación que impera mediante —particularmente y en primer lugar— la deconstrucción de la heterosexualidad.²¹

La tensión que genera la heterogeneidad de los actores y las diferentes construcciones de diagnósticos y estrategias es, en cierto modo, irreducible, y más allá de la postura que se adopte, es parte constitutiva de las políticas sobre sexualidad en las sociedades contemporáneas. Gran parte de las personas LGBTQ necesitan que el derecho reconozca y proteja sus arreglos familiares en pie de igualdad con las uniones heterosexuales.²² Sin embargo, es cierto que este tipo de demandas implican el riesgo de terminar reforzando la familia como una institución de control social, ampliando su definición e incorporando —al menos parcialmente— “nuevos” sujetos —gays y lesbianas, generalmente— a costa de otros —de las personas trans, por ejemplo—. El derecho es un importante productor de subjetividades e identidades, y por lo tanto muchos de los “avances” relacionados con la diversidad sexual vienen con el costo de institucionalizar aún más construcciones de sexualidad fuertemente esencializadas, es decir, se corre el riesgo de reforzar la heteronormatividad como sistema de dominación. La ambigüedad central del derecho reside en que al mismo tiempo que puede ser un instrumento eficaz contra la discriminación y a favor del reconocimiento de las minorías sexuales —o al menos de algunas de ellas—, puede también limitar las posibilidades de un cambio más sustantivo.²³ Es importante recordar que la “lucha” por nuevos derechos debe ser constantemente rescatada como una lucha política en la que la reasignación de derechos es sólo estratégica, esto es, que por sí misma no implica democratización.

SUPERAR LA HETERONORMATIVIDAD DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

La heteronormatividad continúa siendo, sin duda, un sistema de dominación predominante tanto en lo cultural como en lo legal. Este conglomerado de principios morales, religiosos y legales también ha ejercido influencia en el razonamiento judicial y ha fortalecido la heterosexualidad como el principio regulador en las relaciones de familia. Jueces y juezas tienen una responsabilidad importante en la continuidad de la marginación de las personas LGBTQ. Con el argumento de la defensa de los menores o de la familia como institución social,

²¹ Con el fin de hacer evidente que no se trata de una categoría homogénea ni estable.

²² El porcentaje de personas LGBTQ a favor del reconocimiento formal de las parejas y del derecho a adoptar es claramente mayoritario. Ver, por ejemplo, los datos de una encuesta realizada en el año 2005 durante la marcha del orgullo. Los datos fueron publicados en Daniel Jones, Micaela Libson y Renata Hiller, comps., *Sexualidades, política y violencia: la marcha del orgullo GLTTBI Buenos Aires 2005*, Antropofagia, Buenos Aires, 2006.

²³ L. Gotell, “*Queering Law: Not by Vriend*”, *op. cit.*

las decisiones judiciales contribuyen en muy buen grado a institucionalizar el sistema cultural que construye y naturaliza la heterosexualidad como posibilidad única.

Aunque poderosa aún, se puede afirmar que la heteronormatividad dejó de ser un sistema hegemónico. La influencia del movimiento por la diversidad sexual a escala nacional y transnacional ha quebrado la hegemonía heteronormativa, ha posibilitado el reconocimiento de derechos favorables a las personas y parejas LGBTQ. Esto no implica, por supuesto, que dicha dominación se haya desmantelado. Al contrario, precisamente la ruptura de la heteronormatividad como régimen hegemónico ha exacerbado la reacción de los sectores que se oponen al pluralismo. El retroceso de los derechos sexuales y reproductivos en los Estados Unidos, por un lado, y la fuerte reacción en España cuando abrió el camino al matrimonio de personas del mismo sexo, por otro, son ejemplos de que los sectores que se oponen a estas reformas han repolitizado su postura para oponerse a las demandas de los movimientos feministas y por la diversidad sexual.²⁴ Considerando específicamente la situación de Latinoamérica, éste es un momento crucial: aunque el movimiento por la diversidad sexual ha logrado inscribir una mirada crítica a la heteronormatividad, la virulencia de los sectores que defienden el modelo tradicional de familia y sexualidad se ha intensificado. Por ello, los éxitos parciales de los últimos años en Latinoamérica, en relación con los derechos de las personas LGBTQ, necesitan más que nunca de la profundización del activismo, pues su vigencia es el resultado de un equilibrio fluctuante de fuerzas políticas.

El cambio que ha sufrido la vigencia de la heteronormatividad se ha manifestado también en el poder Judicial. Aunque los jueces y juezas que insisten en institucionalizar el privilegio heterosexual siguen siendo mayoría, es importante rescatar la existencia de corrientes del pensamiento judicial que comienzan a resquebrajar estos privilegios. La jurisprudencia existente en los distintos países latinoamericanos es dinámica y heterogénea. Distintas interpretaciones y posturas construyen la sexualidad de una manera plural y se alejan, así, de las definiciones que excluyen la diversidad sexual. Con el quiebre de algunos prejuicios, y al hacer visible el tratamiento injusto al que son sometidas las personas LGBTQ por parte del sistema legal, algunos sectores del poder judicial se han convertido en importantes actores para la profundización de los derechos sexuales y reproductivos. Por esto es fundamental destacar y politizar los pliegues ideológicos de la jurisprudencia sobre la sexualidad y mostrar cómo jueces

²⁴ Ver Juan Marco Vaggione, "Reactive Politicization and Religious Dissidence. The Political Mutations of the Religious", *Social Theory and Practice*, vol. 31, N° 2, abril de 2005.

y juezas han ido reconociendo los derechos de las personas y parejas LGBTQ, derechos a los que las leyes aún oponen resistencia.

La judicialización ha sido una estrategia exitosa para el activismo por la diversidad sexual. Las reformas legales responden a lógicas de acuerdos y de mayorías que muchas veces son difíciles de sortear. El poder Judicial, en cambio, está en capacidad de incorporar y reconocer la marginación a la que son expuestas las personas LGBTQ. Así, es cada vez más frecuente encontrar votos de jueces y juezas que, con una postura disidente, van legalizando y legitimando la diversidad sexual como una dimensión constitutiva de las sociedades contemporáneas. Desde la jurisprudencia se ha ido dotando a las personas LGBTQ de diversos derechos que desdibujan los contornos tradicionales del derecho en Latinoamérica cuando se regula la sexualidad. Muchos de los casos judiciales que se analizan en esta sección le han dado al derecho un importante dinamismo.

Esta sección presenta algunos razonamientos judiciales que han quebrantado la heteronormatividad como forma hegemónica. Cuando se observa el rol de las personas LGBTQ en las relaciones familiares se puede afirmar que el movimiento por la diversidad sexual ha logrado debilitar las construcciones hegemónicas en dos aspectos específicos:²⁵ en primer lugar, la diversidad sexual rompe con la definición tradicional de pareja como la unión de un hombre y una mujer, e inscribe a las parejas del mismo sexo como núcleo legítimo de las familias contemporáneas; en segundo lugar replantea el concepto de familia al hacer visibles a las personas LGBTQ como padres y madres, y reinscribiendo una nueva conexión entre sexualidad y reproducción.

I. PAREJAS DEL MISMO SEXO

Una de las demandas más politizadas del movimiento por la diversidad sexual es el pedido de reconocimiento formal para las parejas del mismo sexo. Si la actividad del movimiento se concentró en una etapa inicial en evitar la intervención del Estado en la regulación de la sexualidad —argumento principal contra las leyes de sodomía o contra los códigos de convivencia—, posteriormente comenzó a demandarle al Estado que regulara e incluyera la situación de las personas LGBTQ en el sistema legal. Entre las demandas de incorporación del movimiento LGBTQ —de asimilación, según algunos—, la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, o sean reconocidas legalmente, se ha convertido en una prioridad política.

El debate sobre este reconocimiento formal se caracteriza por la existencia de posturas difícilmente conciliables. Por un lado, están quienes afirman que

²⁵ No son las únicas, pero sí en las que probablemente ha habido más desarrollos.

el matrimonio es exclusivamente heterosexual, y que cualquier reconocimiento legal de las parejas que se aparten de esta norma implica “desnaturalizar” una institución central para el orden social. Desde esta postura, el reconocimiento a las parejas del mismo sexo, aun sin que el régimen matrimonial sufra modificación alguna, supone legitimar situaciones que deberían estar excluidas del reconocimiento estatal. En Latinoamérica, la Iglesia católica y sus sectores aliados son los principales representantes y defensores de esta posición. Desde el Vaticano y las jerarquías de las iglesias nacionales, el reconocimiento de los derechos de las personas y parejas LGBTQ se ha convertido en un tema central para la intervención política.²⁶

Una segunda posición sostiene que restringir el reconocimiento de arreglos afectivos exclusivamente a las parejas heterosexuales es una injusticia que aún está presente en la mayoría de las democracias contemporáneas. Sin embargo, la discusión sobre el matrimonio gay es un tema que pone de manifiesto las marcadas diferencias ideológicas y programáticas al interior mismo del movimiento por la diversidad sexual. El reconocimiento de parejas del mismo sexo es uno de los asuntos que más acciones políticas y análisis teóricos ha propiciado. Al fuerte antagonismo entre los sectores que se oponen al reconocimiento de cualquier derecho a las personas LGBTQ, y los que defienden y se movilizan por esos derechos, se suman las diferentes lecturas y estrategias sobre cuál cambio legal y social privilegiar para combatir de manera efectiva la exclusión actual.

Para algunos, es la institución del matrimonio en sí misma la que debe ser criticada y superada. Los sectores más cercanos a la teoría *queer* alertan sobre las consecuencias que el matrimonio gay puede tener en las políticas sobre la sexualidad. Consideran que pedir la incorporación a una de las instituciones sociales más conservadoras es un contrasentido e implica la despoltización del movimiento. Además, esa incorporación es apenas parcial, pues el tipo de reformas que se obtienen no favorece a todos los sectores que conforman el movimiento, sino principalmente a gays y lesbianas de clase media. El matrimonio, según esta tendencia, es una institución social concebida para regular la sexualidad; exigir que las minorías sexuales puedan casarse es renunciar a la potencialidad de cambio social que tiene el movimiento por la diversidad sexual. Demandar del Estado la incorporación de las parejas del mismo sexo a la institución matrimonial es, de algún modo, una manera de reforzar el poder del aparato regulatorio y de control del mismo Estado.²⁷

²⁶ Para un análisis detallado de estos actores y sus argumentos, ver Juan Marco Vaggione, “Nuevas formas del activismo religioso. La Iglesia católica frente al reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo”, *Orientaciones. Revista de Homosexualidades*, Fundación Triángulo, Madrid, febrero de 2006.

²⁷ Michael Warner critica el movimiento a favor del “casamiento gay” porque le da poder al

El movimiento que rechaza la reivindicación del matrimonio para las parejas del mismo sexo no persigue cambios legales que permitan la inclusión de las personas LGBTQ a las instituciones heteronormativas; busca, por el contrario, una confrontación política tendiente a quebrar la forma como esas instituciones constriñen la sexualidad²⁸—el matrimonio sería una de ellas—. No se debe buscar la incorporación de estos grupos al matrimonio, sino más bien deconstruirlo como institución de control social y sexual; desinstitucionalizar el matrimonio heterosexual reasignando los distintos beneficios y derechos que lo caracterizan—la seguridad social, entre otros— con base en otras categorías como la ciudadanía.²⁹ El movimiento por la diversidad sexual debiera estar más orientado a quebrar las reglas hegemónicas que regulan el matrimonio antes que buscar su inclusión en las mismas.³⁰

Aunque la teoría *queer* se relaciona habitualmente con los círculos académicos, quienes se identifican con ella también buscan influir en las políticas y legislaciones sobre la sexualidad. Un aporte importante es el de estar constantemente moviendo los términos del debate y ampliando las discusiones sobre qué es lo político en relación con la sexualidad. Los aportes de esta perspectiva teórica han sido fundamentales particularmente para entender las definiciones de “identidad” y de “poder” que caracterizaban al movimiento por la diversidad sexual. En relación con el tema del reconocimiento de las parejas del mismo sexo, un grupo relevante de académicos sostiene:

[...] el casamiento no es la única forma valedera de familia o de relación, y no debe privilegiarse legalmente y económicamente sobre todas las otras formas. Mientras que honramos a aquéllos para quienes el matrimonio es la opción personal —para alguno, también profundamente espiritual— más significativa, creemos que a muchos otros tipos de relaciones de parentesco, de hogares y de familias se les debe también otorgar reconocimiento. [...] Las estrategias del movimiento LGBT no deben asegurar los privilegios para algunos mientras que al mismo tiempo se excluyen opciones para otros. Nuestras estrategias deben expandir los términos actuales del debate, no reforzarlos.³¹

aparato regulatorio estatal. Michael Warner, *The Trouble with Normal. Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*, The Free Press, New York, 1999.

²⁸ Valerie Lehr, *Queer Family Values: Debunking the Myth of the Nuclear Family*, 1999. <http://www.temple.edu/tempress/> \t “_blank.

²⁹ Nancy Fraser, “Rethinking Recognition”, *The New Left Review*, May-June, 2000.

³⁰ Urvashi Vaid, *Virtual Equality: The Mainstreaming of Gay and Lesbian Liberation*, Anchor/Doubleday, New York, 1995.

³¹ Esta declaración es el resultado de una reunión entre LGBTQ para discutir críticamente las políticas de la familia existentes en los Estados Unidos. El documento final, al que han adherido

Mas allá de esta postura, de una complejidad y un dinamismo particulares, el activismo del movimiento por la diversidad sexual en Latinoamérica se ha volcado, en gran medida, a modificar los sistemas legales vigentes para obtener algún nivel de reconocimiento de las parejas del mismo sexo. Para un sector importante del movimiento, transformar las leyes vigentes —el derecho de familia en particular—, e incorporar en pie de igualdad a las parejas del mismo sexo, es una prioridad. Una sociedad más igualitaria, según este sector, supone la inclusión de las minorías sexuales en sus instituciones legales y culturales. El matrimonio es una de esas instituciones sociales básicas que están atravesadas por la heteronormatividad y que se deben modificar: la posibilidad real de que las parejas del mismo sexo puedan casarse es una forma de transformación.

A favor del reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo se esgrimen argumentos diversos.³² En términos generales, se afirma que la exclusión de un grupo de personas de una institución social básica, como lo es el matrimonio, constituye una discriminación no legítima en los regímenes democráticos. La democracia como sistema supone un proceso al menos formal de igualación. Por esta razón se deberían superar las barreras que hacen que algunos individuos, por su identidad sexual, sean excluidos del ejercicio de determinados derechos de los que sí goza la ciudadanía en general. A este argumento general se suman una serie de cuestiones específicas que revelan las consecuencias del desconocimiento de las parejas del mismo sexo. Debido a la falta de reconocimiento legal, los miembros de este tipo de parejas tienen dificultades para heredar, para radicarse en el país de la pareja cuando uno de ellos es extranjero, para ejercer el derecho de visita en hospitales y cárceles, o para acceder a licencias en el trabajo.

En algunos países, luego de décadas de activismo, el movimiento por la diversidad sexual ha tenido éxito en el logro de algún tipo de reconocimiento legal para las parejas del mismo sexo. En la legislación comparada existen en general dos formas de incorporar este reconocimiento. Una de ellas es la creación de una figura específica que no implica una modificación sustancial del derecho de familia: las uniones de hecho —homosexuales o heterosexuales— son reconocidas mediante el otorgamiento de ciertos derechos, y al mismo tiempo el matrimonio se mantiene como una institución exclusivamente heterosexual. Se trata de una solución políticamente más viable. Si bien a las parejas del mismo

diversos activistas y académicos, se denomina “Beyond Same-Sex Marriage. A New Strategic Vision for all our Families & Relationships”, disponible en <http://www.beyondmarriage.org>.

³² Algunos de los argumentos se presentan en R. Claire Snyder, *Gay Marriage and Democracy: Equality for All*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2006, o en Carlos A. Ball, *The Morality of Gay Rights: An Exploration in Political Philosophy*, Routledge, New York, 2002.

sexo se les reconocen algunos derechos cuando se formalizan, en todo caso se les siguen negando otros derechos como el de heredar o adoptar, reservados al régimen matrimonial heterosexual. Dinamarca fue el primer país que reconoció formalmente a las parejas del mismo sexo: desde 1989 gozan de los mismos derechos que las parejas de uniones heterosexuales. En la actualidad, este tipo de reconocimiento se suele instrumentar a través de la creación de un sistema de registro en el que se inscriben las parejas del mismo sexo que expresamente lo solicitan,³³ o mediante el reconocimiento de ciertos derechos luego de una convivencia cuyo plazo es fijado por la ley —en general uno o dos años—.³⁴

La otra forma de reconocer legalmente a las parejas del mismo sexo implica una modificación más sustancial y simbólica de la definición del matrimonio. En algunos países se reformó el derecho de familia y se derogó la exigencia de la diferencia de sexo como requisito para contraer matrimonio. Este tipo de solución trata a las parejas homosexuales en plano de igualdad con las heterosexuales, lo que supone un cambio legal y simbólico mucho más profundo que el anterior. En cuanto a lo legal, en vez de generar un sistema paralelo al matrimonio para las parejas del mismo sexo, se reforma el derecho de familia derogando el requisito de la heterosexualidad, que es, para muchos, una característica indispensable. Esta clase de reformas tiene también un fuerte impacto simbólico, pues produce un cambio profundo en una de las instituciones más tradicionales. Los Países Bajos fueron los primeros en autorizar el casamiento de personas del mismo sexo —año 2001—. La equiparación total entre el matrimonio heterosexual y el homosexual tiene vigencia en seis países. Además de los Países Bajos, es el caso de Bélgica (2003), España (2005), Sudáfrica (2006), Canadá (2005) y el estado de Massachussets en los Estados Unidos (2004).³⁵ La mayoría de los casos corresponden al continente europeo, en el que sin em-

³³ Este tipo de regulación es la más extendida y está vigente en Dinamarca (1989), Washington, D.C. (1992), Noruega (1993), Groenlandia (1994), Suecia (1995), Islandia (1996), Hawái (1997), Países Bajos (1998), Vermont (2000), Alemania (2002), Suiza en los cantones de Ginebra y Zurich (2001), Finlandia (2001), Tasmania en Australia (2004), Nueva Jersey (2004), Maine (2004), California (2005) y Nueva Zelanda (2005). Ver María Berenice Dias, *União Homossexual. O preconceito a Justiça*, Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2006. Un caso interesante es la creación, mediante la modificación del Código civil francés, del Pacto de Solidaridad (PACS), que permite que dos personas del mismo o diferente sexo firmen un contrato para organizar una vida en común.

³⁴ Este tipo de sistema rige en Australia, donde desde 1994 algunos estados y territorios comenzaron a reconocer el concubinato entre personas del mismo sexo. Además en Hungría (1996), Portugal (2001), Nueva Zelanda (2002) y Croacia (2003). M. B. Dias, *União Homossexual. O preconceito a Justiça*, op. cit.

³⁵ Ver M. B. Dias, *União Homossexual. O preconceito a Justiça*, op. cit.

bargo un 49% de la población se sigue manifestando en contra del derecho al matrimonio para los homosexuales.³⁶

Un caso reciente, y de fuerte impacto para Latinoamérica, es el de España, donde en el año 2005 se modificó el derecho de familia derogando el requisito de diferencia de sexo entre los contrayentes. Si bien en la década del noventa ya algunas comunidades autónomas españolas habían formalizado la situación de las parejas del mismo sexo, la legislación matrimonial es de competencia exclusiva del Estado español, y en ese sentido esas comunidades estaban limitadas. El Partido Socialista (PSOE) incluyó en su plataforma electoral del 2004 la reforma del régimen matrimonial; una vez en el gobierno, fue una de las primeras medidas que tomó. España se convirtió así en el tercer país del mundo en aprobar el matrimonio de personas del mismo sexo, después de Holanda y Bélgica.³⁷ El punto central de la reforma es el artículo 44 del Código civil, al que simplemente se le añade un segundo párrafo. La redacción final sostiene que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. El resto de las modificaciones de la ley consiste en adaptar y cambiar el lenguaje: las expresiones ‘marido’ y ‘mujer’ son reemplazadas por la de ‘cónyuges’, y las de ‘padre’ y ‘madre’ por la de ‘progenitores’.

Aunque con resultados disímiles, el activismo judicial es una estrategia importante para ampliar el reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo. En 1993, la Corte Suprema de Hawai (Estados Unidos) consideró que denegar el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo era discriminatorio.³⁸ Esta sentencia produjo una fuerte reacción en ese país que, en 1996, aprobó la *Defense of Marriage Act* (DOMA). Según ésta, si un estado legaliza el casamiento de parejas del mismo sexo, los demás estados no están obligados a reconocer esos matrimonios y, por ende, los beneficios federales. En Sudáfrica hubo una situación diferente: el cambio legislativo que equiparó a las parejas del mismo y de distinto sexo frente a la institución matrimonial fue impulsado desde el

³⁶ “Public Opinion in the European Union”, Eurobarometer 66, December 2006, European Commission. Disponible en http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb66/eb66_en.pdf.

³⁷ A pesar de que fue vetada por el Senado, en el que tenía mayoría el Partido Popular —de la oposición—, la ley 13 de 2005, que modificó el derecho de familia, entró en vigor ese mismo año.

³⁸ El caso es *Baehr v. Lewin* (Hawaii Supreme Court, 74 Haw. 645, 852 P.2d 44, May 5, 1993). Otros pronunciamientos judiciales siguieron al de Hawai. En 1999, la Corte Suprema de Vermont estableció que las parejas del mismo sexo no pueden ser excluidas del derecho al matrimonio (*Baker v. State of Vermont*, Supreme Court of Vermont 98-032, December 20, 1999).

poder Judicial. En el año 2005, la Corte Constitucional de ese país consideró que la exclusión de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio era injusta, discriminatoria, y que lesionaba la igualdad de derechos. La Corte le dio al gobierno un plazo de doce meses para reformar el derecho de familia, que reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en noviembre del 2006.

En Latinoamérica, la fuerte influencia de la Iglesia católica, sumada a los quiebres democráticos de diversos países, son causas importantes del bajo reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. De todos modos, el movimiento por la diversidad sexual ha tenido en los últimos años un impacto mayor: logró que la demanda por el reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo, que continúa siendo excepcional, entrara a la agenda pública. En varios de estos países es común encontrar algún grupo LGBTQ presionando por reformar las leyes de familia y poniendo de relieve la situación de las parejas del mismo sexo. En términos generales, es posible sostener que la diversidad sexual tiene ahora una mayor aceptación de la ciudadanía, que la sociedad política es más sensible al tema, y que por lo tanto cabe esperar una futura ampliación de derechos.

Si bien los casos de reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo en Latinoamérica son excepcionales, existen algunos. El primer antecedente se encuentra en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, donde a finales del año 2002 se reconoce a las uniones civiles como

[...] la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual; [...] que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común.³⁹

Esta ley otorga a las uniones civiles una serie de derechos y oportunidades: la extensión de la cobertura de obra social para la pareja, las licencias por maternidad o por duelo y el derecho a la pensión. Estos derechos están circunscriptos a la ciudad de Buenos Aires, y en gran medida para quienes trabajan en el gobierno local, pues para que la reforma afecte el derecho de familia se requiere la aprobación del poder Legislativo nacional. Al camino abierto por la ciudad de Buenos Aires le siguieron la provincia de Río Negro (2005), también en Argentina; el estado brasileiro de Río Grande do Sul⁴⁰ (2004), el Distrito Federal (2006) y el estado de Coahuila (2007) —estos dos últimos en México—.

³⁹ Ley Unión Civil N° 1004, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

⁴⁰ Allí el poder Judicial logró que se creara un registro de parejas del mismo sexo.

El activismo latinoamericano ha tenido efectos en la jurisprudencia: ya hay sentencias que reconocen algún tipo de efecto legal para las parejas del mismo sexo. La judicialización de casos ha sido también una estrategia del movimiento por la diversidad sexual, y un camino para ampliar el repertorio de derechos. En algunos casos, el vacío legal es llenado por el poder Judicial. Cada vez es más frecuente que las ONG reconocidas sean parte de procesos judiciales cuando de diversos modos representan los intereses de las personas LGBTQ. La organización Colombia Diversa y la Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros —São Paulo—, que iniciaron importantes casos judiciales en sus países, sirven de ejemplos.⁴¹ Habría que destacar, como una importante fuerza democratizadora, la presencia cada vez mayor de la sociedad civil en el ámbito judicial en cuestiones relacionadas con el género y la sexualidad. Gracias al activismo del movimiento por la diversidad sexual, las parejas del mismo sexo han ido obteniendo un reconocimiento legal en la región, bien mediante reformas legales o por la exposición de casos judiciales. La cultura legal ha ido acompañando el cambio de actitud de la población frente a las personas LGBTQ —la aceptación es mayor—.

Los fallos en la región a favor de las parejas del mismo sexo han hecho mella en la heteronormatividad como sistema hegemónico de dominación. Si bien no erradican la exclusión del sistema legal, sí formalizan los arreglos afectivos/eróticos de las parejas del mismo sexo gracias al reconocimiento de ciertos efectos. Aunque en general éstos se circunscriben a los casos específicos, se ha ido construyendo un razonamiento judicial disidente que ha ampliado los criterios legales sobre la sexualidad; un pensamiento progresista sobre la sexualidad ha ido tomando forma en Latinoamérica. Puesto que sería errado presuponer que la doctrina y la jurisprudencia son homogéneas frente a las cuestiones relacionadas con la (homo) sexualidad, es importante destacar las fracturas que existen: si bien el derecho en general continúa sosteniendo los privilegios de la heteronormatividad, hay voces de jueces y juezas que han ido creando un pensamiento disidente en el que la igualdad tiene más cabida.

El poder Judicial ha reconocido, entre otros, algunos derechos económicos, sexuales y migratorios de las parejas del mismo sexo. Si bien este reconocimiento no termina con el desequilibrio entre las parejas homo y hetero, sí representa lo que el sistema legal niega. A la hora de reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo se apela a distintos razonamientos. Suelen ser dos las analogías

⁴¹ La organización Colombia Diversa tuvo un papel importante ante la Corte Constitucional en el caso en el que se reconocieron derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo. La organización brasilera, por su parte, demandó la inconstitucionalidad del artículo que como entidad familiar reconoce únicamente la unión estable entre un hombre y una mujer.

más recurrentes:⁴² por un lado, las normas del derecho privado que regulan las sociedades de hecho; por otro, las normas que regulan el matrimonio o las parejas heterosexuales de hecho. En el primer caso, si bien se abre la posibilidad de reconocer derechos de las parejas del mismo sexo —patrimoniales, particularmente—, este reconocimiento se hace por fuera del derecho de familia; en el segundo caso, en cambio, al legitimar a las parejas del mismo sexo como una alternativa de familia, se reconoce la afectividad del vínculo.

Entre los derechos que les han sido reconocidos a las parejas del mismo sexo cabe señalar el otorgamiento de visados de permanencia al compañero o a la compañera del mismo sexo de un nacional. En general estos visados se otorgan a las parejas casadas, con el fin de que puedan hacer vida en común en un país determinado; su denegatoria genera fuertes inconvenientes para la continuidad del vínculo de parejas del mismo sexo. El hecho de que el poder Judicial haya logrado hacer extensivos estos privilegios a las parejas del mismo sexo supone un nivel —aunque mínimo— de reconocimiento de los acuerdos homoafectivos y de sus efectos. En Brasil, en los últimos años, hubo al menos tres casos judiciales de reconocimiento de visas de permanencia.⁴³

Otro tipo de situaciones en las que los derechos de las parejas del mismo sexo han sido reconocidos tienen que ver con la autorización de las visitas íntimas en las cárceles. Los sistemas penitenciarios en general garantizan el ejercicio de la sexualidad de los internos e internas con la autorización de las visitas de sus parejas, derecho usualmente reservado a los matrimonios y a las parejas heterosexuales. En algunos casos judiciales estos derechos se han extendido a las parejas del mismo sexo, como el sancionado en Córdoba, Argentina.⁴⁴ En esa sentencia, el Juez sostiene:

[...] acierta de manera impecable el Fiscal general al interpretar el art[ículo] 167 ley 24660 destacando que el mismo “garantiza mantener relaciones íntimas de los internos con su cónyuge o a falta de éste con la persona con quien mantiene vida marital permanente en la forma que determinen los reglamentos, entendiendo que la enumeración que expresa la norma no es limitativa y por lo tanto extensible a personas con una elección de sexo diferente u orientación homosexual, destacando que el único límite para el ejercicio de un derecho en el ámbito penitenciario está basado en la seguridad del establecimiento, cuestión que no se vincula con la actividad sexual de los internos ni con su elección sexual”.

⁴² Para más información, M. B. Dias, *União Homossexual. O preconceito a Justiça*, op. cit.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Autos: X y otro. Juzg. Ejec. Penal Córdoba. 17-11-2005.

Siguiendo el razonamiento, el Juez ordena al servicio penitenciario

[...] que arbitre las medidas necesarias a efectos de que se implemente el modo de visitas íntimas en el pabellón de homosexuales en igualdad de condiciones que los establecidos para el resto de la población carcelaria, dejando a su arbitrio el mantener a internos, que son pareja, en celdas separadas cuando con esta medida se resguarde el orden interno del pabellón y beneficie la conducta general de los internos.

Los mayores avances en lo que se refiere al reconocimiento judicial de las parejas del mismo sexo los registran los derechos económicos. En el año de 1998, una jueza de la provincia de Mendoza, Argentina, reconoció en una relación homosexual a un hombre como concubino, y le otorgó los beneficios de la obra social.⁴⁵ La jueza Graciela B. Mastracusa hace una diferencia entre la familia como una construcción cultural y la familia como una construcción jurídica, y reivindica la necesidad de receptar el pluralismo característico de las sociedades contemporáneas. El fallo sostiene que

Si la mutua ayuda material y afectiva en el seno de la convivencia para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales para cada integrante del grupo familiar es lo que caracteriza a la vida familiar, funcionalmente no puede haber por ello diferencia alguna entre la unión matrimonial, o la unión de hecho heterosexual u homosexual [...]

Estimo que en el caso no hay posibilidad de excluir de la caracterización de convivientes que se procuran ostensible trato familiar a los peticionantes de autos, ya que cualquier diferenciación originada en la igualdad de sexos de los convivientes significaría una discriminación prohibida respecto de la misma caracterización otorgada a los compañeros de parejas heterosexuales, toda vez que como ha quedado dicho, la ley de obras sociales no han pensado en otorgar el beneficio al conviviente por razón de los hijos, sino con clara abstracción de la existencia de éstos.

[...]

Por lo dicho, resuelvo: Tener por acreditado de conformidad a la prueba producida en esta causa que los [señores] A.A. [...] y C.C. [...] son convivientes, constituyendo una pareja sexual con los caracteres de notoriedad, singularidad y permanencia por más de cuatro años, otorgándose uno a otro ostensible trato familiar.

⁴⁵ Hubo un fallo similar en la ciudad de La Plata en el año 2005: por fallecimiento, este fallo otorgó una pensión a convivientes homosexuales. Como una evidencia de que éste es aún un tema controvertido, el fallo fue revocado por mayoría al año siguiente. Autos: Y., E. A. v. Caja Previsión y Seguro Médico de la provincia de Buenos Aires. Cámara CA. La Plata. 09/03/2005. Causa N° 1014. 16/07/2006.

En el año de 1999, en Argentina, se decide una controversia patrimonial por la disolución de una pareja homosexual a causa de la muerte de uno de sus miembros. La controversia es entre el sobreviviente y los herederos del muerto.⁴⁶ En su sentencia, la Jueza afirma que la resolución del conflicto se puede hacer

[...] aplicando los principios jurídicos que han dado solución a la resolución de controversias entre las parejas de hecho heterosexuales, porque las diferencias entre las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales que justifican una disimilitud de tratamiento jurídico en orden al derecho a casarse, a adoptar, al acceso a la fecundación asistida y a la filiación [...] no existen en los conflictos estrictamente patrimoniales suscitados al fin de la unión.⁴⁷

En Brasil ha habido también importantes avances jurisprudenciales gracias a los cuales se han reconocido los derechos patrimoniales de parejas del mismo sexo. En el año 2001, por ejemplo, se reconocieron los derechos sucesorios a una pareja del mismo sexo luego de hacer una interpretación analógica de la regulación de las uniones extramatrimoniales.⁴⁸ También se han reconocido efectos legales en la división de bienes tras la disolución de parejas del mismo sexo, y se han otorgado pensiones cuando alguno de sus miembros muere.⁴⁹

Un caso judicial de fuerte impacto, del que se transcriben extractos para un análisis más profundo, es el de la Corte Constitucional de Colombia, que en el año 2007 afirmó que la definición de “parejas de hecho”, restringida sólo a la unión entre hombres y mujeres, contraría la dignidad humana porque discrimina a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.⁵⁰

A. PROBLEMA: RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES. LAS POLÍTICAS DE LA DIGNIDAD

¿Cuáles son los (re)medios y los argumentos que se deben dar para impulsar los cambios legales necesarios para democratizar las sociedades y mejorar la situación de las personas y parejas LGBTQ? Ante este tipo de preguntas surgen,

⁴⁶ Sala 1ª de la Cámara 1ª de Apels. en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro.

⁴⁷ Autos: “D., J. A. v. V., V. E. y otro”. Tribunal: C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª. 22/06/1999 (Concubinato - Unión de hecho homosexual - Efectos patrimoniales - Condominio - Simulación por interposición de persona - *Iura curia novit*).

⁴⁸ M. B. Dias, *União Homossexual. O preconceito a Justiça*, op. cit.

⁴⁹ En el 2003, la Universidad de Santa Catarina fue condenada a pagar una pensión a la pareja homosexual de uno de sus profesores.

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 2007.

como se afirmó previamente, respuestas diversas e inclusive opuestas. No sólo coexisten distintas formas de definir la heteronormatividad como sistema de dominación, sino también diferentes caminos para superar la exclusión. Las políticas sobre sexualidad están atravesadas por este debate, que obliga constantemente a replantear las mejores estrategias de acción. Lo que para algunos sectores representa un avance —la incorporación de personas LGBTQ a instituciones como el matrimonio—, para otros es en cambio un fortalecimiento de la heteronormatividad como sistema de dominación.

La injusticia con las personas y parejas LGBTQ se asienta en la subordinación social en la que se encuentra un sector de la población por su identidad sexual y de género, identidades que rompen con la matriz heteronormativa. Esta injusticia se deriva de una falta de reconocimiento⁵¹ que se institucionaliza tanto cultural como legalmente, y que priva a estos ciudadanos de sus derechos y deprecia su existencia. La lucha del movimiento por la diversidad sexual es, entre otras cosas, una lucha por lograr este reconocimiento, denegado por la vigencia de un sistema de dominación específico que impide que un grupo de ciudadanos participen en la vida social como pares, como un igual.⁵² Siguiendo esta lógica, la exclusión de las parejas del mismo sexo de las leyes matrimoniales se tiene como un ejemplo de esta falta de reconocimiento, institucionalizada también en la legislación.⁵³

El derecho a la igualdad, más allá de la identidad sexual de las personas, se enfrenta a la existencia de legislaciones que excluyen a ciertas personas de la posibilidad de formalizar legalmente sus relaciones de pareja. Una estrategia para desinstitucionalizar la heteronormatividad del sistema legal es hacer valer la noción de dignidad de la persona humana. En un sistema en el que un sector de la ciudadanía —las personas LGBTQ— es privado de algunos de sus derechos por su identidad sexual o de género, el discurso sobre la dignidad humana sirve como argumento legal para demandar el reconocimiento de esos derechos. La noción moderna de dignidad, precisamente, es el resultado del “desplome de las jerarquías sociales, que solían ser las bases del honor”.⁵⁴ De este modo, la

⁵¹ Para un análisis sobre el reconocimiento y su ausencia, ver Nancy Fraser, *Justice Interruptus. Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition*. Versión en español: *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

⁵² Para esta propuesta, Fraser se vale del concepto de estatus weberiano. Nancy Fraser, *Iustitia interrupta*, *op. cit.*

⁵³ Según Fraser, caben dos posibilidades: o se legalizan las uniones del mismo sexo, o se desinstitucionaliza el matrimonio heterosexual, desprovoyéndolo de los beneficios y derechos que se le asocian.

⁵⁴ Charles Taylor incluye en su análisis la política de la diferencia, que también se fundamenta

dignidad sirve como discurso igualitario y universal —con sus beneficios y con sus riesgos—; por el hecho de ser ciudadanos, las personas gozan de una dignidad que debe ser respetada y resguardada. Una cultura democrática implica, entonces, el respeto al reconocimiento igualitario de sus miembros, reconocimiento que gracias a los movimientos feministas y por la diversidad sexual involucra, también, la identidad sexual y de género.

A continuación se presenta y analiza la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, en la que el concepto de dignidad tiene un papel central en la discusión sobre los efectos legales de las parejas del mismo sexo.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-075 de 2007

Problema jurídico

El régimen patrimonial que cobija a los compañeros permanentes se limita a las uniones conformadas entre un hombre y una mujer. ¿Desconoce esta realidad el respeto a la dignidad humana y la igual protección, el libre desarrollo de la personalidad y la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual, derechos fundamentales todos consagrados en la Constitución Política?

Hechos

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, Luz María Mercado Bernal, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado demandaron parcialmente los artículos 1° y 2° de la ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, modificada parcialmente por la ley 979 de 2005.

Decisión

Se declara la exequibilidad de la ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la ley 979 de 2005, condicionada al entendido de que el régimen de protección contenido en ellas se aplique también a las parejas homosexuales.

Extractos

[...]

En la situación que ahora es objeto de consideración por la Corte se tiene que la ley, al regular la denominada “unión marital de hecho”, establece un régimen de protección

en un potencial universal: el de “moldear y definir nuestra propia identidad, como individuos y como cultura”. Charles Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993, p. 45.

patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales. En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución.

[...]

En relación con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad, destaca la Corte la relevancia que el reconocimiento jurídico de las relaciones económicas que por la naturaleza de las cosas surgen entre quienes optan por vivir en pareja, tiene para la posibilidad de realización de un proyecto de vida en común en condiciones de dignidad.

[...]

Esta Corporación ha expresado que la dignidad humana es un valor superior y un principio fundante del Estado social de derecho, conforme al cual todas las personas deben recibir un trato acorde con su naturaleza humana. Ha señalado la Corte que

[...] dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.

Para la Corte, “[p]or dignidad se entiende la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, cuya valoración y reconocimiento no puede estimarse como la causa o el efecto de alguien o de algo (es decir, como objeto), sino como un fin superior que subyace en sí mismo”.

En la jurisprudencia constitucional la dignidad humana se ha tratado como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de la integridad física y moral. En ese contexto, la previsión constitucional conforme a la cual el Estado se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana (C.P. art[ículo] 1), impone a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, y entre los

cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia. (C.P. art[ículo] 2)

En el asunto que ahora es objeto de consideración por la Corte, tienen particular relevancia las manifestaciones de la dignidad en el ámbito de la autonomía personal. Sobre el particular la Corte ha señalado que a la noción jurídica de dignidad humana se integra “[...] la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”. De este modo, ha señalado la Corporación, “[...] la dignidad humana se refleja de manera más inmediata en aquellos derechos que se fundan en las decisiones racionales y autónomas del sujeto [...]”, y que encuentran expresión en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La Corte ha mostrado cómo, a partir del enunciado normativo contenido en el artículo 16, es posible delimitar “[...] el objeto de protección de la dignidad entendida como posibilidad de autodeterminarse según el propio destino o la idea particular de perfección, con el fin de darle sentido a la propia existencia”.

De acuerdo con la Constitución, la autonomía de las personas encuentra un límite en los derechos de los demás y en el orden jurídico. Por ello esta Corte ha entendido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico. Para la Corte, este derecho se vulnera “cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”, y, por consiguiente,

[...] las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho.

En la sentencia C-542 de 1993 la Corte reiteró la idea conforme a la cual no pueden superponerse los intereses generales a aquellos derechos que son inherentes a la dignidad de la persona humana, como la libertad y la vida. En la misma línea, en la sentencia C-821 de 2005, la Corte, al pronunciarse sobre una de las causales de divorcio previstas en la ley 25 de 1992, modificatoria del numeral 1° del artículo 154 del Código civil, señaló que, en determinadas hipótesis, obligar a uno de los cónyuges a mantener el vínculo en contra de su interés y voluntad implicaría un desconocimiento de sus derechos a la dignidad, la igualdad, la intimidad, y el libre

desarrollo de la personalidad. Dicha idea ya había sido expuesta por la Corte en la sentencia C-660 de 2000, cuando expresó que

[...] en pro de garantizar la armonía y estabilidad familiar, no se puede obligar a los cónyuges a mantener el vínculo matrimonial cuando comportamientos como la infidelidad generan un conflicto familiar irreconciliable. En dicho fallo, la Corte señaló que la posibilidad de que los cónyuges promuevan la disolución del matrimonio también tiene fundamento en los principios de dignidad humana e inalienabilidad de los derechos de la persona [...].

De manera general, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la dignidad humana, como principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución y tiene, por consiguiente, valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia.

De este modo, si bien la Constitución impone como límite al libre desarrollo de la personalidad los derechos de los demás y el orden jurídico, tal límite no puede llevarse al extremo de instrumentalizar a la persona para el logro del interés general en condiciones que afecten su dignidad.

Finalmente cabe señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia, el principio de dignidad humana comporta un mandato constitucional que determina no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.

[...]

En el ámbito del problema que ahora debe resolver la Corte, resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales.

De este modo se tiene que se puede identificar en este caso un mínimo de protección que resulta constitucionalmente obligado, porque la ausencia de un régimen jurídico que en el ámbito patrimonial se aplique de manera específica a las parejas

homosexuales, implica que sus integrantes deban regirse por el régimen ordinario civil, lo cual limita su autonomía para autorregular las consecuencias patrimoniales de su decisión de vivir como pareja y deja en un limbo jurídico la dimensión patrimonial de esa decisión, con consecuencias potencialmente lesivas en el evento en que termine la cohabitación. Esto es, el déficit de protección al que se hace alusión se deriva de la existencia de una regulación imperativa para la disposición del patrimonio de los integrantes de la pareja, que no consulta su propia realidad; de la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación si no es a través de procedimientos no específicos y altamente engorrosos, y de las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes de la pareja. Dicho de otra manera, la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no sólo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.

Esa ausencia de previsión legislativa también se manifiesta en la segunda dimensión, en la que, de acuerdo con la jurisprudencia, se expresa la dignidad de la persona, por las consecuencias que en el plano material puede tener para una persona la pérdida de aquello que le corresponde en el patrimonio construido de manera conjunta en el transcurso de una relación de pareja y que pueden afectar sus condiciones materiales de existencia. La afectación de la dignidad, finalmente, también se desprende de una manera directa de la ausencia de reconocimiento jurídico de las opciones vitales de las personas. Ello se produce en este caso porque la realidad de las parejas homosexuales y de las personas que las integran no es reconocida y resulta invisible para el ordenamiento jurídico, puesto que, no obstante dichas personas han obrado en ejercicio de una opción protegida por la Constitución, son ignoradas por el ordenamiento jurídico cuando se trata de resolver los conflictos patrimoniales que pueden surgir de tal decisión.

[...]

Las mismas consideraciones que permiten establecer que en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen de la ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de parejas, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto

que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.

No puede perderse de vista que el objeto de la ley es atender a la disposición del patrimonio conformado durante el tiempo de cohabitación en los eventos en los que la misma termine por cualquier causa. En ese contexto, el régimen legal tiene dos manifestaciones centrales: por un lado, se establece la presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por otro, aunque concebida desde una perspectiva probatoria, se contempla la posibilidad que tienen los integrantes de la pareja, a partir de la convivencia mantenida por un período de al menos dos años, de acceder voluntariamente a ese régimen mediante declaración ante notario o en el escenario de una conciliación. Independientemente de la motivación original de la Ley, es claro que hoy la misma tiene una clara dimensión protectora de la pareja, tanto en el ámbito de la autonomía de sus integrantes, como en el de las hipótesis de desamparo que en materia patrimonial puedan surgir cuando termine la cohabitación. En esa perspectiva, se reitera, mantener ese régimen de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales e ignorar la realidad constituida por las parejas homosexuales, resulta discriminatorio.

[...]

A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es, la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un período de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.

Salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería

[...]

La dignidad humana y el reconocimiento pleno de derechos

El concepto de dignidad humana, elaborado fundamentalmente por Emmanuel Kant, alude a aquello propio del ser humano que lo hace ser tal, esto es, que lo con-

vierte en sujeto moral, es aquello que no tiene precio, es decir, de lo cual no puede predicarse valor de cambio por cuanto es invaluable, inajenable, irrenunciable, y nos permite caracterizarnos como seres humanos con derechos. De otra parte, el reconocimiento de la dignidad humana tiene que ser total y completo, por cuanto no se puede ser *medio* digno. En este orden de ideas, si a los homosexuales se les reconoce dignidad humana, si son tan dignos como los heterosexuales, hay que necesariamente reconocerles todos los derechos. El correlato necesario del reconocimiento de la dignidad humana es el reconocimiento de todos los derechos, ésta es la clásica fundamentación de los derechos humanos en la tradición liberal kantiana hasta nuestros tiempos.

Por esta razón, no se entiende cómo se pretende reconocerles dignidad a las personas homosexuales y a renglón seguido se les niega el reconocimiento de derechos básicos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, los pensionales, para mencionar sólo algunos.

En mi concepto, la jurisprudencia [...] de esta Corte en relación a los derechos de las personas homosexuales, en el ámbito individual, para el desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la igualdad, se hace nugatoria y no tiene efectos reales, pues no toca el plano de la pareja, que tiene relación directa con el núcleo esencial del derecho de libertad y del libre desarrollo de la personalidad, pues es un aspecto fundamental que hace real y efectiva la libertad y autonomía del individuo a través del derecho a la libre opción sexual y la libre escogencia y desarrollo de un plan o proyecto de vida en compañía de la pareja sentimental o compañero sexual.

Por tanto, considero que no se puede ser tan incoherente y, de un lado, reconocer la dignidad humana de los homosexuales, y de otro lado negarles y restringirles derechos. O se reconoce que los homosexuales tienen dignidad humana, y por tanto son libres e iguales, y en consecuencia, se les reconocen todos los derechos que esta condición amerita en su calidad de seres con dignidad; o se descubre el juego retardatorio de reconocer por una parte una dignidad a medias que no implica el necesario reconocimiento de derechos y que deriva en una contradicción lógica.

Por ello, en mi concepto, el punto central a definir en este caso es si el reconocimiento de la dignidad y por ende el de los derechos iguales debe ser a medias o si deben reconocerse derechos plenos, de conformidad con la idea de dignidad humana y el principio de igualdad.

En el debate planteado por ejemplo en torno del matrimonio de las parejas homosexuales hay cuestiones difíciles, pero considero que se debe diferenciar claramente entre la concepción religiosa sobre determinada forma matrimonial y el reconocimiento del matrimonio laico o del matrimonio de parejas homosexuales con todos los efectos jurídicos, y por ello no puede considerarse el matrimonio heterosexual y además religioso superior a las formas laicas o homosexuales. Así mismo, el trato

de las uniones de hecho frente al Estado de derecho debe ser igual, con los mismos efectos y las mismas consecuencias jurídicas.

Por ello, reitero mi disenso frente a esta sentencia. En mi opinión, no es que todas las parejas tengan que contraer matrimonio, sino que tienen que existir las mismas posibilidades jurídicas para todas las formas de conformación de familia y de pareja. Reitero por tanto, que los efectos jurídicos deben ser los mismos tanto para las parejas heterosexuales y homosexuales, con matrimonio o en uniones maritales de hecho, en todos los ámbitos jurídicos, esto es, en todo lo que se relaciona con adopción, custodia, sucesiones, temas migratorios, contratación y adquisición de seguros, entre muchos otros.

A lo expuesto, me permito agregar que el reconocimiento de la igualdad, que supone igual trato, implica derechos y deberes iguales, de manera que el aceptar que estamos en un Estado constitucional de derecho implica aceptar las consecuencias del reconocimiento de los mismos efectos jurídicos para las parejas independientemente de su conformación sexual. Por ello reitero, que en mi concepto, esta sentencia ha debido ocuparse de todos los aspectos en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se pueda aducir, a mi juicio, que esto se encontraba por fuera de la norma demandada. Por lo demás, como quedó expuesto, el artículo 1º de la ley 54 de 1990 se refiere a todos los efectos “civiles”, que superan con creces los meros efectos patrimoniales.

Adicionalmente, considero que la población homosexual es víctima de toda una cadena de diversas formas de discriminación: así por ejemplo, hay otras discriminaciones contra estos grupos por parte de:

1. Asociaciones y organizaciones civiles y mercantiles en general, por cuanto muchas asociaciones impiden a los homosexuales ser parte de ellas o se niegan a aceptarlos como miembros.
2. Discriminación “en” o “para” el empleo: por cuanto patronos o sindicatos no los contratan o los contratan y descubren que son homosexuales y los despiden o los expulsan.
3. En lugares públicos: los homosexuales son discriminados en los parques, en los espacios públicos.
4. Casa o habitación: se les discrimina en el tema de la casa y/o habitación respecto por ejemplo de la suscripción de un contrato de arrendamiento.
5. Autorización y pago de créditos que no se autorizan.
6. Discriminación “en” o “por” instituciones gubernamentales o cargos públicos.
7. En instituciones educativas: se les discrimina en las dos partes de las relaciones educativas, o se discrimina al alumno.

Así mismo, considero que existe en general una rueda o ciclo vicioso de discriminación, en la cual la condición de homosexual juega un papel importante. De este modo, existe por ejemplo una discriminación de inmigrantes por nacionales, de negros por blancos, de mujeres por hombres, de indígenas por dominantes, de pobres por ricos, de homosexuales por heterosexuales. Hay sectores de la población que sufren o padecen, y son víctimas de más de una discriminación a la vez: inmigrantes, pobres, negros o indígenas, mujeres, homosexuales. Así por ejemplo, pueden darse situaciones en que confluyan en una misma persona una serie de discriminaciones como cuando se es mujer, de raza negra, inmigrante, lesbiana y pobre.

De otra parte, sostengo que independientemente de que haya caído el socialismo, subsisten las clases sociales, cada una con problemas diferentes, pues lo que es un problema para una clase no lo es para la otra. Pareciera que la situación de las personas homosexuales sólo le preocupara a las clases altas, por cuanto se ha reducido a un problema de orden económico, dejando de lado los demás ámbitos jurídicos y derechos por reconocer.

En síntesis, afirmo que en un Estado constitucional de derecho el primero de todos los principios es el de la dignidad humana, y de los derechos el de la igualdad al lado de la libertad. Reitero por tanto mi fórmula de que se reconozca la igualdad de las parejas homosexuales en todas las esferas: civil, laboral, penal, prestacional, familiar, migratoria, etc[étera], como consecuencia del reconocimiento a la dignidad humana de estas personas.

Para presentarlo de una forma gráfica: sostengo que si hoy en día tenemos encadenados y esclavizados a un grupo de personas con 30 cadenas, y si a estos esclavos le quitamos una de las 30 cadenas, todavía quedan encadenados con 29 cadenas, de modo que siguen siendo igualmente esclavos y no hemos logrado progresar en nada. Podemos incluso quitarles 29 cadenas, pero si les dejamos una sola, los mantenemos esclavizados, de manera que no podemos suponer que hemos progresado. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas que no son heterosexuales es quitándoles TODAS las 30 cadenas, para que sean real y verdaderamente libres e iguales.

En conclusión, sostengo que la única forma de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es otorgándolos TODOS y además de manera COMPLETA a todas las personas, sin ninguna clase de distinciones, en este caso, respecto de sus preferencias sexuales. Considero que no protegemos realmente los derechos, ni les hacemos ningún favor, cuando los protegemos parcialmente, a medias, que fue lo que, a mi juicio, se hizo en este caso con esta sentencia, porque no se le entregaron todos los derechos civiles y muchos menos los demás derechos, como los derechos laborales, pensionales, en materia penal, etc[étera].

Cuestiones a debatir

La sentencia de la Corte colombiana constituye un caso pionero en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo en Latinoamérica. La sentencia considera que la exclusión de este grupo humano del régimen patrimonial que rige para las parejas heterosexuales es contrario a la Constitución política. Basados en el principio de dignidad humana, tanto el voto de la mayoría como el de la minoría propone argumentos contrarios a la discriminación que esta exclusión implica. La argumentación judicial de la mayoría sostiene que la exclusión de las parejas homosexuales de determinados efectos jurídicos es una violación al principio de dignidad humana, pues “se limita la posibilidad de estas personas a tener un plan de vida y desarrollarse libremente”. La demanda propone tres dimensiones para defender el derecho de las parejas homosexuales a una vida digna:

[...] en primer lugar, la posibilidad de vivir como se quiera, sin interferir en la órbita de los derechos de los demás, de modo que cada persona elija el plan vital que prefiera; en segundo lugar, la posibilidad de vivir bien, esto es, tener acceso a ciertas condiciones materiales de existencia, y, finalmente, la posibilidad de vivir sin humillaciones, lo cual implica preservar la integridad física y moral.

Sin embargo, el salvamento de voto (disidente) empuja la interpretación del principio de dignidad más allá de lo que lo hace el voto mayoritario: argumenta que el otorgamiento de derechos en forma parcial es un reconocimiento a medias de la dignidad de la persona humana. En el voto disidente se observan, simultáneamente, las limitaciones y las potencialidades que principios generales como el de la dignidad de la persona humana pueden tener en relación con los derechos de las personas LGBTQ.

Preguntas

1. De acuerdo con el voto de la mayoría, ¿qué significa dignidad humana y cómo se articula en la justificación de la inconstitucionalidad de la ley 54?
2. Compare esta interpretación con la del magistrado Jaime Araújo Rentería en el salvamento de voto a la sentencia.
3. Analice las limitaciones y las potencialidades que principios generales como el de la dignidad de la persona humana pueden tener en relación con los derechos reconocidos y por reconocer a las personas LGBTQ.
4. ¿Haría falta acudir a otros principios para lograr el pleno reconocimiento de derechos a las personas LGBTQ? ¿A cuáles? ¿Con qué argumentos?

II. PATERNIDADES Y MATERNIDADES *QUEER*

La diversidad sexual desafía la definición tradicional de familia de otra manera: cuestiona el hecho de que la heterosexualidad sea la regla en el ejercicio de la paternidad y de la maternidad. La heteronormatividad como estructura de poder asume que las capacidades biológicas, morales y legales de ser padres y madres se convierte en regla en las parejas heterosexuales. Las personas LGBTQ se construyen fuera de esos vínculos, y la demanda porque se les reconozcan derechos como progenitores generan reacciones adversas.

Se puede decir que la legitimación de las paternidades y maternidades *queer* es más problemática que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo. La presencia de menores potencia los prejuicios sociales, justifica la intervención del Estado y evita o restringe el desempeño de personas LGBTQ como padres y madres. Inclusive parte de los sectores que están a favor del reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo no están de acuerdo con que éstas adopten menores. Aunque aceptan la decisión de las personas LGBTQ de vivir su sexualidad, ponen trabas para que establezcan, con la misma libertad, vínculos filiales. Esta situación se pone de manifiesto en países que, a pesar de haber sancionado legislaciones progresistas que reconocen a las parejas del mismo sexo, limitan su derecho a adoptar.⁵⁵

Si las parejas del mismo sexo desafían las construcciones hegemónicas, profundizando la separación entre sexualidad y reproducción, la paternidad y la maternidad por parte de las personas LGBTQ reinscribe la relación entre sexualidad y reproducción desde lugares disidentes. Personas y parejas cuya sexualidad se supone no es reproductiva, se reproducen. Adopción, inseminación artificial, intervención de terceros, parejas previas, son algunas de las formas utilizadas para reinscribir la reproducción desde un lugar “imposible”. La presencia de hombres y mujeres no heterosexuales, con hijos, produce madres y padres allí donde debiera reinar la incapacidad procreadora. Estas situaciones son políticas, inevitablemente: contradicen los principios básicos sobre los que descansa la familia como institución para la reproducción.

La mayor visibilidad de las personas LGBTQ y sus demandas ha dado lugar, también, a una mayor presencia de sus roles como padres o madres. Travestis, transgéneros, lesbianas y gays, solos o en parejas, se movilizan para reclamar reconocimiento —a veces sólo protección— legal y cultural como progenitores. La existencia de familias *queer* no es una novedad: por décadas, y de diversas maneras, las personas LGBTQ han ido construyendo arreglos afectivos alternativos en los que la presencia de hijos no es extraña. Lo que sí es novedoso

⁵⁵ Países escandinavos, Dinamarca, Francia o Inglaterra.

es la politización de estos arreglos y que busquen ser incorporados como una alternativa legítima. Las personas LGBTQ pretenden que se les reconozcan sus derechos como padres y madres, pretensión que involucra, entre otras, dimensiones legales, morales, religiosas, culturales y científicas.

Los inicios de la década del setenta en Estados Unidos fueron un momento central en la visibilización y defensa política de padres y madres LGBTQ. Esta defensa se debió, en gran medida, a la movilización de las lesbianas, que en el movimiento de mujeres, tanto como en el de diversidad sexual, incluyeron la posibilidad de retener la custodia de sus hijos biológicos una vez divorciadas. La primera organización de la sociedad civil que politizó este tema —en Estados Unidos, al menos— fue *Lesbian Mothers National Defense Fund* (LMNDF), creada en 1974, en Seattle, para lidiar con las cuestiones legales de las madres lesbianas.⁵⁶ Paulatinamente, el tema de la paternidad y de la maternidad, y los derechos relacionados, empezaron a ocupar un espacio destacado entre las demandas del movimiento por la diversidad sexual.

También en la década de los años setenta comienzan a aparecer en los medios académicos y periodísticos artículos que se ocupan de la situación de los padres y de las madres homosexuales. En esos años, en Estados Unidos, éste empieza a ser tema de discusión en los medios masivos de comunicación, y aparecen análisis académicos sobre la discriminación de la que principalmente son objeto las mujeres con hijos. Uno de esos antecedentes es el libro de Phyllis Lyon y Del Martin, *Lesbian/Woman* (1972), y en particular un capítulo sobre madres lesbianas.⁵⁷ Tanto los artículos periodísticos como los académicos estaban destinados a hacer visible la existencia de estos padres y madres, y de la marginalidad a la que eran sometidos. Además inscribían, públicamente, argumentos que afirmaban que entre el rol de padres y madres de las personas o parejas LGBTQ, y el de los heterosexuales, no existía diferencia alguna.

En los últimos años, tanto el número de organizaciones como el de investigaciones a favor del reconocimiento de los derechos de los padres y de las madres LGBTQ se ha incrementado. Junto con el crecimiento y la transnacionalización del movimiento por la diversidad sexual, se han globalizado también las demandas que buscan modificar las barreras legales que traban el ejercicio efectivo de los derechos. Luego de décadas de activismo, el movimiento ha logrado avanzar de manera considerable en el reconocimiento de los derechos parentales *queer*. Varios países han modificado sus legislaciones y jurisprudencias para dar cabi-

⁵⁶ Ver Nancy Polikoff, “Raising Children: Lesbian and Gay Parents Face the Public and the Courts”, en John D’Emilio, William B. Turner, Urvashi Vaid, eds., *Creating Change. Sexuality, Public Policy, and Civil Rights*, St. Martin’s, New York, 2000.

⁵⁷ Nancy Polikoff, “Raising Children: Lesbian and Gay Parents Face the Public and the Courts”, *op. cit.*, p. 308.

da, aunque sea parcialmente, a los derechos filiales para las personas y parejas LGBTQ. Lo que hace algunas décadas eran situaciones inexistentes, se han convertido en una dimensión política importante en las sociedades democráticas contemporáneas.

Dos situaciones sobre personas LGBTQ en particular han recibido más atención de las regulaciones legales y judiciales: la guarda-tenencia de hijos y la posibilidad de adoptar menores.⁵⁸ Aunque entran en juego diversos aspectos, en ambos casos se discute si la sexualidad es o no una limitante para criar hijos. Los debates en torno a estas situaciones ponen de manifiesto las distintas construcciones legales (y extralegales) sobre la sexualidad. En el caso de la guarda-tenencia, se está frente a personas LGBTQ que ya son padres o madres; lo que se discute es si debido a su identidad sexual se deben limitar sus derechos —el derecho a la tenencia de los hijos— frente a los de las personas heterosexuales. En el caso de la adopción, en cambio, se discute si se debe autorizar a las personas LGBTQ para ser padres o madres a partir del reconocimiento de su derecho a adoptar.

A. PRIMER PROBLEMA: LA ADOPCIÓN

Bien sea por la imposibilidad de tener hijos biológicamente, o por elección, la adopción es un proceso al que se acude con frecuencia. No sólo hace posible que las personas que así lo desean se realicen como progenitores, sino que también ofrece la posibilidad de un hogar a los menores que por diversas razones no pueden ser criados por sus padres biológicos. Aunque cualquier persona o pareja puede acceder al cuidado y educación de menores, la adopción reconocida formalmente por el Estado otorga a los padres y a los menores una serie de derechos y protecciones que la mera tenencia no contempla. Para que las personas o las parejas interesadas puedan adoptar, el Estado solicita ciertos requisitos: edad mínima del adoptante, diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, posibilidades socioeconómicas e idoneidad moral, entre otros. Estos requisitos garantizan la existencia de ciertas condiciones del hogar al que se entregará al menor como parte del proceso de adopción. El requisito de la idoneidad moral, en particular, abre la puerta a la discrecionalidad. La heteronormatividad, como sistema de dominación, considera que las personas LGBTQ no son aptas, pues en su definición de adopción se contempla exclusivamente la heterosexualidad. Con el objetivo de romper esta construcción, el

⁵⁸ El uso de las tecnologías reproductivas es otro recurso que hace posible la parentalidad *queer*, y trae al derecho importantes cuestionamientos.

movimiento por la diversidad sexual ha incluido entre sus demandas el derecho de las personas LGBTQ a adoptar.

Este derecho se ha convertido en uno de los temas más controvertidos. Posturas religiosas, morales, médicas, psicológicas y legales rechazan el que personas LGBTQ puedan adoptar legalmente. La cuestión de la adopción se ha transformado, para algunos, en un límite que el proceso de reconocimiento de derechos a este grupo no puede traspasar. La idoneidad moral es, precisamente, el requisito que se utiliza para denegarles ese derecho. Esta postura asume que sólo los heterosexuales están en condiciones de ser padres o madres adoptivos. Frente al paulatino reconocimiento de derechos en diversas áreas, éste, el de la adopción para las personas LGBTQ, es el que más resistencia encuentra.

Las reacciones adversas frente a este tema no sólo vienen de los sectores que se oponen a los derechos sexuales y reproductivos en general, sino también de quienes tienen una posición más amplia y abierta al respecto. Del primer grupo, la Iglesia católica es el principal actor: moviliza importantes recursos para evitar que a los no heterosexuales les sea permitido adoptar. La Congregación para la Doctrina de la Fe, cuando su prefecto era el actual Papa, sancionó en el año 2003 un documento en el que expresamente se pronuncia en contra de que las parejas del mismo sexo tengan la posibilidad de adoptar.⁵⁹ La adopción de niños por parte de homosexuales es señalada no sólo como una práctica inmoral y contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también como un acto de violencia hacia los menores. Este documento considera que “la ausencia de la bipolaridad sexual crea obstáculos al desarrollo normal de los niños eventualmente integrados en estas uniones”.⁶⁰

No es sorprendente que la Iglesia y sus sectores aliados se opongan al reconocimiento de derechos sexuales, pero la resistencia a la adopción por parte de personas LGBTQ también se da entre sectores que apoyan otro tipo de demandas del movimiento por la diversidad sexual. Existen sectores que, a pesar de aceptar el reconocimiento formal a las parejas del mismo sexo, se oponen a que se les permita adoptar. En Europa, por ejemplo, la proporción de los que se oponen a que las personas LGBTQ adopten es más alta que la que está en contra del matrimonio de parejas del mismo sexo. Por ello existen países donde, aunque se legaliza la situación de estas parejas, no se les permite adoptar. Éste es el caso Francia: las parejas del mismo sexo fueron reconocidas, pero se les negó expresamente el derecho de adoptar.

⁵⁹ “Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales”, Congregación para la Doctrina de la Fe, 2003.

⁶⁰ *Ibid.*

Dos supuestos aparecen cuando se considera específicamente la posibilidad de adopción legal por parte de las personas LGBTQ.⁶¹ La situación que más resistencia legal ofrece es la adopción conjunta por parte de una pareja conviviente del mismo sexo. Las legislaciones exigen en general que los adoptantes de manera conjunta sean matrimonio, lo que de entrada excluye a las parejas del mismo sexo por no hacer parte del régimen matrimonial. Sin embargo, existen legislaciones que permiten que parejas del mismo sexo adopten. Los Países Bajos, en el año 2001, fueron los primeros en autorizar esta posibilidad: las parejas homosexuales tienen igual derecho de adoptar que las parejas heterosexuales, pero la adopción se restringe a los niños de nacionalidad holandesa. Suecia otorgó el derecho en el año 2003 pero, a diferencia de Holanda, contempló la adopción de niños extranjeros. Inglaterra, en el año 2002, permitió también la adopción a las parejas del mismo sexo. En el año 2002, la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió que las parejas del mismo sexo tienen derecho a adoptar menores, y que las leyes que lo prohíban violan los principios constitucionales,⁶² en el 2006 se sancionó la Civil Union Act, que equipara los derechos de las parejas del mismo sexo con los de las parejas heterosexuales.

El hecho de que España comparta con el resto de Latinoamérica la presencia histórica de la Iglesia católica, que con su peso político dificulta cualquier reforma relacionada con género o sexualidad, lo convierte en este sentido en un caso importante. En el año 2005, España reformó su derecho de familia, equiparando la situación de las parejas homo y heterosexuales, equiparación que cobijó también la posibilidad de adoptar.

Otro supuesto legal al que las personas LGBTQ pueden recurrir para poder adoptar un hijo es el conocido como *second-parent adoption*, o adopción del hijo o de la hija del conviviente homosexual. Un grupo de países permite que la pareja homosexual de una persona que tiene un hijo biológico —o inclusive uno adoptivo— pueda adoptar a ese menor. Dinamarca, Alemania, Islandia y Noruega son algunos de los países que reconocen la posibilidad legal de adopción de los hijos del conviviente homosexual.⁶³ Diversos estados de los Estados Unidos —California, Connecticut, Massachussets, Nueva York, Wa-

⁶¹ G. Medina, *Uniones de hecho: homosexuales*, op. cit.

⁶² *Du Toit and another v. Minister of Welfare and Population Development and others*, September 10, 2002 (Same-Sex Couple Adoption).

⁶³ En Francia, en el año 2006, la Corte de Casación concluyó que las parejas de una relación homosexual tienen derechos filiales sobre los hijos biológicos de su pareja. Sin embargo, a principios del 2007, el más alto tribunal francés denegó a una pareja lesbiana el derecho de adopción, con el argumento de que ésta sólo será posible cuando la ley permita el matrimonio homosexual.

shington D.C., entre otros— autorizan también, y de manera expresa, la figura del *second-parent adoption*.

Finalmente, el otro supuesto de adopción es el que individualmente llevan a cabo las personas LGBTQ. Los sistemas legales en general no excluyen expresamente a estas personas de la posibilidad de adoptar,⁶⁴ razón por la cual este mecanismo se ha extendido más que los otros.⁶⁵ Pero en muchos países esa posibilidad lo es justamente porque la identidad sexual del individuo no es visible. Si lo fuera, el pedido de adopción podría ser rechazado con el argumento del interés superior del menor. El caso *Fretté v. France* es ilustrativo: según la Corte Europea de Derechos Humanos, en un fallo dividido, el que al señor Philipp Fretté se le hubiera negado la posibilidad de ser padre adoptivo debido a su homosexualidad fue razonable, objetivo y no discriminatorio.⁶⁶

En Latinoamérica, una pareja del mismo sexo no está autorizada legalmente para adoptar. En los casos excepcionales en los que parejas del mismo sexo tienen algún reconocimiento —en México o en Argentina—, los derechos de adopción no están contemplados. Si las personas LGBTQ tienen la posibilidad de adoptar, es porque la no prohibición manifiesta, o el que la heterosexualidad no sea un requisito expreso, les permite hacerlo como individuos, no como pareja. El movimiento por la diversidad sexual ha comenzado a politizar la necesidad de que tanto a las personas como a las parejas LGBTQ les sea permitido adoptar un hijo. El caso de Argentina es un ejemplo: el proyecto de Ley Nacional de Unión Civil incluye la adopción por parte de las parejas del mismo sexo. La presentación de este proyecto fue acompañada con un libro que desde diversas miradas y disciplinas argumenta y justifica la necesidad de reformar las leyes de adopción para que las parejas del mismo sexo lo puedan hacer como las demás parejas.⁶⁷

La jurisprudencia en la región registra algunos avances. En Brasil, por ejemplo, hubo un caso destacado: en el año 2002, un juez de Río de Janeiro le otorgó la guarda del hijo a una mujer lesbiana tras la muerte de su pareja. Otro precedente importante se sentó en el año 2006, cuando el poder Judicial autorizó que una pareja de hombres adoptara a una menor. Uno de los miembros de la

⁶⁴ *Fretté v. France* (36515/97), Corte Europea de Derechos Humanos.

⁶⁵ En Estados Unidos la adopción a nivel individual de personas LGBTQ es legal en todos los estados menos en Florida. Florida Law 1977: ninguna persona puede adoptar si es homosexual. En Mississippi las parejas gays-lesbianas tienen expresamente prohibido adoptar, y en Utah esta prohibición es aún más severa: comienza por las personas que no están legalmente casadas.

⁶⁶ *Fretté v. France* (36515/97), Sección Tercera, Corte Europea de Derechos Humanos, 26-02-2002.

⁶⁷ Horacio Raíces Montero, *Adopción: la caída del prejuicio*, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2004.

pareja había adoptado ya a la niña; posteriormente el pedido se extendió a su pareja. Estos casos representan hitos importantes en relación con el replanteo de las reglas que regulan la adopción y, también, en relación con la forma como se construye la familia en las sociedades contemporáneas. Aunque responden a las situaciones concretas que propiciaron esas decisiones, en todo caso se trata de procesos judiciales que van resquebrajando el razonamiento judicial hegemónico que niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de adoptar.

La situación de las personas trans es mucho más precaria que la del resto del colectivo de la diversidad sexual. Como se dijo ya, las personas trans no gozan siquiera de garantías sobre los que serían sus derechos de ciudadanía básicos, y su situación legal es, en general, bastante más vulnerada. En el caso de las travestis,⁶⁸ por ejemplo, la violencia policial y social a la que son sometidas por su expresión de género ha sido extensamente documentada.⁶⁹ Aunque excepcionales, ha habido avances jurisprudenciales en relación con la posibilidad de que las travestis adopten. El Patronato Nacional de la Infancia de Costa Rica (PANI), en el año 2003, le otorgó a Mairena, una travesti, el “depósito provisional” de un niño de 9 años al que ella cuidaba desde bebé. El “depósito provisional” representa el primer paso de la adopción legal. El Patronato consideró que Mairena “[...] le ha brindado alimentación, cuidado, vigilancia, crianza, educación, asistencia, recreación, salud, vestimenta, vivienda, afecto y otras necesidades, hoy derechos, asumiendo el rol de un buen padre de familia”.⁷⁰ En el año 2006, el juez de menores de Río Cuarto, Argentina, otorgó la tenencia provisoria de dos menores a una travesti, aunque aclaró que esto no implicaba el inicio de un proceso legal de adopción. En una entrevista periodística, el Magistrado de la causa afirmó que su principal temor era que la tenencia provocara rechazo entre los vecinos y que eso alterara la calma que necesitan los pequeños, pero ocurrió lo contrario: “Esperaba un palazo a causa de los prejuicios, pero la gente terminó expresándole su apoyo”.⁷¹

Sin embargo, la heteronormatividad, sin duda alguna, continúa siendo una construcción central al momento de decidir si las personas LGBTQ están o no

⁶⁸ El término travesti “designa, por lo general, a una persona asignada al género masculino al nacer, cuya expresión de género se corresponde con alguna versión culturalmente inteligible de la feminidad”. En Mauro Cabral y Javier Leimgruber, “Glosario en construcción”, disponible en www.convencion.org.uy/02docs/DocumentosWord/serias3_5.pdf.

⁶⁹ L. Berkins y J. Fernández, *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*, op. cit.

⁷⁰ La cita se extrajo de la página web de la Comisión Internacional de Derechos Humanos para gays y lesbianas: <http://www.iglhc.org/site/spanish/section.php?id=39&detail=3>.

⁷¹ Diario *Puntal Río Cuarto*, Córdoba, Argentina, sábado, 4 de agosto de 2007, en www.diario-puntal.com.ar/imprimir_noticia.php?id=5067.

en condiciones de adoptar menores. Frente al avance del movimiento por la diversidad sexual, el razonamiento judicial heteronormativo se ha sofisticado y, aunque aún se sigue excluyendo a las personas LGBTQ con justificaciones evidentemente homofóbicas —incompatibilidad esencial entre la homosexualidad y el ser padre o madre—, no es poco común que se las excluya aduciendo otra clase de razones. La creciente concienciación que ha logrado el activismo frente a la no discriminación o a la tolerancia no implica necesariamente un razonamiento judicial más plural, y en consecuencia la legalidad de las personas LGBTQ como adoptantes.

Un caso interesante en este sentido es el de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia del año 1995. El actor, José Gerardo Córdoba, acude a la Corte porque afirma que su homosexualidad ha sido el único factor que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) tuvo en cuenta para declarar a la niña en estado de peligro y asignar su custodia a terceros. La Corte sostiene, sin embargo, que

[...] resulta evidente que el ICBF tuvo razones objetivas suficientes para decretar las medidas de protección que consideró necesarias en favor de la menor xx, y que su actuación no fue arbitraria ni se debió a prejuicio de sus funcionarios respecto de la sexualidad del señor Córdoba.⁷²

Las razones objetivas a las que se refiere la Corte tienen que ver con el tamaño de la vivienda, el lugar donde está localizada y la embriaguez del “amigo o compañero del actor”. Pero lo más destacable de esta sentencia es la aclaración del voto, que pone en evidencia la injerencia de la sexualidad en el razonamiento judicial y a la vez reafirma, de manera disidente, que la homosexualidad no puede ser el motivo que se aduzca cuando se le niega a una persona el derecho de adoptar.

El ahora ex magistrado Carlos Gaviria Díaz, en su aclaración del voto, deja constancia del razonamiento heteronormativo implícito de la Corte. A pesar de que la decisión se basa en una serie de motivaciones no relacionadas con la identidad sexual, una versión del fallo pretendió dejar constancia expresa de que “negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”. Sin embargo, algunos magistrados decidieron excluir la aclaración, y finalmente quedó por fuera de la sentencia definitiva. Motivado por esto, el magistrado Gaviria Díaz decidió expresar su posición al respecto en la aclaratoria del voto:

⁷² Sentencia T-290 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia.

El suscrito juzga necesario explicitar, con toda nitidez, que esas palabras condensan de modo inequívoco su pensamiento sobre el asunto. La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales.

En el caso referido, el actor interpuso tutela contra la resolución de Bienestar Familiar, justamente porque se sintió discriminado en razón de su homosexualismo. Pienso que era un deber de la Sala no sólo exponer las razones de otro orden, justificativas de la decisión, sino sentar, sin la más mínima vacilación, que el comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño.

En los temas relacionados con la sexualidad, algunos instrumentos como las disidencias, las aclaratorias y los salvamentos cobran importancia. Es muy común que sea allí donde se plasmen las elaboraciones más favorables a las personas LGBTQ. Aunque estas disidencias no logren ser parte de la decisión mayoritaria, empujan los límites de las interpretaciones más allá de lo acordado, y aportan importantes líneas de razonamiento judicial que quedan desdibujadas en la trascendencia del voto mayoritario. El caso que a continuación se propone para análisis es un ejemplo claro de la forma en la que el razonamiento judicial progresista se plasma en votos minoritarios.

Las políticas de naturalización de la familia

Una dimensión fundamental en disputa al momento de discutir los derechos de las personas y parejas LGBTQ de adoptar es la definición de familia. ¿Cuáles son los vínculos que el Estado debe legitimar y proteger como parte de los arreglos familiares?

Con el fin de enriquecer el análisis de las diferentes respuestas que nutren gran parte de los debates, alianzas y conflictos en las democracias contemporáneas, remito al lector al capítulo “Familia” de este libro. En la actualidad, una línea central de antagonismo surge entre aquellos que defienden la familia como una realidad única, y quienes consideran que el pluralismo debe ser reconocido; pluralismo que no es sólo la coexistencia fáctica de distintos arreglos familiares, sino, aún más importante, el reconocimiento de que estos arreglos merecen la misma legalidad y legitimidad.

La discusión sobre los derechos de las personas LGBTQ como padres y madres es parte del debate sobre las familias en las sociedades contemporáneas. De un extremo y del otro en este debate se articulan diferentes definiciones sobre la familia que representan posturas opuestas frente a las personas LGBTQ. Para un

sector, reconocerles derechos sería un ataque directo a la familia como institución social básica. La filiación es esencialmente un vínculo de heterosexuales; igualar los derechos de unos y otros equivaldría a romper el orden simbólico y social sobre el que se asienta la familia. Para el sector opuesto la familia es, en cambio, una construcción histórica y cultural. La legitimación de las personas LGBTQ como padres o madres es, simplemente, un reconocimiento del carácter plural y diverso de los arreglos familiares en las sociedades contemporáneas. La demanda de estos derechos es una demanda de una sociedad más justa y democrática.

El poder Judicial es importante en esta disputa: los jueces y las juezas tienen el poder de legitimar una u otra definición de familia y, por lo tanto, de reconocer o no los derechos de las personas LGBTQ. Los jueces y juezas imponen identidades y éstas tienen consecuencias simbólicas y prácticas. La legitimidad del tipo de familia que se reconozca desde el derecho se constituirá en la regla con la que se medirán otros arreglos familiares. El decidir que la homosexualidad es una limitante para el ejercicio de la paternidad o de la maternidad no sólo tiene consecuencias en lo simbólico —y en este caso se refuerza la heteronormatividad—, sino también consecuencias prácticas para las personas a las que se les limita el ejercicio concreto de ciertos derechos.

Los extractos de sentencias que se presentan a continuación reflejan las muchas veces opuestas formas en las que, desde el razonamiento judicial, se define la familia para justificar distintas soluciones en relación con los derechos de las personas LGBTQ. Es interesante revisar en estos extractos cuáles son las diferentes concepciones de familia que ofrecen y qué consecuencias tienen estas concepciones para las personas LGBTQ.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-814 de 2001

Problema jurídico

Las expresiones “idoneidad moral” y “la pareja formada por el hombre y la mujer”, establecidas como requisitos de adopción por el artículo 89 del Código del menor, y el numeral 2 del artículo 90 del mismo estatuto, ¿son violatorias de los artículos 5, 13, 16, 42, 44, 45 y 67 de la Carta Fundamental, y discriminatorias de la condición homosexual?

Hechos

El ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina, actuando en nombre propio, y haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241, numerales 4 y 5 de la Constitución Política, demandó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de

la expresión “moral”, contenida en el artículo 89, “por el cual se expide el Código del menor”, y el numeral 2 del artículo 90 del mismo estatuto, por considerar que violaban los artículos 5, 13, 16, 42, 44, 45 y 67 de la Carta Fundamental.

Decisión de la Corte

Declara exequible la palabra “moral” contenida en el artículo 89, por el cual se expide el Código del menor, y declara exequible la expresión “La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”, contenida en el numeral 2 del artículo 90.

Extractos

[...]

Dicen los dos primeros incisos del artículo 42 de la Constitución Política:

[...] La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Pero si esta interpretación exegética no se considerara suficiente, la histórica corrobora la conclusión expuesta.

[...]

Ahora bien, tampoco el hecho de que la familia que el constituyente optó por proteger sea la que emana de la unión heterosexual y monogámica tiene el alcance de discriminar a quienes deciden mantener una relación homosexual estable. Reiterada jurisprudencia constitucional, entre ella la que acaba de citarse, hace énfasis en que la Constitución no prohíbe esta opción de vida.

[...]

La naturaleza heterosexual y monogámica de la familia en la Constitución tiene relevantes consecuencias en la estructura de las relaciones jurídicas y de parentesco que se dan dentro de la familia adoptiva. Aparte de las relaciones conyugales que se presentan entre los cónyuges, o de las que se establecen entre los compañeros permanentes, reguladas principalmente por el Título IX del Código civil, y por la ley 54 de 1990, respectivamente, en esta familia, cuando existe prole adoptada, se

generan relaciones entre padres e hijos de familia que son reguladas por el Título XII del Código civil. Ahora bien, estas relaciones jurídicas que se establecen por la ley se dan entre padres adoptivos unidos por matrimonio o pareja de hombre y mujer convivientes en unión marital de hecho y los hijos adoptivos, en igualdad de condiciones.

Constitucionalidad de la restricción introducida por el numeral 2 del artículo 90 del Código del menor, respecto de la posibilidad de adoptar menores de edad

[...]

Así las cosas, lo que debe determinarse en el presente caso es si la hipótesis de hecho regulada por la norma acusada, esto es la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre por lo menos tres años, es idéntica a la de las parejas homosexuales que han vivido en la misma situación por ese tiempo, de tal manera que se imponía al legislador dar el mismo trato a ambas situaciones, concediendo en los dos supuestos la autorización para adoptar en forma conjunta.

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener una familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no sólo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.

En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar.

Por todo ello, se ajusta a la Constitución el que el legislador limite la libertad del juez que decreta la adopción, señalando que la autorización para adoptar sólo puede ser concedida a quienes pretenden conformar la familia que el constituyente quiso proteger. Éste y no otro es el interés superior del menor, dentro de la axiología determinada por las normas superiores.

[...]

Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la Constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,
[...]

Salvamento de voto a la Sentencia⁷³

Consideramos que la Constitución no protege solamente a la familia monogámica heterosexual, como lo afirma la sentencia. En segundo lugar, mostraremos por qué la restricción legal, general y abstracta, de limitar la adopción conjunta a parejas heterosexuales no atiende el interés superior del niño, es discriminatoria, desconoce el derecho a la autonomía personal y atenta contra los principios de la dignidad humana y el pluralismo.

La expresión “formada por el hombre y la mujer” debió haber sido declarada inexecutable, para que sean los funcionarios competentes, quienes después de hacer los correspondientes estudios psicológicos, económicos, y demás, decidan si para cada caso concreto el interés superior del niño coincide o no con el deseo de una pareja, heterosexual u homosexual, de adoptarlo. No creemos que ello sea posible establecerlo de manera general, previa y abstracta, con base en la imposición de una visión de familia que desconoce el espíritu amplio y democrático de la Constitución del 91.

[...]

A nuestro juicio, cuando la mayoría de los magistrados de la Sala Plena resolvió que no es contraria a la Carta Política del 91 una norma que sólo permite adoptar conjuntamente a las parejas heterosexuales, antes que analizar a fondo el caso, se preocupó por imponerle a toda la sociedad colombiana una concepción de familia monogámica y heterosexual, que según ellos, es la que contempla y defiende la Constitución. Por ello, el propio fallo señala que dicha norma “no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar”.

⁷³ Salvamento suscrito por los magistrados Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba y Eduardo Montealegre.

¿Cómo pudo omitir la Sala Plena que el inciso en el que se regula precisamente el tema de la decisión de tener hijos, la mención a “la pareja” no tiene acotación de ninguna especie? La norma no hace distinción alguna, no exige que la pareja sea heterosexual. Los homosexuales, como las demás personas, tienen derecho a decidir junto con su pareja el número de hijos que pueden tener.

Para quienes salvamos el voto, cuando el primer inciso del artículo 42 establece como vía para constituir la familia la “voluntad responsable de conformarla”, se introduce al texto constitucional una concepción amplia de familia que permite proteger formas diversas a la constituida mediante matrimonio.

[...]

Contempla, por ejemplo, la mujer soltera con hijos (mujer cabeza de familia, protegida especial y expresamente por el artículo 43 de la Constitución); las parejas en unión libre, homosexuales y heterosexuales; todas aquellas formas de organización familiar diferentes que provengan de visiones culturales o religiosas constitucionalmente protegidas; o aquellas que puedan ser previstas o reconocidas por el legislador como tales. Todos los colombianos, sin importar el color de su piel, su clase social, la cultura a la que pertenezcan o si son homosexuales, tienen derecho a conformar una familia por el ejercicio de su voluntad siempre que ésta sea responsable.

[...]

La Constitución protege así los derechos de todos los niños por igual, sin importar cómo hayan sido concebidos ni quiénes sean sus padres. Como dijimos, se trata de una visión amplia que incluye las nuevas posibilidades de organización social, por ejemplo, una familia constituida por una mujer homosexual que se insemina artificialmente, la cual, al ser mujer cabeza de familia, recibe además una protección especial.

Además, la Sala no tuvo en cuenta realmente en su análisis el interés superior del niño, pese a ser una institución a la que se hace referencia a lo largo del fallo, así como tampoco fue sensible a si la norma implica alguna violación al derecho a la igualdad y a la autonomía personal.

En primer lugar, quienes salvamos el voto consideramos que la Constitución no protege solamente a la familia monogámica heterosexual, como lo afirma la sentencia. En segundo lugar, mostraremos por qué la restricción legal, general y abstracta, de limitar la adopción conjunta a parejas heterosexuales, no atiende el interés superior del niño, es discriminatoria, desconoce el derecho a la autonomía personal y atenta contra los principios de la dignidad humana y el pluralismo.

Ahora bien, si en lugar de mirar tan sólo una frase de la Constitución, se hace una lectura sistemática de la Carta Política, esto es, una lectura integradora de todo el texto constitucional, es claro que una concepción amplia de familia coincide con el espíritu pluralista, democrático y respetuoso de la diversidad que inspira a la Constitución de 1991. A diferencia de la Carta Política de 1886, el texto constitucional

vigente no se comprometió con una visión cultural o religiosa que fuera asumida como “oficial” y excluyera a grupos o sectores sociales que no la compartieran. Contrario a lo sostenido por la Sala, la Constitución del 91 goza de un espíritu inclusivo; busca que todos los colombianos sean reconocidos, sin desconocer su cultura, sus tradiciones, su orientación sexual o cualquiera que sea su visión del mundo, grupal o individual.

En efecto, el artículo primero señala que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de una república “democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana” [...]. Imponer la concepción de familia heterosexual y monogámica es contraria a los preceptos constitucionales citados. [...]

La Carta consagra también una serie de garantías constitucionales de cuyo ejercicio pueden desarrollarse concepciones diversas de familia, las cuales, en consecuencia, se encuentran también protegidas constitucionalmente. El derecho a la igualdad (artículo 13), por ejemplo, impide discriminar en razón a la orientación sexual y opinión filosófica, dejando a las personas en libertad de conformar parejas de carácter homosexual. El derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), que contempla la posibilidad de desarrollarse tan ampliamente como los derechos de los demás lo permitan, protege, por ejemplo, la decisión de conformar familia sin tener pareja alguna. O la libertad de conciencia (artículo 18), la cual impide que alguien pueda ser molestado por sus convicciones o ser obligado a actuar en contra de su conciencia, y la libertad de cultos (artículo 19), que protege a toda persona el derecho a profesar y difundir sus creencias, en forma individual o colectiva, libertades en virtud de las cuales alguien, por ejemplo, puede reclamar su derecho a practicar la poligamia porque así se lo ordenan los que él considera textos sagrados.

Todas estas cláusulas contemplan y protegen dimensiones posibles del desarrollo de las personas que comprenden, incluso, la conformación de tipos de familia diferentes a una pareja heterosexual monogámica.

La Carta Política del 91 asumió la posición de reconocer la diversidad y pluralidad cultural negada durante un siglo a múltiples grupos sociales. La decisión de la mayoría de los magistrados olvidó que la protección constitucional no es ciega a las familias indígenas de comunidades que no practican la monogamia o las formas sociales diversas de organización familiar que existen en el litoral pacífico o la costa atlántica. De hecho, sectores de la población como aquella que forma parte del movimiento de negritudes, vienen luchando para que se reconozca legalmente su concepto de familia, y en tal sentido han presentado proyectos de ley. [...]

A partir de esta intervención es claro que entre los constituyentes, incluso de los que más trabajaron este tema y defendieron que el matrimonio sólo fuera heterosexual, también estaba presente el interés por regular fenómenos sociales y nuevas formas

de conformar familia al interior de la sociedad colombiana. Por ello, se preocuparon de no cerrar la puerta a la evolución social y a la transformación legislativa que la acompañe. La Constitución de 1886, al igual que las leyes que la desarrollaron, eran ciegas a todos esos casos debido a su concepto estrecho de familia. Muchos delegatarios, y tal era su intención al votar, apoyaron un concepto amplio que regulara y protegiera la pluralidad de conformaciones sociales.

[...]

No aceptamos que la Corte haya fijado cuál es el interés superior del niño de forma general y abstracta, pues como la propia sentencia lo defiende, tal concepto sólo es posible definirlo en casos concretos y particulares. Es decir, la defensa del interés del niño, por encima de los intereses de los demás, hace referencia a los intereses concretos y específicos de cada niño, no a un interés general, supuestamente adjudicable a cualquier niño.

Es claro entonces que el interés superior del menor no es una entelequia abstracta que pueda ser definida por fuera de todo contexto y situación particular, como lo pretendió hacer la Corte, al decir que el interés de todo menor es pertenecer a una familia monogámica y heterosexual. El interés del menor es apreciable únicamente a partir del caso particular. Por supuesto que existen cosas que previamente y sin consideración alguna de casos reales pueden ser consideradas benéficas para todo niño o niña, pero el principio del interés superior del menor supone evaluar y ponderar situaciones concretas y posibles.

[...]

Sin embargo, la situación real de muchos de los niños y niñas actualmente en Colombia es dramática. La cantidad de ellos que se encuentran en situación de desprotección es considerable, sobre todo si se tiene en cuenta el número que efectivamente puede ser atendido por el Estado. Ahora bien, sin entrar a cuestionar los temores que puedan tenerse en torno a la eventual crianza de niños por parte de parejas homosexuales, quienes nos apartamos de la decisión mayoritaria no entendemos cómo es posible que se prefiera privar a un niño de recibir el cuidado y la atención necesaria para su adecuado crecimiento, en virtud de que, supuestamente, ése es su “interés”.

[...]

La paradójica situación que acabamos de describir se produce, como dijimos, porque antes que pensar en la defensa de los derechos e intereses de los niños, la Sala está primordialmente interesada en defender una concepción de familia única y excluyente, la unión monogámica heterosexual.

La estrategia argumentativa de la Sala consiste en decir que sólo la pareja heterosexual da origen a una familia. En esa medida no es susceptible de ser comparada con una pareja homosexual y, por lo tanto, se justifica todo trato diferente respecto de cualquier otro tipo de relación que por no ser monogámica y heterosexual, no

es familia. Así, ningún trato desigual, por arbitrario que parezca, constituye discriminación. Nuevamente, y como ya lo sostuvimos los magistrados abajo firmantes en el salvamento de voto a la sentencia |SU-62||3, debemos decir que esta posición denota una gran insensibilidad ante el tema de la igualdad.

A nuestro juicio, no es aceptable que la Corte Constitucional defienda una posición, según la cual toda persona tiene derecho a elegir libremente cómo quiere ser, a desarrollarse según sus creencias, sus inclinaciones o su particular concepción de mundo, pero que en caso de que lo haga no tendrá los mismos derechos que los demás. No es admisible una lectura de la Constitución según la cual toda persona puede ser homosexual, pero si lo es, entonces su pareja no tendrá derecho a ser beneficiaria de su afiliación como cotizante al sistema de salud, no podrá constituir una familia, su relación no tendrá ningún tipo de reconocimiento o protección legal, ni podrá adoptar hijos. Es decir, no es admisible decir que a una persona no se le discrimina por el simple hecho de que se le permite existir, así sea privándolo de buena parte de las garantías constitucionales. Ello va en contra no sólo de la función primigenia de la igualdad, consistente en evitar la discriminación, y la marginación por imposición jurídica. También contraría el texto del artículo 13, aun entendido en su sentido más formalista: “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y gozarán de los mismos derechos”. En este fallo, los principios fundantes de la libertad, la igualdad y la dignidad son subordinados a una concepción excluyente de familia.

[...]

La sentencia de la cual respetuosamente disentimos, ignora, para este caso, un derecho constitucional fundamental que en varias providencias memorables esta Corporación había protegido: el derecho a la autonomía personal. La Corte, hoy, le está imponiendo un modelo de relación de pareja a todos los colombianos: la monogámica heterosexual. Y a los homosexuales les está diciendo: sean como quieran, allá “ustedes”, pero no se relacionen entre sí, no creen vínculos afectivos sólidos y estables, no construyan comunidades significativas de vida, y no aspiren a ejercer los derechos que el texto de la Constitución reconoce a todas las personas como sujetos igualmente dignos.

No compartimos esa visión que anula el derecho a la autonomía personal. Es absolutamente individualista, a tal punto que sólo reconoce que un individuo, aislado, puede ser homosexual y no ser sancionado, con una condición: que no exprese libremente su orientación sexual de manera responsable con miras a conformar una pareja estable que aspire a adoptar un hijo.

La decisión de la Corte excluye, en cualquier situación, la posibilidad de que una pareja homosexual adopte una niña o un niño. Los suscritos magistrados consideramos que la expresión formada por el hombre y la mujer debió haber sido declarada inexecutable, para que sean los funcionarios competentes, quienes después de hacer los correspondientes estudios psicológicos, económicos, y demás, decidan

si para cada caso concreto el interés superior del niño coincide o no con el deseo de una pareja, heterosexual u homosexual, de adoptarlo. No creemos que ello sea posible establecerlo de manera general, previa y abstracta, con base en la imposición de una visión de familia que desconoce el espíritu amplio y democrático de la Constitución del 91.

Cuestiones a debatir

La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia inscribe la posibilidad de adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo en el debate sobre qué tipo de familia(s) deben ser legalmente protegidas por los Estados modernos. Esta discusión es una de las dimensiones de la política contemporánea tanto nacional como transnacional, en la que se entrecruzan aspectos culturales, religiosos y legales. Para algunos, la creciente legitimidad de las identidades sexuales diversas intensifica la necesidad de defender la familia como una institución esencialmente heterosexual. Desde esta postura, si bien debe evitarse la discriminación de las personas LGBTQ, la familia debe erigirse como el límite moral y legal para el avance de los derechos sexuales. En el caso de la adopción, el interés del niño se considera en tensión con la posibilidad de formar parejas del mismo sexo, ya que a éstas se las ubica en los márgenes del derecho. Para otros, en cambio, la familia es una realidad plural en la que ningún arreglo debería tener superioridad legal sobre el otro. El concepto de familia se ha ido ampliando, y el derecho debería de tener el suficiente dinamismo para incorporar esa diversidad. En la actualidad, gran parte del debate sobre esta diversidad apunta, precisamente, a las parejas del mismo sexo. La no discriminación requiere la legitimación de las parejas del mismo sexo y su capacidad de adoptar menores.

Preguntas

1. Identifique los argumentos que hacen que la conclusión del voto de la mayoría y la del salvamento sean opuestas. ¿Qué concepción de familia subyace en los argumentos de los magistrados del fallo mayoritario y en los del salvamento de voto? ¿Qué consecuencias tienen estas concepciones para las personas LGBTQ?

2. Analice el alcance y la justificación de la siguiente afirmación de la Corte:

Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la Constitución, que preten-

den adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra.

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA GUARDA-TENENCIA

La presencia de hijos biológicos lleva la discusión de la parentalidad *queer* a otro nivel: el punto ya no es si las personas pueden tener hijos bajo su cuidado o no, sino el grado de legitimidad y los efectos jurídicos que se le reconocerán a los vínculos filiales de las personas LGBTQ. Cuando estas personas tienen hijos biológicos, la discusión radica en si se deben limitar o no los derechos que esos vínculos implican.

Los mecanismos y motivaciones que llevan a las personas LGBTQ a tener hijos biológicos son diversos, pero una circunstancia habitual es la existencia, en algún momento, de una pareja heterosexual. Las biografías son tan múltiples y complejas como flexibles y cambiantes las identidades, razón por la cual es frecuente que las personas que se identifican como gays o lesbianas hayan tenido en alguna otra etapa de su vida parejas heterosexuales con las que tuvieron hijos biológicos. El fin de estas relaciones da inicio a la toma de una serie de decisiones con distintos niveles de conflictividad. Entre esas decisiones se destaca la guarda-tenencia de los hijos. En ciertos casos, la homosexualidad de alguno de los ex cónyuges ha servido de argumento para restringir judicialmente la guarda-tenencia. Estos casos, aunque no muy numerosos, han generado un importante debate judicial sobre la parentalidad *queer*, pues ponen en movimiento una serie de construcciones jurídicas, morales y científicas que se relacionan con debates más amplios sobre la sexualidad, la familia y el orden social en las sociedades contemporáneas.

La doctrina y la jurisprudencia han dado distintas soluciones. Para un sector, la sexualidad de las personas no debería ser una dimensión determinante al momento de juzgar las habilidades como padres o madres. Según esta postura, limitar los derechos de alguien por su orientación sexual es discriminatorio. Para otro sector, la (homo)sexualidad sí es un factor importante a la hora de determinar los derechos que se les debe reconocer a los padres y a las madres. Desde esta perspectiva, la heterosexualidad es la regla legal, moral y cultural que debe regir la filiación. Si bien la realidad es que las personas LGBTQ son padres y madres biológicos, según el criterio de esta última postura esta realidad debe ser regulada y restringida.

La forma en que la heteronormatividad permea el pensamiento judicial cuando se debaten casos de guarda-tenencia de menores es compleja. En principio se pueden identificar tres tipos de razonamientos heteronormativos que, si bien comparten la desconfianza frente a la capacidad de las personas LGBTQ

para ser progenitores, tienen matices.⁷⁴ En primer lugar, para algunos jueces la condición de homosexualidad es razón suficiente para denegar o restringir los derechos de los progenitores. Presentan la homosexualidad como una desviación o como una enfermedad; como tal, no se puede considerar en igualdad de condiciones frente a la heterosexualidad. Desde esta postura, existe una contraposición infranqueable entre la homosexualidad y el ser buen padre o madre, razón por la cual la guarda-tenencia del hijo, siempre que sea posible, se le otorgará al progenitor heterosexual.

Otra forma en que se manifiesta el pensamiento heteronormativo de los magistrados es cuando supeditan el reconocimiento del derecho de las personas homosexuales a la guarda-tenencia de los hijos a la acreditación de que esta situación no resultará nociva para los menores. Las minorías sexuales deben probar y demostrar que los menores no sufrirán consecuencias negativas. Esta exigencia no aplica para los heterosexuales. Aunque más avanzado que el razonamiento anterior, sigue privilegiando a la heterosexualidad como la regla.

Una tercera modalidad de manifestación del pensamiento heteronormativo, más compleja, es la que actualmente se utiliza en la mayoría de los casos judiciales en Estados Unidos. Se conoce como *nexus approach*, y sostiene que, si bien la homosexualidad no es dañina en sí misma —rechaza al primer enfoque—, puede ser utilizada para denegar la tenencia cuando existan pruebas —se invierte la carga de la prueba— sobre potenciales consecuencias negativas para los menores. En el *nexus approach*, la heterosexualidad continúa siendo la regla de normalidad, y supone que la vida de las personas LGBTQ queda abierta a la inspección y a lo público en esa búsqueda de elementos que desaconsejen la tenencia.

La guarda-tenencia de los hijos biológicos es una de las dimensiones de la parentalidad *queer* que defiende el movimiento por la diversidad sexual. Como se dijo, la politización de estas situaciones, al menos en Estados Unidos, surgió en la década del setenta, impulsada por las lesbianas que requerían protección de los hijos que habían tenido con sus parejas heterosexuales previas. El activismo avanzó notablemente en la visibilización y protección de estas circunstancias y, en general, el razonamiento judicial mayoritario comenzó a considerar que la (homo)sexualidad no debía ser considerada per se una dimensión significativa cuando se decide el régimen de guarda-tenencia por parte de gays y lesbianas.

De todos modos, aún existen decisiones judiciales que aluden a la orientación sexual de los progenitores como argumento para limitar los derechos de guarda-tenencia. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Mississippi, en el año 2001, consideró que la bisexualidad de una madre era causa suficiente

⁷⁴ Un análisis detallado de estas tres formas se puede consultar en Amy D. Ronner, *Homophobia and the Law*, American Psychological Association, Washington D.C., 2005, pp. 81-89.

para darle la custodia al padre; y la Corte Suprema de Alabama denegó la custodia a una madre lesbiana. En Europa es importante el caso Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal: el derecho a la guarda-tenencia de un hijo biológico le es denegado a un padre gay como una forma de defender la familia tradicional. La sentencia sostiene:

El niño debe vivir en un ambiente familiar, en una familia tradicional portuguesa, que no es ciertamente la situación a la que su padre ha decidido entrar, puesto que él está viviendo con otro hombre como si fueran hombre y esposa. No es nuestra tarea aquí determinar si la homosexualidad es o no una enfermedad o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos es una anomalía y los niños no deben crecer a las sombras de situaciones anormales [...].⁷⁵

Es importante destacar, sin embargo, que la Corte Europea sancionó a Portugal por este fallo. Sostuvo que la orientación sexual no podía ser considerada un factor determinante de la paternidad o maternidad responsable.⁷⁶

Algunos casos de guarda-tenencia de personas LGBTQ en Latinoamérica revelan distintas construcciones jurídicas, morales y científicas sobre parentalidad *queer* en particular y sobre la sexualidad en general. Si bien las disposiciones legales pueden dificultar o prohibir la adopción, no pueden impedir la reproducción biológica de las personas LGBTQ. Estos vínculos biológicos son inevitablemente legales, existen y tienen efectos jurídicos. Sin embargo, siguiendo la línea de que las personas LGBTQ no son buenos progenitores, se les limitan los derechos de ejercicio de la paternidad o maternidad.

A pesar de que los jueces deben elegir el “más apto” e “idóneo” para la guarda-tenencia de los menores, la identidad sexual ha dejado de ser un factor para tener en cuenta a la hora de tomar esa decisión. En Córdoba, Argentina, hubo un caso interesante en el año 2003.⁷⁷ En este caso se consideró que la condición sexual, per se, no podía constituir un factor determinante de la no idoneidad en la función parental; sostener lo contrario sería una muestra de discriminación “inaceptable en la actualidad”.

[...] Sin embargo no escapa a la suscripta que las razones, ocultadas en el escrito donde expone su petición, se fundan en la orientación sexual del progenitor y su conformación de una pareja homosexual con la cual convive, lo que se desprende de

⁷⁵ Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Corte Europea de Derechos Humanos, Sección Cuatro, 21 de marzo de 2000. Traducción del autor.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Juzgado de Familia, Córdoba L., S. F. y A., C. P., N° 4. 06/08/2003.

sus propias manifestaciones vertidas en oportunidad de la declaración testimonial de la Sra. F., obrante a fs. 112 vta. infra y que fuera señalado por la Sra. asesora de familia en su meduloso dictamen. [Esto se conecta con reproche velado a la homosexualidad como en el caso Colombia, p. 19.]

En este espinoso y difícil tema traído de manera tangencial a consideración, no puede dejar de señalarse la intolerancia y hostilidad que subyace en la sociedad frente a la elección en la orientación sexual de las personas distinta a la esperada, y que cuando se habla de homosexualidad no se señala una conducta o comportamiento humano, sino que la misma categorización pretende, peligrosamente, hacer de ello un “diagnóstico”; trasladando, equivocadamente, el eje de la discusión, al hecho de si ser homosexual es bueno o malo, si es beneficioso o perjudicial, cuando en realidad la preocupación del juzgador debe ser, cualquiera sea la orientación sexual de los progenitores, averiguar si éstos reúnen las condiciones necesarias para desempeñar y cumplir el rol parental adecuadamente y tratar de desentrañar qué es lo mejor para el hijo.

[...]

Por ello el análisis no puede ni debe centrarse en el comportamiento sexual “no convencional” del progenitor, ya que éste en manera alguna constituye per se un factor que marque la falta de idoneidad en la función parental, lo importante y trascendente cuando de guarda de hijos se trata es [...] investiga[r] si este progenitor o aquel progenitor, más allá de su condición sexual, es o puede ser un buen padre, lo contrario implicaría establecer meras especulaciones sin basamento, que se convertirían en una fuente de discriminación inaceptable en la actualidad. Por otro lado, las consecuencias psíquicas de ser hijo de un padre homosexual en la actualidad son, al menos, desconocidas, manejándose más conjeturas que verdades en dicho tema; sin embargo, no cabe la menor duda de que la tendencia generalizada en la sociedad, y en especial demostrada en estos autos por la progenitora, de ocultar, disfrazar la realidad, omitiendo en su demanda nombrar la homosexualidad paterna, tratándola de “peligro moral” para los menores, entraña una conducta descalificadora ab initio y sin fundamento, que sólo puede influir negativamente en sus hijos, quienes requieren para crecer un discurso claro y despejado de todo fundamentalismo, que les permita insertarse en una sociedad pluralista, inclusiva, comprensiva y sin discriminaciones.

Es en este marco que las pruebas aportadas en autos y ya analizadas demuestran a las claras que la guarda ejercida por el progenitor durante más de [cinco] años, ha sido beneficiosa para ellos, no encontrándose indicio alguno de que la conducta sexual del progenitor haya sido contraproducente o ponga en riesgo el pleno desarrollo de la prole, ni tampoco existe indicación alguna en los dictámenes obrantes en autos de que en el futuro la continuación de esta situación puede ser perjudicial para ellos.

Sin perjuicio de señalar que tampoco puede constituir un presupuesto nuevo a tener en cuenta para variar la tenencia, toda vez que la homosexualidad del progenitor, conforme ha reconocido la madre, era ampliamente conocida por ésta a la fecha

de entrega de la tenencia de los menores, considerando en dicha oportunidad que “ningún riesgo” corrían con el padre (fs. 182). Por lo dicho corresponde rechazar los argumentos esgrimidos por la progenitora para fundar su pretensión basados en “graves inconvenientes de índole moral”, “situación grave” y “peligro moral” relacionados, también, con la orientación sexual del progenitor.

En términos generales, a pesar de la existencia de casos aislados como éste, la heteronormatividad continúa atravesando el razonamiento judicial, colocando a las personas LGBTQ en una situación de sospecha respecto al ejercicio de sus derechos.

El interés superior de los menores: políticas de protección

Cuando la definición tradicional de la familia entra en crisis, la ansiedad moral se vuelca sobre las responsabilidades de los adultos hacia los niños.⁷⁸ El “bienestar de los menores” se transforma en una ventana política de intervención por parte del Estado que a veces se basa en situaciones de riesgo real —malos tratos, violencia o abandono—, y otras veces canaliza las fobias y prejuicios sociales del momento —hogares monoparentales o parejas interraciales—. En este dilema, riesgo real o fobia social, se ubica en la actualidad el reconocimiento de las personas LGBTQ en relación con los vínculos filiales.

¿Los menores criados en hogares *queer* han sufrido más daños o han corrido más riesgos que los criados en los hogares heterosexuales? Los casos judiciales responden a esta pregunta de dos maneras opuestas: la postura heteronormativa sostiene que los hogares *queer*, sean monoparentales o constituidos por parejas, traen consecuencias negativas para los menores. A pesar de ser un tema predominantemente moral y religioso, el debate sobre las consecuencias negativas para los menores se ha transformado, también, en un debate científico —este tema se analiza con más detalle en la última parte de este capítulo—: se da por sentada la ocurrencia de una serie de consecuencias psicológicas negativas por la ausencia de un modelo “normal de sexualidad”. Otro daño al que esta perspectiva alude es a que los menores educados en “hogares *queer*” serán discriminados por su entorno social y de este modo se verá afectado su normal desenvolvimiento. La visibilidad o exteriorización de la diversidad sexual es una dimensión significativa cuando se juzga su legalidad y legitimidad.⁷⁹

⁷⁸ Ver Jeffrey Weeks, *Same Sex Intimacies. Families of Choice and other Life Experiments*, Routledge, New York, 2001, p. 157.

⁷⁹ Las sociedades y el derecho son más proclives a aceptar las diversidades sexuales cuando éstas se mantienen en secreto o invisibilizadas. En gran parte, la distinción que por décadas ha sostenido la Iglesia católica entre la homosexualidad como una condición objetiva —intrínse-

Otra postura sostiene que no se puede afirmar que los hogares hetero y los hogares *queer*, per se, impliquen unas consecuencias u otras para los menores. De este modo, el “interés de los menores” no se opone a los derechos de las personas LGBTQ de ser padres o madres.

Juzgado de Letras Villarrica, Chile
Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo
29 de octubre de 2003

Problema jurídico

¿Configura la convivencia homosexual de la madre una violación al principio del interés superior del niño y una causal de inhabilidad para ejercer la patria potestad de las menores?

Hechos

En enero del año 2003, Ricardo Jaime López Allende presentó una demanda en contra de Jacqueline Karen Atala Riffo, de quien se encontraba separado de hecho desde el mes de mayo del año 2002. En la demanda, el actor reclama la tenencia de sus tres hijas menores. En su presentación, Jaime López Allende argumenta que la razón de la separación de su pareja y del reclamo de la tenencia de sus hijas obedece a la homosexualidad reconocida de Karen Atala, quien convive con su nueva pareja.

Decisión del juzgado

La demanda del progenitor es rechazada porque no existe causal legal alguna que inhabilite a Jacqueline Karen Atala Riffo para tener el cuidado personal de sus hijas menores.

Extractos

[...]

Que de acuerdo a lo previsto en el inciso 1° del artículo 225 del Código civil, encontrándose los padres separados de hecho, el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre y que para que esta regla pueda ser alterada es necesario un acuerdo de voluntad de los padres en los términos del inciso 2° del mismo artículo, lo que en

camente “desordenada” — y la homosexualidad como una opción, como una práctica, incidió en las construcciones sociales y legales heteronormativas que consideran que la amenaza se intensifica cuando la homosexualidad se vuelve opción e identidad. Esto adquiere relevancia porque, en el discurso dominante, la homosexualidad no parece reprochable si permanece en la esfera privada del individuo, pero si la conducta se vuelve visible, en el momento en que se expresa socialmente se hace reprobable. En esta expresión pública, el formar parejas es, para algunos, una forma de exteriorización en la que la identidad sexual es voluntaria y por ende más reprochable.

caso de autos no ha ocurrido, o una resolución judicial que confiera el cuidado personal de los hijos al padre cuando concurran las causales que la ley ha establecido para privar a la madre del cuidado personal de los hijos.

[...]

Que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 225 del Código civil, la ley presume la idoneidad de toda madre por lo que la prueba de la inhabilidad le corresponde al actor. En consecuencia, para privar a la madre de la tuición de las menores deberá acreditarse la inhabilidad a que se refieren los artículos 225 o 226 del Código civil en relación con el artículo 42 de la ley 16618.

[...]

Que, en relación a la inhabilidad de la madre de las menores de autos se rindieron las siguientes pruebas: informe de terapia de la demandada [...]; informe médico [...]; informe social [...]; carta del representante de la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud [...]; informe de evaluación psicológica de la demandada [del] servicio médico legal [...]; e informe psicológico [...]. Que, con estas pruebas se dan por establecidos los siguientes hechos:

1. La orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable.
2. La demandada no presenta ninguna patología psiquiátrica que le impida ejercer su rol de madre.
3. De acuerdo al informe social de la demandada, no existen indicadores que permitan presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores en relación con el artículo 42 de la ley 16618.
4. La homosexualidad no está considerada como una conducta patológica.
5. La demandada no presenta ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno.

[...]

En relación con el buen o mal ejemplo o el peligro para la moralidad, se concuerda plenamente con el criterio establecido en fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de fecha 27 de julio de 1993 (RDJ, tomo XC, secc. II, pág. 102) en cuanto señala que

[...] el buen o mal ejemplo para el menor o el peligro para la moralidad de éste no depende de la circunstancia de encontrarse sus progenitores unidos o no por vínculos matrimoniales, sino de los atributos, cualidades o defectos que posean por su calidad de personas, por su desempeño en el medio ambiente que los rodea, sus costumbres, su trabajo y por el respeto, la armonía y la preocupación constante por

los integrantes del grupo que se cobija bajo su mismo techo, todo lo cual sí influirá decisivamente en la vida de un menor.

Teniendo presente que los parámetros establecidos en el fallo cuyo segmento se transcribió, y analizada la prueba rendida en estos autos y particularmente aquélla expuesta detalladamente [...] en relación con el lesbianismo de la madre y la presencia de su conviviente en la casa en que vivían con las menores, no se encuentran antecedentes para estimar la existencia de malos ejemplos o peligro para la moralidad de las menores.

[...]

Que, habiéndose también fundado la demanda de autos en el interés superior de las menores, corresponde a esta sentenciadora pronunciarse sobre este punto. En forma previa es necesario precisar que este interés superior del niño no es un derecho por sí solo y que tampoco se trata de una norma para aplicar en forma directa, sino que, más bien, es un principio que orienta, conduce, determina, fundamenta y limita la actuación de la sociedad respecto de los niños y que se debe manifestar en todos los ámbitos. En materia jurisdiccional se trata de un principio especial que sirve para lograr una interpretación armónica que tenga como fin la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables, según lo expone la Jueza de Menores de San Bernardo, doña Alba Llanos Melussa, en su artículo “Interés Superior del Niño”, publicado en el Boletín N° 3 de la *Revista del Instituto de Estudios Judiciales*. En el mismo artículo expone que para determinar el sentido y alcance de la expresión “Interés Superior del Niño” es preciso tener en cuenta que el término “Interés” alude a un provecho, utilidad, ganancia, porque es el valor que en sí tiene una cosa; y en cambio, el significante “Superior” se refiere a lo que está más alto y en lugar preeminente respecto de otra cosa, aquello más digno respecto de otras cosas de menor aprecio y bondad.

Teniendo presente lo anterior, es posible concluir que el principio del interés superior del niño cobra aplicación específicamente frente a una colisión de derechos cuyo ejercicio simultáneo resulta incompatible. Así es posible afirmar que el derecho a la vida, a la integridad física o psíquica, a no ser separado de sus padres, a la identidad, a la no discriminación, son por esencia derechos de la más alta jerarquía que deben protegerse y privilegiarse cuando entren en conflicto con otros de menor jerarquía. Sin embargo, como se ha advertido, no se ha acreditado que la madre de las menores haya puesto en peligro el respeto de los referidos derechos de las menores, por lo que, en concepto de esta sentenciadora, el principio del interés superior del niño no ha sido vulnerado.

[...]

Que entre los fundamentos de la demandada para solicitar el rechazo de la demanda se alegó la discriminación que significaría el validar el concepto de familia reducido

a la unión entre un hombre y una mujer. Nuestra legislación no proporciona un concepto de familia y la Constitución Política de la República se limita a señalar que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

En oficio [...] de la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, doña Cecilia Pérez Díaz, en el cual se acompaña una copia del informe de la Comisión Nacional de la Familia, se señala que dicha comisión reunió a personas de todos los sectores, ideologías y credos y consensuó una definición amplia, dinámica, integradora, respetuosa de las relaciones personales, reconociendo a “la familia como un grupo social unido entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza incluyendo las uniones de hecho cuando son estables”. De esta manera, señala el informe, reconoce una relación más allá de los vínculos de consanguinidad o afinidad, considerando la alianza de afectos como centro de la noción de familia.

Que el concepto de familia recién transcrito, en opinión de esta sentenciadora, se estima apropiado por el hecho de haber sido elaborado en base a una investigación de la realidad de nuestro país, dicho concepto es lo suficientemente amplio para comprender en él las distintas realidades que se dan en nuestra sociedad, teniendo siempre presente que el concepto de familia se encuentra en constante evolución y que es esencialmente relativo ya que variará según la época y el lugar que sea factor de análisis. Que en consecuencia, al tenor de lo expuesto, se estima que no es posible descartar a priori que uniones de hecho, diversas a las originadas en el matrimonio, puedan constituir un grupo familiar.

Corte Suprema de Chile

Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo

31 de mayo de 2004

Problema jurídico

¿Incurrieron los Ministros y la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco en alguna falta o abuso grave al depositar en su madre, Jacqueline Karen Atala Riffo, el cuidado de sus tres hijas menores? ¿Provocaron daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social? ¿Era obligación de estas autoridades presuponer y prever unas consecuencias perniciosas por el hecho de que la crianza de las menores la asumiera una pareja homosexual?

Hechos

En enero del año 2003, Ricardo Jaime López Allende presentó una demanda en contra de Jacqueline Karen Atala Riffo, de quien se encontraba separado de hecho desde el mes de mayo del año 2002. El 29 de octubre del año 2003, el Juzgado de Letras de Villarrica (Chile) resolvió la demanda otorgando la tenencia de las menores

a Karen Atala. El fallo fue apelado por el actor y ratificado en segunda instancia por la Corte de Apelaciones de Temuco, en marzo del 2004. La resolución de la Corte de Apelaciones estableció que los elementos probatorios aportados por el actor no alteraban las conclusiones de la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Villarrica, y confirmó la sentencia.

Decisión de la Corte

El voto de la mayoría acoge el recurso de queja e invalida tanto la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco como el fallo de primer grado del año 2003, y concede a Jaime López Allende la custodia de sus hijas menores Matilde, Victoria y Regina López Atala, dando lugar a la demanda de lo principal.

Extractos

[...]

Que entre [l]as disposiciones que tratan “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, los incisos primeros de los artículos 224 y 225 versan sobre el “cuidado personal de la crianza y educación de los hijos”, el que radican de consuno en los dos padres o únicamente en la madre, si ellos viven separados, estableciendo en ambos casos lo que se denomina un derecho-deber para los progenitores, tal como lo reconoce expresamente el artículo 236 del mismo Título al referirse a la educación de los hijos;

[...]

Que, en efecto, la tuición que ellos pueden ejercer en conjunto o únicamente la madre, en caso de separación, no sólo importa el ejercicio de facultades, como las señaladas en el artículo 234 del mismo Código civil o la de “escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”, que contempla el inciso cuarto del N° 11 del artículo 19 de la Constitución Política, sino especialmente obligaciones y responsabilidades para quienes tienen a su cargo el cuidado personal de los hijos;

[...]

Que el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del artículo 222 del mismo Código civil al declarar que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo [...]” y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3° y 9° de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres;

[...]

Que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador al establecer, en el inciso segundo del artículo 242 del Código citado, que “en todo caso, para adoptar sus resoluciones, el juez atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo [...]”;

[...]

Que la mencionada regla del inciso primero del artículo 225 del Código civil, que previene que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos toca a la madre, no es una norma absoluta y definitiva. El inciso segundo del mismo artículo prescribe que,

[...] no obstante, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre.

Y su inciso tercero dispone que “en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal a otro de los padres” [...].

[...]

Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como en el cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja.

[...]

Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual,

como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas.

[...]

Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendidas sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas.

[...]

Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación [pondrá] a las menores López Atala [en] un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal.

[...]

Que las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código civil autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia [...].

[...]

Que al no haberlo estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, han incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja; [...]

Voto en contra de los ministros [...] José Benquis C. y Orlando Álvarez

[...]

Que, al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquélla de ejercer su derecho de

madre, ya que desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como jueza, cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad. En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad —como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas— involucra imponer tanto a aquéllas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria.

[...]

Que, en síntesis, de lo reflexionado —a lo que cabe añadir que en este tipo de materias los jueces tienen la facultad de apreciar la prueba en conciencia— corresponde concluir que, en opinión de estos disidentes, los jueces recurridos al dictar sentencia confirmando el fallo de primera instancia que entregaba la tuición de sus hijas a la madre no sólo no han cometido ninguna falta o abuso grave, que los haga merecedores de ser castigados disciplinariamente, sino que por el contrario han dado correcta aplicación a la normativa vigente.

Cuestiones a debatir

Como lo analiza el capítulo “Salud” de este libro, si bien desde otra perspectiva, el interés superior de los menores constituye una de esas fórmulas abstractas que busca ser presentada de manera neutral. Una decisión basada en el interés del menor tiene una legitimidad que parece difícil de contradecir. Sin embargo, es una fórmula que puede ser interpretada de formas diversas e, inclusive, antagónicas. Sin negar la existencia de situaciones contrarias al interés de los menores, como por ejemplo la violencia en sus diversas manifestaciones, lo que los perjudica o beneficia es objeto de un debate no exento de concepciones morales y religiosas. Las parejas interraciales y las familias monoparentales, en su momento, eran vistas como algo perjudicial para los menores, y así justificaban el que durante mucho tiempo tuvieran un estatus legal menos privilegiado.

Entre las diversas normativas jurídicas objeto de análisis se destacan dos artículos del Código civil chileno que regulan el tema de la guarda-tenencia de los hijos. El artículo 225, por un lado, sostiene que “si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos [...] En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres [...]”. Por otro lado el artículo 226 afirma que “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes [...]”. Con estos presupuestos normativos,

más un amplio espectro interpretativo sobre la habilidad y la moralidad de la madre lesbiana, la Corte Suprema de Chile cierra este caso.

Preguntas

Analice cómo en las distintas instancias se proponen interpretaciones diferentes sobre el interés de los menores en relación con la parentalidad *queer*. En particular:

1. ¿Qué alcance tiene el principio del “interés superior del niño” cuando se utiliza para negarle a las personas LGBTQ la guarda-tenencia?
2. ¿Cómo interpretar ese principio de manera que no resulte contrario a la guarda-tenencia de los niños por parte de personas LGBTQ?
3. ¿Qué consecuencias prácticas se derivan de una y otra interpretación?

III. LA INFORMACIÓN CIENTÍFICA COMO DISCURSO LEGAL

Aunque el debate sobre los derechos de las personas LGBTQ tiene fuertes componentes legales, morales y religiosos, con frecuencia es presentado como un debate científico. Cuando la discusión es sobre la regulación legal de las sexualidades, es común encontrar información científica que legitima posturas divergentes sobre las personas LGBTQ y los vínculos familiares. Y cuando en particular se disputan los derechos de las personas y de las parejas LGBTQ como padres y madres, los argumentos se apoyan en investigaciones e informes científicos que jueces y legisladores sopesan de manera diferenciada. A pesar de que estas pruebas tienen la pretensión de ser objetivas y racionales —supuestamente lo que es propio del conocimiento científico—, los datos científicos que se presentan, al menos cuando se trata de la sexualidad, no están completamente exentos de las concepciones morales y religiosas que caracterizan su contexto de producción.

El recurrir a información científica ha sido una constante del movimiento por la diversidad sexual, y también ha sido utilizada como una herramienta política para confrontar las principales concepciones culturales y legales que se oponen a la homosexualidad. Aceptando la importancia estratégica del discurso científico, es necesario también señalar los riesgos que ese uso supone. Foucault, por ejemplo, utiliza el concepto de “discurso inverso” para indicar la tendencia a demandar la legitimidad de la diversidad sexual utilizando las mismas categorías, en este caso científicas, que se usan para dominar y margi-

nar.⁸⁰ Una consecuencia de esta situación —no buscada, obviamente— es el reforzamiento de las categorías que se utilizan para dominar. El uso de datos científicos implica el riesgo de reforzar definiciones esencialistas de la identidad, lo que para un sector del movimiento por la diversidad sexual —los que tienen que ver con la teoría *queer*— es precisamente lo que fortalece la heteronormatividad como sistema de dominación. La legitimación de las personas LGBTQ como sujetos de derechos obedece, en gran medida, a su articulación como “sujetos” médica y psicológicamente normales, proceso que si bien puede contribuir al reconocimiento de algunos derechos de ciertos sectores —si la normalidad se demuestra, la denegación de derechos se revela como claramente discriminatoria—, implica el riesgo de reforzar la exclusión de otros sectores y despolitizar las sexualidades disidentes como alternativa de cambio social.

Más allá del complejo rol que el conocimiento científico tiene respecto a la sexualidad, para el activismo es un mecanismo importante de legitimación de la diversidad sexual y contribuye al logro de la sanción y aplicación de los derechos sexuales. En relación con los “hogares *queer*”, distintas investigaciones demuestran la habilidad de las personas y de las parejas LGBTQ para desarrollarse como padres y madres, y varias otras refutan los principales argumentos que sostienen que la presencia de personas y parejas LGBTQ es perjudicial para los menores.⁸¹ Se afirma, por ejemplo, que no se puede concluir que los menores criados en “hogares homosexuales” tengan más problemas de identidad y de identificación sexual que los criados en “hogares heterosexuales”. Tampoco se puede afirmar que estos menores presenten secuelas psicológicas o problemas de comportamiento por haber sido criados por parejas del mismo sexo. Tampoco tienen problemas en sus relaciones sociales —estigmatización por parte de su entorno—, y las relaciones con sus mayores y con sus pares son normales. Tanto la American Psychological Association⁸² como la American Medical Association,⁸³ por ejemplo, apoyan sin reparo alguno la adopción y la paternidad por parte de parejas del mismo sexo.

⁸⁰ Michel Foucault, *The History of Sexuality: An Introduction*, Vol. 1, Vintage Books, New York, 1990, p. 101. *Historia de la sexualidad*, Siglo XXI, México, 1991.

⁸¹ Ver el informe de Leslie Cooper y Paul Cates, *Too High a Price: The Case against Restricting Gay Parenting*, American Civil Liberties Union, New York, 2006.

⁸² La American Psychological Association publicó *Lesbian and Gay Parenting: A Resource for Psychologists*, que presenta una revisión de diversos estudios empíricos y se concluye que no se había encontrado ningún estudio que probara que los hijos de homosexuales y lesbianas estuvieran en desventaja respecto de los hijos de padres heterosexuales. Ver American Psychological Association, *Lesbian and Gay Parenting: A Resource for Psychologists*, Washington, D.C., 1995. Disponible en <http://www.apa.org/pi/parent.html>.

⁸³ Se puede consultar también “Policy Regarding Sexual Orientation”, de la American Medical Association. Disponible en <http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/14754.html>.

El uso estratégico de investigaciones científicas a favor de los derechos de las personas y parejas LGBTQ ha hecho que los sectores que se oponen a estos derechos incrementen la producción de argumentos científicos. Así, una vez que la información sobre la inexistencia de diferencias sustanciales entre los menores criados en hogares homosexuales y heterosexuales comenzó a circular, los sectores conservadores, marcados por cosmovisiones religiosas, comenzaron a priorizar los discursos científicos. Un fenómeno que se puede definir como secularismo estratégico⁸⁴ es el que ha surgido en ciertos sectores religiosos que, cada vez con mayor frecuencia, articulan discursos científicos como una manera de oponerse a los derechos sexuales y reproductivos. La defensa de un modelo único y tradicional de familia no se lleva a cabo sólo mediante argumentaciones morales y religiosas, sino también con información y datos científicos.

En lo político, esta información se usa para probar la existencia de daños a los menores e impedir así que los Estados reconozcan derechos de adopción a los “hogares homosexuales”. Un tipo usual de intervención es criticar la información que provee el movimiento por la diversidad sexual: se suelen señalar errores metodológicos como el tamaño de la muestra, la falta de aleatoriedad, la manipulación de los datos o el inadecuado uso de grupos de control.⁸⁵ También presentan datos e investigaciones que sostienen la existencia de daños concretos en los hijos de hogares homosexuales.⁸⁶ Este tipo de investigaciones sigue la línea de los estudios realizados en hogares monoparentales. Otros estudios, por su parte, hacen énfasis en la inestabilidad y en las altas tasas de divorcio entre las parejas homosexuales. Uno de éstos, citado frecuentemente, sostiene que las parejas gay tienen un 50% más de probabilidades de divorciarse que las parejas heterosexuales, y que ese mismo porcentaje en las parejas de lesbianas es un

⁸⁴ Ver Juan Marco Vaggione, “Nuevas formas del activismo religioso. La Iglesia católica frente al reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo”, *op. cit.*

⁸⁵ Se afirma, así, que “no ha habido ni un solo estudio suficientemente amplio y bien realizado del que se puedan sacar conclusiones, por lo que en ningún caso se puede afirmar, como se hace en estos días, que los estudios científicos avalan la adopción por personas del mismo sexo”. Ver Mónica Fontana, Patricia Martínez y Paulo Romeu, http://www.hazteoir.org/tienda_virtual/index.php?cPath=25, Hazteoir.org, 2005. Disponible en <http://www.hazteoir.org/documentos/noesigual3.pdf>. También se puede consultar el artículo de Tim Dailey, “Gay Parenting Places Children at Risk”, en el que se afirma que los estudios a favor de la adopción *queer* están llenos de errores metodológicos y de diseño que llevan a conclusiones erróneas, en Kate Burns, ed., *Gay and Lesbian Families*, Greenhaven Press, San Diego, 2005.

⁸⁶ Un ejemplo notorio fue el testimonio del psiquiatra Aquilino Polaino sobre las consecuencias de la adopción de menores por parte de parejas homosexuales ante el senado en España cuando se discutió la reforma del derecho de familia que legalizaría el matrimonio entre parejas del mismo sexo (el testimonio se encuentra disponible en http://www.hazteoir.org/documentos/Aquilino_Polaino_en_el_Senado.pdf).

167% más alto.⁸⁷ Otro argumento común consiste en afirmar que los gays y las lesbianas son más propensos que los heterosexuales a las enfermedades mentales, y que por ello no se debe permitir la adopción a parejas del mismo sexo.⁸⁸

A. PROBLEMA: LAS PRUEBAS, POLÍTICA DE LOS DATOS

¿Qué tipos de informes y de pruebas científicas se presentan para demandar el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTQ como progenitores? ¿Cómo evalúan los magistrados este tipo de pruebas? Estas preguntas apuntan a una dimensión importante en la discusión de los derechos sexuales y reproductivos. Como se dijo antes, el pensamiento heteronormativo crea en gran medida la necesidad de que los mismos sectores excluidos de los derechos se vean obligados a “probar” la injusticia de la exclusión. De este modo, en los casos judiciales en los que se debate la parentalidad *queer*, las investigaciones científicas sobre el supuesto riesgo que corren los menores en los hogares de esta índole juegan un papel importante.

La existencia de pruebas científicas hace parte del razonamiento judicial, y el juez conserva para sí el poder de decidir qué tipo de conocimiento es útil en cada caso. Así, el poder Judicial tiene un poder importante de evaluación del conocimiento científico, y al otorgarle o negarle validez oficial se convierte también en un “productor de conocimiento”.⁸⁹ El poder Judicial no es un agente pasivo que evalúa las pruebas que las partes le presentan y decide sobre su “legitimidad” y “veracidad”, sino que además “decide qué es buena ciencia, qué es creíble, válido y valioso de ser considerado cuando se toma una decisión”.⁹⁰

Cuando se trata de los derechos sexuales y reproductivos en particular, insistir en la neutralidad valorativa parece sociológicamente imposible. Como lo demuestran diversas investigaciones, la religiosidad de legisladores y jueces es una dimensión central que permite predecir la postura favorable o contraria de cara a estos derechos.⁹¹ Por ello es difícil pretender que los jueces decidan

⁸⁷ Maggie Gallagher y Joshua Baker, “Demand for Same-Sex Marriage: Evidence from the United States, Canada and Europe”, *iMAPP Policy Brief*, Institute for Marriage and Public Policy, vol. 3, N° 1, 26 de abril de 2006.

⁸⁸ George Rekers y Mark Kilgus, “Studies of Homosexual Parenting: A Critical Review”, *Regent University Law Review*, vol. 14, p. 342.

⁸⁹ Sheila Jasanoff, *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1995.

⁹⁰ Kimberly Dawn Richman, “Judicial Decision Making in Custody Cases Involving Gay and Lesbian Parents, 1952-1999: A Study of Indeterminacy in Legal Rationales and Outcomes”, ganadora del Levine Award a la mejor tesis doctoral 2000. Traducción del autor.

⁹¹ Ver Juan Marco Vaggione, “Dios y la ley. Las influencias religiosas en el derecho”, *op. cit.*

la relevancia legal de las evidencias científicas al margen de sus posturas éticas y religiosas. La decisión sobre la relevancia de los testimonios de los expertos y de la evidencia científica no es neutral, y “los desacuerdos entre los profesionales y las dinámicas de poder, por ejemplo, dimensionan lo que es sostenido o institucionalizado como conocimiento científico”.⁹²

A continuación, con el propósito de discutir la forma en que la prueba científica es incorporada y evaluada en el proceso judicial, se presentan dos instrumentos legales que hacen parte del caso Atala. En primer lugar, se incluyen extractos de la sentencia del Tribunal de Villarrica, en los que se evalúan los distintos informes que apuntan en dirección al reconocimiento de derechos de las personas LGBTQ. En segundo lugar, se incluye una sección de un *Amicus Curiae* presentado por la Corporación Opción de Chile a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en apoyo a la denuncia presentada por la señora Atala y sus hijas contra el Estado de Chile ante dicha Comisión. El mismo Amicus define a la Corporación Opción de Chile como

[...] una institución privada sin fines de lucro, constituida en Santiago de Chile en 1990, con la finalidad de proteger los derechos de los niños y niñas en el territorio nacional, y de colaborar en la plena implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la “Convención”) en el país.⁹³

Juzgado de Letras Villarrica, Chile
Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo
29 de octubre de 2003

Problema jurídico

¿Cómo deben evaluar los tribunales los estudios científicos acerca de la paternidad no heterosexual?

Decisión del juzgado

Tras analizar en conciencia la prueba rendida, el Juzgado de Letras Villarrica decide que no existe ninguna causal legal que inhabilite a Jacqueline Karen Atala Riffo para tener el cuidado personal de sus hijas menores. En consecuencia, el Juzgado rechaza la demanda del progenitor.

⁹² Kenneth R. Foster y Peter W. Huber, *Judging Science: Scientific Knowledge and the Federal Courts*, The MIT Press, Cambridge, 1999.

⁹³ Actualmente la Corporación Opción ejecuta proyectos de atención directa a niños y niñas en cinco de las trece regiones del país. Desde el mes de julio del año 2004, la Corporación Opción tiene estatus consultivo especial en el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

Extractos

[...]

Ahora bien, específicamente en relación con la circunstancia de mantener la madre de las menores una convivencia con su pareja mujer en la casa en que la demandada vivía con sus hijas, se rindieron las siguientes pruebas:

Informe psicológico de las menores [...], el cual en general observa en las menores confusión de roles sexuales y dificultades en la definición de los estereotipos sexuales adultos, en este informe no se señala si sería una consecuencia directa de la presencia de la pareja de la demandada en la casa.

Informes psicológicos de las menores de fojas 68 y siguientes. Respecto de Regina señala que “se observa confusión en la percepción de los roles sexuales de sus figuras parentales, por cuanto esos roles tienden a ser percibidos de manera invertida, al atribuirle a la figura paterna características más femeninas y a su figura materna más de tipo masculino”, situación que tampoco se atribuye a la presencia de la pareja de la madre en la casa. Con relación a Victoria expresa que “se observa un desarrollo e inquietudes acorde a su desarrollo psicosexual, sin presentar confusiones de roles respecto de sus figuras parentales”. En el caso de Matilde señala que “se observa preocupación por el tema de su sexualidad y confusión en términos de la identidad sexual materna, observándose temor a la relación de pareja de su madre, ya que ella ahí percibe desacuerdos y problemas entre su madre y su padre”. Este informe tampoco señala como causal de la confusión de roles sexuales de Regina y Matilde la presencia de la pareja de la madre en la casa, y en el caso de Matilde el temor a la relación de pareja de la madre se atribuye a los desacuerdos y problemas que la menor percibe entre su madre y su padre.

En [los] informes psicológicos de Victoria y Matilde [...] nada se señala respecto de confusión de roles sexuales, en ambos casos “se sugiere que las niñas sean vistas constantemente por el padre, ya que éste les muestra la opción heterosexual, lo que les brinda acceso a la definición de roles socialmente esperados”.

Informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, [...] en donde la directora de dicho departamento concluye que, basándose en las investigaciones realizadas en otros países, es posible afirmar que, en general, los niños de familias no heterosexuales serán bien atendidos y tenderán a las relaciones heterosexuales.

Informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile [...], el cual en sus conclusiones señala que en los últimos 30 años se han desarrollado una gran cantidad de investigaciones sobre el impacto [que puede ocasionar] en los niños y niñas [el] vivir con parejas homosexuales, [y] los resultados han sido concluyentes en términos de demostrar que los niños y niñas que viven con parejas homosexuales o lesbianas no presentan diferencias con los niños y niñas que viven con parejas heterosexuales. Agrega que los estudios que se han realizado en parejas homosexuales señalan que éstas tienen una relación de afecto y respeto hacia sus hijos, suelen

implementar modelos de crianza democráticos y valores de respeto a los demás y tolerancia. Señala que por lo anterior se considera que las niñas y niños que viven con parejas lesbianas no presentarán diferencias significativas para su desarrollo con los niños y niñas que viven con parejas heterosexuales.

El informe señala que las evidencias son taxativas en señalar que la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida, entre ellas su opción sexual, no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres.

En [los] informes psicológicos de la demandada y del demandante [...] se concluye que “el escenario en que dos personas del mismo sexo críen a un hijo no tiene impedimentos per se desde el punto de vista psicológico y así lo demuestran la gran mayoría de los estudios”.

Informe psicológico de fojas 406 y siguientes el cual señala que teniendo en consideración lo valórico y subjetivo del concepto de “moral” o “inmoral”, se aprecia en definitiva que

[...] la manifestación o exteriorización del comportamiento lésbico con todo lo que conlleva, produjo de forma directa e inmediata en las menores una confusión en la identificación de roles sexuales, que interfiere o puede interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida.

Al respecto, es necesario tener presente que según se señala en el informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, [...] en nuestro país no se han realizado estudios tendientes a determinar las consecuencias de vivir con parejas homosexuales en los niños. Ahora, si bien la perito concluye que la confusión en los roles sexuales de las menores que ella detecta, interfiere o puede interferir posteriormente en el desarrollo de la identidad sexual de las menores, tal conclusión se encuentra en contradicción con las otras pruebas que se analizan en este considerando, incluyendo las investigaciones internacionales ya relacionadas, varias de ellas incluidas en informes del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile y de la Facultad de Educación de la Universidad Católica de Chile, las cuales son concluyentes en señalar que la identidad sexual de los padres no tiene un impacto directo en la de los hijos e hijas.

La conclusión de la perito también se encuentra en contradicción con [el] informe psicológico elaborado por el Servicio Médico Legal [...], el cual entre sus conclusiones no señala la confusión o alteración de roles sexuales en ninguna de las menores, informe al cual esta sentenciadora atribuye mayor valor considerando la especialidad del organismo del cual emana en este tipo de informes y los demás del proceso.

En consecuencia, de acuerdo a la prueba analizada en este considerando, este tribunal ha adquirido la convicción de que la presencia de la pareja de la madre en la

casa en que vivieron las menores con su madre no configura causal de inhabilidad para ejercer el cuidado personal de sus hijas. Por su parte, tampoco se ha acreditado la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar.

[...]

Que, con relación a la causal de inhabilidad consistente en cualesquiera otras causas que coloquen al menor en peligro moral o material, la Corte Suprema en fallo 2 de octubre de 1978 (RDJ, tomo LXXXV, secc. 1, pág. 453) señaló que

[...] peligro material equivale al riesgo físico en que puede encontrarse un menor, como la falta de alimentación, desarrollo en ambiente tóxico u otro que afecte su integridad corporal. El peligro moral dice en relación con el riesgo que puede afectar su comportamiento con sus semejantes y consigo mismo, peligro de su desarrollo conductual, vivir en ambientes antisociales.

En lo que [hace] relación [al] peligro material, la parte demandante manifiesta en su demanda su temor en el plano de las enfermedades, atribuyendo a las prácticas sexuales lésbicas el estar expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes, y también expone su preocupación por el Sida. Específicamente en cuanto a las enfermedades de transmisión sexual se rindieron las siguientes pruebas: [...] certificados médicos emitidos por el doctor Rodolfo Espinoza en que se señala especialidad en Ginecología y Obstetricia, respecto de doña Jacqueline Karen Atala Riffo y de doña Emma de Ramón Acevedo, en los cuales se señala que no hay evidencia de lesiones, ni de enfermedades de transmisión sexual, incluyendo herpes, y copias de exámenes de VIH de doña Jacqueline Karen Atala Riffo y doña Emma de Ramón Acevedo, ambos con resultado negativo, documentos que no fueron objetados.

Oficio del Director del Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, [...] en el cual se informa que en términos generales, no existiría riesgo de transmisión de enfermedades de transmisión sexual a las menores.

Informe del Director del Servicio de Salud Araucanía Sur [...], en el que se señala que:

- 1) No existe posibilidad alguna de riesgo de transmisión a terceros de pacientes con infección de virus herpes 2 (genital), salvo por contacto directo, es decir, en las relaciones sexuales donde uno de los integrantes de la pareja se encuentra infectada, aunque no evidencie lesiones.
- 2) La condilomatosis genital también es una infección de transmisión sexual que requiere del contacto directo, y a diferencia de la anterior, el período de incubación es mucho más largo (años). El informe, evacuado a petición del demandante, agrega que en ambas infecciones de transmisión sexual no hay estudios que demuestren

una mayor incidencia ni prevalencia respecto a las mujeres lesbianas; la mayor incidencia se ve en hombres que tienen sexo con hombres, y luego en las relaciones heterosexuales. Concluye el informe que el contagio es por relaciones sexuales, sin haber riesgo de transmisión a los contactos ajenos al trato sexual. En consecuencia, en concepto de esta sentenciadora, se encuentra acreditado, en virtud de estos informes, que no existe riesgo de transmisión de enfermedades sexuales a las menores por parte de su madre y su pareja, por lo que se tendrá por no probada la existencia de peligro material para las menores.

[...]

En este punto específico del peligro para la moral de las menores es importante, además, tener presente que según da cuenta [el] informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, [...] existe consenso en organizaciones científicas e investigadores en general en cuanto a considerar que la homosexualidad es una forma normal de la sexualidad humana, agregando que tanto el comportamiento homosexual como heterosexual son ambos aspectos normales de la sexualidad humana; ello nos lleva necesariamente a concluir que la orientación sexual de la madre no constituye un peligro para la moralidad de las menores, porque, según ya se señaló, siendo una condición o forma normal de la sexualidad humana no es susceptible de un juicio ético o moral, sino que sólo puede ser considerada como una condición física de una persona, no susceptible por sí sola de un juicio de valor.

[...]

Que [en] el documento [...] consistente en [una] monografía titulada “¿Existen consecuencias sociales para los menores que viven con homosexuales en Chile?” se concluye que las consecuencias sociales para menores que viven con homosexuales en Chile son: 1) Modelos de crianza confusos que afectan el desarrollo de la personalidad, pueden influir en el derecho a la autodeterminación sexual de las menores; 2) Estar sujetos a discriminaciones sociales que los menores no se han buscado, que no decidieron vivir, debido a la discriminación real que existe en nuestro país a los homosexuales; 3) Exponer a los menores, sobre todo a los que poseen padre y madre, vivos e interesados en su crianza, a una situación de constante estrés por temor a no ser desleal con alguno de los padres.

Que las referidas consecuencias a que alude el informe se encuentran en contradicción con las demás pruebas del proceso [...]. En efecto, las investigaciones que allí se analizaron están contestes en que la identidad sexual de los padres no tiene un impacto directo en la de los hijos o hijas; que en cuanto a la discriminación debe tenerse presente lo ya analizado [...]; y en cuanto a la circunstancia de exponer a las menores al estrés a que se refiere el informe, a juicio de este tribunal, y tomando en consideración los diversos informes acompañados al proceso, ello dependerá de la conducta que adopten los padres en orden a ejercer responsablemente su parentalidad, evitando las descalificaciones, la inculcación maliciosa respecto del

otro cónyuge y favoreciendo la óptima relación de las menores con su padre o madre respectivamente.

Por otro lado, debe señalarse que la gran mayoría de las fuentes bibliográficas indicadas en la monografía en análisis están constituidas por direcciones de páginas web, sin señalar el organismo del cual emanan, autores, épocas en que se realizó y en definitiva, sin que se pueda determinar el carácter científico de la fuente con la sola lectura del documento. Además, una buena parte de las fuentes bibliográficas dicen relación con postulados de la Iglesia católica, a los cuales es posible reconocer pleno valor, pero sólo en su carácter de normas morales y no jurídicas, y limitadas a las personas que profesan dicha religión. Es necesario, además, tener presente que según consta, [por] declaración prestada ante este tribunal por la autora de la monografía doña Edith Retamal Arévalo, [ésta] fue remunerada por el demandante para la actualización de la monografía, por lo que teniendo presente las facultades que dispone este tribunal en cuanto a la valoración de la prueba y además de las consideraciones antes expuestas, no se le atribuirá valor probatorio a sus conclusiones.

Corporación Opción (Chile)

AMICUS CURIAE⁹⁴

Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso Karen Atala Riffo e hijas contra el Estado de Chile

Consuelo Contreras Largo, en su calidad de Directora Ejecutiva de la Corporación Opción, con el patrocinio del abogado Julio Cortés Morales, jefe de la Unidad Jurídica de la Corporación Opción, presenta el siguiente escrito *Amicus Curiae* en el caso caratulado “Karen Atala Riffo e hijas contra el Estado de Chile”.

Apreciación de las pruebas

El que esta decisión resulta arbitraria e infundada, es algo [...] claro al tener en cuenta la apreciación de las pruebas que realiza la Cuarta Sala de la Corte Suprema. Se decía más arriba que en el contexto de una sociedad democrática que ha hecho del respeto a los derechos humanos un compromiso esencial, el interés superior del niño ya no es una invocación ritual que avale cualquier tipo de decisión de la autoridad, sino un principio cuya aplicación sería incluye, entre otras cosas, el recibir y tener en cuenta la opinión de los propios niños afectados por esta toma de decisión, y una ponderación profunda de los derechos involucrados, sus posibles incompatibilidades, y la eventual afectación de cada derecho según se adopte una u otra de las diferentes posibles soluciones.

⁹⁴ Presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 12 de noviembre de 2004. Caso 12.502-Chile.

De esta forma, las pruebas rendidas en el juicio de primera instancia constituyen elementos claves para poder apreciar qué es lo que, en aplicación del principio del interés superior, había resultado probado, en términos de opinión de las niñas, y vulneraciones efectivas o potenciales de derechos que las amenazaran al punto de exigir la modificación de la situación previa y/o la restricción de alguno de sus derechos.

La Corte tiene en consideración una gran cantidad de pericias psicológicas, a las que alude en su considerando décimo quinto:

[...] en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico.

No obstante, y dado que está fallando un recurso de queja, reprocha a los ministros que en segunda instancia confirmaron la sentencia de primera, por haber

[...] prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro.

Se mezclan acá dos cosas: la preferencia por una serie de especulaciones y suposiciones que no hacen sino esconder prejuicios, antes que por la evidencia técnica especializada y la opinión de las principales afectadas, y el tema de la legitimación de una situación de discriminación que se da a nivel social.

El carácter especulativo de los daños invocados resulta más claro en los párrafos siguientes,⁹⁵ ya citados, y que tal como se resaltó, están redactados en condicional, y con palabras que es más lo que especulan que lo que afirman. Bajo estas argumentaciones, en realidad, es fácil advertir que lo que se pretende es legitimar una serie de prejuicios relativos a la noción de familia, los efectos de la homosexualidad de los padres en los hijos, y la idea de “normalidad” en que los niños deben ser educados.

⁹⁵ Hace referencia a los considerandos decimosexto y decimoséptimo de la Sentencia de la Corte Suprema de Chile, 31 de mayo de 2004.

Cuestiones a debatir

Una dimensión central de los casos judiciales en los que se tratan los derechos de las personas LGBTQ es la probatoria, y esto es particularmente cierto en los casos en los que se discute la parentalidad *queer*. Bien sea en cuestiones de adopción, o de guarda-tenencia de menores, se debe probar que éstos no sufrirán daños al ser criados por personas o parejas LGBTQ. Este razonamiento refleja, de diversos modos, el peso del pensamiento heteronormativo: en asuntos filiatorios, la heterosexualidad se concibe como la normalidad, y entonces la carga de la prueba pesa sobre aquellos que se alejan de esa normalidad. Para el bienestar de los menores, la heterosexualidad se presume inocua, mientras que la homosexualidad tiene que demostrar, en los casos concretos, que no implica riesgos mayores. Así la sentencia favorable a la madre lesbiana le otorga un peso argumentativo central a los informes y pruebas científicas que confirman la inexistencia de riesgos diferenciados entre “hogares heterosexuales” y “hogares *queer*”.

Preguntas

1. ¿Qué concepciones subyacen en la necesidad de probar que los niños no sufrirán daños al ser criados por personas o parejas LGBTQ?
2. ¿Qué razones justifican en estos casos la inversión de la carga de la prueba?
3. ¿Cómo se explica que, en casos como éste, no siempre se le dé un mayor peso específico a las pruebas técnicas o científicas que demuestran que no hay diferencias entre crecer en un hogar homosexual y uno heterosexual, frente a argumentos de índole moral, de conveniencia, etcétera, que previenen contra la adopción de niños por personas LGBTQ?

