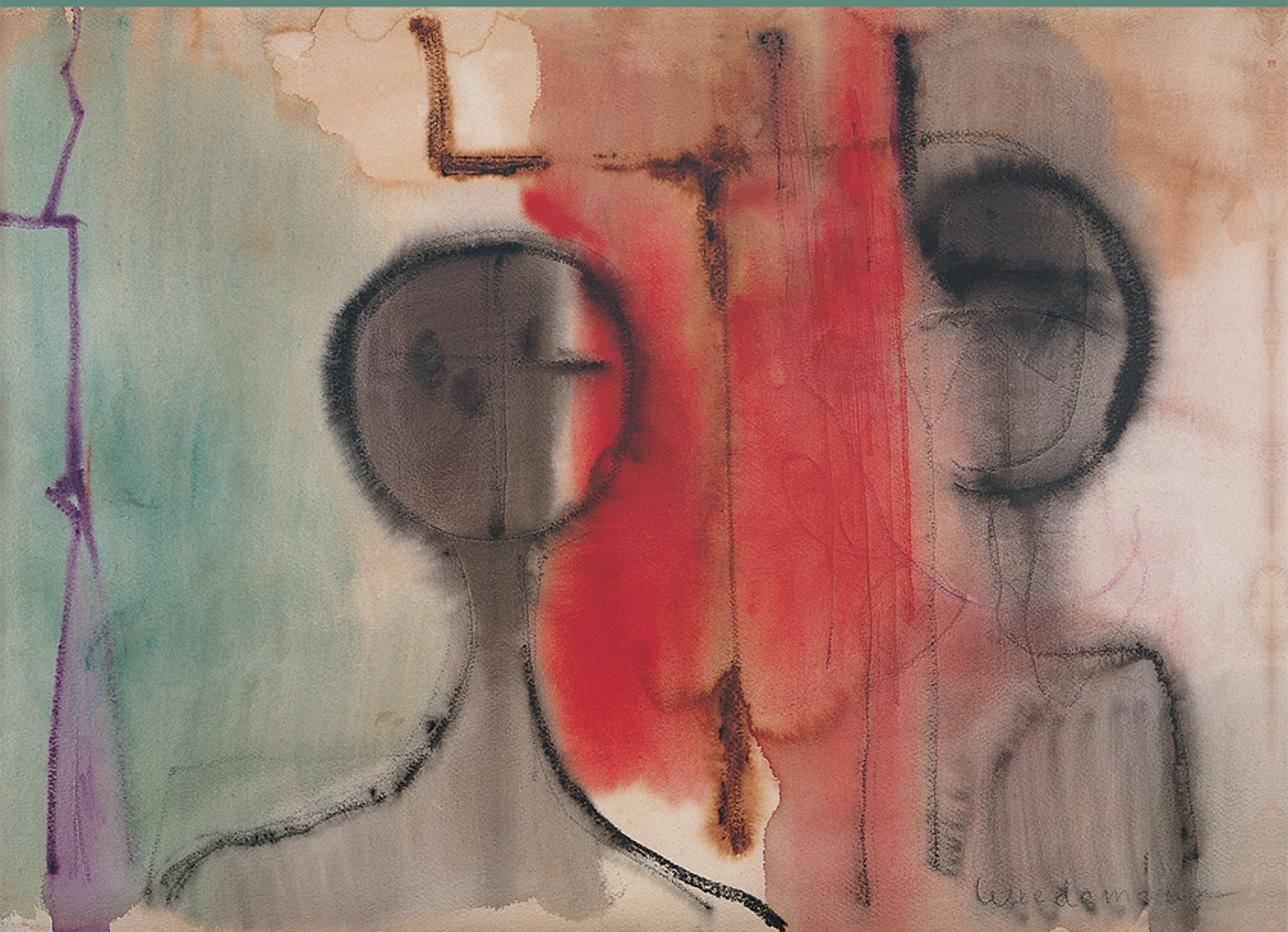


LA MIRADA DE LOS JUECES

Sexualidades diversas en la
jurisprudencia latinoamericana

Cristina Motta y Macarena Sáez **REDALAS**
EDITORAS ACADÉMICAS

Tomo 2



Siglo del Hombre Editores

La mirada de los jueces
Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana
Tomo 2

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

Colección
Equidad y Justicia

Directora
Cristina Motta

Comité editorial

Rodolfo Arango
Paola Bergallo
Luisa Cabal
Roberto Gargarella
Ángel Nogueira

La mirada de los jueces
Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana
Tomo 2

Cristina Motta y Macarena Sáez

Editoras académicas

REDALAS



Siglo del Hombre Editores

LAW
WASHINGTON COLLEGE OF LAW
LAW
AMERICAN UNIVERSITY

**CENTER
FOR
REPRODUCTIVE
RIGHTS**

La mirada de los jueces / compiladores Cristina Motta y Macarena

Sáez. – Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.

2 v.; 24 cm.

Incluye bibliografía e índice.

Contenido: v.1 Género en la jurisprudencia latinoamericana. – v. 2 Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana

1. Mujeres - Condiciones sociales - América Latina 2. Igualdad de la mujer - América Latina 3. Derechos de la mujer - América Latina 4. Derecho de familia - América Latina 5. Sexualidad - Aspectos sociales - América Latina 6. Heterosexualidad - América Latina 7. Homosexualidad - Legislación - América Latina I. Motta, Cristina, comp. II. Sáez, Macarena, comp.

305.4098 cd 21 ed.

A1155330

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis-Ángel Arango

*La investigación, edición y publicación de este libro
ha sido posible gracias al generoso apoyo
de la Fundación Ford y del Centro de Derechos Reproductivos
de la Universidad de Toronto*

La presente edición, 2008

© Siglo del Hombre Editores
www.siglodelhombre.com

© American University
Washington College of Law
www.wcl.american.edu

© Center for Reproductive Rights
www.reproductiverights.org

Carátula
Alejandro Ospina

© Guillermo Wiedemann, *Dos cabezas*, Ca. 1956,
acuarela sobre papel, 55,5 x 75 cm
Sala Wiedemann, Casa de la Moneda, Bogotá
Cortesía Colección Banco de la República
de Colombia, registro 1912

Armada electrónica
Ángel David Reyes Durán

ISBN Obra completa: 978-958-665-110-3
ISBN Tomo 2: 978-958-665-112-7

Impresión
Panamericana Formas e Impresos S.A.
Calle 65 N° 95-28 Bogotá D.C.

Impreso en Colombia-*Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo por escrito de la Editorial.

ÍNDICE GENERAL

Tomo 2

SEXUALIDADES DIVERSAS

Capítulo uno. Las familias más allá de la heteronormatividad *Por Juan Marco Vaggione*

Las personas LGBTQ en familias	17
Superar la heteronormatividad del razonamiento judicial	21
I. Parejas del mismo sexo	23
A. Problema: régimen patrimonial de las parejas homosexuales. Las políticas de la dignidad.....	33
II. Paternidades y maternidades <i>queer</i>	45
A. Primer problema: la adopción	47
Las políticas de naturalización de la familia	53
B. Segundo problema: la guarda-tenencia	63
El interés superior de los menores: políticas de protección.....	67
III. La información científica como discurso legal	76
A. Problema: las pruebas, política de los datos.....	79

Capítulo dos. Violencia por prejuicio *Por María Mercedes Gómez*

I. Aspectos generales	90
A. Violencias.....	90
B. Prejuicio y prejuicio sexual	90

C. Heterosexualidad obligatoria	92
D. La construcción de la alteridad.....	93
E. Del prejuicio a la violencia	94
II. Las definiciones de “crimen de odio” en los Estados Unidos	96
A. Sobre la definición.....	99
B. Los modelos de leyes.....	102
C. Las leyes contra los crímenes de odio: ¿hay que tenerlas?.....	108
III. Legislación contra la violencia por prejuicio sexual. Estado actual de los derechos humanos de las personas LGBTQ en América Latina.....	122
A. Legislación.....	123
Países que cuentan con leyes contra los crímenes de odio.....	123
Países que cuentan con leyes contra la discriminación	124
Países que cuentan con artículos que legitiman la orientación sexual como categoría dentro del derecho a la igualdad	125
B. Informes de derechos humanos LGBTQ en Argentina, Chile, Colombia, México y Perú	128
Argentina	128
Chile.....	128
Colombia	130
México	131
Perú.....	132
IV. Análisis de casos	133
A. Primer problema: invisibilidad	134
El papel de la policía y los fiscales en la identificación de los casos.....	134
Victimización secundaria o doble victimización	139
El uso discrecional de las categorías	149
B. Segundo problema: el atenuante de emoción violenta, o ira e intenso dolor.....	168
C. Tercer problema: lo público.....	180

ÍNDICE DE FALLOS Y DOCUMENTOS Tomo 2

Capítulo uno. Las familias más allá de la heteronormatividad

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007	35
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-814 de 2001	54
Juzgado de Letras Villarrica, Chile. Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo. 29 de octubre de 2003	68
Corte Suprema de Chile. Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo. 31 de mayo de 2004	71
Juzgado de Letras Villarrica, Chile. Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo. 29 de octubre de 2003	80
Corporación Opción (Chile). AMICUS CURIAE. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala Riffo e hijas contra el Estado de Chile.....	85

Capítulo dos. Violencia por prejuicio

Nota de prensa. “Coincidencias en muertes de homosexuales en Bogotá hacen sospechar de asesino en serie”. Diario <i>El Tiempo</i> . 10 de junio de 2006, Bogotá.....	135
Nota de prensa. “Móviles pasionales tras crimen de profesor universitario cubano”. Diario <i>El Tiempo</i> . 25 de febrero de 2007, Bogotá.....	140

Tribunal Regional de Derechos Sociales y Culturales de las Mujeres.
Lima, julio de 2005 140

Informe MOVILH-DIVINE. La justicia que merecen las víctimas 150

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1096 de 2004..... 156

Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda.
Proceso 2002-00135. 7 de junio de 2004. Tribunal Superior del Distrito
Judicial. Sala de Decisión Penal. Pereira. Agosto de 2004.
Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal, Bogotá.
Proceso 23093. 9 de febrero de 2005 170

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-301 de 2004..... 180

SEXUALIDADES DIVERSAS

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), Hawai (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 aceptar 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 retardatario 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 aquella 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?

Capítulo dos VIOLENCIA POR PREJUICIO

María Mercedes Gómez¹

La primera parte de este capítulo define lo que aquí se entiende por violencia por prejuicio en general, y establece sus vínculos potenciales con el derecho. La violencia se manifiesta de muchas formas y tiene expresiones varias: hay violencias verbales, violencias por omisión, violencias sociales y violencias psicológicas. Este capítulo se ocupa, sin embargo, de las violencias que se ejercen sobre los cuerpos individuales por ser lo que son, en este caso, cuerpos que se despliegan o se perciben como no normativos; por ejemplo, como no heterosexuales. Las violencias que se ejercen sobre ciertos cuerpos por ser lo que son tienen la particularidad de desbordar el aspecto individual del gesto y de volverse expresivas, es decir, adquieren el carácter de mensaje, un mensaje que aterroriza a todos los que se sienten o pueden ser percibidos como participantes de las identificaciones del cuerpo individual herido o aniquilado. En algunas sociedades contemporáneas estas violencias se conocen, en la terminología popular y en algunas leyes, como “crímenes de odio”; es así porque han sido tipificadas y se sancionan. En los Estados Unidos se ha desarrollado en las últimas tres décadas un canon teórico sobre las leyes contra los crímenes de odio. La claridad conceptual que este canon aporta al debate contemporáneo sobre el problema merece especial consideración.

¹ Directora del Departamento de Lenguajes y Estudios Culturales de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Agradece a Julia Alejandra Morales por su paciente trabajo en la edición de las citas y por su valiosa asistencia en la investigación de los casos jurídicos y de la legislación en América Latina. También a Silvia Uribe por su asistencia inicial en la búsqueda de casos.

En la segunda parte del capítulo se presenta un marco general sobre la legislación contra la violencia por prejuicio en América Latina y se hace referencia a los informes sobre la situación de derechos humanos de la población LGBTQ en Argentina, Chile, Colombia, México y Perú. La tercera parte analiza casos de violencia por prejuicio sexual en la región a partir de notas de prensa, fallos judiciales y reportes de organizaciones sociales.

I. ASPECTOS GENERALES²

A. VIOLENCIAS

Hablo de violencias no tanto para decir que se sufren muchas, verbales, físicas, derivadas de la humillación, de la sobre-exposición o de la invisibilidad, sino ante todo porque creo que las violencias se pueden organizar alrededor de sus usos, de sus motivos, de sus fines. Por eso propongo dos conceptos de violencia de acuerdo con sus paradójicas funciones. A una la he llamado jerárquica y a la otra excluyente: una violencia jerárquica es aquella que se ejerce, y puede ser mortal, para recordar al otro su condición de subordinación o inferioridad, para dar una lección sobre el lugar que este otro debe ocupar. La violencia excluyente, por su parte, es aquella que se ejerce para liquidar lo que el otro representa, para hacerlo desaparecer.³

B. PREJUICIO Y PREJUICIO SEXUAL

La noción de prejuicio tiene una historia larga. Para algunos filósofos el prejuicio es la condición de todo conocimiento, tiene connotaciones de acercamiento e interés, es previo al juicio fundado pero es condición de éste.⁴ En un uso más popular se impuso, sin embargo, la definición de prejuicio entendido como un intento de conocimiento anterior al juicio pero que se presenta a quien lo tiene como ya justificado y fundado. Asume, por decirlo de algún modo, la terquedad

² Este aparte reformula o reproduce argumentos presentados en María Mercedes Gómez, “Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar”, *Debate Feminista* Vol. 15, N° 29, México, 2004, pp. 158-186. María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Luisa Cabal y Cristina Motta, comps., *Más allá del derecho*, Siglo del Hombre Editores y Center of Reproductive Rights, Bogotá, 2006a, pp. 19-55. María Mercedes Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*. Disertación doctoral. New School for Social Research, New York City, 2006b.

³ María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, p. 28.

⁴ Ver Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 1999.

de una fijación. Sartre, en su magnífico texto sobre el retrato de un antisemita,⁵ o Adorno y sus colaboradores, en los estudios sobre la personalidad autoritaria, señalan la terquedad, la resistencia a la diferencia y al cambio como rasgos prominentes del prejuicio.⁶ En ese mismo sentido, defino el prejuicio como una “racionalización” que incluso en términos psicoanalíticos señala un procedimiento por el cual los individuos se dan y dan razones para justificar frente a su grupo social, y frente a sí mismos, la reacción por lo general negativa que sienten hacia algo o alguien.⁷ Además de entender el prejuicio en este sentido, también afirmo que el prejuicio o los prejuicios son siempre sociales, tienen eco en grupos y por lo mismo son locales y situados. Cada sociedad o grupo produce y reproduce sus prejuicios. No hay prejuicio en solitario, no hay prejuicio sin un contexto que lo apoye, no hay prejuicio individual sin complicidad social.⁸

Hablo de “prejuicio sexual” en el mismo sentido en que lo hace el psicólogo social Gregory Herek. Este tipo de prejuicio se refiere a

[...] toda actitud negativa inspirada en la orientación sexual y dirigida a personas que se perciben como homosexuales, bisexuales o heterosexuales. Y dado que lo que prima en las sociedades actuales son regímenes sexuales de heterosexualidad obligatoria, la mayoría de estas actitudes negativas se dirigen hacia el comportamiento homosexual, las personas que se definen como homosexuales o bisexuales y las comunidades gay, lésbicas, bisexuales.⁹ [Y, agregaría, personas transgénero.]

Otro término con el que se ha nombrado este asunto es el de “homofobia”. Herek privilegia la noción de prejuicio sexual sobre la de “homofobia”: considera esta última, en su sentido más técnico, como fobia, es decir, como un miedo irracional que toma la forma de una patología individual, más que un prejuicio reforzado socialmente.¹⁰ Se entiende su preocupación, porque en

⁵ Ver Jean-Paul Sartre, “Portrait of the Anti-Semite”, en R. Baird y S.E. Rosenbaum, eds., *Bigotry, Prejudice and Hatred*, Prometheus Books, Buffalo/New York, 1946, pp. 35-45.

⁶ Ver Theodore Adorno, Else Frankel-Brunswick, Daniel J. Levinson y R. Nevitt Sanford, *The Authoritarian Personality*, Harper, New York, 1950.

⁷ Ver Jean Laplanche y Jean-Bertrand Pontalis, *Diccionario de psicoanálisis*, Editorial Labor, Barcelona, 1981, p. 349. María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, p. 21.

⁸ Ver Donald Moss, *Hating in the First Person Plural. Psychoanalytic Essays on Racism, Homophobia, Misogyny, and Terror*, Other Press, New York, 2003; María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, pp. 19-25.

⁹ Gregory Herek, “The Psychology of Sexual Prejudice”, *Current Directions in Psychological Science*, vol. 9, N° 1, 1999, pp. 19-22. Traducción de la autora.

¹⁰ *Ibid.*

ciertos casos hablar de homofobia ha sido causa de evaluaciones erróneas de los comportamientos violentos. Es decir, si la homofobia es una patología individual, es aislada y se maneja “en el caso concreto” de la persona alterada. Coincido con Herek en creer que aquí yace una de las causas de la invisibilidad de estas prácticas y de la torpeza con que se suelen manejar legal y culturalmente. No obstante, trato los términos “homofobia” y “prejuicio sexual” como sinónimos. Pienso que la resignificación cultural de la palabra “homofobia” desborda su aspecto de mera psicología individual e incluye el componente social propio de los prejuicios, pues hace referencia implícita a la complicidad del entorno en la interiorización y exteriorización de la hostilidad en los perpetradores. En algunos casos la homofobia puede hacer referencia a un “miedo irracional”, como otros prejuicios también lo hacen. Comparto con Herek la preocupación por darle a la “homofobia” una definición que haga énfasis exclusivamente en el carácter irracional del miedo y que presuponga abandonar el asunto de la responsabilidad objetiva del perpetrador y el contexto social que facilita el crimen. Ése es el caso del “síndrome de pánico homosexual”, que en algunos sistemas penales funciona como atenuante del crimen.¹¹ Más adelante, en algunos casos concretos, se verá cómo opera el problema de los atenuantes.

C. HETEROSEXUALIDAD OBLIGATORIA

La heterosexualidad obligatoria se define aquí, con Adrienne Rich y otros, como un régimen político.¹² Un régimen que hace énfasis en aspectos normativos, culturales y políticos incompatibles con sexualidades no normativas. La violencia por homofobia o prejuicio sexual es la manifestación violenta de un tipo de hostilidad que proviene del miedo a perder las “credenciales masculinas”,¹³ o

¹¹ María Mercedes Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*, op. cit. “La defensa de pánico homosexual se usa para evitar la acusación o atenuar la sentencia de los perpetradores de violencia contra los homosexuales (*gay-bashers*) [...] Jurídicamente, “la defensa de ‘pánico homosexual’ de una persona (típicamente hombre) acusada de violencia contra los homosexuales implica que su responsabilidad por el crimen es reducida debido a una condición patológica de su psiquis incitada por un avance sexual indeseado por parte del hombre al que atacó [...]”; Eve Kosofsky Sedgwick, *The Epistemology of the Closet*, University of California Press, Berkeley, 1990, p. 19. Traducción de la autora. Está consagrada, por ejemplo, en el sistema penal norteamericano y también en el australiano.

¹² Ver Adrienne Rich, “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”, en H. Ablove, M. Aina Barale, y M. Halperin, eds., *The Lesbian and Gay Studies Reader*, Routledge, New York, 1993, pp. 227; Judith Butler, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, Buenos Aires, 2001, p. 38; Monique Wittig, *The Straight Mind and other Essays*. Beacon Press, Boston, 1992, p. 28.

¹³ Ver Gail Mason, “Not our Kind of Hate Crime”, *Law and Critique*, vol. 12, N° 3, 2001, p. 268.

de conformidad de género, consideradas socialmente apropiadas para moverse con ciertos privilegios materiales o simbólicos en un mundo que desprecia y quita poder a los individuos y las conductas que percibe como transgresoras de las normas (hetero)sexuales.

D. LA CONSTRUCCIÓN DE LA ALTERIDAD¹⁴

Las diferencias son construcciones sociales, no son características inmutables de individuos o grupos. Estas diferencias reales o imaginadas sólo adquieren consistencia porque se les asigna un valor.¹⁵ La adjudicación de valores a las diferencias reales o imaginadas suelen ser, por un lado, el acto “productivo” o “constitutivo” del surgimiento del otro distinto de mí y, por otro, el gesto que justifica las agresiones en contra de ese otro para afianzar los privilegios derivados de que seamos yo/nosotros los que ostentamos el poder de construirlas. Al adjudicar valores al otro se establece de manera relacional y binaria un nosotros frente a un ellos. El nosotros tiene el poder creador, productor de la jerarquía entre las diferencias. “Nosotros” existimos como grupo cohesionado porque no somos —y aquí está el gesto relacional— porque no somos “ellos”.¹⁶

En otras palabras, en las sociedades de heterosexualidad obligatoria —con sus derechos, patrones culturales, médicos, comunicativos, políticos—, las diferencias sexuales no normativas son percibidas como advenedizas frente a lo que Benedict Anderson llama la “comunidad imaginada”,¹⁷ es decir, como lo que hace tambalear el ideal social de homogeneidad y cohesión. Pero, a pesar de la ansiedad social que generan las diferencias, su producción exige, al mismo tiempo, que sean confirmadas y reinscritas constantemente, puesto que sólo a través de ellas se conforman grupos hegemónicos que ostentan el poder para producirlas y reproducirlas.

La producción del otro o la otra como amenaza —esto es, la creación del enemigo— tiene un rol fundamental en lo que David Goldberg llama la “igualdad homogeneizada”.¹⁸ La instauración de un “nosotros” es forzada por medio de la afirmación de la norma al “crear” el opuesto, un “ellos”. Es decir, “lo no blanco”, “lo no masculino”, “lo no heterosexual” se produce para afirmar “lo

¹⁴ Ver María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*

¹⁵ Albert Memmi, *Dominated Men*, Beacon Press, Boston, 1971, p. 185.

¹⁶ Ver Jacques Derrida, *De la gramatología*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 1971.

¹⁷ Ver Benedict Anderson, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, New York, 1991.

¹⁸ Ver David Theo Goldberg, *The Racial State*, Blackwell Publishers Inc, Malden, Mass., 2002, p. 10.

blanco”, “lo masculino” y “lo heterosexual”.¹⁹ Sin embargo, esta homogeneidad, forzada y construida socialmente, es fuente de ansiedad porque las fronteras entre el “nosotros” y el “ellos” son porosas y débiles.²⁰ Esta debilidad de las fronteras, por su impostura, porque son fraudulentas, obliga a marcar las diferencias. Y esta marca suele ser violenta.²¹

E. DEL PREJUICIO A LA VIOLENCIA²²

En algunas categorías o grupos resultantes de la creación de las diferencias éstas aparecen, se perciben o se quieren experimentar como rígidas y, en otras, como más porosas e indeterminadas. Académicos como Iris M. Young y Kenji Yoshino, entre otros, afirman que, desde perspectivas legales y culturales, las características adjudicadas a la raza y al género aparecen o son percibidas como visibles e inmutables. En ese sentido, la producción cultural de subjetividades raciales y de género hace posible que un hombre blanco *crea* que no es ni está en peligro de ser una mujer negra.²³ Por el contrario, la orientación sexual ha sido legal y culturalmente percibida como invisible y mutable.²⁴ Los individuos perciben o experimentan los límites entre la heterosexualidad y la no heterosexualidad como más flexibles que los de raza y género; por lo tanto, la necesidad de marcar las diferencias es más urgente.

Desde luego esto no es absoluto: las diferencias biológicas, culturales y económicas se superponen y configuran mutuamente. Sin embargo, como lo recuerda Iris Young, “en las sociedades modernas y multiculturales las ‘diferencias’ parecen desvanecerse”²⁵ y con ellas las certezas sobre las fronteras que permiten adjudicar valores y privilegios. Por eso, los grupos en peligro de perder la hegemonía racial, (hetero)sexual, de género y de clase, entre otras, sienten que es necesario re-inscribir al otro como diferente, re-inscripción que va en

¹⁹ Kendall Thomas, “Corpus Juris (Hetero)Sexualis. Doctrine, Discourse, and Desire in *Bowers v. Hardwick*”, *GL: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 1, N° 1, 1993, p. 47; Kendall Thomas, “Beyond the Private Principle”, *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992, pp. 1431-1516.

²⁰ Ver Iris M. Young, “The Scaling of Bodies and the Politics of Identity”, en *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p.146; Kenji Yoshino, “Covering”, *Yale Law Journal*, vol. 111, N° 4, enero de 2002, p. 771.

²¹ María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, pp. 25-37.

²² Argumento tomado de María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*

²³ Iris M. Young, “The Scaling of Bodies and the Politics of Identity”, *op. cit.*, p. 146.

²⁴ Kenji Yoshino, “Covering”, *op. cit.*, p. 771.

²⁵ Iris M. Young, “The Scaling of Bodies and the Politics of Identity”, *op. cit.*, p. 146.

contravía de las prácticas de participación social y democratización y de cara a las violencias por prejuicio.

El uso de la noción de “visibilidad de las diferencias” ayuda a explicar el problema de la ansiedad frente a los límites o fronteras, la demanda de exteriorización violenta de la diferencia, y opera como ejemplo del papel que tienen los usos de la violencia en la producción del otro como amenaza. En sociedades diferenciadas y multiculturales, el otro ya no es tan diferente a mí; en consecuencia, los individuos y los grupos históricamente privilegiados han perdido claridad sobre cómo marcar la diferencia,²⁶ sobre todo porque creen que si no la hacen evidente de alguna forma, corren el riesgo de perder “los privilegios” que acompañan sus identificaciones o lo que perciben como su identidad. Si por ejemplo las fronteras entre géneros y razas son “notorias”, la alteridad aparece como visible a priori al gesto violento. El gesto advierte para que el otro no se atreva a subvertir una jerarquía social establecida de antemano. Es el caso de la violencia doméstica contra las mujeres. Éste es un uso jerárquico de la violencia.

En el caso de la violencia por prejuicio sexual, en el que las diferencias son menos visibles, la construcción de la alteridad se produce a posteriori, es decir, como resultado del gesto violento. El objetivo de ejecutar el acto violento es eliminar el peligro, y al hacerlo el perpetrador cree *fixar* simultáneamente su identidad —como heterosexual— y la de su víctima —como no heterosexual—. Éste sería un uso excluyente de la violencia. En ambos casos el asunto es la marca en relación con la función del gesto violento. Desde luego, ambas violencias presuponen, para adquirir sentido y aterrorizar, un orden social previo y perjudicado.

Ahora bien, de cierta manera, el uso *excluyente* de la violencia se convierte en una paradoja: con el acto violento el perpetrador no sólo afirma su identidad sino también la identidad que trataba de suprimir. Al reafirmar su propia identidad como diferente a la de la víctima, el perpetrador reinscribe al mismo tiempo la del “otro/a”, es decir, otorga significación y se vincula a ella. Parece lograr el efecto contrario al esperado: al tratar de liquidar una característica que percibe como “intolerable”, la constituye. Ambos tipos de violencia son *ejemplarizantes y siguen la lógica del terror*; a veces ocurren en un continuo y a veces se entrecruzan, dependiendo de las variables en cuestión. Sin embargo, tienen usos diferentes: una pretende subordinar la diferencia, la otra aniquilarla. Y nos enfrentan a prejuicios diferentes, a maneras distintas de instrumentalizar la violencia, a distintos tipos de resistencia a las diferencias, y a una categorización de las diferencias más o menos tolerables frente a las absolutamente indeseables.

²⁶ *Ibid.*

II. LAS DEFINICIONES DE “CRIMEN DE ODIO” EN LOS ESTADOS UNIDOS

Si se reconoce que definir, identificar o sentir la violencia por prejuicio no es igual a tipificar el crimen, se está ante un problema interesante. Por decirlo de alguna manera, la violencia siempre excede la posibilidad de ser contenida o controlada por el orden jurídico. Eso no significa que el derecho sea totalmente impotente frente a ella, o que incluso no pueda ser fuente de la misma. El sistema penal, por ejemplo, da cuenta sólo de algunas violencias, es decir, existe sólo cuando trata ciertos problemas sociales y excluye otros. Esto supone una primera tensión: cuando se habla de violencia(s) por prejuicio(s), ¿qué se incluye y qué se deja por fuera de este orden de inteligibilidad y sentido que llamamos sistema jurídico-penal? ¿Y qué tipo de sistema penal incluye sólo “algunas” violencias, y cómo?

En términos de la filósofa Judith Butler, se podría decir que toda inclusión implica cierta violencia, y es así “porque sólo puede construirse a través de la delimitación, aplicando un principio de selectividad [...] lo que puede incluirse estará determinado por una operación más o menos tácita de exclusión”.²⁷ Dicho de otro modo: “producir” un crimen de odio y “proteger” a algunos que lo sufren sería el efecto de una selección entre violencias y entre las colectividades, los grupos o los individuos afectados. Por otra parte, en algún sentido, las iniciativas sociales que se “incluyen” o tienen éxito en el orden legislativo y jurídico son las que “pasan” las pruebas del *statu quo*: desde la formulación de un problema social hasta su instauración en la esfera pública y en la ley, hay largas jornadas de negociación y de concesiones, y esas concesiones, por lo general, están en el registro de la asimilación al orden hegemónico imperante.²⁸ En palabras de la teórica crítica de raza Kimberlé Crenshaw,

[...] la gente sólo puede exigir el cambio en las formas que reflejan la lógica de las instituciones que desafían. Las demandas que no reflejen las lógicas institucionales, es decir, las demandas que no se vinculen y no refuercen las ideologías dominantes, tienden a no ser efectivas.²⁹

²⁷ Judith Butler, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Paidós, Buenos Aires, 2002, pp. 32-33.

²⁸ Ver Valerie Jenness, “The Hate Crime Canon and Beyond: A Critical Assessment”, *Law and Critique*, vol. 12, 2001, pp. 279-308.

²⁹ Kimberlé Crenshaw, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence Against Women of Color”, en K. Crenshaw, N. Gotanda, G. Peller y K. Thomas, eds., *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, The New Press, New York, 1995, p. 111. Traducción de la autora.

Asimismo, la literatura sobre los movimientos sociales argumenta que los procesos de “institucionalización” exigen que los liderazgos, las demandas y las estructuras del movimiento cuenten de alguna manera o sucedan en la esfera de las estructuras de poder dominantes.³⁰

Con estos campos de debate como contexto, presento algunos aportes teóricos que han surgido en Estados Unidos a la luz de la reflexión sobre la violencia por prejuicio. Creo que una convivencia de más de dos décadas con leyes que sancionan estas conductas, con debates sobre sus definiciones y problemáticas y la influencia que las luchas civiles de ese país han tenido sobre los movimientos sociales en América Latina, pueden iluminar, si nos mantenemos alerta frente a las diferencias culturales y jurídicas, mucho de lo que aún queda por hacer. En primer lugar hablaré sobre las definiciones y las soluciones jurídicas propuestas para este tipo de violencia; después miraré la categorización que se ha hecho de los modelos de leyes y, por último, presentaré un breve diagnóstico de los beneficios y problemas que de ellas se derivan.

En algunas sociedades, especialmente en la de los Estados Unidos, el debate sobre la violencia por prejuicio ha culminado en la implementación de leyes conocidas como “leyes contra los crímenes de odio”, y en el reconocimiento por parte de algunos estados de la “orientación sexual” y en ocasiones de la “identidad de género” como categorías históricamente vulnerables y, por lo tanto, susceptibles de protección.

Talvez lo más pertinente para una reflexión jurídica sea pensar en los beneficios y en las dificultades que resultan de situar los esfuerzos políticos y sociales —para solucionar este tipo de violencia— en el sistema penal y sus sanciones. En los Estados Unidos, la mayoría de estas leyes incrementan las penas establecidas para los delitos que ya están tipificados, y se crean otras para sancionar específicamente este tipo de violencia. Las leyes contra los crímenes de odio, sin embargo, enfrentan problemas de diverso orden: en cuanto a su eficacia instrumental, por ejemplo, por las dificultades para definir el crimen, identificarlo y procesarlo. Esto debido a la discrecionalidad de los jueces, a los atenuantes y a las resistencias del sistema a reconocer el problema. En cualquier caso, las soluciones que apuntan a implementar leyes contra este tipo de conducta violenta se podrían equiparar a lo que la teórica política Nancy Fraser llama soluciones de tipo afirmativo, es decir, un tipo de solución que pretende reparar una situación particular sin cambiar el contexto que la genera.³¹

³⁰ Ver Terry Maroney, “The Struggle: Movement at a Crossroad”, *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, p. 598.

³¹ Ver Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 41.

La noción de “crimen de odio” se acuñó en los Estados Unidos a finales de la década de los años setenta y se popularizó a partir de 1985, cuando un grupo de políticos presentó a la Cámara de Representantes un proyecto de ley conocido como el “Hate Crimes Statistics Act”, que hacía obligatoria la recopilación de información sobre lo que se llamó “una epidemia de crímenes de odio”. Este acto se volvió ley federal en 1990, después de arduas campañas lideradas por una coalición de movimientos sociales.³² Desde entonces, agencias estatales como el FBI están obligadas por ley a emitir un reporte anual sobre el número de eventos y víctimas identificados como objetivos de conductas violentas motivadas por prejuicio.³³ Desde 1990 se han implementado tres leyes federales sobre crímenes de odio, y prácticamente todos los estados tienen en la actualidad algún tipo de legislación al respecto.³⁴ Sin embargo, de estado a estado, varía considerablemente la definición, los grupos que se protegen y el tipo de conductas que estas leyes castigan.

Desde 1995 existe en los Estados Unidos una coalición de aproximadamente veinte organizaciones LGBT conocida como el National Coalition of Anti-Violence Programs.³⁵ Ésta publica en todo el país un reporte anual sobre la violencia en contra de estos grupos. Por lo general, las estadísticas del NCAVP superan con creces las que registra el FBI en el “Hate Crimes Statistics Act”. Cabe anotar que el uso de la expresión “crimen de odio” (*hate crime*) figura en las legislaciones federales y en la cultura popular para referirse a la violencia motivada por prejuicio. Por otra parte, la mayoría de las leyes estatales y el modelo más usado para redactar las leyes³⁶ prefieren la expresión “*bias crime*”, que se refiere a las conductas motivadas por una predisposición o prejuicio del perpetrador hacia la víctima o las víctimas.

³² T. Maroney, “The Struggle against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*

³³ Ver <http://www.fbi.gov>.

³⁴ “Hate Crimes Statistics Act”, 1990, United States Code.

“Hate Crimes Sentencing Enhancement Act”, 1994, United States Code 28, Sec. 944.

Violence Against Women Act, 1994, United States Code 42, Sec. 13981.

En mayo del 2007 entró en proceso ante el Congreso de los Estados Unidos la aprobación del *Local Law Enforcement Hate Crimes Prevention Act (Mathew Shepard Act)*, por el cual se modificaría la sección 245 del Título 18 del *United States Code*, que exige, como prueba de la existencia de un crimen de odio, la inscripción de la víctima en alguna actividad protegida federalmente. La modificación prescindiría de esta necesidad de prueba, y le daría al Departamento de Justicia un mayor margen de acción local, esto es, un mayor margen de acción frente a los crímenes por prejuicio de género, identidad de género, orientación sexual o discapacidad física. Esta ley también implicaría que las categorías de identidad de género, y de discapacidad física, fueran incluidas en el “Hate Crimes Statistics Act”. Ver <http://www.adl.org>, y además un mapa de las leyes contra los crímenes de odio y las diferentes clases que cada estado protege.

³⁵ Ver <http://www.ncavp.org/>.

³⁶ Ver <http://www.adl.org>.

A. SOBRE LA DEFINICIÓN

Al parecer, la distinción entre “*hate*” y “*bias*” puede ayudar a aclarar de qué estamos hablando. Propongo la noción de “prejuicio” como una categoría general que incluye tanto la noción de “predisposición” (*bias*) como la de “odio” (*hate*). El prejuicio se puede entender como una falsa generalización de ciertas características en los individuos que se consideran estáticas e inamovibles.³⁷ En este sentido, un prejuicio es la creación de un estereotipo. Pero por prejuicio es posible entender también la racionalización de una percepción generalmente negativa hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes a las nuestras. El odio, por su parte, es un sentimiento de animosidad y disgusto que puede orientarse hacia lo que aparece o necesita “marcarse” como no-yo, como diferente. En este contexto, el odio es una forma del prejuicio. Sin embargo, el odio no agota las formas en las que el prejuicio se manifiesta. El prejuicio es una forma de percibir y valorar características y diferencias sociales, pero el odio tiende a “marcarlas” con hostilidad y violencia.

La definición de crimen motivado por prejuicio que parece primar en la mayoría de las leyes es la que sugiere la Anti-Defamation League (ADL). La definición modelo propone nombrar estos crímenes como crímenes por “predisposición” (*bias*), y no tanto como crímenes de odio (*hate*). La redacción sugerida para tipificar la conducta dice: “un crimen por predisposición se refiere a aquella conducta violenta ejercida contra un individuo o grupo de individuos en razón de su raza, color, religión, origen nacional, edad, discapacidad, orientación sexual o género, reales o percibidos”.³⁸ La diferencia fundamental entre predisposición y odio consiste en que el primero (*bias*) alude a cualquier crimen en el que prima la predisposición en la selección de la víctima, al margen de la motivación del perpetrador; la noción de odio (*hate*), por su parte, implica animosidad u hostilidad por parte del perpetrador.³⁹ El prejuicio como predisposición, en este sentido, se refiere al acto de elegir a la víctima y, como se verá, la elección puede estar acompañada de animosidad, pero no siempre lo está.

En la definición modelo se enuncian también una serie de categorías sociales —raza, religión, origen nacional, orientación sexual, género— a las que se les otorga especial protección. No todos los estados ni todas las leyes federales protegen las mismas categorías, y el debate se hace aún más complejo cuando la

³⁷ Ver Elizabeth Young-Bruehl, *The Anatomy of Prejudices*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996, p. 143.

³⁸ Ver <http://www.adl.org>. Los modelos de legislación pueden ser consultados en http://www.adl.org/99hatecrime/text_legis.asp.

³⁹ Ver Anthony M. Dillof, “Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crime Statutes”, *Northwestern University Law Review*, vol. 91, N° 3, 1997, p. 1016.

pregunta es cuáles categorías merecen protección y cuáles no. Las tensiones más fuertes en términos de inclusión en las leyes las suscitan tres categorías: género, orientación sexual e identidad de género. Éstas, leídas desde los grupos históricamente más vulnerables a este tipo de violencia, se podrían traducir en una especial protección para las mujeres —género—, los hombres homosexuales, las lesbianas y los bisexuales —orientación sexual—, y las personas transgénero —identidad de género—. Pero no es así: según el principio de igualdad ante la ley —la cláusula de protección igualitaria de la enmienda XIV de la Constitución, o *norm of sameness*—, ningún grupo puede privilegiarse por encima de otro. Por eso se protegen categorías percibidas como universales: raza, religión, origen nacional, género, orientación sexual e identidad de género, y no grupos en particular.⁴⁰

Ahora bien, ¿cómo se despliega la distinción entre predisposición y odio en las definiciones concretas de este tipo de crimen? El primer estudio dedicado exclusivamente al asunto de la violencia contra las comunidades de lesbianas y hombres homosexuales, *Hate Crimes Confronting Violence Against Lesbians and Gay Men*,⁴¹ incluye el texto “Thinking More Clearly About Hate-Motivated Crimes”.⁴² Este texto ha sido determinante para pensar el problema de la definición en general. Su aporte analítico más relevante es la diferencia que establece entre dos tipos de crimen: los crímenes simbólicos y los crímenes instrumentales (*actuarial*). La definición de “crimen simbólico” ayuda, en primer lugar, a precisar su diferencia con un “crimen ordinario”, es decir, con un crimen no motivado por prejuicios.⁴³ El fin primordial de un crimen simbólico es ejercer una violencia ejemplar para aterrorizar a un grupo de individuos por ser lo que son.⁴⁴ Las colectividades o grupos objeto de ataque forman una categoría social en tanto sus miembros “compartan uno o más atributos que tengan implicaciones sobre cómo los individuos son percibidos o tratados”.⁴⁵ Así, el elemento

⁴⁰ V. Jenness, “The Hate Crime Canon and Beyond: A Critical Assesment”, *op. cit.*, pp. 293-294.

⁴¹ Gregory Herek y Kevin T. Berrill, eds., *Hate Crimes: Confronting Violence against Lesbians and Gay Men*, Sage Publications, Newbury Park, 1992.

⁴² Richard A. Berk, Elizabeth A. Boyd y Karl M. Hammer, “Thinking More Clearly about Hate-Motivated Crimes”, en Gregory Herek y Kevin T. Berrill, eds., *Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians and Gay Men*, Sage Publications, Newbury Park, 1992, pp. 123-143.

⁴³ Ver Valerie Jenness y Ryken Grattet, *Making Hate a Crime. From Social Movement to Law Enforcement*, Russell Sage Foundation, New York, 2001, p. 4.

⁴⁴ R. A. Berk, E. A. Boyd y K. M. Hammer, “Thinking More Clearly about Hate-Motivated Crimes”, *op. cit.*; Kendall Thomas, “Corpus Juris (Hetero)Sexualis. Doctrine, Discourse, and Desire in *Bowers v. Hardwick*”, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁵ R. A. Berk, E. A. Boyd y K. M. Hammer, “Thinking More Clearly about Hate-Motivated Crimes”, *op. cit.* Traducción de la autora.

clave para diferenciar un crimen motivado por prejuicio es lo que se conoce como “el estatus simbólico de la víctima”.⁴⁶ Su carácter simbólico proviene del hecho de que la víctima, a los ojos del perpetrador, “representa” o “toma el lugar de” una cierta colectividad o grupo hacia el cual el perpetrador siente hostilidad.⁴⁷ El crimen simbólico, entonces, tiene la función, por una parte, de investir a la víctima con la “identidad” del grupo que representa y, por otra, expresar la hostilidad que el ofensor siente hacia esa identidad.⁴⁸ Cabe aclarar que en este contexto el término “simbólico” indica, como lo señala el sociólogo Pierre Bourdieu, el poder de ejercer violencia sobre una multiplicidad de cuerpos —no sólo sobre la víctima particular— aun sin tocarlos físicamente.⁴⁹ El mensaje que da es que si uno se siente parte de un grupo objeto de ataque, uno es siempre una víctima potencial. Un crimen simbólico, entonces, tiene un carácter social innegable porque se comete con fines expresivos.⁵⁰

Los llamados crímenes instrumentales, por el contrario, operan a partir de estereotipos. El victimario les adjudica a las potenciales víctimas ciertos rasgos que las hacen aparecer como propicias o más vulnerables a sus fines. Por ejemplo, el estereotipo de un comerciante blanco, que lo señala como alguien más adinerado que un joven negro —estereotipo también—, hace que el atacante lo escoja, en lugar del segundo, para cometer un robo. Puede ser cierto que en tal situación la víctima haya sido escogida *en razón de* su raza, edad, orientación sexual o género, pero no necesariamente porque el perpetrador sienta hostilidad hacia la identidad de su víctima. Sin embargo, el ofensor hace una elección informada por prejuicio que toma la forma de un estereotipo. Se podría decir que un crimen instrumental se basa en la percepción del estatus simbólico de la víctima, es decir, en su pertenencia a una cierta categoría social, pero que en todo caso *no tiene fines o propósitos simbólicos*. Es más, el perpetrador puede no sentir hostilidad alguna hacia la colectividad a la que parece pertenecer la víctima, pues “en los crímenes instrumentales el estatus simbólico de la víctima

⁴⁶ *Ibid.*, p. 127. Traducción de la autora.

⁴⁷ James Garofalo y Susan Martin, “The Law Enforcement Response to Bias-Motivated Crimes”, en N. Taylor, ed., *Bias Crime: The Law Enforcement Response*, Office of the International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, Chicago, 1991, p. 17.

⁴⁸ Uso el término “identidad” en un contexto histórico. Es decir, como lo señala Kendall Thomas, como “una experiencia histórica de dominación”, no como esencia. K. Thomas, “Corpus Juris (Hetero)Sexualis. Doctrine, Discourse, and Desire in *Bowers v. Hardwick*”, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁹ Ver Pierre Bourdieu, “Sur le Pouvoir Symbolique”, *Annales* 3, mayo-junio de 1977, pp. 405-411. Pierre Bourdieu, *La dominación masculina*, Anagrama, Madrid, 1999, p. 50.

⁵⁰ V. Jenness, “The Hate Crime Canon and Beyond: A Critical Assessment”, *op. cit.*, p. 295.

se usa para recopilar información fáctica acerca de ella. Esta información es la que motiva el crimen y no la característica o la diferencia como tal”.⁵¹

En suma, pensar con claridad en la posible tipificación de las conductas motivadas por prejuicio exige tener en cuenta la diferencia entre el prejuicio como predisposición en el mero acto de selección de la víctima y el prejuicio como hostilidad hacia la víctima por ser quien es. Hablando con propiedad, si se siguen las distinciones propuestas por estos autores, sólo los crímenes simbólicos se podrían definir como crímenes de odio.⁵² Ambos crímenes son producto del prejuicio, pero uno es producto de la *hostilidad* hacia una cierta característica o características de la víctima, y el otro es efecto de la *predisposición* al escogerla. Sin embargo, un obstáculo considerable surge cuando de identificar y distinguir estos crímenes se trata: los crímenes simbólicos tienden a ser invisibilizados por aspectos instrumentales, y en ocasiones los crímenes instrumentales son desplazados por los simbólicos. Es más, muchas estadísticas revelan, sobre todo en relación con la violencia contra hombres gay, una permanente superposición entre ambos. El mayor problema cuando se trata de establecer la diferencia entre ambos tipos de crimen deriva de la necesidad de probar la hostilidad del agresor. En algunos casos, se sugiere revisar si hay motivos paralelos a la mera intención expresiva, por ejemplo beneficios económicos o de otro orden que puedan derivarse de la conducta violenta.

Pregunta

Nos enfrentamos a un homicidio con hurto en el que es posible establecer un componente de prejuicio en la selección de la víctima. Si ambos tipos de crímenes, el simbólico y el instrumental, son efecto del prejuicio, pero sólo uno —el simbólico— lo es de la hostilidad, ¿deben ambos, sin distinción, sancionarse con mayor severidad? Recordemos que en el caso de Estados Unidos, la mayoría de leyes estatales contra los crímenes de odio operan con el incremento de penas.

B. LOS MODELOS DE LEYES

En relación con lo que motiva la selección de la víctima, Frederick Lawrence señala en su libro *Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law*⁵³ dos

⁵¹ R. A. Berk, E. A. Boyd y K. M. Hammer, “Thinking More Clearly About Hate-Motivated Crimes”, *op. cit.*, p. 128. Traducción de la autora.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Frederick Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes Under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

modelos diferentes en la legislación de los Estados Unidos: el modelo de *animosidad racial*⁵⁴ y el modelo de *selección discriminatoria*. En la redacción de la ley, el modelo de animosidad racial enfatiza la *hostilidad* del perpetrador —su motivación— hacia la colectividad a la que parece pertenecer su víctima.⁵⁵ El modelo de selección discriminatoria, por su parte, enfatiza *el acto de elegir* a la víctima con independencia de la animosidad que haya motivado la elección. En otras palabras, resalta el hecho de que la víctima sea seleccionada y tratada con violencia. Los motivos del atacante son irrelevantes, lo que importa y se castiga es el gesto de selección en tanto éste obedece a generalizaciones falsas, a prejuicios.⁵⁶ En ambos modelos, la víctima tiene que ser percibida como perteneciente a una categoría o clase protegida legalmente y previamente determinada. Lawrence nos recuerda constantemente que, si bien ambos modelos son distintos desde un punto de vista analítico, con frecuencia se superponen.⁵⁷ La Corte Suprema de los Estados Unidos parece privilegiar el modelo de selección discriminatoria en “Wisconsin v. Mitchell”.⁵⁸ El modelo de animosidad racial se privilegia en las regulaciones del FBI, aunque tuvo su gran derrota constitucional en “RAV. v. St. Paul”.⁵⁹ A continuación doy un ejemplo de cada uno de estos modelos:⁶⁰

El modelo de animosidad racial
Fla. Stat. Ann. §775.085 (West 1995)

La pena para cualquier delito o contravención debe ser mayor si en la comisión de tal delito o contravención hay evidencia de prejuicio con base en la raza, el color, los ancestros, la etnia, la religión, la orientación sexual o el país de origen de la víctima.⁶¹

⁵⁴ Lawrence explica que usa los términos “animosidad racial”, “racial” y “motivado racialmente” de una manera incluyente, es decir, que no sólo hace referencia a aquellas leyes que cubren la categoría de “raza”, sino también a otras clases protegidas como color, etnicidad, religión, género y orientación sexual. *Ibid.*, p. 4.

⁵⁵ Digo “parece” porque la identidad es imposible; en términos lacanianos, el sujeto está siempre escindido —*Spaltung*—: lo que hay es identificaciones fluidas y cambiantes. A eso se refiere Iris M. Young cuando alude a la porosidad de los límites. Ver “The Scaling of Bodies and the Politics of Identity”, *op. cit.*

⁵⁶ F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 29-30; p. 35; pp. 73-79.

⁵⁸ “Wisconsin v. Mitchell”, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 508, 1993, p. 476.

⁵⁹ “RAV. v. St. Paul”, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 505, 1992, p. 337.

⁶⁰ Ambos casos debaten la constitucionalidad de las leyes contra los crímenes de odio y ambos son casos de violencia racial.

⁶¹ “The penalty for any felony or misdemeanor shall be [enhanced] if the commission of such felony or misdemeanor evidences prejudice based on the race, color, ancestry, ethnicity, religion,

City of St. Paul, Minnesota
Bias-Motivated Crime Ordinance

Cualquiera que en propiedad pública o privada ponga un símbolo, objeto, apelativo, caracterización o grafiti que incluya una cruz en llamas o una esvástica nazi—así no se limite a éstas—, comete una conducta delictiva y debe ser acusado de contravención. En estos casos se sabe, o se tienen las bases suficientes para saber que se está ante una agresión o una amenaza fruto del resentimiento que se siente por otros debido a su raza, color, credo, religión o género.⁶²

El modelo discriminatorio
Wis. Stat. Ann. §939.645 (West 1997)

Las penas para los delitos señalados deben ser incrementadas si el ofensor selecciona intencionalmente a la persona contra la cual cometerá el delito, o selecciona la propiedad que total o parcialmente se verá afectada o dañada por el delito, en razón a sus creencias o principios respecto a la raza, la religión, el color, la discapacidad física, la orientación sexual, el origen nacional o los ancestros de la persona, dueño u ocupante de la propiedad, sean sus creencias o principios correctos o no.⁶³

Pero, ¿qué se podría decir de la relación entre los crímenes simbólicos e instrumentales y los modelos legales de selección discriminatoria y animosidad racial? ¿Se superponen, se complementan?

A primera vista se podría pensar que entre el modelo de animosidad racial y el crimen simbólico, y entre el modelo de selección discriminatoria y el crimen instrumental, existe correspondencia. En ambos casos las distinciones fueron

sexual orientation, or national origin of the victim.” Ver F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, op. cit., Apéndice C, p. 191. El énfasis es de la autora. Traducción de Julia Alejandra Morales.

⁶² “Whoever places on public or private property, a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor.” St. Paul Bias Motivated Crime Ordinance, St Paul, Minn. Legis. Code § 292.02 (1990). Traducción de Julia Alejandra Morales.

⁶³ “The penalties for the underlying crime are increased if the offender *intentionally* selects the person against whom the crime [...] is committed or selects the property that is damaged or otherwise affected by the crime [...] in whole or in part *because of* the actor’s belief or perception regarding the race, religion, color, disability, sexual orientation, national origin or ancestry of that person or the owner or occupant of that property, whether or not the actor’s belief or perception was correct.” Ver F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, op. cit., Apéndice B, p. 190. El énfasis es de la autora. Traducción de Julia Alejandra Morales.

hechas para dar pautas en la definición y en las condiciones en que se produce un crimen de odio, y en ambos se muestra el papel que tiene en el crimen la “motivación”. Lawrence anota, sin embargo, que si bien todos los crímenes motivados por prejuicio se ajustan al modelo de selección discriminatoria, no todos se ajustan al modelo de animosidad racial. En efecto, las diferencias entre un crimen simbólico y un crimen instrumental se desvanecen en el primer modelo, en el que, de una u otra forma, todos los crímenes son el resultado de un acto de *selección prejudiciado*. Esta expansión de la definición reduce la importancia jurídica de determinar qué motivó al perpetrador a hacer la selección, es decir, si lo hizo con fines simbólicos o no. Sólo importa el acto de escoger.

Por el contrario, en el modelo de animosidad racial, la hostilidad tiene que aparecer y ser probada. En este caso un crimen de odio sólo es considerado como tal cuando se ejecuta con la intención de expresar hostilidad hacia un grupo o categoría social legalmente protegida. Pero además, vale la pena resaltarlo, las conductas violentas que resultan de la hostilidad hacia un grupo o colectividad no pueden entrar en la categoría de “crímenes de odio” si ese grupo no tiene en la ley el estatus de clase protegida. Si por ejemplo la ley no contempla de manera explícita a la “identidad de género” como categoría protegida frente a los ataques motivados por prejuicio, el asesinato de una persona transgenerista, por ser lo que es, sólo puede ser juzgado como un homicidio ordinario. Se borra, no el crimen, pero sí la razón por la que fue cometido.

Preguntas

1. ¿Qué importancia puede tener el establecer tal razón o motivación si el crimen se castiga de todas maneras?
2. El valor expresivo del crimen, sin duda, tuvo un efecto aterradorante entre el grupo social de la víctima. ¿Pero el que la hostilidad-subjetividad del agresor “no sea relevante” para la ley representa para la teoría penal y sus aplicaciones algún desafío?
3. Cuando se trata de aclarar la definición de “crimen de odio” como objeto de las leyes contra conductas violentas motivadas por prejuicio, la mayoría de los argumentos que se emplean dan prioridad a la pertinencia del modelo de animosidad racial y de la definición de crimen simbólico sobre el modelo de selección discriminatoria y la definición de crimen instrumental. A pesar de ese énfasis, el modelo que domina en las cortes de Estados Unidos es el modelo de selección discriminatoria. En el contexto de su país, ¿qué argumentos constitucionales podrían sustentar esa decisión y qué argumentos constitucionales podrían oponerse?

Si bien en las cortes prima el modelo de selección discriminatoria, en las regulaciones del FBI con miras a recoger la información a la que la agencia está obligada desde 1990 por el “Hate Crimes Statistics Act”, parece primar el modelo de animosidad racial. Según estas regulaciones, un crimen de odio es “la conducta criminal motivada, en todo o en parte, por una opinión o actitud negativa pre-formada hacia un grupo de personas con base en su raza, religión, etnia, origen nacional u orientación sexual”.⁶⁴ Las regulaciones del FBI incluyen algunos indicadores de prejuicio en la comisión de un crimen, y estos indicadores permiten que ciertos crímenes sean clasificados como “crímenes de odio”. Algunos de estos indicadores se pueden resumir a continuación:⁶⁵

1. La percepción que tengan las víctimas y los testigos sobre el crimen (AR).

2. Los comentarios, gestos o declaraciones escritas hechas por los perpetradores que reflejen prejuicios, incluyendo grafitis u otros símbolos (AR).

3. Las diferencias entre el perpetrador y la víctima, sean éstas reales o una percepción del perpetrador (SD).

4. Los incidentes similares en la misma zona o vecindario que ayuden a determinar si hay un patrón de conducta

5. Si a la víctima se la podía relacionar con actividades que promovieran su pertenencia a un grupo o colectividad —su forma de vestir, su conducta— (AR-SD).

6. Si el incidente coincidió con una fiesta o fecha de particular importancia (AR-SD).

7. Que el perpetrador esté involucrado con grupos de odio o con sus miembros (AR-SD).

8. La ausencia de motivos alternativos, como por ejemplo beneficios económicos (AR).

El argumento de Lawrence señala que el modelo de selección discriminatoria es relevante para las regulaciones del FBI sólo si “la selección es probatoria de

⁶⁴ *Ibid.*, p. 35. Ver también FBI, *Hate Crime Data Collection Guideline*. Disponible en <http://www.fbi.gov/ucr/hatecrime.pdf>.

⁶⁵ Tomado de la International Association of Chiefs of Police (IACP). Disponible en http://www.theiacp.org/documents/index.cfm?fuseaction=document&document_type_id=1&document_id=141. Para un reporte extenso de otros indicadores ver F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes Under American Law*, *op. cit.* Entre paréntesis aparece, como un añadido, el posible modelo al que el indicador pertenece. (AR) para el de animosidad racial, por ejemplo, y (SD) para el de selección discriminante.

una animosidad racial subyacente”.⁶⁶ Cuando las cortes privilegian el modelo de selección discriminatoria, rechazan la animosidad como criterio para clasificar un crimen como crimen de odio. En “Wisconsin v. Mitchell”, la Corte Suprema explícitamente declara que el *motivo* tiene en las leyes contra los crímenes de odio —penales— el mismo significado que tiene en las leyes federales y estatales contra la discriminación —civiles—. Con esta opinión la Corte confirma, por una parte, la constitucionalidad de las leyes contra los crímenes de odio —al modo de la ley en Wisconsin— y, por otra, establece un paralelo entre las leyes contra los crímenes de odio y las leyes contra la discriminación.⁶⁷ Sin embargo, el *motivo* en la legislación contra la discriminación es irrelevante: “la única cosa que importa es si hay evidencia de que la víctima fue escogida intencionalmente debido a su raza, religión, origen nacional, etc[étera]”.⁶⁸ Para los propósitos de los movimientos sociales que impulsaron la creación de las leyes como potenciales remedios contra la violencia, esto tiene algunas consecuencias que pueden ser indeseables: la ausencia de la animosidad como motivo relevante nos deja con un tipo de crimen distinto que no se ajusta a la estructura de un crimen de odio, es decir, se tipifica uno distinto (*bias*) pero se “borra” otro (*hate*). Cuando el componente de la selección opera solo, nos enfrentamos a una situación en la que los crímenes instrumentales pueden oscurecer la identificación y el diagnóstico de los crímenes simbólicos, es decir, pueden promover su invisibilización. Y viceversa: en sociedades con altos índices de tensión entre grupos, con tendencia a la estigmatización de las minorías y con exigencias constitucionales de protección legal a categorías universales como la raza, el género, la orientación sexual, en lugar de hacerlo con los grupos históricamente subordinados como las mujeres, las personas no heterosexuales o no blancas, el riesgo de clasificar un crimen instrumental como un crimen de odio adquiere nuevas dimensiones: en el contexto de estigmatización de algunas minorías, la aplicación del criterio de selección independiente del componente de animosidad puede, por una parte, borrar la subordinación histórica y, por otra, ampliar la estigmatización y la sobreimposición de sanciones a grupos subordinados por razones que no tienen que ver con la hostilidad sino con la mera selección instrumental. Como lo señala Lawrence:

⁶⁶ F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, op. cit., p. 35.

⁶⁷ Para un análisis más completo de este paralelo ver M. M. Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, op. cit., pp. 37-52.

⁶⁸ V. Jenness y R. Grattet, *Making Hate a Crime. From Social Movement to Law Enforcement*, op. cit., p. 116.

El modelo de animosidad racial es preferible. Los Estados deben, o bien abandonar la selección discriminatoria como modelo para los crímenes por prejuicio, o bien reconocer que [procesar] los casos de selección discriminatoria en ausencia del componente de animosidad racial conduce a tener acusados que merecerían ser *culpados en menor cuantía* por la comisión de un crimen prejudicado, que aquel criminal prejudicado que comete el crimen a causa de su animosidad racial.⁶⁹

Preguntas

1. ¿Cuál es el papel que el motivo o *mens rea* debe tener en la tipificación de una conducta violenta ejercida por prejuicio?
2. ¿Cuáles son las diferencias jurídicas derivadas de castigar la predisposición y desconocer la animosidad como componentes del crimen?

C. LAS LEYES CONTRA LOS CRÍMENES DE ODIO: ¿HAY QUE TENERLAS?

En América Latina, con excepción de Uruguay (ley N° 17677, artículos 1 y 2), no hay leyes que tipifiquen los crímenes de odio. Esto, en principio, podría llevar a afirmar que mientras no se tipifique este tipo de violencia, no hay en la región “crímenes de odio” como tal. Como lo demuestran los informes de varias organizaciones LGBTQ, en la región hay casos dramáticos de violaciones de los derechos humanos. A esta situación me referiré en el aparte siguiente. Pero vale la pena detenernos en algunas de las tensiones que suscitan en los Estados Unidos las leyes en cuestión. En parte, esta recopilación tiene el propósito de brindar algunos elementos para debatir los beneficios y las tensiones que surgen cuando para combatir este tipo de violencia se privilegia el camino jurídico-penal, con la formulación de nuevas leyes o el incremento de las penas, sobre otras alternativas o, incluso, cuando se hace independientemente de los cambios en los patrones sociales, culturales y mediáticos.

Las leyes federales y estatales contra la violencia por prejuicio tienen un gran *valor simbólico*, es decir, expresan la decisión institucional de combatir este tipo de violencia con los medios jurídicos disponibles. Al hacerlo, resaltan y expresan valores de no tolerancia frente a gestos que subordinan o eliminan a algunas personas por ser lo que son y las reivindican frente a la ley. Sin embargo, estas leyes conviven con otras leyes que reproducen prácticas discriminatorias y excluyentes contra los mismos grupos que las primeras pretenden proteger. Un ejemplo de esta situación se encuentra en la promulgación del “Hate Crimes

⁶⁹ F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, op. cit., p. 38.

Statistics Act”.⁷⁰ En el debate previo a la promulgación de esta ley, que obliga al FBI a presentar estadísticas anuales sobre los crímenes de odio, el senador republicano Jesse Helms exigió, para que su bancada apoyara la ley, que la “orientación sexual” se incluyera sólo si a ésta se añadía un párrafo diciendo que nada en esta ley constituía un compromiso con la toma de medidas contra la discriminación, incluida aquella basada en la orientación sexual. El párrafo además consigna, en varias ocasiones, que la familia —nuclear heterosexual— es la base de la sociedad norteamericana y que nada de lo promulgado en la ley puede ser entendido como un apoyo a la homosexualidad, ni debe destinarse partida alguna a financiarla.

Cuestiones a debatir

Ante la existencia de un sistema jurídico que desconoce o ataca las sexualidades no normativas, es decir, que está permeado de homofobia, la pregunta que surge es si se debe depurar de homofobia el orden legal establecido, evidenciar y cambiar las fuentes jurídicas del problema y abstenernos de proteger con leyes específicas a grupos específicos, o si debemos promulgar leyes contra la violencia por homofobia y otros grupos de riesgo, aunque convivan con otros arreglos legales homofóbicos y prejuiciados.

Aunque con frecuencia se debate la ineficacia instrumental de las leyes contra los crímenes de odio,⁷¹ el resultado más “exitoso” de estas leyes se puede constatar en dos órdenes: los cambios de actitud y de comportamiento de los oficiales de policía en algunas ciudades de los Estados Unidos,⁷² y el reconocimiento de las comunidades protegidas. Las leyes, en el primer caso, suponen para la fuerza pública la existencia de herramientas claras para identificar y reportar conductas violentas motivadas por prejuicio. Sin embargo, ésta no parece ser una situación generalizada. Así lo demuestra el impactante informe que Amnistía Internacional publicó en el 2005 sobre la violencia de la policía contra la comunidad LGBTQ en los Estados Unidos: “Stonewalled: Police Abuse and Misconduct Against Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People in the United States”.⁷³ En el segundo caso, hay una eficacia simbólica en el reconocimiento a los activistas y a las víctimas de las comunidades sobre la no tolerancia a la conducta violenta

⁷⁰ “Hate Crimes Statistics Act”, 1990, United States Code 28, Sec.534.

⁷¹ Ver James B. Jacobs y Kimberly Potter, *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, Oxford University Press, New York, 1998, p. 5.

⁷² Jack Levin y Jack McDevitt, *Hate Crimes Revisited: America's War against Those Who Are Different*, Westview Press, Boulder, 2002, capítulo 12, pp. 155-170. Ver también la nota de pie de página 13 en el mismo texto, pp. 242-244.

⁷³ Ver <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR511222005>.

motivada por prejuicio. Sin embargo, esta eficacia simbólica convive con niveles muy bajos de eficacia instrumental; es decir, en proporción a los informes de las organizaciones, los casos identificados, procesados y sentenciados bajo estas leyes son pocos.⁷⁴

Pregunta

¿Cuáles serían las ventajas y las desventajas de tener leyes con un alto valor simbólico pero con una baja eficacia instrumental?

Las tensiones que estas leyes representan se podrían sintetizar en tres puntos:

a. Tienen eficacia simbólica. Reconocen el valor de vidas que históricamente han sido vaciadas de humanidad, pero al hacerlo excluyen otras.⁷⁵

b. Su eficacia instrumental —identificación del crimen, procesos y sanciones— para reducir la violencia es dudosa, y, al reducir el castigo al del perpetrador individual, tienden a diluir el carácter social del prejuicio.

c. El Estado, a través de su sistema penal, aparece como defensor de la víctima frente a la injuria, y no es susceptible de crítica frente a la violencia que él mismo, ese Estado, ejerce.⁷⁶ Butler, en su texto “Violencia, duelo, política”,⁷⁷ señala cómo la vida humana adquiere un valor y un sentido estratificados, y cómo ese sentido se extiende bien sea al duelo público, por su pérdida, o bien a su total olvido, es decir, a su deshumanización. Así, anota:

La vida se cuida y se mantiene diferencialmente, y existen formas radicalmente diferentes de distribución de la vulnerabilidad física del hombre a lo largo del planeta [y

⁷⁴ El problema de la violencia no reportada fue confirmada en una comunicación personal por Mathew Foreman, quien en el momento de la entrevista se desempeñaba como director ejecutivo de la Empire State Pride Agenda (noviembre de 2002), y por Katie Doran, asesora especial de la Fiscalía General de la ciudad de Nueva York para los temas relacionados con la comunidad lesbiana, gay, bisexual, transgénero y *queer* (LGBTQ). Las entrevistas datan de noviembre del 2002 y mayo de 2003.

⁷⁵ Ver Judith Butler, “Violencia, duelo, política”, en *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Paidós, Buenos Aires, 2006, pp. 59-61.

⁷⁶ Ver Wendy Brown, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1995, p. 21; Judith Butler, *Lenguaje, poder e identidad*, Editorial Síntesis, Madrid, 1997, pp. 126-127.

⁷⁷ J. Butler, “Violencia, duelo, política”, *op. cit.*

en cada sociedad]. Ciertas vidas están altamente protegidas, y el atentado contra su santidad basta para movilizar la guerra. Otras vidas no gozan de un apoyo tan inmediato y furioso, y no se calificarán incluso como vidas que “valgan la pena”.⁷⁸

Cuando la violencia ataca vidas que “no valen la pena”, vidas que ya han sido negadas en el discurso, parecería no haber daño, porque, ¿cómo dañar lo que nunca “fue”, lo que ya estaba perdido de antemano?⁷⁹ No hay reconocimiento de pérdida alguna, no hay discurso ni duelo, es decir, la violencia contra las vidas “que no valen la pena” no se registra ni en la memoria colectiva, ni en los tribunales, ni en los periódicos, ni en las comunidades. Son puro silencio, su único registro es el de la banalidad. Queremos creer que uno de los argumentos a favor de las leyes contra los crímenes de odio es su intención de reconocer el valor de las vidas históricamente negadas, de nombrarlas y devolverles su humanidad. Pero el asunto revela toda su complejidad cuando hace evidente que la ley, por un lado reconoce, y por el otro y de forma simultánea, reifica la estratificación al seleccionar ciertas categorías, sobre otras, para otorgar su protección. Lawrence señala este problema en relación con los Estados que protegen unas categorías y excluyen otras:

[...] los Estados que excluyen la orientación sexual de sus leyes contra el crimen motivado por prejuicio (*bias*) están haciendo una declaración normativa sobre la naturaleza de la homosexualidad y el tratamiento de hombres *gay* y lesbianas [...] La no inclusión de la orientación sexual —o una inclusión precaria— implicaría que los hombres *gay* y las lesbianas no merecen la misma protección de las minorías raciales, religiosas o étnicas, y que la orientación sexual no es una fractura social tan seria como la raza, la religión y la etnia.⁸⁰

Nos gustaría agregar que otras categorías —la identidad de género, por ejemplo, y en ocasiones el género— tienen similar destino. Pero ésta no es la única contradicción a la que se enfrentan estas leyes. Como se vio, las clases protegidas representan categorías universales, no grupos particulares. Por un lado, la intención de los legisladores cuando aprueban leyes contra la violencia por prejuicio es dejar en claro que el Estado tiene un interés primordial —*compelling interest*— en proteger ciertos grupos históricamente subordinados,⁸¹

⁷⁸ *Ibid.*, p. 58.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 60.

⁸⁰ F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, *op. cit.*, p. 20. Traducción de la autora.

⁸¹ Ver la afirmación en “Michael Earl Dobbins v. State of Florida”, 1992, Corte de Apelaciones de la Florida, *Southern Reporter 2d*, vol. 605, p. 992.

pero, por otro, la obligación constitucional de dar protección igualitaria ante la ley y de asegurar una potencial inclusión futura de los grupos que se podrían subsumir en tales categorías, impide que se proteja a grupos particulares y hace que esa protección deba formularse como orientada a ciertas categorías en las que se perciben fracturas sociales.⁸² Esto significa, dicho de otro modo, que en lugar de proteger a los grupos minoritarios, se protegen las categorías que se consideran especialmente vulnerables —sospechosas—, como por ejemplo las de raza, religión, orientación sexual, género e identidad de género. Varios problemas que vale la pena mencionar se derivan de esto. Si se borran las diferencias históricas entre los grupos vulnerables, es posible que el daño que se quería reparar se intensifique, pues se actúa en un contexto que no es neutral sino cargado de estigmas previos. Por ejemplo, una noche cualquiera entra un hombre heterosexual a un bar frecuentado por lesbianas. Trata de invitar a una de las clientes a irse con él; ésta se niega, y le pide que se retire, a lo que el hombre se resiste entre burlas y lenguaje ofensivo. La clienta del bar se molesta y le contesta con rabia; la discusión alcanza los gritos; otras clientas intervienen y obligan al hombre a abandonar el lugar, lo empujan a la calle y le desocupan encima las canecas de basura del bar. Al caer, el hombre se golpea y se rompe una costilla. La policía acude, y el individuo acusa a las clientas del bar de asalto motivado por orientación sexual —la orientación heterosexual del individuo—. El policía procesa el caso, el gran jurado formula la acusación de asalto por odio (desde el año 2000 en Estados Unidos, por decisión de la Suprema Corte en “*Apprendi v. New Jersey*”,⁸³ sólo el gran jurado puede acusar de este tipo de crimen), y el juez aplica un incremento de la pena a su discreción y con el poder de dictar sentencia establecido por la ley.

Preguntas

1. ¿Qué elementos pueden ser necesarios para identificar un ataque por odio?
2. ¿Debe la ley proteger la “heterosexualidad” —una característica hegemónica— en las mismas condiciones en que debe proteger “la homosexualidad” —una característica por lo general vulnerable—?

⁸² F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, *op. cit.*, p. 20.

⁸³ “*Apprendi v. New Jersey*”, 2000, 530 U.S. 466.

El énfasis en la universalidad de las categorías que se protegen en un crimen determinado desconoce, además, lo que Kimberlé Crenshaw llama la interseccionalidad de las categorías. Esto es, el hecho de que todos ocupamos más de una línea de vulnerabilidad, y que cuando se opta por representar o proteger una en particular se invisibilizan otras, por lo general las más vulnerables. Es decir, que entre las vulnerabilidades reconocidas también hay grados. Por ejemplo, hablar de violencia a causa de la raza, supone que frente al conflicto es fácil determinar los límites entre los grupos,⁸⁴ es decir, que éstos son rígidos y definitivos y que, por ejemplo, sentirse o ser percibido como homosexual es algo claro y definitivo. Esto, como se señaló, desconoce el carácter poroso de las categorías,⁸⁵ y además contribuye a intensificar la violencia entre grupos porque se borra a los marginados entre los marginados. Un ejemplo notable de este peligro lo da Crenshaw cuando describe el trato que (no) reciben las mujeres negras en las leyes contra la discriminación. Sufren discriminación de género y discriminación de raza. En su experiencia cotidiana tienen que optar por ser mujeres y declinar su lucha racial, u optar por ser negras y declinar su lucha de género. Por lo general, son discriminadas en ambos registros, hostilizadas en sus propias identificaciones y doblemente invisibilizadas: el desconocimiento por la raza crea una relación hegemónica⁸⁶ en la que la protección se dirige a ciertas prácticas que subordinan o excluyen a los *hombres* negros; y el desconocimiento por el género crea una relación hegemónica en la que la protección se dirige a ciertas prácticas que discriminan o excluyen a las mujeres *blancas*.⁸⁷ La misma reflexión podría hacerse sobre las leyes contra los crímenes de odio por orientación sexual y por género. La primera es “tomada” por los hombres gay y la segunda es “tomada” por las mujeres heterosexuales, lo que tiende a invisibilizar la violencia contra las lesbianas, pues ésta tiene que subsumirse en una u otra sin ser nombrada en su particularidad.⁸⁸

⁸⁴ Ver Annjanette Rosga, “Policing the State”, *Georgetown Journal of Gender and the Law*, N° 1, 1999, pp. 145-171.

⁸⁵ I. M. Young, “The Scaling of Bodies and the Politics of Identity”, *op. cit.*, p. 146; M. M. Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁶ Ver Ernesto Laclau, *Emancipation(s)*, Verso, New York, 1996.

⁸⁷ K. Crenshaw, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color”, *op. cit.*

⁸⁸ M. M. Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*, *op. cit.*, capítulo V.

Pregunta

Butler afirma que

[...] quizás cometemos un error si entendemos la definición legal de quiénes somos como descripciones adecuadas de lo que somos [...] Cuando decimos “nosotros” no hacemos otra cosa que nombrar el problema [de ser siempre otra cosa distinta a lo nombrado]. No lo resolvemos.⁸⁹

Si la racionalidad de incluir categorías no es otra cosa que reconocer el valor de las vidas más vulnerables, y si no estamos todos incluidos —nuestras vulnerabilidades—, se colige entonces que no todos valemos lo mismo. Si, por otro lado, todos estamos incluidos, ¿para qué tener leyes contra los crímenes de odio con categorías protegidas? ¿No debería ser suficiente la legislación ordinaria? ¿Implica esto que la ley debe operar por “proximidad” ante la inestabilidad de las categorías, o simplemente evitarlas? ¿Qué diría al respecto el “test de igualdad”?

A pesar del valor simbólico de estas leyes, sus procesos de institucionalización, su objetivo de cambiar las prácticas culturales y sobre todo las prácticas del sistema criminal han develado fallas instrumentales de consideración. Esto es evidente en cuatro aspectos de su aplicación: a. inadecuado control de la discrecionalidad; b. muy bajos resultados procesales; c. aplicación selectiva de la ley; y d. brutalidad policial.⁹⁰

⁸⁹ J. Butler, “Violencia, duelo, política”, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁰ Ver T. Maroney, “The Struggle against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*, pp. 559-617. Aunque el texto de Maroney es la fuente principal, clasificaciones similares y muy enriquecedoras pueden consultarse en V. Jenness y R. Grattet, *Making Hate a Crime. From Social Movement to Law Enforcement*, *op. cit.*; Valerie Jenness y Kendal Broad, “Antiviolence Activism and the (In) Visibility of Gender in the Gay/Lesbian and Women’s Movements”, *Gender and Society*, vol. 8, 1994, pp. 402-423; J. B. Jacobs y K. Potter, *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, *op. cit.*; James B. Jacobs y Jessica Henry, “The Social Construction of Hate Crime Epidemic”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, 1996, pp. 366-384; Annjanette Rosga, “Bias Before the Law: The Rearticulation on Hate Crimes in Wisconsin v. Mitchell”, *Review of Law and Social Change*, vol. 25, N° 29, 1999, pp. 29-63; Annjanette Rosga, “Deadly Words: State Power and the Entanglement of Speech and Violence in Hate Crime”, *Law and Critique*, vol. 12, 2001, pp. 223-252.

a. Los esfuerzos políticos y legales del movimiento social contra los crímenes de odio en Estados Unidos se han dirigido a identificar e implementar estrategias de recopilación de datos y a afinar las definiciones para apoyar con herramientas concretas el desarrollo de los procesos legales y la emisión de fallos. Un objetivo concreto consiste en batallar contra los prejuicios internos en el sistema jurídico-penal mediante la implementación de mecanismos de control a la discrecionalidad.⁹¹ Tan promisorio como esto pueda parecer, el éxito de tal objetivo depende radicalmente de las ideologías políticas, de las percepciones sociales y de las experiencias particulares de los actores estatales. Por ejemplo los oficiales de policía, quienes en general son los primeros en entrar en contacto con los hechos, oponen varios tipos de resistencia cuando de identificar y clasificar los incidentes como crímenes de odio se trata. En primer lugar, porque, como lo señala Annjanette Rosga, “es difícil para ellos ver a las personas gay como víctimas legítimas y merecedoras de sus servicios”.⁹² En segundo lugar, según Maroney, porque “tienen incentivos poderosos para subestimar los crímenes por prejuicio”, entre ellos la necesidad de documentar de manera especial el hecho, reportarlo de inmediato a sus superiores y, sobre todo, aceptar que hay una cierta violencia “incómoda” que está en las calles y, sensible como suele ser la policía a la publicidad, verse expuestos a reconocer que “no todo está bajo control”.⁹³

b. Lo anterior tiene una relación directa con los bajos resultados procesales. El número de casos identificados por la policía como crímenes de odio y el número de éstos que llega a los tribunales —tipificados como tales, al menos— es asombrosamente bajo. Este hecho, sin embargo, contrasta con las estadísticas de las organizaciones no gubernamentales y del mismo FBI. Es decir, el número de procesos está lejos de reflejar lo que las estadísticas señalan. Por eso, aún si los casos superan las dificultades en las estaciones de policía, tienen que enfrentar las del sistema jurídico,⁹⁴ sobre todo a jueces y fiscales, empapados muchas veces en sus juicios e interpretaciones de los prejuicios de la sociedad en general. La reducida eficacia instrumental de las leyes ha conducido a sus opositores a afirmar “que los crímenes de odio rara vez son procesados y, por tanto, las leyes contra ellos casi nunca se utilizan”.⁹⁵

⁹¹ T. Maroney, “The Struggle against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*, pp. 599-600.

⁹² Annjanette Rosga, “Policing the State”, *op. cit.*, p. 145.

⁹³ T. Maroney, “The Struggle against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*, p. 600 (nota de pie de página 211).

⁹⁴ *Ibid.*, p. 603.

⁹⁵ J. B. Jacobs y K. Potter, *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, *op. cit.*, pp. 214-217.

c. La aplicación selectiva de la ley se deriva, en parte, de la miopía de jueces, fiscales y policías para identificar casos que no son paradigmáticos. Cuando las sociedades se enfrentan a casos trágicos que se han erigido en paradigmas, por ejemplo el asesinato de Mathew Sheppard como paradigma de la violencia contra los hombres gay, el de Brandon Teena de la violencia contra las personas transgeneristas, o el de James Byrd de la violencia racial, estos casos, por horrendos que sean, se pueden identificar fácilmente como crímenes de odio.⁹⁶ Cada uno de ellos se ajusta a la definición de un crimen simbólico cuyo único propósito es producir terror entre un grupo de individuos por ser lo que son. Otra es la historia de casos menos crudos, menos directos, es decir, de aquellos que exhiben una mezcla de motivos, por ejemplo, ganancia económica o venganza personal. La experiencia de Estados Unidos y la de muchos otros países muestra que la policía, los fiscales y los jueces tienden a eliminar estos casos de sus listas de crímenes motivados por prejuicio y a juzgarlos, por ejemplo, como hurto o crimen pasional. Tal supresión crea tensiones entre el sistema penal y las comunidades atacadas, pues si bien éstas perciben que los ataques de los que son objeto los motiva el odio, carecen del poder para categorizarlos. Maroney lo precisa: “[...] el sistema penal es el que tiene el poder definitivo para nombrar o procesar un crimen como motivado por prejuicio, son la policía y los fiscales —no las comunidades bajo ataque— los que definen tales crímenes”.⁹⁷

Es posible afirmar entonces que la aplicación selectiva de la ley se origina, en parte, en la influencia que ejercen los prejuicios en los actores estatales involucrados. Uno incluso podría pensar que hay una percepción social, compartida por muchos actores estatales, de que los miembros de las comunidades minoritarias tienden a ser agentes del crimen o causa de su propia victimización —ejemplo

⁹⁶ Mathew Sheppard fue atacado la noche del 7 de octubre de 1998 en Laramie, Wyoming, por dos hombres, compañeros suyos en la universidad, a quienes encontró en un bar y quienes ofrecieron llevarlo a su casa. Los dos hombres lo robaron, lo golpearon brutalmente y lo ataron inconciente a una verja de alambre. Mathew murió el 12 de octubre a consecuencia de las lesiones cerebrales que los golpes le produjeron. Brandon Teena fue un transgenerista asesinado la noche del 31 de diciembre de 1993, en Falls City, Nebraska, por dos hombres de su círculo de amigos que lo habían violado y agredido dos semanas antes, luego de descubrir que su anatomía era femenina, y a quienes él denunció ante la policía. Tras enterarse de las denuncias sus atacantes lo buscaron y asesinaron, junto a las otras personas que se encontraban con él en el lugar donde sucedieron los hechos. James Byrd, un hombre negro de 49 años, fue asesinado el 7 de junio de 1998, en Jaspers, Texas, por tres hombres blancos que ofrecieron llevarlo a su casa. Los tres hombres lo golpearon, lo ataron con cadenas a la parte trasera de su camioneta y lo arrastraron a lo largo de tres millas. No se tiene información sobre si James estaba vivo o muerto en el momento en que fue atado a la camioneta. Su cuerpo fue abandonado por los atacantes en el terreno del cementerio segregado de la población.

⁹⁷ T. Maroney, “The Struggle against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*, p. 605. Traducción de la autora

de esto es la estigmatización de los jóvenes afroamericanos o de las personas transgeneristas en los Estados Unidos—. En esos casos, la discrecionalidad en manos de agentes estatales prejuiciados o insensibles se puede manifestar en el uso desproporcionado de las leyes en contra de los miembros de los grupos históricamente subordinados.⁹⁸

d. Aunque cada uno de los puntos señalados representa un obstáculo para la eficacia instrumental de las leyes en cuestión, y generan ansiedad frente a la pertinencia del sistema penal para liderar cambios, ninguno de ellos es tan determinante y contraproducente para la lucha por la reducción de la violencia por prejuicio, y en especial por prejuicio sexual, como la brutalidad policial. Los sociólogos Jack Levin y Jack McDewitt comentan:

[...] la policía ha sido por tradición un agente de primer orden en la violación de derechos civiles de las víctimas gay y lésbicas [...] Estas víctimas han sido para la policía las más difíciles de entender. Posiblemente esto sucede por el estereotipo del hombre gay como la antítesis de la imagen de macho que muchos oficiales de policía proyectan.⁹⁹

Los procesos de adaptación de las demandas sociales a las estructuras institucionales obligan, hasta cierto punto, a absorber los prejuicios que han alimentado históricamente al sistema penal, es decir, a absorber sin mucha crítica los patrones culturales imperantes en la sociedad. Por eso la brutalidad policial ataca de manera especial a ciertas minorías —género, raza, identidad de género y orientación sexual—, y hace realidad lo que se conoce como “victimización secundaria”. Este tipo de violencia consiste en la producción de traumas adicionales en víctimas de la violencia, y es el resultado de abusos experimentados por las víctimas cuando deciden declarar, acusar y, en ocasiones, llegar hasta los tribunales y enfrentarse con los prejuicios de los funcionarios del Estado: policía, fiscales, médicos, trabajadores sociales y jueces.¹⁰⁰ En ese sentido, la victimización secundaria agudiza la percepción de ciertos grupos de estar “siempre en riesgo” de ser víctimas de ataques violentos.

En contraste, y en cierta forma como complemento de lo anterior, bien vale la pena tener en cuenta que la mayoría de los crímenes por prejuicio no son co-

⁹⁸ *Ibid.*, p. 607.

⁹⁹ J. Levin y J. McDewitt, *Hate Crimes Revisited: America's War Against Those Who Are Different*, *op. cit.*, p. 196. Traducción de la autora.

¹⁰⁰ V. Jenness y K. Broad, *Hate Crimes, New Social Movements and the Politics of Violence*, Walter Gruyter, Inc, New York, 1997, p. 26. V. Jenness y R. Grattet, *Making Hate a Crime. From Social Movement to Law Enforcement*, *op. cit.*, p. 27; T. Maroney, “The Struggle Against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*, pp. 574-575.

metidos por grupos organizados.¹⁰¹ La mayoría de estos crímenes los cometen ciudadanos comunes. Sin embargo, es habitual encontrar que la mayoría de los perpetradores de este tipo de violencia actúan con la convicción de que están haciendo el trabajo que el Estado ha fallado en realizar. Esta dinámica repite lo que he dado en llamar la lógica del paramilitarismo.¹⁰²

Cuestiones a debatir

A partir de lo anterior señalamos, por un lado, que algunos de los funcionarios del Estado, y en especial del sistema penal, se erigen en perpetradores por omisión o porque toman decisiones prejuiciosas. Ésta parece ser una situación también común en Latinoamérica. Así por ejemplo, se expresa un juez de segunda instancia sobre el contexto del asesinato de un hombre en Ibagué, Colombia:

F.O.G., de cuarenta y cinco años de edad, soltero, reconocido dentro del círculo de amigos y del vecindario como homosexual de carácter activo generalmente, residía en la casa de habitación ubicada en [...] y dormía en una alcoba con salida hacia la calle, en donde con frecuencia era visitado por jóvenes de su misma tendencia y viciosos a estupefacientes [...]¹⁰³

La declaración que sigue sirve también de muestra. Ocurre en Ecuador, donde si bien la Constitución protege ante la ley, de manera explícita, el derecho de igualdad de la orientación sexual (artículo 23, 3), en este caso el Tribunal Constitucional elimina la homosexualidad como crimen, pero defendiendo la heterosexualidad como norma y dándole a la homosexualidad el trato de “disfunción”. Así lo señala Silvana Sánchez Pinto, coordinadora de CLADEM-Ecuador, en una carta que dirige a la Defensoría del Pueblo de ese país:

El Tribunal de Garantías Constitucionales, actualmente Tribunal Constitucional, mediante resolución de 25 de noviembre de 1997, declaró inconstitucional el primer inciso del [artículo] 516 del Código penal, que tipificaba como delito la homosexualidad. El argumento utilizado por el Tribunal para resolver, revela su anclaje en el estereotipo de que el patrón de normalidad es la heterosexualidad, al señalar que: “No se ha definido si la conducta homosexual es una conducta desviada o se produce

¹⁰¹ Glaad, Today (NBC), *Intolerance. Panel Discussion* (videocasete), 2003.

¹⁰² M. M. Gómez, “Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar”, *op. cit.*

¹⁰³ Transcripción que hace la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sala de Casación Penal, de la presentación de los hechos por un juez de segunda instancia (Tribunal Superior de Ibagué). Ver Acta N° 20 del 15 de febrero de 2000.

por acción de los genes del individuo, más bien la teoría médica se inclina por definir que se trata de una disfunción o hiperfunción del sistema endócrino, que determina que esta conducta anormal debe ser objeto de tratamiento médico [...] antes que objeto de sanción penal”.¹⁰⁴

Por otro lado, los perpetradores “sienten” que están en su derecho de defenderse porque el Estado no los protege:

Se usa la expresión “limpieza social” para designar el frecuente y en ocasiones sistemático asesinato de individuos que pertenecen a aquellos grupos denominados por la sociedad colombiana como ‘desechables’: gamines, pordioseros, prostitutas, homosexuales y travestís, ladronzuelos y drogadictos. Los victimarios señalan la ineficiencia del sistema judicial y juegan con la ansiedad y el temor por la seguridad pública, para justificar sus acciones como actos de protección de la sociedad.¹⁰⁵

[...] miembros de grupos de odio han extendido el significado del término “defensa” hasta incluir comportamientos agresivos y el ataque a víctimas inocentes. En un ejemplar reciente de su periódico WAR, por ejemplo, Tom Metzger afirma: “Tenemos todo el derecho de usar la fuerza en defensa propia, en revancha y como prevención contra aquellos que abiertamente amenazan nuestra libertad”.¹⁰⁶

Ahora bien, el interés original del movimiento contra los crímenes de odio en los Estados Unidos era defender a los grupos históricamente subordinados

¹⁰⁴ Carta de Sánchez Pinto a Rosario Utreras, Directora Nacional de Defensa de los Derechos de las Mujeres, la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo del Ecuador. Quito, 8 de junio de 2005.

¹⁰⁵ The International Gay and Lesbian Association, “*Cleaning up the streets*”: *Human Rights Violations in Colombia & Honduras, Report*, 1996 (traducción del autor). Ver, también, Juan Pablo Ordóñez, *Ningún ser humano es desechable: limpieza social, derechos humanos y orientación sexual en Colombia*, Comité de Derechos Humanos de Colombia, Comisión Internacional de Derechos Humanos de Gays y Lesbianas y Proyecto Dignidad por los Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, 1995.

¹⁰⁶ Tom Metzger, y su hijo John Metzger, lideran en Estados Unidos un grupo de supremacía blanca (White Aryan Resistance —WAR—). Metzger presenta un programa de cable, tiene un periódico y una línea de emergencia en Washington D.C. Entre otras cosas, ejerció en la década del setenta como Gran Dragón de los Caballeros del Ku Klux Klan por California, y en 1980 ganó la nominación demócrata por California a la Cámara de Representantes. Posteriormente, cuando se postuló para el Senado, perdió. Fue encontrado responsable —intelectual— del asesinato, a manos de tres cabezas rapadas locales, del inmigrante etíope Mulugeta Seraw, en Portland, Oregon, y tuvo que pagar millones de dólares en reparaciones civiles. Citado por J. Levin y J. McDevitt, *Hate Crimes Revisited: America's War against Those Who Are Different*, *op. cit.*, p. 101. Traducción de la autora.

del poder del Estado y de agentes violentos estatales y no estatales. Han logrado la aprobación de tres leyes federales, que incluyen la elaboración de estadísticas y la distribución de recursos, entre otras cosas, y han impulsado leyes en todos los estados —excepto Wyoming— que contemplan desde el aumento de penas a la creación de nuevas leyes.¹⁰⁷ Además de lo anterior, los defensores de estas leyes esperaban otros beneficios: alertar a la policía, fiscales y jueces sobre este tipo de crimen, y aumentar los recursos para combatirlo; pero, ante todo, hacer claridad y propiciar en el sistema penal la disposición necesaria para enfrentar las formas de violencia particulares que aquejan a las minorías. De manera muy kelseniana se podría pensar, así, que la eficacia de las leyes contra los crímenes de odio consistiría en transformar la fuerza policial y a los funcionarios judiciales, antes que a los perpetradores. En ese sentido, las leyes no han sido muy eficaces; y los debates sobre ellas se han concentrado más en cómo afinar su eficacia instrumental que en determinar y revisar las transformaciones sociales y culturales que podrían contribuir a la reducción de esa violencia.

La mayoría de las leyes contra los crímenes de odio operan mediante un aumento de la sanción, es decir, desde una perspectiva retributiva de la pena. Desde este punto de vista, el ofensor individual tiene que pagar por su crimen de una forma adecuada y proporcional. Pero el dilema que surge y que se enfrenta entonces es que cuando las políticas contra los crímenes de odio se reducen o privilegian el camino jurídico-penal, individualizan el problema y desconocen que la violencia por prejuicio no existe sin una base cultural, social, legal y política que la alimenta y fortalece. Tratar de solucionar el problema aumentando las penas podría leerse como un recurso facilista para dilatar la urgencia de transformar los patrones existentes y dejar intactos los prejuicios que los nutren, haciendo además de los perpetradores individuales los chivos expiatorios de la intolerancia general. En términos de Butler, “cuando el discurso político se ve reducido por completo al discurso jurídico, el significado de la oposición política corre el riesgo de quedar reducido al acto de la persecución judicial”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Ver <http://www.adl.com>.

¹⁰⁸ J. Butler, *Lenguaje, poder e identidad*, *op. cit.*, p. 90. El contexto del argumento de Butler se refiere a la prohibición legal de los discursos del odio y no propiamente a las leyes contra la conducta violenta motivada por prejuicio, pero creo que la fuerza de su crítica hace que se extienda a éstas. La referencia es parcial, pues el argumento de Butler es mucho más amplio y sugerente: apunta a mostrar el carácter creador y transformador del lenguaje jurídico y la forma como éste produce sus sujetos; pone en evidencia la necesidad de cuestionar la neutralidad del Estado en la aplicación de la ley, y el desplazamiento que hacen los Estados modernos del daño hecho por ellos —los Estados— al daño hecho por el ciudadano y las instituciones no estatales. Una justificación de tal desplazamiento, afirma Butler, exige “superar las restricciones que impone la doctrina de la acción estatal”. *Ibid.*, p. 86.

¿Y qué habría que decir cuando el Estado es, él mismo, un reproductor de la violencia? Cuando el problema de la violencia por prejuicio se reduce a la persecución jurídica, se está suponiendo que el Estado, a través de su sistema penal, es “un instrumento neutral de aplicación de la ley”.¹⁰⁹ Pero el discurso estatal —el de sus distintos agentes, el de sus omisiones y afirmaciones— tiene el poder de hacer daño,¹¹⁰ por ejemplo, con la violencia de la interpretación legal: “cuando el juez interpreta, utilizando el concepto de castigo, también actúa —a través de otros— para dominar, herir, dejar indefenso, o incluso matar al prisionero”.¹¹¹ Asimismo, las palabras u omisiones de la ley contribuyen a generar un contexto que, directa o indirectamente, propicia la violencia por prejuicio. Recordemos que el poder creador y transformador del lenguaje —“performativo”, en términos de J. L. Austin—,¹¹² es decir, su capacidad de generar cambios de actitud o de intervenir activamente en el orden de las cosas, necesita un contexto que le otorgue sentido. Así, los gestos violentos sólo pueden llegar a ser ejemplares para ciertos grupos si el contexto es perjudicado de antemano. Por ejemplo, para que la violencia por homofobia sea tal, requiere un contexto homofóbico previo que le dé su significado particular y lo reproduzca. El derecho no es ajeno a la construcción de estos contextos, sus palabras o sus silencios son poderosos. Por eso la presuposición de que el Estado es neutral se vuelve polémica: localiza el poder del daño en los individuos y agentes no estatales, y, en tanto “desplaza el acento del daño hecho por el Estado al daño hecho por el ciudadano y por las instituciones no estatales contra los ciudadanos [...] produce una reevaluación de la cuestión de cómo el poder opera en y a través del discurso”.¹¹³

En el mismo orden de ideas, y en relación con la producción de identidades a través del discurso legal, cuando el Estado decide qué categorías proteger, es decir, cuando indirectamente apoya las identidades políticas, no sólo produce un gesto de “protección” sino que también crea sus “víctimas” y, al buscar soluciones en el registro jurídico, sobre todo en el derecho penal, ofrece una prueba de su impotencia para controlar el daño social.¹¹⁴

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 86.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 85. Butler cita a Robert Cover, “Violence and the Word”, *96 Yale Law Journal*, 1986, pp. 1595-1601.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² Ver J. L. Austin, *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1975.

¹¹³ J. Butler, *Lenguaje, poder e identidad*, *op. cit.*, p. 85.

¹¹⁴ W. Brown, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, p. 21; A. Rosga, “Policing the State”, *op. cit.*

El argumento sobre el papel del Estado remite a la necesidad del debate sobre la responsabilidad de la ofensa, dicho de otro modo, remite a la pregunta de cómo produce el derecho sus sujetos.¹¹⁵

III. LEGISLACIÓN CONTRA LA VIOLENCIA POR PREJUICIO SEXUAL. ESTADO ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS LGBTQ EN AMÉRICA LATINA

El discurso contra la violencia por homofobia en América Latina está enmarcado en la defensa de los derechos humanos. Por lo tanto, no remite exclusivamente a los agentes e instituciones no estatales, sino en primer término a quienes ostentan el uso privativo de la fuerza. La mayoría de los países que presentan reportes anuales lo hacen en nombre y en defensa de los derechos humanos de las comunidades LGBTQ. Sería pertinente preguntar si el discurso legal antihomofóbico se enmarca en los discursos sobre DDHH porque no existe una legislación particular sobre este tipo de violencia o porque se ha tomado la decisión estratégica de inscribir este tipo de violencia dentro de las conductas que vulneran directamente los derechos fundamentales consagrados en las constituciones políticas y en los convenios internacionales. En Estados Unidos, en cambio, los grupos LGBTQ han luchado con énfasis en la promoción de leyes federales y estatales contra los crímenes de odio. En el derecho penal, estas leyes funcionan en forma paralela a como en el derecho civil lo hacen las leyes contra la discriminación.¹¹⁶ Ese paralelo ofrece un motivo para debatir si, cuando en el ámbito latinoamericano existen las leyes contra la discriminación, e incluyen apartes sobre violencia física y protegen ciertas categorías, no se corre el riesgo de sufrir problemas similares a los que enfrentan las leyes contra los crímenes de odio en Estados Unidos.

Insisto en la necesidad de cuestionar y debatir la conveniencia de implementar leyes contra los crímenes de odio: en la mayoría de los casos, los derechos fundamentales consagrados en las constituciones, el sistema penal de los países y los convenios internacionales son herramientas suficientes para mirar estos casos; no parece necesario recurrir a legislaciones nuevas.

En este aparte haré un recuento del desarrollo y estado actual de la legislación contra la violencia por prejuicio sexual en América Latina. Empezaré con la presentación de la legislación existente y sus fuentes, y seguiré luego con una breve síntesis de lo más relevante que sobre este tipo de violencia han consignado

¹¹⁵ Para una discusión al respecto, consultar capítulo 1, “Actos ardientes y lenguaje ofensivo”, y capítulo 2, “Performativos soberanos”, en J. Butler, *Lenguaje, poder e identidad*, *op. cit.*

¹¹⁶ M. M. Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, pp. 37-55.

los reportes de derechos humanos elaborados por algunos de los movimientos sociales LGBTQ de la región.

A. LEGISLACIÓN¹¹⁷

Las legislaciones latinoamericanas que protegen los derechos de la población LGBTQ son de dos tipos: las leyes antidiscriminación y la inclusión en éstas de la categoría de “orientación sexual” o de “identidad de género” como espacios de posible vulnerabilidad de los sujetos, y las leyes que explícitamente legislan sobre la violencia por orientación sexual. Ahora bien, además de la defensa de la población LGBTQ por medio de leyes incluidas en los códigos, hay casos en los que las constituciones, ya sean nacionales, federales o estatales, contemplan cláusulas de no discriminación. A continuación presentaré los países latinoamericanos que tienen algún tipo de legislación contra la violencia por prejuicio sexual o contra la discriminación por orientación sexual o identidad de género e incluyen violencia en sus apartes.

Países que cuentan con leyes contra los crímenes de odio

Uruguay

Uruguay es el único país de la región que tipifica la violencia por odio con penas determinadas y que protege las categorías de orientación e identidad sexual. El marco legislativo del país contempla dos leyes sobre el tema: la ley N° 17677, artículo 1: artículo 149 bis del 6 agosto del 2003: “Incitación al odio, desprecio o violencia o comisión de estos actos contra determinadas personas”. Esta ley modifica el artículo 149 bis de 1989 del Código penal, y establece pena privativa de la libertad de tres a dieciocho meses a quienes *inciten mediante cualquier medio público* a la violencia o al desprecio por odio y protege, entre otras, las categorías de orientación e identidad sexual. El artículo 2 de esta ley sustituye al 149 ter de 1989 por el 149 ter de 2003, y castiga los *actos de violencia moral o física* de odio o de desprecio con seis a veinticuatro meses de prisión. Las categorías de orientación sexual e identidad sexual son protegidas: la ley N° 17817 de 2004 *Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación* como un ámbito

¹¹⁷ Documentos muy útiles dedicados a identificar el estado de la legislación relevante para las comunidades LGBTQ, y elaborados por la Internacional Lesbian and Gay Association (ILGA), son: Daniel Ottosson, comp., *LGBT World Legal Wrap up Survey*, Internacional Lesbian and Gay Association (ILGA), noviembre de 2006, y World Legal Survey, *Laws Prohibiting Discrimination Based on Sexual Orientation*, 2002. Disponibles en <http://www.ilga.org>.

de especial interés para el Estado, y por lo tanto legisla sobre mecanismos para llevar a cabo esta lucha.¹¹⁸

*Países que cuentan con leyes contra la discriminación*¹¹⁹

Perú

En diciembre del 2004 entró en vigencia la reforma al Código de procedimiento constitucional, reforma que reconoce el derecho a la no discriminación por orientación sexual, y que hace exigible la no discriminación mediante el recurso de amparo. El 31 de mayo del 2007, el movimiento LGBTQ peruano logró que el Partido Nacionalista Peruano (PNP), en su totalidad, apoyara y acogiera el anteproyecto de ley de no discriminación por orientación sexual e identidad de género. Aunque existe un Plan Nacional de Derechos Humanos para la defensa de las poblaciones LGBTQ, hasta la fecha, según los activistas, no se ha implementado. Por esta razón, las expectativas que ha generado esta iniciativa legislativa, que no sólo incluye la protección de la orientación sexual, sino también la de la identidad de género, son muy altas.¹²⁰

Además, el Código procesal constitucional peruano crea ciertos espacios de legitimación del debido proceso. Mediante la ley 28237 de 2004, título III, capítulo I, artículo 37, establece el derecho a la no discriminación e incluye la categoría de orientación sexual.¹²¹

¹¹⁸ Para tener acceso a las leyes, ver:

<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17677&Anchor>.

<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17817&Anchor>.

¹¹⁹ Brasil, con una sólida tradición de lucha contra este tipo de violencia, es, tristemente, el país de la región que registra el mayor número de ataques homofóbicos declarados. Le sigue México. No sabría decir si esta situación obedece, aparte de la contundente realidad de los eventos, a la conciencia de las víctimas sobre la necesidad de denunciar los ataques y a la publicidad de los activistas en las comunidades para generar solidaridad, grupos de apoyo y presión sobre la sociedad civil y el Estado para que actúen. En todo caso, y frente a otros temas de la legislación LGBTQ, algunas regiones de Brasil tienen leyes que reconocen las uniones civiles entre personas del mismo sexo, y otras regiones tienen leyes que garantizan ciertos beneficios a las uniones aunque no acepten el registro de la relación. En algunas de sus constituciones estatales (Segirpe y Mato Grosso) se incluye la orientación sexual como categoría protegida contra la discriminación.

Para un informe detallado sobre la situación legislativa y de violencia por prejuicio sexual en Brasil, ver S. Carrara y A. Vianna et al., *Lethal Violence against Homosexuals in Rio de Janeiro City: General Characteristics*, 2001. Disponible en <http://www.clam.org.br/pdf/lethalviolence.pdf>.

¹²⁰ La nota de prensa sobre el anteproyecto de ley está disponible en <http://www.clam.or.br>. Fue publicada el 29 de mayo del 2007.

¹²¹ El Código procesal constitucional está disponible en <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/PERU/CPC.PDF>.

México

Este país cuenta con dos documentos de marcada relevancia en la creación del delito de discriminación. Por una parte, el Código penal para el Distrito Federal, de Ciudad de México, establece en su título décimo, capítulo único, artículo 206, que la discriminación será castigada con pena privativa de la libertad y con multa o trabajo cívico. La orientación sexual está contemplada como categoría protegida, y el que “provoque o incite al odio o a la violencia” es castigado.¹²²

Por otra parte, existe la Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación —del 11 de junio del 2003—. Esta ley contempla mecanismos para la lucha efectiva contra la discriminación en una gran variedad de ámbitos. En su capítulo 1, “Disposiciones generales”, artículo 4, se establece para efectos de la ley la definición del concepto de discriminación; las “preferencias sexuales de las personas” es una de las categorías que esta ley protege.¹²³

Costa Rica

Costa Rica es un caso especial, pues su legislación contra la discriminación se encuentra enmarcada dentro de la ley general sobre VIH/SIDA (ley N° 7771). En el capítulo III de esta ley, la discriminación está contemplada como una contravención. Las penas van de veinte a sesenta días, multa o inhabilitación. La noción de discriminación sólo se establece en el contexto de la enfermedad, como determinante dominante. De esta manera, otros espacios de violación del derecho a la no discriminación pueden ser fácilmente excluidos de la aplicación de la ley.¹²⁴

Países que cuentan con artículos que legitiman la orientación sexual como categoría dentro del derecho a la igualdad

Argentina

La Constitución autónoma de la ciudad de Buenos Aires¹²⁵ incluye la categoría de orientación sexual bajo el derecho a la idéntica dignidad e igualdad ante la ley. La Constitución, en su Libro primero, Título primero, artículo 11, garantiza el derecho a ser diferente y a no ser discriminado por razones, entre otras,

¹²² El Código penal del Distrito Federal está disponible en <http://www.paot.org.mx/centro/codigos/df/pdf/cpdfn.pdf>.

¹²³ La ley federal está disponible en <http://www.consejomexicano.org.mx/documents/lfis.pdf>.

¹²⁴ La Ley general del VIH/SIDA está disponible en http://www.laccaso.org/pdfs/Rep_CostaRica.pdf.
http://www.pasca.org/cd/pasca/Dialogo/cr_ley.pdf.

¹²⁵ La Constitución de la ciudad de Buenos Aires está disponible en http://www.legislatura.gov.ar/1legisla/constcba.htm#_Toc405121810.

de orientación sexual. Además, mediante el decreto 1086 del 2005, Argentina aprobó el documento “Hacia un plan nacional contra la discriminación: la discriminación en Argentina, diagnóstico y propuestas”, en el que se afirma la necesidad de que el Estado tome medidas preventivas contra la violencia homofóbica.¹²⁶ Sin embargo, las leyes federales argentinas prohíben, por ejemplo, la participación en el ejército de personas que expresen abiertamente su pertenencia a las comunidades LGBTQ.¹²⁷

Ecuador

Ecuador contempla en su Constitución Nacional —capítulo 2: “De los derechos civiles”, artículo 23, numeral 3— la igualdad ante la ley, y consagra la orientación sexual como una categoría protegida.¹²⁸

Chile

En Chile no hay una ley contra la discriminación, aunque existe un proyecto de ley del 2006 que incluye la orientación sexual. Ni la Constitución ni el Código penal contemplan categorías protegidas. La Constitución política de 1980 —capítulo III, artículo 19, numeral 2— estipula la igualdad ante la ley, y sostiene que “En Chile no hay personas ni grupos privilegiados”. En Chile,¹²⁹ la edad de consenso para la formalización de relaciones entre personas del mismo sexo es mayor que la que el país exige en las relaciones heterosexuales.¹³⁰

Colombia

En Colombia no hay leyes específicas en contra de la discriminación. El reconocimiento de los derechos de las personas LGBTQ se ha logrado especialmente a través de tutelas y mediante sentencias de constitucionalidad que ha expedido la Corte Constitucional. Así, el artículo 13 de la Constitución y su interpretación constitucional equiparan “orientación sexual” y “sexo”, y varias sentencias de tutela aportan jurisprudencia. Además, existe la siguiente legislación:¹³¹

¹²⁶ “Se registra también la falta de medidas preventivas por parte del Estado cuando hay amenazas de muerte o llamados a la violencia homofóbica por parte de sectores conservadores.” En *Hacia un plan nacional contra la discriminación*, INADI, Buenos Aires, 2005, p. 168.

¹²⁷ D. Ottosson, comp., *LGBT World Legal Wrap Up Survey*, op. cit.

¹²⁸ La Constitución nacional de Ecuador se puede consultar en <http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/titulo03.html>.

¹²⁹ Ver la Constitución de Chile en http://www.gobiernodechile.cl/constitucion/constitucion_politica.pdf.

¹³⁰ D. Ottosson (comp.), *LGBT World Legal Wrap Up Survey*, op. cit.

¹³¹ Esta recopilación fue hecha por Mauricio Albarracín, del Proyecto Colombia Diversa, en “Balance sobre violencia por homofobia en Colombia”, documento preparado para el Seminario

a. Artículo 58. Circunstancias de mayor punibilidad. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

b. [...] la ejecución de la conducta punible está inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión o las creencias, sexo u orientación sexual o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima.

c. Agravante especial del delito de desaparición forzada de personas. Código penal, artículo 268-B.

d. 4. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia.

e. El Concejo de la ciudad de Medellín, en junio del 2006, aprobó un acuerdo por el cual se crea “la política pública para la prevención y atención de las violencias sexuales que afectan a la ciudadanía, principalmente a mujeres, niñas y niños en la ciudad”. Las personas LGBT están incluidas entre los destinatarios de la política.

f. El Código de Policía de la ciudad de Bogotá contempla normas que fomentan el respeto por la orientación sexual de las personas. Impulsa además campañas educativas con miras a inculcar tolerancia y respeto por las personas LGBT.¹³²

Nicaragua

En Nicaragua la homosexualidad es considerada un delito. El Código penal nicaragüense —capítulo IX, artículo 204— prevé penas de entre uno y tres años para aquellos que cometan el delito de sodomía.

Internacional sobre Violencia por Homofobia, Universidad de los Andes, Bogotá, abril del 2007.

¹³² Para una revisión muy completa de la legislación relevante para las comunidades LGBT en Colombia, ver: “Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia”, Proyecto Colombia Diversa, Bogotá, 2005, disponible en <http://www.colombiadiversa.org>. El Código penal colombiano está disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal.html>, y la Constitución política de Colombia en http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/CONS_P91.HTM.

B. INFORMES DE DERECHOS HUMANOS LGBTQ EN ARGENTINA, CHILE, COLOMBIA, MÉXICO Y PERÚ

A continuación haré una breve presentación de los informes de derechos humanos en cinco países de América Latina. Todos aclaran que las estadísticas sobre violencia por homofobia pueden estar por debajo del nivel real, pues tanto los investigadores sobre violencia, como los medios, la policía e incluso las familias tienden a desconocer que estos actos violentos son motivados por homofobia. El propósito de este aparte es familiarizar a los interesados con el trabajo de las organizaciones y señalar fuentes para futuras investigaciones.

Argentina

El informe sobre derechos humanos de la comunidad LGBTQ en Argentina lo hace la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) desde 1998. Registra casos específicos de violación de derechos humanos, se concentra en homicidios y detenciones ilegales, así como en los avances sobre la visualización pública de este tipo de acciones y sobre la legislación en beneficio de la comunidad LGBTQ.

El primero de estos informes hace un recuento histórico de los casos de asesinatos por homofobia ocurridos desde principios de la década del ochenta. Se relacionan diecisiete asesinatos durante la dictadura militar, y además plantea la desaparición de cuatrocientas personas LGBTQ. El informe, además, registra 57 casos de asesinatos por homofobia entre los años 1990 y 1998. CHA produce un informe por año. El de 1999 da cuenta de siete casos de asesinatos por homofobia, el del 2000 registra cuatro casos, y el del 2001 tres. El informe del año 2002 documenta cinco casos de asesinatos de personas LGBTQ. Los diferentes informes documentan los casos a partir de noticias periodísticas, y aclaran que han de ser muchos los que no son reportados como crímenes de este tipo. Los informes no hacen seguimiento especial a la situación judicial de cada uno de los casos.¹³³

Chile

Un grupo variado de investigación del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) se ha encargado en los últimos cinco años de producir un informe anual sobre la situación de los derechos humanos de las minorías sexuales en Chile. Estos informes analizan la situación en materia de derechos humanos de la comunidad LGBTQ, y hacen el seguimiento de los casos de viola-

¹³³ Estos informes están disponibles en <http://www.cha.org.ar>.

ción de estos derechos y de casos representativos. El más reciente, del año 2006, publicado en febrero del 2007, hace un balance especial de la tendencia histórica que desde el primero de sus informes presentan los casos de discriminación por orientación sexual. Toman como casos de discriminación por orientación sexual desde episodios de discriminación en actividades culturales, políticas y sociales, hasta homicidios motivados por homofobia —por supuesto hacen la distinción pertinente—. MOVILH analiza y denuncia las circunstancias de los casos, y hace seguimiento al proceso judicial.

El informe del año 2002 se concentró, primordialmente, en las acciones de discriminación contra las personas LGBTQ. Ese año se reportaron 48 casos, entre ellos cinco homicidios, dos amenazas de muerte y catorce acciones violentas. En el año 2003 hubo un incremento notable frente al 2002: de 48 casos se pasó a 66. Aunque no se registró ningún caso de homicidio por homofobia, se reportaron doce casos de violencia física contra personas LGBTQ, cuatro de los cuales fueron cometidos por las fuerzas del Estado y ocho por civiles. En el 2004, según el informe, los casos de violación de derechos humanos volvieron a descender. Se registraron 46 casos, entre los cuales hubo dos de asesinato por homofobia, dos de acciones físicas violentas perpetradas por civiles y uno de acción física violenta a manos de miembros de las fuerzas del Estado. En el 2005 se reportaron 58 casos: ningún homicidio, pero en cambio, sí, nueve actos de violencia física todos cometidos por civiles.

El balance del año 2006, en materia de discriminación de la comunidad LGBTQ chilena, fue positivo: de los 58 casos de discriminación de todo tipo en el año 2005, se pasó a 49. De éstos, catorce fueron de violencia física. El informe hace un seguimiento especial a cada uno de los casos. En el 2006 se registraron dos casos de homicidio, uno por homofobia y otro por transfobia,¹³⁴ y doce casos de violencia física contra personas LGBTQ, de los cuales nueve fueron perpetrados por civiles y tres por miembros de las fuerzas del Estado.

El MOVILH, por otra parte, ha hecho avances notables en el campo jurídico y social: la despenalización de la sodomía en 1998, la reapertura del caso del incendio de la discoteca Divine en el 2003, la eliminación de las restricciones que recaían sobre los gays para donar sangre en los bancos públicos (2003), el triunfo del periódico *OpusGay* en una demanda entablada por la Prelatura del Opus Dei en el 2004, y la firma del gobierno chileno, en las Naciones Unidas, de una resolución que condena los crímenes por homofobia en el 2004.¹³⁵

¹³⁴ Esta distinción la hace el propio informe.

¹³⁵ Los informes de MOVILH se pueden consultar en <http://www.movilh.cl>.

Colombia

La ONG Colombia Diversa ha abanderado la defensa de los derechos de las personas LGBTQ en el país. Ha presentado dos reportes: “Voces excluidas” (2005), una revisión del sistema legal colombiano y de su relación con los derechos humanos de estas comunidades, y “Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia en 2005” (2006), el primer informe de esta índole en el país. Este último hace una caracterización especial de los casos de violencia: entiende por ésta todas las manifestaciones de violencia física y moral contra la población LGBTQ en razón de su orientación sexual o identidad de género. El informe revisa los actos de violencia en tres dimensiones: el homicidio, la violencia por intolerancia y la violencia homofóbica en las fuerzas militares colombianas. La base de su investigación son las estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y documentos periodísticos. El informe aclara que las cifras reales deben ser más altas, pues no se siguen procesos de documentación adecuados.

Sólo a partir del año 2000 se tienen estadísticas sobre homicidios por homofobia. Éstas han sido compiladas por el doctor Andrés Rodríguez, del Instituto de Medicina Legal, quien sospecha la ocurrencia de al menos sesenta casos de homicidios de hombres homosexuales en Bogotá entre el año 2000 y el 2005. El informe da cuenta del alto número de casos registrados a partir de ese año. El modus operandi de la mayoría de estos homicidios es similar. El informe, sin embargo, no hace una revisión de casos específicos ni de carácter nacional de los homicidios por homofobia en Colombia. Entre otras cosas porque la violencia por orientación sexual no está tipificada como delito, lo que hace que las autoridades competentes no lleven estadísticas localizadas y que los crímenes se clasifiquen bajo otros tipos.

Ahora bien, dada la situación de conflicto interno que vive el país, el informe define la violencia por intolerancia como “una forma de violencia ejercida por grupos armados contra personas o grupos de personas considerados por los victimarios como ‘problemáticos’ o no ‘deseados’ para la sociedad”. Es decir, el informe señala la pertinencia de revisar la situación de la comunidad LGBTQ en relación con los grupos armados, tanto los reconocidos del conflicto como los grupos de civiles. Analiza cinco casos de este tipo, no sin señalar la falta de estadísticas al respecto.

Finalmente, el informe se refiere a los casos de violencia homofóbica en las fuerzas armadas. Analiza un caso de abuso sexual a un soldado, motivado aparentemente por su condición de homosexual, y un caso de maltrato físico a otro soldado, también en razón de su orientación sexual. Colombia Diversa ha apelado a algunos recursos legales con el fin de que se actúe en estos casos.

Aclaran, sin embargo, que si bien las fuerzas militares colombianas no incluyen la categoría de orientación sexual en la instrucción que dan a sus miembros sobre derechos humanos, la Constitución de Colombia sí protege la participación de LGB en las fuerzas armadas.¹³⁶

Además de los informes de Colombia Diversa, en julio del 2006 la Corporación Promover Ciudadanía, de Bogotá, hizo una encuesta sobre la vulneración del derecho a la autonomía sexual en la ciudad. Encuestaron a 440 participantes durante la marcha gay en Bogotá.¹³⁷ Según los resultados, cerca del 25% de los encuestados fueron víctimas de violencia física por su orientación sexual, y un 21% fue objeto de violencia física por parte de la policía. Siete de cada diez habitantes de Bogotá reconocieron que les “molesta” ver demostraciones de afecto entre personas del mismo sexo.¹³⁸

México

La Comisión Ciudadana contra los Crímenes de Odio por Homofobia se ha encargado de hacer el informe sobre la violación de los derechos humanos de la población LGBTQ mexicana. Esta Comisión, resultado del trabajo conjunto de varios ciudadanos mexicanos con la ONG Letra S, tiene como principio de acción la defensa de los derechos humanos y sexuales de la población LGBTQ. La organización surge en torno a los crímenes de odio por homofobia. Si bien en México no están tipificados los crímenes de odio, la Comisión decide llamarlos así; es más, les da el nombre de ejecuciones. Su tarea se concentra exclusivamente en los actos que se pueden inscribir en esta categoría. Desde 1998, la Comisión produce informes a partir de un seguimiento hemerográfico que busca exponer a la luz las ejecuciones contra los miembros de estas comunidades. Entre 1998 y el 2004 se documentaron 332 ejecuciones homofóbicas demostradas, y 996 ejecuciones homofóbicas estimadas. Los informes aclaran que la metodología es hemerográfica, para documentar la existencia del fenómeno y documentar

¹³⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-507 de 1999, sentencia de constitucionalidad en razón de la demanda de inexecutable interpuesta por un ciudadano en relación con ciertos artículos del régimen disciplinario de las fuerzas militares; T-097 de 1994, acción de tutela interpuesta por un estudiante de la Escuela de Carabineros con el fin de que se le respetara su buen nombre y su derecho al debido proceso: con base en una acusación de mala conducta, en la que se presumía su homosexualidad, y se le acusaba por ello, fue expulsado de la Escuela. La Corte falla a su favor; y C-431 de 2004, sentencia de constitucionalidad en razón de la demanda de inexecutable de ciertos artículos del régimen disciplinario de las fuerzas militares interpuesta por una ciudadana.

¹³⁷ El resultado de la encuesta está disponible en <http://www.promoverciudadania.com>.

¹³⁸ Informe de prensa: “Una ciudad poco abierta a los gays”, en *El Tiempo*, domingo 19 de noviembre de 2006. Disponible en <http://www.eltiempo.terra.com>.

los casos con la información a su alcance, pero, sobre todo, porque las autoridades mexicanas encargadas de las investigaciones criminales sostienen que sólo los abogados y los familiares de las víctimas tienen interés jurídico en las investigaciones legales.

De acuerdo con estos informes, en México se producen al año, en promedio, 35 asesinatos por homofobia demostrados. Ese número es sólo una muestra de la situación real, pues no sólo no existe una metodología idónea para la documentación, y por lo tanto muchos casos pasan desapercibidos tanto para las autoridades como para los familiares de las víctimas, sino que además la homofobia social y cultural disuade a los familiares de luchar para que se haga justicia. En México se reportaron 38 casos de homicidio por homofobia en 1995; 42 en 1996; 37 en 1997; 47 en 1998; 26 en 1999; 24 en el 2000; 21 en el 2001; 40 en el 2002; 26 en el 2003 y 30 en el 2004. Los informes categorizan los casos teniendo en cuenta el año en el que se produjeron, la ciudad o el estado, el género de las víctimas, su edad, la forma como murieron y el lugar en el que fueron encontradas. En México, como en otros países de la región, las autoridades toman la mayoría de estos casos como crímenes “pasionales”. En consecuencia, el desarrollo de la investigación se desvía, y la posibilidad de reconocer y sacar a la luz las características propias de estos crímenes se pierde.¹³⁹

Perú

El informe sobre derechos humanos de la comunidad LGBTQ peruana lo realiza el Movimiento Homosexual de Lima (MHOL). El informe anual del 2005, “Situación de los derechos humanos de lesbianas, trans, gays y bisexuales del Perú”, se ocupa de la denuncia de los casos de violencia física contra miembros de la comunidad LGBTQ, y de evidenciar las circunstancias especiales que motivan la discriminación. Los primeros dos capítulos del informe ofrecen un recuento de los crímenes por homofobia, entendiendo por éste todo tipo de violación de los derechos humanos de estas comunidades, desde la violencia verbal hasta el homicidio. En un apartado, incluso, se refieren de manera específica a los crímenes de odio.

Los casos que el informe asume como crímenes de odio son documentados y analizados. La fuente con base en la cual se trabaja para identificar los casos es periodística. El informe hace referencia a los casos ocurridos en el 2004 y en el 2005, y señala, como lo hacen otros informes de la región, que el número de casos puede ser mayor. Las razones que aducen son las mismas: ni los medios,

¹³⁹ Para una información más amplia, ver <http://www.letraese.org.mx/contracrímenes.htm>; <http://www.ilga.org/news>; <http://www.cesarsalgado.net/200306/030606.htm>.

ni el ámbito legal, ni los familiares de las víctimas reconocen estos actos como motivados por homofobia o transfobia. Dos casos de homicidios de personas transgénero fueron reportados como crímenes de odio en el 2004. El informe documenta los hechos y da cuenta de las acciones jurídicas que se han tomado al respecto. En el año 2005 se presentaron catorce casos de homicidios por homofobia que el informe documenta; cuando lo considera pertinente, se refiere a los avances legales y de la investigación. El informe señala, sin embargo, que por cada uno de los casos apropiadamente documentados, puede haber cuatro que no lo son. Así, los casos de homicidio por homofobia en el Perú podrían ascender a setenta. El informe reporta algunos casos de violencia física y discriminación por homofobia contra LGBTQ, pero no hace una estadística de ellos.¹⁴⁰

IV. ANÁLISIS DE CASOS

Si bien, como se ha visto, la legislación contra la violencia por prejuicio en América Latina es relativamente pobre, el trabajo de las organizaciones LGBTQ de derechos humanos es cuidadoso e importante; lo son también algunos debates jurisprudenciales y decisiones judiciales, que ya empiezan a arrojar luces sobre el asunto. Aunque identificar los casos legales que tratan la violencia por homofobia en la región no es tarea fácil —vale la pena anotar que parte del problema que enfrentan los investigadores es la incomunicación regional, problema que este volumen trata de reducir—, en ausencia de leyes específicas contra la violencia por odio resulta interesante revisar el tratamiento jurídico que se da o no se da a las conductas que tienen que ver con sexualidades diversas o no normativas. Revisaremos entonces algunos fallos y también ciertos casos que no llegaron a las cortes pero que los reportes de las organizaciones denunciaron. Para su análisis propongo tener en cuenta tres problemas en particular: el encubrimiento o camuflaje y en consecuencia la invisibilidad de los motivos homofóbicos involucrados en los gestos violentos; la recurrencia a atenuantes como la ira e intenso dolor y su relación con la “cortina de humo” de los crímenes pasionales y las tensiones entre lo privado y lo público frente a expresiones de sexualidades diversas. Muchos de los problemas que se encontraron son similares a los del caso estadounidense, sobre todo en relación con la clasificación de los casos (la distinción entre crimen simbólico e instrumental), la discrecionalidad de los funcionarios en la aplicación de la ley, el abuso policial y la victimización secundaria.

¹⁴⁰ Para acceder al informe y a una mayor información, ver <http://www.mhol.org.pe>.

A. PRIMER PROBLEMA: INVISIBILIDAD

Por invisibilidad se entiende aquí no sólo “lo que no se puede ver”, sino aquello que es ignorado o camuflado por ignorancia o con plena conciencia. La invisibilidad de la violencia por prejuicio ha sido una constante en América Latina. No es gratuito que el interés principal de todas las organizaciones LGBTQ se oriente metodológicamente a hacer un diagnóstico y a recopilar información para en primera instancia mostrar que el fenómeno existe. Las razones de esta invisibilidad son múltiples y se pueden reconocer en la dificultad para identificar casos jurídicos concretos, esto en parte porque este crimen no está tipificado, porque la policía se resiste a identificarlo como tal, o porque es señalado de inmediato como crimen pasional, y en parte por el miedo de las víctimas a reportar los ataques y exponerse a la “victimización secundaria”. Pero quizás la fuente más relevante de la invisibilidad o del exceso de visibilidad sea el uso discrecional que hacen los agentes del Estado y los operadores jurídicos de la noción de identidad de género u orientación sexual cuando identifican los casos, hacen las diligencias y emiten los fallos.

Los casos y fallos que se presentan a continuación ilustran estas tensiones. Divido el problema de la invisibilidad en tres asuntos: el papel de la policía y de los fiscales en la identificación de los casos, la victimización secundaria o doble victimización y la discrecionalidad en el uso de las categorías de orientación sexual o identidad de género.

El papel de la policía y los fiscales en la identificación de los casos

Su participación informada es fundamental porque son el primer organismo estatal que tiene acceso a los eventos. Su desinformación o su actitud prejuiciada impide que se reconozca el componente homofóbico del incidente, hace que se clasifique sin mayor investigación —un asesinato, por ejemplo, entra sin más en la categoría de crimen pasional, y así el análisis del incidente se concentra en los aspectos emocionales entre parejas—, propicia negligencia o miopía en la recuperación de la evidencia y, por lo tanto, la reducción o desaparición de las pruebas sobre el potencial carácter homofóbico del evento. De ahí la dificultad a la hora de procesar los crímenes adecuadamente y, sobre todo, de hacer un diagnóstico de la situación social frente a la violencia por homofobia.

Nota de prensa
**“Coincidencias en muertes de homosexuales en Bogotá
hacen sospechar de asesino en serie”**
Diario *El Tiempo*, 10 de junio de 2006, Bogotá

Problema jurídico

¿Cómo articular tipos penales que posibiliten una identificación precisa de las conductas violentas motivadas por prejuicio sexual, teniendo en cuenta que los móviles suelen combinar aspectos instrumentales y simbólicos?

Extractos

En el año 2007 se registraron al menos ocho casos con un patrón similar: las víctimas eran hombres gay, mayores de 40 años y económicamente estables. Todos fueron atacados en su residencia. Sus cuerpos se encontraban desnudos. La mayoría de homicidios ocurrieron en la localidad de Chapinero. La causa de las muertes fue estrangulamiento con ligadura, con señales también de otras lesiones.

El médico Andrés Rodríguez, del Instituto de Medicina Legal, se dedicó a estudiar esta situación. Su interés nació cuando preparaba su trabajo de grado como médico forense en la Universidad Nacional, trabajo que se ocupó del homicidio por asfixia mecánica en Bogotá.

Al analizar los casos descubrió que la gran mayoría de las víctimas eran homosexuales. “Me llamó la atención, y empecé a averiguar qué otras cosas había en común”, dice el doctor Rodríguez.

Según sus cálculos, más de sesenta homosexuales han sido asesinados entre el 2000 y el día de hoy. Las conclusiones del médico muestran que hay patrones que se repiten: “Estrangulamiento con ligadura —específica Rodríguez—. Emplean algún elemento que comprima; el más usual en estos casos ha sido el cable eléctrico”.

De acuerdo con las actas a las que él tiene acceso por su labor como forense, casi siempre hay testigos que afirman haber visto a la víctima entrar con uno o dos jóvenes a sus residencias. Quedan huellas; también del uso de alcohol o de drogas.

“Suele plantearse el robo como móvil. Pero pienso que si hay algún hurto es algo oportunista, no la intención principal”. Andrés Rodríguez tiene razones para afirmar que si se tratara sólo de robos, ¿por qué asesinarlos de manera tan violenta? Las víctimas sufren un número de lesiones mayor que el necesario para quitarles la vida. Además de la asfixia, son atacados con arma blanca, o reciben golpes con objetos contundentes.

Las zonas del corazón y el cuello son las más atacadas. “Y éstas tienen mucha representación pasional —dice Rodríguez—. ¿Por qué todos estos ataques si el objetivo fuera robar un apartamento?”

—¿La repetición de métodos lo lleva a pensar que la autoría puede recaer en una sola persona o en una banda?

—No puedo decir que una persona sea la responsable de todos estos homicidios, pero sí es posible que haya una reincidencia. Que una persona o banda haya actuado en varios casos —dice el doctor.

La muerte del dueño de La Pantera Roja

—Él no oye eso, sólo le gustan las baladas —les dijo Albeiro Zabala a los policías que esperaban que alguien atendiera por fin en el apartamento de Félix Rodríguez, en la calle 45 arriba de la carrera 13.

—Algo le pasó. Rompamos la puerta —insistió.

—¿Y si sólo está dormido?

Zabala los convenció y terminaron por forzar la puerta. Félix Rodríguez, propietario de uno de los bares gay más antiguos de Bogotá, La Pantera Roja, no estaba dormido. En su cama, desnudo, una almohada le cubría el rostro. Estaba muerto.

[...]

“Lo estrangularon. Además lo golpearon en la cabeza con una piedra que dejaron ahí”.

—¿Lo robaron?

—Se llevaron su anillo, y parece que algo de plata que tenía en efectivo. No más.

[...]

Crímenes en el clóset

[...]

Lo que más preocupa al médico [Andrés Rodríguez] es que las autoridades no parecen darle a la situación la atención suficiente. “Es un grupo vulnerable, y el que tengan conductas homosexuales no justifica que los maten”, dice Rodríguez. Incluso ha percibido un sesgo en la actitud de algunos investigadores. “Como que dicen: ellos se lo buscaron por andar en ésas”.

[...]

Crímenes en el clóset. Así definen estas muertes en un documento que prepara Colombia Diversa. Son muertes que quedan guardadas porque no están bien investigadas o porque la gente no las denuncia por temor a salir a la luz pública. “Lo que demandamos de las autoridades es un registro para demostrar que esto está sucediendo”, dice Marcela Sánchez.¹⁴¹

¹⁴¹ Ver http://eltiempo.terra.com.co/judi/2006-06-11/ARTICULO-WEB-_NOTA_INTERIOR-2941878.html.

Cuestiones a debatir

El motivo del ataque se suele confundir. Si por ejemplo hay hurto, el motivo se puede identificar como tal —crimen instrumental— y se deja de lado el componente —simbólico— homofóbico. Lo que hace sospechar que el hurto no sea el único motivo, señala el forense, es la excesiva brutalidad de los crímenes. Investigadores de diferentes sociedades coinciden con esta percepción. ¿Cómo valorar la desproporción entre el motivo y la forma del crimen?

El médico forense Andrés Rodríguez señala que suele toparse con marcadas deficiencias en la recuperación que la policía hace de la evidencia, y con la resistencia de la mayoría de los fiscales para reconocer al prejuicio sexual como la motivación de los casos. Rodríguez subraya la importancia de determinar un patrón en los incidentes: en su investigación encuentra similitudes en cuanto al sector de la ciudad en el que se cometen los hechos; la asfixia y heridas con arma blanca como causas de la muerte; la edad y la condición económica de las víctimas. De los sesenta casos de homicidio que el médico forense Andrés Rodríguez ha revisado en su laboratorio, presumiblemente motivados por homofobia, sólo aproximadamente quince procesos se encuentran en proceso en fiscalías de la ciudad. No fue posible acceder a los expedientes por la reserva del sumario. Sin embargo, en el caso del homicidio de Félix Rodríguez, dueño de La Pantera Roja, el culpable ya fue juzgado y condenado a diecisiete años y cuatro meses de prisión. El individuo se acogió a sentencia anticipada. En otros casos de violencia por prejuicio sexual sólo tuvimos acceso a las sentencias de primera o segunda instancia mediante derechos de petición. Hubo demoras y papeleos. Fueron necesarias llamadas telefónicas y largas visitas a los secretarios de los juzgados. Y combatir la frustración, porque para lograr acceder por fin a los expedientes hace falta un interés muy especial en los procesos. Esta situación, cabe aclararlo, no se extiende a las altas cortes, en las que la información está sistematizada y disponible en bases de datos.

En cuanto a los perpetradores, vale la pena llamar la atención sobre el título del artículo de prensa. Éste alude a un potencial asesino en serie. Aunque no es posible dar una mayor información al respecto, y admitiendo la posibilidad de que la alusión del título sea cierta, creo pertinente plantear como una “cuestión a debatir” la tendencia que percibe a los perpetradores de este tipo de violencia como individuos con “alteraciones mentales”. Esta tendencia parece ir en contravía de la experiencia que arrojan los casos estudiados en los Estados Unidos. La aclaración es importante, pues subraya la necesidad de tener en cuenta el carácter social del prejuicio y los contextos en los que los perpetradores legitiman sus conductas violentas. Una sociedad cuyas manifestaciones culturales, decisiones jurídicas, medios de comunicación, discursos políticos y

leyes tienen gestos homofóbicos, es una sociedad que produce y reproduce de manera constante el contexto que da cabida a la violencia y en el que esta violencia articula sus mensajes. Los perpetradores, entonces, tienden a creer que sus actos contribuyen a preservar el orden del mundo —el de la heterosexualidad como regla, por ejemplo—, un orden para ellos natural y necesario y frente al cual las sexualidades no normativas representan una amenaza. Es importante señalar que los agentes de la violencia por prejuicio tienden a ser ciudadanos comunes que se sienten vulnerados por la diferencia. Es fundamental investigar este asunto en América Latina, y la recomendación es que cualquier iniciativa que se emprenda en este sentido tenga en cuenta factores como la raza, las clases sociales, el género, el origen nacional y la edad, y se atienda a la forma como éstos se entrecruzan con la orientación sexual y la identidad de género.

La recomendación obedece al imperativo de determinar con claridad los motivos de los incidentes violentos, especialmente de aquellos que son voluntarios y efectiva o potencialmente letales, y así identificar los factores de prejuicio y de mayor riesgo en cada sociedad. El rol del motivo propicia un debate interesante. Aunque en la dogmática este rol es relevante como un factor de mayor punibilidad, pierde peso a la hora de establecer la responsabilidad. Así lo señala la Sala Penal de la Corte Suprema de Colombia:

[...] es de advertirse que la ley no exige que para que se configure la responsabilidad en el delito de homicidio voluntario se pruebe el fin específico que se persigue con la conducta de ocasionar la muerte ajena, o el motivo que se tuvo para haber procedido de la aludida manera, sino sólo que voluntariamente se haya actuado con conocimiento de la ilicitud.¹⁴²

Si la dogmática penal no exige establecer el motivo de la acción para determinar la responsabilidad, y basta con probar la voluntad de cometer el ilícito, se puede perder de vista la importancia sociojurídica de indagar el motivo. Indagación que da las claves sobre la situación social de los prejuicios, además de ayudar a determinar el factor de mayor o menor punibilidad de los ilícitos. Otros puntos que el artículo de prensa señala —de ellos me ocuparé en los numerales que siguen— son el miedo a la victimización secundaria y la clasificación de los crímenes como crímenes de pasión.

¹⁴² Proceso N° 11829. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: doctor Fernando Arboleda Ripoll. Aprobado Acta N° 038, Bogotá, D. C., 4 de abril de 2002.

Preguntas

1. ¿Cuáles son los posibles indicadores de prejuicio sexual en la comisión del crimen?
2. ¿Es importante tener en cuenta los grados de brutalidad del crimen para establecer sus motivos?
3. ¿Cómo determinar esta gradación?
4. ¿Se debe obligar al Estado por ley a que lleve estadísticas y hacer que tal obligación recaiga en la policía?
5. ¿Con qué tipo de entrenamiento deben contar los miembros de esta institución para mejorar su aproximación a estos casos?
6. ¿Qué medidas se deben tomar para afianzar la relación entre la policía, medicina legal, fiscales y jueces, y así lograr una eficaz identificación de patrones sobre víctimas, perpetradores y, sobre todo, de los tipos de crímenes que se ven afectados por factores de mayor punibilidad o por atenuantes?
7. ¿Cuando fiscales y jueces emiten sus fallos tienen una responsabilidad simbólica? ¿O sus decisiones son sobre todo de eficacia instrumental?

Victimización secundaria o doble victimización

Pocos asuntos son tan problemáticos para las víctimas de violencia por prejuicio sexual como el miedo a la victimización secundaria a manos de agentes del Estado. Esto es, el miedo de las víctimas a verse estigmatizadas, expuestas, abrumadas con la carga de la prueba cuando están más vulnerables y requieren con urgencia que se les garanticen sus derechos. La victimización secundaria suele presentarse con inusitada frecuencia en casos de violación de mujeres, de violencia contra hombres gay, lesbianas y transgeneristas. Presenta varios registros: cuando impera la noción de que la víctima “se buscó” la agresión, es decir, que los perpetradores fueron “provocados” por las víctimas —por ejemplo, por la forma de vestir, por transitar por ciertas calles o a ciertas horas, por tener ciertos comportamientos o prácticas—; en la intromisión de los agentes del Estado en el cuerpo o en la intimidad de las víctimas para obtener pruebas de los hechos —por ejemplo de una violación, y cuando se hace uso de los discursos médicos y psicológicos sobre las sexualidades diversas o no normativas para justificar “tratamientos” destinados a la patologización o a la conversión. Veamos ejemplos.

Nota de prensa
“Móviles pasionales tras crimen de profesor universitario cubano”
Diario *El Tiempo*, 25 de febrero de 2007, Bogotá

El Comandante de la Policía de Bolívar asegura que el homicida entró a la vivienda en donde ocurrió el hecho con el consentimiento de la víctima, Rolando Pérez de 43 años. “Toda la prueba que se ha recopilado y las informaciones que hemos verificado por parte de la Policía Judicial [...] indican que los móviles fueron absolutamente pasionales por cuanto este ciudadano llevaba una vida desordenada, era promiscuo y, en su condición de homosexual, tenía varias personas como pareja”, aseguró el coronel Carlos Mena Bravo. El cuerpo fue encontrado la mañana del sábado en un apartamento del barrio Torices, donde Pérez vivía. Tenía varios golpes en la cabeza, al parecer, con martillo. Ya presentaba signos de descomposición, por lo que se presume que su muerte ocurrió entre jueves y viernes. Según reiteró el coronel Mena, el autor del crimen ingresó a la habitación de Pérez con pleno consentimiento de éste, ya que no fue violentada la seguridad ni se extravió ninguna pertenencia del ciudadano cubano. En cuanto a la identidad del agresor, el oficial dijo que se estaban evaluando informaciones “importantes” a partir de entrevistas a personas allegadas a él, “precisamente, compañeros de él, homosexuales”, puntualizó.¹⁴³

Tribunal Regional de Derechos Sociales y Culturales de las Mujeres
Lima, julio de 2005¹⁴⁴

Problemas jurídicos

¿El confinamiento de una persona de manera involuntaria en una clínica para ser sometida a “tratamiento” para su “rehabilitación” por comportamientos no hetero-

¹⁴³ *El Tiempo* (25 de febrero de 2007). Sobre la investigación del asesinato del profesor universitario y periodista Rolando Pérez en Cartagena, Colombia, ver <http://www.eltiempo.com>. Colombia Diversa pudo establecer que el señor Pérez era un reconocido comunicador social, profesor universitario y con un importante trabajo comunitario en la ciudad de Cartagena. Personas allegadas a la víctima aseguran que en el proceso de investigación hubo irregularidades, entre ellas el trato prejuicioso y discriminatorio en razón de la orientación sexual de la víctima.

¹⁴⁴ *Memoria del Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres*. Consorcio regional: Coordinadora de la Mujer (Bolivia), Corporación Casa de la Mujer e Ilsa, (Colombia), Demus (Perú), ELA (Argentina), Corporación Humanas (Chile), Corporación Promoción de la Mujer/Taller Comunicación Mujer (Ecuador). Coordinado por: Corporación Promoción de la Mujer/Taller Comunicación Mujer. Auspiciado por: Hivos, Novib, Oxfam y Unifem-Región Andina. Lima, 15 de julio del 2005. Este caso es paradigmático porque es uno de los pocos relacionados con mujeres lesbianas que ha sido denunciado y hecho público en la región (con consentimiento de la persona involucrada). La denuncia fue hecha por la Fundación Causana del Ecuador ante el Tribunal Nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y ante el Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres.

sexuales viola los derechos a la igualdad, a la integridad física, a la salud, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad? ¿Pueden dichos “tratamientos” configurar tratos crueles, inhumanos y degradantes? ¿Se compromete la responsabilidad del Estado por permitir dichas situaciones?

Hechos

A. nació en Manta, Ecuador, y a los 24 años se fue a vivir a Quito. Después de terminar su carrera no quiso volver a su ciudad de origen, con sus padres. Decidió quedarse a vivir con su pareja. Pasados cinco años, su familia se enteró de que A. se definía a sí misma como lesbiana, e hizo arreglos para internarla, en contra de su voluntad, en una clínica de rehabilitación privada. Un día, estando en esa clínica, en la que sin saberlo se quedaría —allí asistía regularmente a terapia porque había tenido problemas con el alcohol—, le comunicaron que su padre había decidido que permaneciera por un tiempo. Al principio pensó que la razón de esa intervención era su problema de alcoholismo. Estuvo reclusa cuatro meses y medio, y la causa fundamental del “tratamiento” era en realidad su lesbianismo. Durante su reclusión sufrió torturas físicas y psicológicas, con la complicidad de la familia y del Estado: activa la de la primera, por omisión la del segundo —no controla el funcionamiento de esta clase de instituciones.

Decisión

El veredicto del Tribunal reconoce que A. fue objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes; que fue discriminada por su orientación sexual, que fue privada arbitrariamente de su libertad, y que también se violó su salud física y psicológica. El Tribunal responsabilizó al Estado, por acción y omisión.

Extractos del relato de A.

Mi hermana me puso un detective que comenzó a averiguar lo que yo hacía y pensó que debido a mi problema de alcohol, me estaba volviendo loca y me estaba desviando. Regresé a Manta y quise contarle a mi familia de mi inclinación. Mi hermana decidió que tenía que meterme en una clínica de rehabilitación. Habló con mis padres, que tenían la potestad de declararme incapacitada mental, y me internaron en una clínica donde pasé cuatro meses y medio. Normalmente el tratamiento es de [tres] meses, porque insistía en que era lesbiana y que no iba a cambiar eso. Ellos convencieron a mi familia [de] que mi problema era el alcohol y por eso insistía en que era lesbiana [...] En la clínica me gritaban, se burlaban de mí.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Este fragmento del caso está citado en la carta de Silvana Sánchez Pinto, coordinadora de CLADEM-Ecuador, a Rosario Utreras, Directora Nacional de Defensa de los Derechos de las Mujeres, la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo del Ecuador. Quito, 8 de junio de 2005.

Los dos primeros meses afirmé que era lesbiana. Al principio no me decían nada porque supuestamente, según les decían a mis padres, yo estaba en negación. Luego empezaron a presionarme: que era muy femenina, que las lesbianas solamente son como hombres, o quieren ser hombres y que yo era muy femenina para serlo. Yo en vano traté siempre de explicar que no quería adoptar personalidad masculina, sino que simplemente las mujeres eran mi preferencia [...] Los terapeutas les decían a mis compañeros que tenían que presionarme. Muchos me decían “mira, yo tuve una experiencia con un hombre, pero eso no significa que yo sea homosexual. Lo que pasa es que tú te confundes cuando tomas, y por eso es que tú estás con mujeres, pero tú no eres lesbiana [...]”, o “si tú fueras amiga de mis hijas les prohíbo que anden contigo” [...] Me hacían parar al frente y me humillaban [...] Los dos primeros meses fueron durísimos, porque siempre me gritaban, y me hacían avergonzar [...] “A., la lesbiana, la que le gustan las mujeres, la que no quiere cambiar, la que quiere hundir su vida”, “cuando rezas le has de rezar al diablo porque a Dios no le gustan esas cosas” [...] En la clínica hacían terapias llamadas “maratónicas” y se las cogían conmigo porque siempre me hacían hablar. Éstas empezaban a las 8 o 9 p.m. y terminaban a las 3 o 4 a.m. Al que se dormía le tiraban agua para que no se durmiera [...] Después de tanta presión psicológica intenté comunicarme con mi pareja, le pedí ayuda a mi amigo gay, que logró escaparse de la clínica una noche, él llamó a mi novia, se enteraron y me castigaron. Me dijeron: “Si quieres escaparte, es porque sigues en negación”. “[Se] pusieron de acuerdo para sacarme, ella llegó hasta la clínica [...] Pero algo hicieron mal, no sé cómo, la clínica se [atreve a] decir que no estás avanzando en la terapia”. Me encadenaron los pies [...] Dormía con las cadenas, eran unas cadenas gruesas, era tan humillante, imagínate caminar así, subir escaleras con esas cadenas [...] Los terapeutas me decían: “esas cadenas se pueden sacar, pero de las que tienes que liberarte son las cadenas de tu mente”. Sólo me quitaron las cadenas cuando confesé que sí la conocía, que ella era mi pareja [...], o sea cuando me quebré [...] Me hicieron poner tres días seguidos un vestido de una de las compañeras que era trabajadora sexual —un vestido sumamente pegado al cuerpo y muy corto, según su terapia para analizar mi comportamiento—. Me hicieron usarlo por [tres] días durante las terapias, y los terapeutas me decían: “estos días tus compañeros se van a masturbar en tu nombre viéndote así” [...] Cuando dije: “¡Me quitan este vestido, no quiero [...] esto es un abuso”, comencé a gritar y a llorarles. Y ellos me contestaron a gritos: “Tú aquí no puedes decir nada, tú tienes que aceptar todo lo que se diga aquí, así que tú vas a estar con ese vestido y punto”. Los terapeutas incitaron a un compañero a que me acose [...], y me dijo: “yo puedo hacerte el amor, tú vas a saber lo que es una penetración [...], si tú estas conmigo, estoy seguro de que te van a gustar los hombres”, y eso era tan asqueroso [...] Yo lloraba [...] fue horrible [...] Todos los días era igual, todo el tiempo eran muchas las miradas sobre mí, sobre cómo yo actuaba, qué hacía, qué decía, hasta

lo que pensaba, porque si me veían retraída me gritaban y me hacían decir lo que estaba pensando [...] Me dijeron que “yo era una asesina con mi mamá”. “Mira a tu mamá como sufre, ¡cambia!”. Entonces, vieron mi debilidad, porque yo adoro a mi familia, y me hicieron sentir que les hacía daño. Ahí dentro yo no tenía personalidad, no tenía decisión, ya no sabía qué hacer. Lo raro fue que ya después, por el cuarto mes, yo me sentí así, como si de verdad quisiera cambiar, que no quería ser lesbiana. Creo que ya me habían lavado el cerebro.¹⁴⁶

Extractos de la demanda

Hechos violatorios de derechos

Denunciamos ante este Tribunal que varias mujeres lesbianas en relaciones de dependencia de núcleos familiares tradicionales, han sido internadas contra su voluntad en clínicas privadas de distintas regiones del Ecuador; principalmente en la Costa. Las referidas clínicas ofrecen de manera discreta y discrecional, terapias de “rehabilitación” o “cura de la homosexualidad”; y tienen el cuidado suficiente de no hacer mención de esas terapias en los contratos que suscriben con las pacientes o sus representantes.

Quienes deciden someter a estas mujeres a terapia son miembros de la familia que ejercen poder [en] su interior; en especial, el padre y la madre. El internamiento suele violar, en primera instancia, los derechos a la integridad física y a la libertad, pues, luego de decidir un tratamiento médico por sobre la voluntad de las mujeres, se procede a internarlas en las clínicas haciendo uso de la fuerza física. Los métodos que dichas instituciones utilizan en sus tratamientos continúan violando derechos civiles básicos, llegando incluso a configurar tortura, trato cruel, inhumano y degradante, a la luz de las normas internacionales vigentes en el Ecuador.

Es preciso que el Tribunal conozca que el internamiento y tratamiento al que estas mujeres son sometidas constituye violación de varios derechos civiles, sociales y culturales. Se violan los derechos al libre desarrollo de la personalidad, y en particular la libre expresión de la identidad sexual, la igualdad ante la ley, y en particular la igualdad de oportunidades entre miembros de la familia. Se viola, además, el derecho a una atención médica brindada en condiciones que el sujeto la requiera y que no se la impongan arbitrariamente; condiciones de oportunidad, de consentimiento informado, de respeto a la autonomía sexual y a la diversidad, en virtud de las cuales se propenda a ese estado de bienestar físico, sexual y psicológico que constituye el contenido de un derecho a la salud integralmente definido a la luz de las normas y doctrina internacionales.

¹⁴⁶ *Memoria del Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales Culturales de las Mujeres*, op. cit., pp. 129-132.

Finalmente, es necesario que el Tribunal conozca que son varios los responsables por violación de derechos en este caso: quienes han ejecutado o han coadyuvado a la ejecución de las violaciones, por un lado, y el Estado ecuatoriano, por otro, en cuanto ha incumplido, y continúa incumpliendo por omisión, sus deberes constitucionales y supra legales de garantía de los derechos, prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones.

Análisis de las violaciones

[...]

Las violaciones sufridas por ellas han traspasado el umbral de la privacidad. Este umbral existe porque la condición de ser lesbianas, sus experiencias y prácticas sexuales suelen ocurrir en lo “privado”, e incluso las violaciones de derechos se producen en este ámbito. Detrás de dicho umbral, sin embargo, la situación descrita ante el Tribunal no constituye un caso singular o excepcional, sino que es común a muchas mujeres lesbianas.

Es importante denunciar ante el Tribunal cómo a través de prácticas sociales arraigadas en la cultura se normaliza la violación de derechos de las lesbianas o se disminuye su capacidad de exigibilidad. En el caso juega un papel esencial la jerarquía patriarcal al interior de la familia y uno de sus aspectos en particular: el control histórico sobre la sexualidad femenina por parte de los hombres que ejercen el poder en la familia; especialmente el esposo o el padre. Este elemento ayuda a explicar la naturalidad con la que el Estado ecuatoriano incurre en omisión ante las violaciones tan flagrantes del caso.

El control sobre la sexualidad de las mujeres toma formas particularmente agresivas —formas de violencia explícita que en ocasiones llegan a configurar tortura— cuando se verifica una orientación sexual disidente, como es el lesbianismo, en una hija de familia; lo que equivale a verificar que la hija —en la concepción de la madre y el padre— “se les ha ido de las manos”.

La jerarquía patriarcal, igualmente, se asienta en un orden heterosexual específico, en el que existe estricta correspondencia entre el sexo biológico y el género, y entre los roles de género y las conductas y prácticas sexuales. En este orden es fundamental la consagración de la sexualidad al ámbito privado. Por lo tanto, la cultura ecuatoriana sólo admite que ciertas manifestaciones de (hetero) sexualidad, como el matrimonio, trasciendan al ámbito público. Esto suele reducir la práctica e identidad lésbicas, a un ocultamiento en el ámbito privado; en la familia, en la clínica y en el contrato privado y discrecional celebrado entre la primera y la segunda.

Es sustancial señalar que cuando la familia o la sociedad perciben la amenaza de que la identidad lésbica pueda proyectarse en los niveles públicos que no le están permitidos, varios discursos se activan para reprochar tal aparición pública: el del mal ejemplo, el del pecado, el de la deshonra familiar; y, especialmente relevante al

caso que estamos denunciando, el de la patologización de las prácticas lésbicas, las conductas y la identidad misma.

A nivel social, es evidente que la patologización resta poder a las lesbianas en la medida en que deslegitima sus actuaciones [...]

De la misma manera, a nivel jurídico, el efecto de la patologización es restricción o privación de la capacidad formal de ejercer derechos. Este efecto merece especial atención del Tribunal a la hora de efectuar un análisis crítico de violaciones de derechos sufridas por sujetos tradicionalmente al margen de los estilos de vida dominantes, como son las lesbianas. Este efecto da cuenta de la vigencia de otros discursos que tienen que ver con el tratamiento de las y los “diferentes” al interior de una sociedad, y que están presentes en las normas jurídicas, sobre todo las civiles y penales.

Ciertamente, no hay norma positiva vigente en el Ecuador que establezca restricción de derechos, o de la capacidad de ejercicio de los mismos, por parte de las mujeres lesbianas, como sí la hubo respecto de las meretrices, o de las mujeres casadas en pasadas legislaciones. Sin embargo, el imaginario extra-jurídico de la patología consigue tocar la esfera jurídica, no ya en la vigencia de normas discriminatorias, sino en una ausencia de normas garantistas que acarrea falta de exigibilidad.

Como se desprende del caso, ni los terceros involucrados directamente en las violaciones, ni los familiares, ni el Estado mismo (este último ni en el caso concreto ni en general), legitiman la experiencia de las jóvenes lesbianas: su verdad personal, su proyecto de vida y sus demandas son anuladas, la afirmación hecha a gritos de que sus derechos están siendo violentados es sojuzgada, y su existencia misma como sujetos de derecho es deslegitimada.

Al concluir esta parte del análisis, haremos notar al Tribunal que el confinamiento de lesbianas en clínicas privadas es un mecanismo que sirve a varios fines: es un mecanismo de intensificación del control sobre la sexualidad de las hijas; es un mecanismo de delegación del castigo a la disidencia sexual, que la familia deja en manos de los profesionales de la salud; y, finalmente, es un mecanismo de sojuzgamiento de las mujeres, que consiste en doblegarlas físicamente y menoscabarlas psicológicamente, a través de actos que incluso en ocasiones configuran tortura, a fin de restaurar el orden heterosexual y patriarcal transgredido por ellas.

El Tribunal conoce, desde luego, que en la actualidad los derechos familiares son públicos y no contractuales, gracias a las conquistas de género vigentes en los Estados de derecho y recogidas constitucional y supra legalmente. Sin embargo, podrá constatar que, en el Ecuador, esta equiparación formal de espacios, de rango constitucional, no logra positivizarse en determinadas normativas secundarias. Son particularmente excluyentes las normas que versan sobre derechos familiares. La protección jurídica de un solo tipo de familia, la heterosexual, implica desprotec-

ción no sólo de los núcleos familiares alternativos, sino de las y los diferentes que conviven al interior de núcleos tradicionales.

Además, a partir de la concepción de que la identidad sexual lésbica no debe proyectarse en esferas públicas, la salud se privatiza en los contratos discrecionales celebrados entre las clínicas y los familiares de las denunciadas. De este modo, la esencia jurídica del derecho a la salud se desvirtúa y ésta se convierte en un simple servicio sujeto a contrato privado: el remedio a una supuesta “patología” vergonzosa que es conveniente silenciar en aras, aquí sí de un derecho, el de la intimidad familiar. En definitiva, la privatización del derecho a la salud guarda estrecha relación con la privatización de la sexualidad lésbica. El contenido del derecho pasa a ser contractual, como contractuales pasan a ser los tratamientos escogidos para la “rehabilitación” (en realidad sojuzgamiento); tratamientos contractuales que involucran, ni más ni menos, tortura y violación compleja de cuantos derechos se han analizado.

Merece la pena, finalmente, que el Tribunal haga un análisis crítico de la naturaleza de la dependencia y el modo en que ésta obstaculiza la denuncia de las violaciones en el caso presentado. Las denunciadas responsabilizan a los “profesionales” de las clínicas, o al Estado de las violaciones sufridas, pero suavizan su testimonio a la hora de responsabilizar directamente a su madre, su padre o su cuñado, en la medida en que razonan que sus familiares, finalmente, tenían “buena intención”; deseaban reintegrarlas a una vida “normal”, con todo y los privilegios que supone la normalidad. Pocas son las que, en estas situaciones de conflicto con la familia, pueden o desean dar el paso de la ruptura y asumir las consecuencias de la misma.

Cuestiones a debatir

Señalé tres registros de la victimización secundaria, a saber, culpabilizar a la víctima, la intromisión en su corporeidad para obtener pruebas del hecho y la incidencia de los discursos médicos y psiquiátricos sobre los discursos jurídicos para omitir o reforzar prácticas crueles y humillantes en individuos con sexualidades no normativas. Es importante preguntarse a partir de casos concretos, en estos tres registros, qué incidencia tienen los contextos de violencia de género y de prejuicio sexual en la comisión de la victimización secundaria. A continuación presento unos puntos específicos de debate en el caso de la lesbiana recluida por su familia en una institución psiquiátrica. Creo que el asunto gira alrededor de la regulación de la interdependencia de los discursos médico-psiquiátricos y penales para evaluar y conceder el goce pleno de los derechos a los individuos que hacen parte de minorías sexuales —sobre todo en sociedades caracterizadas por la heterosexualidad obligatoria—, y de la disociación entre los derechos constitucionales consagrados y las prácticas socioculturales, en particular aquellas de la esfera privada y familiar. En estos casos vale la pena

tener en cuenta las posibles similitudes y diferencias en el tratamiento jurídico de las víctimas cuando éstas son hombres gay, lesbianas o transgeneristas. Es decir: ¿cómo inciden los contextos de violencia de género y de prejuicio sexual en la comisión de la victimización secundaria?

Desde 1973, la homosexualidad fue suprimida del *Manual de diagnóstico de los trastornos mentales* (DSM) de la Asociación Americana de Psiquiatría (APA), y desde 1990 la Organización Mundial de la Salud (OMS) la retiró de su lista de enfermedades mentales. Sin embargo, esos “errores históricos de la ciencia” aún tienen influencia en ciertos grupos sociales y, unidos a la reiterada resistencia de muchas familias a aceptar, apoyar o reconocer las diferencias sexuales de algunos de sus miembros, con frecuencia redundan en obstáculos para determinar con claridad las circunstancias de los incidentes de violencia o se constituyen ellos mismos en fuentes de la misma.

Los argumentos de la Fundación Causana relacionan la patologización de las prácticas sexuales no normativas y la pretensión de “conversión” y naturalización de la familia heterosexual. Las jerarquías que se producen en sociedades de heterosexualidad obligatoria encuentran en los discursos de algunas instituciones mentales y en la omisión del Estado para regularlas una justificación para intervenir y coejecutar la violación de los derechos fundamentales de sus miembros.

El caso de la reclusión de mujeres lesbianas en las condiciones y con los tratamientos mencionados constituye tortura, trato cruel, inhumano y degradante a la luz de las normas y tratados internacionales vigentes. Pero es un hecho que las prácticas socioculturales continúan reproduciendo la discriminación y la ejercen en nombre de la privacidad de la familia, es decir, “que incluso las violaciones de sus derechos [los de las mujeres lesbianas] se producen en este ámbito”.¹⁴⁷

El “tratamiento o cura” en las clínicas se instaura alrededor del argumento según el cual la homosexualidad es una desviación y la persona puede “convertirse”¹⁴⁸ a la norma (heterosexual). Este argumento parte de la creencia en “una estricta correspondencia entre el sexo biológico y el género, y entre

¹⁴⁷ *Memoria del Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres*, *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁸ Ver Kenji Yoshino, “Covering”, *op. cit.* En este texto el autor señala cómo la discriminación a las sexualidades no normativas se despliega en tres registros, el de la conversión, el del disimulo y el del encubrimiento. La intención de “conversión”, al modo de la conversión religiosa, tiene como base la noción de que hay una esencia perdida que, con las prácticas apropiadas, puede reaparecer.

los roles de género y las conductas y prácticas sexuales”.¹⁴⁹ Cabe recordar aquí parte de la narración de A.

Me hicieron poner tres días seguidos un vestido de una de las compañeras que era trabajadora sexual —un vestido sumamente pegado al cuerpo y muy corto, según la terapia para analizar mi comportamiento—. Me hicieron usarlo por [tres] días durante las terapias, y los terapeutas me decían: “estos días tus compañeros se van a masturbar en tu nombre viéndote así” [...] Los terapeutas incitaron a un compañero a que me acose [...], y me dijo: “yo puedo hacerte el amor, tú vas a saber lo que es una penetración [...], si tú estas conmigo, estoy seguro de que te van a gustar los hombres”.¹⁵⁰

Paralela a esta ilusoria correspondencia entre sexo biológico, género, roles, prácticas y deseos está, cuando de la sexualidad entre mujeres se trata, la concepción de que “si conocen a un hombre la conversión está garantizada”. Esta creencia, realmente una fantasía, se construye a la sombra de los privilegios que provienen del control de la sexualidad. Lo que la sexualidad entre mujeres implica para la jerarquía patriarcal es la presentación de una forma de gozo que no está al alcance de quien históricamente ha controlado la economía de los cuerpos: la alianza heterosexual. Las lesbianas, o mejor, el deseo lésbico, se percibe como si se estuvieran “robando los placeres de la heterosexualidad”,¹⁵¹ y la sentencia “tú vas a saber lo que es una penetración” es una forma de decir “sólo los hombres pueden/saben penetrar, si tú u otra como tú lo hace o si gozas sin ella usurpas mi puesto y mis privilegios y entonces yo no voy a saber quién soy”. Por eso, el deseo lésbico hace explotar los goznes del régimen de heterosexualidad obligatoria, porque evidencia la fragilidad radical del poder (masculino-heterosexual) sobre los cuerpos. El varón no heterosexual es ciertamente una amenaza para esta economía, pero así como la amenaza porque declina un privilegio, también ayuda a configurarla, pues es el opuesto, “el otro que define lo que yo no-soy”. Pero la lesbiana es, como dice la filósofa francesa Monique Wittig, un sin-sentido. Si en el registro de la heterosexualidad obligatoria ser mujer se define en relación con un hombre, y ser hombre es tener acceso a las mujeres, “una lesbiana —dice Wittig— no es una mujer”¹⁵² y, por lo tanto, amenaza la totalidad de un orden que se basa en tales relaciones porque tiene

¹⁴⁹ *Memoria del Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres*, *op. cit.*, p. 135.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 132-133.

¹⁵¹ G. Mason, “Not our Kind of Hate Crime”, *op. cit.*, p. 275.

¹⁵² M. Wittig, *The Straight Mind and other Essays*, *op. cit.*, p. 28. M. M. Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*, *op. cit.*, capítulo V.

el poder de revelar su contingencia.¹⁵³ Ese poder es el que desestabiliza, ése es el poder que la heterosexualidad obligatoria no duda en desafiar por diversos medios, incluida la tortura y el trato cruel y degradante.

Preguntas

1. ¿Qué tipo de argumentos suele tener la familia de la persona que es internada en una clínica para su “rehabilitación” sexual?

2. Analice el “tratamiento” y los argumentos expuestos por los terapeutas en el caso planteado: ¿qué concepciones sobre normalidad, orientación sexual, moralidad, etcétera, subyacen en los mismos?

3. ¿Cómo se explica que las víctimas no culpen a sus familiares sino a los profesionales de la salud de los tratos crueles, inhumanos y degradantes a los que han sido sometidas?

4. ¿En qué consiste en este caso la responsabilidad del Estado por omisión?

5. ¿Qué medidas debería tomar el Estado para no incurrir en dicha omisión?

El uso discrecional de las categorías

El último punto que trataré en el aparte de la invisibilidad atañe también a su contrario, el exceso de visibilidad. Quiero llamar la atención sobre el uso discrecional de las categorías de homosexualidad, orientación sexual, identidad de género, tal y como pueden ser usadas u omitidas en casos legales a discreción de los jueces y fiscales. La jurisprudencia no es homogénea, y en algunos casos los operadores jurídicos pueden hacer énfasis en que la orientación sexual de los involucrados no es relevante a la hora de tomar decisiones. Esto se puede ver en otros apartes de este libro sobre custodia y tenencia en familias diversas. Pero en los casos de violencia se enfrenta un exceso de visibilidad en el que la diferencia no normativa se convierte en el significativo fundamental, la atención es valorativa y suele adoptar los significados del contexto cultural en el que se produce el hecho, por un lado, y por otro se enfrenta a situaciones en las que los componentes de orientación sexual o identidad de género serían pertinentes para entender y reconstruir el contexto de la conducta violenta y, sin embargo, pueden ser omitidos, camuflados o menospreciados por los funcionarios judiciales. A continuación presento algunos casos que ilustran estas situaciones.

¹⁵³ Ver M. M. Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*, op. cit., capítulo V.

Informe MOVILH-DIVINE¹⁵⁴ La justicia que merecen las víctimas

Problema jurídico

Cuando se demuestra que no se agotaron las diligencias para aclarar las causas y responsabilidades de un siniestro, que durante la investigación se cometieron graves irregularidades —violación a los derechos humanos de los testigos por parte de la policía y las autoridades judiciales—, y que los responsables del siniestro no fueron sancionados, ¿se compromete la responsabilidad del Estado, personificado en la administración de justicia?

Hechos

El 4 de septiembre de 1993, un incendio destruyó por completo la Discoteque Divine de Valparaíso, en Chile. Murió casi una veintena de personas. El gran interrogante que aún hoy tienen diversos sectores sociales es si en efecto la causa del siniestro fue un desperfecto eléctrico, como lo señalaron los informes oficiales, o si se trató más bien de un atentado por prejuicio sexual.

El 23 de marzo de 1994, y sólo tras seis meses de investigación, el magistrado del Séptimo (hoy Quinto) Juzgado del Crimen de Valparaíso, Jorge Gándara, cerró el caso del incendio de la discoteca Divine. No hubo culpables, ni procesados, ni conclusiones sobre las causas del siniestro.

A partir de entonces, y durante los años siguientes, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) realizó diversas diligencias y estudios que tenían como principal objetivo la reapertura del caso. Las primeras esperanzas concretas surgieron en el 2002.

El 29 de agosto de ese año, Movilh dio a conocer a la opinión pública el *Informe Movilh-Divine, La justicia que merecen las víctimas*, texto que aportó pruebas inéditas que finalmente derivaron en la reapertura del caso tras casi una década de luchas.

Extractos

Aunque este informe, que cuenta con el respaldo de Amnistía Internacional, no deja establecida la causa real del siniestro, sí queda por primera vez en evidencia, basada en pruebas concretas, que las autoridades de la época cometieron graves irregularidades que van desde atropellos a los derechos humanos hasta el no escl-

¹⁵⁴ Tomado de los informes de MOVILH: *Informe MOVILH-DIVINE: la justicia que merecen las víctimas* (agosto de 2002), y el *Informe MOVILH-DIVINE II* (2004). El caso todavía está en proceso, después de ser reabierto en el 2003 gracias a las gestiones de la organización que hace el informe. Al cierre de esta edición no se conocía el fallo definitivo, esperado para algún momento del segundo semestre del 2007. Los informes se encuentran disponibles en <http://www.movilh.cl>.

recimiento de hechos de extremada relevancia para la eficiencia del curso de las investigaciones.

[...]

La escasa rigurosidad en torno a todo lo relativo a las pruebas acredita la nula competencia y profesionalismo del juez del Séptimo Juzgado del Crimen de Valparaíso, Jorge Gándara, para llegar a resultados concluyentes en tópicos fáciles de clarificar, situación doblemente importante [...] [ya] que todos los antecedentes proporcionados por organismos de derechos humanos o la prensa de la época respecto a las irregularidades en el caso fueron conocidos con mayores pruebas y detalles, jamás hechos públicos, por ese magistrado. Otros datos nunca mencionados, como la existencia de dos sospechosos a los cuales jamás se pesquisó, corroborarán también la negligencia de las autoridades judiciales y del orden, mientras las continuas preguntas del juez Gándara a los testigos respecto a la orientación sexual de las víctimas mostrarán el grave espíritu discriminatorio del mismo.

[...]

El caso Divine fue sobreseído temporalmente el 23 de marzo de 1994, sin culpables ni procesados, decisión basada y argumentada gracias a parte de los informes oficiales que señalaban categóricamente que el incendio se había producido por un desperfecto eléctrico.

[...]

Aun cuando esa cuestionada hipótesis sea cierta, la justicia debió emitir sanciones contra los responsables en la materia. En esa línea, y a la luz de nuevos antecedentes (siempre conocidos por Gándara), quedarán comprometidos también en esta investigación las funciones y deberes que correspondía a los dueños de la discoteque, a la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, a la Superintendencia de Electricidad y Combustible, al Cuerpo de Bomberos de Valparaíso y a Carabineros.

En el ámbito de violaciones a los derechos humanos se expondrán [en los dos informes 2002 y 2004], además, pruebas sobre continuos delitos cometidos por la Policía Civil y Carabineros en el transcurso de las investigaciones y, por otro lado, se evidenciará que no todos los peritajes efectuados concluyeron en forma categórica que el incendio se produjo por un desperfecto eléctrico.

Esta investigación del MOVILH incluyó el análisis directo de los expedientes archivados en el Séptimo Juzgado del Crimen, la relectura de la prensa y de las investigaciones efectuadas sobre la materia, conversaciones con periodistas de la Quinta Región que cubrieron el tema y diálogos con algunos de los testigos del siniestro.¹⁵⁵

[...]

¹⁵⁵ Tomado del *Informe MOVILH-DIVINE: la justicia que merecen las víctimas, op cit.* Disponible en <http://www.movilh.cl>.

El 23 de marzo de 1994, y sólo tras seis meses de investigación, el magistrado del Séptimo (hoy Quinto) Juzgado del Crimen de Valparaíso, Jorge Gándara, cerró el caso del incendio de la discoteca Divine, sin culpables ni procesados y sin llegar a una conclusión sobre las causas del siniestro.

Durante todos los años siguientes el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) realizó diversas diligencias y estudios que tenían como principal objetivo la reapertura del caso. Las primeras esperanzas concretas surgieron en el 2002.

El 29 de agosto de ese año [...] MOVILH dio a conocer a la opinión pública el denominado “Informe Movilh-Divine, la Justicia que Merecen las Víctimas”, texto que aportó pruebas inéditas que finalmente derivaron en la reapertura el caso tras casi una década de luchas.

[...]

Los principales aportes del “Informe Movilh-Divine” evidenciaron que 1) los tribunales no habían agotado todas las diligencias para aclarar las causas y responsabilidades del siniestro, 2) durante las investigaciones se cometieron graves irregularidades, como violación a los derechos humanos de los testigos por parte de las policías y las autoridades judiciales, 3) la inexistencia de un documento que diera cuenta sobre el número e identidad de los lesionados y víctimas fatales y 4) la carencia de sanciones contra los responsables del incendio, aunque éste hubiera sido causado por un desperfecto eléctrico.

[...]

A diferencia de lo deducido por muchos sectores, jamás el MOVILH tuvo por objetivo con el “Informe” demostrar que el incendio fue producto de un atentado. Jamás hemos contado con pruebas concretas para sostener tal hipótesis, aun cuando somos la organización social con mayor conocimiento sobre el tema y la única instancia que es parte del proceso.¹⁵⁶

Violaciones contra los derechos humanos de los testigos y familiares de las víctimas

A una semana del incendio, el Movimiento de Liberación Homosexual denunció a través de la prensa que diversos testigos habían sido agredidos durante los interrogatorios efectuados por la Policía de Investigaciones.

Dicha denuncia, basada en informaciones proporcionadas por algunos de los afectados, jamás fue, sin embargo, del todo dilucidada o precisada ante la ciudadanía, la cual nunca supo que más allá de las acciones del movimiento homosexual, los agredidos estamparon en forma personal los atropellos en el expediente del caso, teniendo total conocimiento sobre la materia el juez Jorge Gándara. Gándara en

¹⁵⁶ *Ibíd.*

ningún caso determinó sanciones al respecto, mientras la Policía de Investigaciones y Carabineros, amparados en el contexto sociocultural de la época más discriminatorio en relación a las minorías sexuales, descartó asumir la responsabilidad de alguno de sus funcionarios en el tema.

La intimidación permanente a la cual fueron sometidos los testigos constituye, sin duda, un grave obstáculo para la eficiente recopilación y análisis de datos en torno al caso Divine, pues los declarantes debieron centrar gran parte de sus intervenciones en antecedentes referidos a su intimidad y orientación sexual, a exigencia explícita de la Policía Civil o de Carabineros.

Esa situación es doblemente dramática si se considera que en gran parte del expediente, algunos de los testigos son identificados en razón de su nombre, edad, dirección y también orientación sexual, como si ése fuera un dato relevante para la causa. Tal es el caso, por ejemplo, del parte 386 firmando por el comisario Luis Ricardo Torres Muñoz, donde se señala que “[...] falleció en el momento que intentaba salir hacia los exteriores del local, Carlos Araya González, 26 años, soltero, homosexual, domiciliado en [...], Valparaíso”.

Las pruebas sobre las agresiones, jamás conocidas hasta ahora, son contundentes, como se expone a continuación:

a. En [...] el expediente quedó establecido que los declarantes J.L.C.V. y J.A.P.F. fueron trasladados de urgencia tras ser interrogados a la Posta del Hospital Van Buren, donde el médico de turno les diagnosticó lesiones y hematomas en el tórax y el cráneo.

Los afectados sindicaron como uno de los responsables de esos daños a los subcomisarios Enrique Daure y Fernando Moraga, quienes trasladaron a los testigos a un calabozo, mientras eran insultados soezmente obligándolos a desnudarse y a tenderse en el suelo. Acto seguido, los arrastraron por el piso, siendo golpeados con puños y patadas.

b. [...] J.A.P.F. especificó además que “el 7 de septiembre fui a declarar a Investigaciones [...] me golpearon en la cabeza con las manos porque me decían mentiroso y que era maricón, querían que dijera algo que no había visto [...]”.

c. El 8 de octubre [...] J.L.C.V. denunció que

[...] a los días fui citado a declarar a Investigaciones con mi polola llegando a las 8:45 hasta las 16:30 horas, quedando detenidos. Ambos fuimos insultados y yo fui agredido por un detective quien me dio un golpe de puño en el pecho por el motivo que no le dábamos la veracidad de que la discoteque era una discoteque gay.

d. Siete días después, R.E.G.E. denunció [...] “fui a declarar a Investigaciones, donde fui agredido por funcionarios que me dieron una bofetada en la mejilla de-

recha e izquierda porque no le respondí a la pregunta que me hacía referente a la sexualidad de los dueños”.

Se aprecia, en consecuencia, que la orientación sexual de las personas pasó a ser en algunos casos más relevante que las muertes y las causas del incendio, lo cual desenfocó las investigaciones de los temas verdaderamente trascendentes.

Esa situación incluso perjudicó parte de las declaraciones de los familiares de las víctimas, algunos de los cuales frente a la discriminación, temor o vergüenza de que algunos de sus parientes fueran homosexuales, se preocuparon de explicitar en gran parte de las investigaciones que la presencia de su hermano, hijo, tío o sobrino en la discoteque no garantizaba que ellos fueran gays.

Más dramático es el hecho de que los familiares en gran parte de los relatos donde se refrieron a la sexualidad de las víctimas, en algunos casos en respuesta a preguntas explícitas sobre la materia efectuadas por el mismo juez Gándara, lo hicieron para acelerar los trámites de sepultación (sic) de sus parientes, como queda demostrado con las siguientes declaraciones:

1) “Que vengo a comparecer ante SS a fin de rectificar los pasos necesarios para la sepultación de mi hijo Gabriel Enrique Martínez Muñoz, 26 años, trabajador de la discoteque, él estaba a cargo de la música, no era homosexual, trabaja hace un año”, firma L.H.M.

2) “Que vengo a presentarme a fin de obtener los pasos necesarios para la sepultación (sic) de mi hermano Jorge Eduardo Valverde Cifuentes, 27 años de edad, no sabría decir si mi hermano era homosexual”, firma M.C. Cifuentes.

3)

Que vengo a presentarme a fin de iniciar concedidos los pases necesarios para la sepultación (sic) de mi hermano, Andrés Ángel Agüero Bravo, nacido el 10 de julio de 1963, soltero [...] En cuanto a lo que su SS me pregunta puedo decir que mi hermano no era homosexual, sino que un grupo de compañeros fueron a conocer la discoteque ya que según ellos era nueva en la ciudad, [firma A.A. Agüero.]¹⁵⁷

Cuestiones a debatir

La victimización secundaria, por la influencia de los prejuicios en los operadores y los procesos jurídicos que involucran sexualidades diversas

El caso del incendio de la discoteca Divine es muy complejo: hasta tanto no lo hagan los tribunales, no se puede asegurar cuál fue el motivo del siniestro, y en consecuencia no se puede clasificar de antemano como un acto de violencia por prejuicio sexual. Lo que sí es posible y vale la pena señalar son las vicisitudes

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 7-9.

del proceso y sus muchas irregularidades —por ejemplo la decisión del juez de cerrar el caso anticipadamente, sin revisar a fondo la evidencia, y las torturas y victimización secundaria de los testigos por parte de la policía—, que pusieron en evidencia las conductas prejuiciadas y la sobre-exposición de la orientación sexual de los testigos —a discreción de los agentes—, del todo irrelevante para el curso del proceso. Para entender la dimensión del proceso es fundamental tener en cuenta también que éste se reabrió gracias a la intervención directa de MOVILH, que entonces sí fueron incluidas nuevas pruebas y aparecieron funcionarios dispuestos a llevar a cabo una investigación rigurosa. Este caso, entonces, además de evidenciar problemas de invisibilidad y sobre-exposición, violencia y maltrato a testigos y homofobia de las familias, introduce el tema de las relaciones entre los movimientos sociales, o públicos débiles, y la administración de justicia o públicos fuertes.¹⁵⁸ En el caso Divine, sólo la oportuna intervención de MOVILH logró hacer evidentes las irregularidades del primer proceso, llamar la atención sobre las mismas y hacer que el caso se reabriera.

Otro aspecto de los problemas potenciales de la discrecionalidad en el uso o alusión a la orientación sexual aparece en el caso de un preso homosexual que sufre victimización secundaria en los fallos de los jueces de instancia, como lo ilustra el siguiente fallo.

Preguntas

1. ¿Por qué razón el caso Divine es considerado un caso de “exceso de visibilidad”?
2. ¿De qué manera el exceso de visibilidad de la categoría “homosexual” afecta el desarrollo de la investigación y las decisiones judiciales en el caso Divine?
3. ¿En qué consiste y cómo se manifiesta la victimización secundaria en el caso Divine?
4. Analice el concepto de público fuerte y público débil en relación con la intervención de MOVILH en este caso. ¿Si la reapertura de la investigación hubiera sido promovida por un grupo perteneciente al “público fuerte”, habría sido diferente?

¹⁵⁸ Sobre la diferencia entre públicos débiles y públicos fuertes, ver N. Fraser, “Pensando de nuevo la esfera pública”, en *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, op. cit., pp. 128-132. Los primeros forman opinión, los segundos forman opinión y además deciden.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-1096 de 2004

Problema jurídico

¿El Estado, en este caso a través del INPEC, desconoce los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física y moral y a la libertad sexual de una persona privada de la libertad, que ha sido violada, al rehusarse a trasladarla a un establecimiento carcelario en el que se le pueda prestar la debida atención de salud y no sea sometida al acoso y al abuso sexual permanente?

Hechos

MGJ interpuso acción de tutela en contra del INPEC. Alega que la institución carcelaria, al rehusarse a trasladarlo a otra cárcel en la que pueda recibir la debida prestación del servicio de salud, y deje de ser sometido al acoso y al abuso sexual permanente, viola su derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y moral y a la libertad sexual. El recluso paga una condena de cuatro años y cuatro meses de prisión por infracción a la ley 30/86 —estupefacientes—, y otro juzgado lo requiere por hurto agravado. Ha sido trasladado a varios centros penitenciarios, y afirma que en todos ellos ha sufrido persecución y acoso por su orientación sexual. El accionante ha presentado cuatro tutelas por el mismo motivo. Todas le han sido negadas.

Decisión

La Corte Constitucional revoca el fallo de instancia, tutela los derechos fundamentales de MGJ a la dignidad, la vida, la integridad física y la salud, ordena su traslado a un centro en donde se encuentre exento de riesgos y concluye que el INPEC desconoce de forma grave y manifiesta tales derechos si no adopta medidas que eviten el abuso sexual de una persona reclusa en un establecimiento carcelario a manos de otros reclusos y, sobre todo, si se trata de una persona que pertenece a un grupo tradicionalmente discriminado.

Extractos

[Apartes del testimonio de MGJ]

Yo M.G., quien me encontraba en la Cárcel Nacional Modelo, Bogotá, solicité el traslado a la regional INPEC por seguridad personal, y cuando llené el formato de traslado que exige el INPEC solicité el traslado para la cárcel de El Espinal, Tolima, pero el INPEC me trasladó para Chaparral, Tolima[. A]quí no puedo vivir por el mismo motivo que ha pasado en otros lugares donde he estado detenido, ya que yo fui víctima de abuso sexual por parte de un grupo paramilitar en la cárcel, y desde entonces tengo enemigos regados a donde voy, ya que este grupo me busca para

matarme. En la cartilla biográfica obra copia de la horrible tragedia, la cual sucedió el día 5 de sep[tiembre del] 2000 en la Cárcel Modelo de Bogotá. Por eso hoy no puedo vivir en este centro carcelario ya que aquí tengo los mismos problemas, ya que el hacinamiento (sic) es tenaz y vivimos en un salón donde hay cupo para 30 y hoy hay 70 personas y nos toca dormir en el piso donde pasa la gente por encima para ir al baño, esto es horrible (sic) [...] ¹⁵⁹

[...]

Y aún más, por mi condición sexual, ya que yo soy homosexual y esto hace más difícil mi vida humana. Como también no sé si soy paciente VIH positivo, ya que hace poco un interno que padecía VIH me obligó a tener relaciones sexuales y hoy no sólo mi vida está en peligro, sino la de los otros internos. Y además aquí no hay la medicina para el tratamiento, ya que ésta sólo la hay en Bogotá, y el servicio médico aquí es pésimo [...]

[L]a problemática que vivo hoy acá es la siguiente: ya que soy el único homosexual que ha llegado a este centro carcelario me obligan a tener sexo con otros reclusos y me golpean cuando me niego. Ya que aquí los internos que hay no reciben visita conyugal, ya que por la lejura de acá ellos no tienen visita y quieren desahogar (sic) sus emociones sexuales conmigo. [M]e obligan a hacerles el sexo oral, y otros [...] hace 2 días un interno me chuzó con una navaja por no permitirle que me abusara sexualmente [...]

Por favor señor juez ayúdeme [...] Por favor trasládenme a El Espinal ya que aquí yo [no] puedo vivir. Bien, por eso yo le solicité a la Regional el traslado para allá. Hoy he pedido ayuda a la Fiscalía, la Defensoría, la Procuraduría, pero no he tenido respuesta alguna y hasta el Director de este centro carcelario ya sabe mi problema. Pero me dice que es la regional del INPEC la que tiene que solucionar el problema, que él no. Y además, yo hace 25 días [había] solicitado mi traslado por seguridad de la Modelo. Pero para El Espinal, Tolima, para acá yo no pedí, ya que sabía que aquí [había] algunos agresores de los que me hicieron lo del 5 de septiembre de 2000 en la cárcel Modelo [...] a partir de mañana entraré en una huelga pacífica de hambre, ya que no soy capaz de resistir más este horrible atropello que hoy se comete conmigo por ser homosexual. Le juro señor juez que deseo quitarme la vida antes de seguir soportando todo esto [...]

Argumentos de la demanda y solicitud

MGJ alega que en virtud de su derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad, a la salud, a la igualdad y a la libertad, el Estado, a través del INPEC, tiene la obligación de protegerlo mientras se encuentra recluso en un centro penitenciario cumpliendo la

¹⁵⁹ El documento de la demanda no tiene ninguna tilde. En el texto transcrito han sido incluidas por razones de edición, para facilitar su lectura. (Nota de la autora).

condena que le fue impuesta. Sostiene que si bien la pena que se encuentra pagando es justa, no así las vejaciones a las que está siendo sometido.

[...]

Solicita ser trasladado para la cárcel de El Espinal, Funza, Bogotá o Melgar.

Argumentos de la entidad acusada

[...]

El Director Encargado y la Asesora Jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chaparral, Tolima, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, participaron en el presente proceso mediante escrito remitido al juez de primera instancia (Juez Penal del Circuito de Chaparral) el 7 de junio de 2004. En primer lugar, informaron al Juez que la solicitud de traslado había sido presentada al Director Regional Central del INPEC, el cual la negó. En segundo lugar, le informaron que se tramitaba otra acción de tutela por razones similares, que el Juzgado 8 Penal del Circuito de Bogotá había negado en primera instancia, y en aquel momento se encontraba en apelación.

Adicionalmente indicó con relación al caso,

El Sr. MGJ desde su ingreso a este establecimiento ha manifestado su disgusto por estar recluso aquí, manifestando que él solicitó traslado para otras cárceles y no para ésta, cuando estaba recluso en la Cárcel Nacional Modelo como lo indica en su otra acción de tutela, además en su cartilla biográfica obran otras acciones de tutela promovidas por el mismo, tramitadas por el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá, 15.12.03 (negada), Juzgado 10 Penal del Circuito de Bogotá (negada), Juzgado 11 Penal del Circuito de 28.03.03 [...]

NOTA: Cuando es el interno [el] que solicita *traslado* debe cumplir como mínimo un (1) (sic) de permanencia en el establecimiento del que solicita (circular de 16.01 de 1995) y ser aprobado por el consejo de disciplina como estímulo a buena conducta, motivo por el que si el [señor] Mauricio Gutiérrez lo solicitara a esta Dirección NO se podría tramitar por no reunir este requisito.

Adjunto al escrito, se remitieron copia (sic) de los documentos que acreditan las diferentes actuaciones procesales. A continuación se hace referencia a cada una de ellas.

[...]

Mauricio Gutiérrez Jaramillo interpuso acción de tutela contra el centro penitenciario en el que se encontraba recluso (Cárcel del Circuito Judicial de Cáqueza, Cundinamarca) por considerar que se trataba de atentar contra su vida. En sentencia del 28 de marzo de 2003 el Juzgado 11 Penal del Circuito de Bogotá resolvió negar la tutela, pues pese a constatar que en la cárcel en la que originalmente se encontra-

ba recluso había sido abusado sexualmente, consideró que las nuevas amenazas alegadas no habían sido probadas y, en todo caso, el accionante contaba con otro medio de defensa judicial. No obstante, es preciso señalar que el análisis del fallo de la juez de instancia se remite a las pretensiones de un caso diferente al del señor Gutiérrez Jaramillo.

[...]

El accionante instauró otra acción de tutela en contra del Director General del INPEC solicitando ser trasladado a la Cárcel Modelo o a otro centro penitenciario (Sogamoso, Faca, Espinal), ya que su vida corre peligro al haber sido violentado sexualmente. En sentencia del 5 de mayo de 2003, el Juzgado Octavo Penal del Circuito negó la tutela presentada por considerar que la solicitud de traslado había sido atendida por el INPEC al decidir que sería remitido al establecimiento carcelario de Chaparral, Tolima.

El accionante apeló la sentencia. Alegó que fue trasladado por el INPEC, sin tener en cuenta la presencia de varios enemigos suyos (paramilitares) en otras cárceles. El accionante sostiene al respecto,

[...] Ya que el INPEC se escuda sólo con sacar al interno para cualquier lado y hací (sic) cuando el señor juez dicte fallo, falle en contra del accionante por considerar que el interno ya fue trasladado por seguridad, y ya todo queda sin el juez saber que ellos por represalias por la tutela lo envían a uno al peor hueco y cárcel que haiga (sic) [...] la tutela es mal proceder para ellos ya que ellos violan muchos derechos humanos, como hoy pasa en esta cárcel que hay tantas irregularidades que ya están denunciadas, y yo he sido víctima aquí de tortura psíquica y muchos [ilegible] más que ya denuncié ante el Procurador de aquí de este municipio y la Fiscalía de aquí. Por eso hoy apelo, ya que el señor juez no sabe verdaderamente cómo vivo yo, y no sólo yo sino muchos detenidos en el país. No es sólo condenar y mandar a prisión sino también que se cuiden y respeten los derechos humanos, por eso yo solicito que se defienda y respeten mis derechos y ser trasladado a la cárcel de El Espinal, Tolima [...]

[...]

En sentencia del 9 de junio de 2003, el Juzgado 10 Penal del Circuito de Bogotá rechazó de plano una tercera acción de tutela interpuesta por MGJ contra el INPEC, debido a que se consideró que ya había interpuesto otra acción de tutela con reclamos similares, por motivos similares.

[...]

En sentencia del 15 de diciembre de 2003, el Juzgado 43 Penal del Circuito resolvió negar por improcedente una cuarta acción de tutela [...] En esta ocasión MGJ se encontraba recluso en la Penitenciaría Nacional de Girardot y solicitaba nueva-

mente ser trasladado. El Juzgado consideró que la demora en el trámite de la solicitud del accionante había sido justificada debidamente por la entidad [...] y que la protección a su salud, “[...] de acuerdo al reporte de atenciones médicas aportadas al diligenciamiento [...]”, la sentencia estableció que ésta ha sido oportuna. Dice la nota 8 de la sentencia,

Manifiesta es homosexual y por tal condición ha sido sometido por otros internos a abusos sexuales y malos tratos, situación que puso en conocimiento del Director y de la Defensoría del Pueblo, la cual pidió el traslado de ese centro de reclusión, sin que tal petición haya sido atendida. Agrega que posteriormente fue golpeado por otro recluso, ocasionándole lesiones que lo incapacitaron por 15 días, sin embargo el Director del Establecimiento Carcelario se negó a enviarlo a Medicina Legal. Por estos motivos nuevamente solicitó su traslado sin obtener respuesta alguna del Director del INPEC.

[...]

El 12 de mayo de 2004, el director del establecimiento penitenciario y carcelario de Chaparral, Tolima, Ct (r) Fernando Alberto Pinilla P., comunicó a MGJ que su solicitud de traslado no fue aprobada

[...] toda vez que lleva allí una semana de haber ingresado; igualmente el interno ha tenido problemas de comportamiento y seguridad en varios de los establecimientos de esta Regional como los de Bogotá que serían los llamados a brindarle la atención médica que él requiere.

[...]

En comunicación dirigida al Juez Penal del Circuito de Chaparral, Tolima, de junio 7 de 2004, el director regional central del INPEC, Co(r) Luis Mario Delgado Otero, sostuvo que todas las solicitudes de traslado del accionante han sido atendidas, pero que los problemas no se han resuelto porque en todos los centros penitenciarios a los que se le ha trasladado vuelve a tener problemas de convivencia. Dice la comunicación,

[...] debo indicar al Despacho que el accionante ha sido objeto de varios traslados de establecimiento todo debido a problemas de convivencia y orden interno, entre ellos se pueden mencionar La Colonia Agrícola de Acacias, el establecimiento de Cáqueza, el establecimiento de Girardot y La Picota; [...] Lo anterior deja ver que el señor GJ no pudo convivir en ninguno de los establecimientos para hombres con que cuenta Bogotá; así mismo ha estado en establecimientos cercanos a esta capital en los que tampoco ha logrado convivir y ha aducido razones de seguridad para ser

trasladado. Con todos estos antecedentes muestra el accionante su imposibilidad de adaptarse hasta el momento a ningún establecimiento.

Considera que no puede haber violación al derecho a la salud del accionante, pues ni siquiera se sabe a qué hace referencia. Dice la comunicación, “Por otro lado el aludido interno señala en su escrito que no está seguro si es o no portador del VIH pero aduce que allí en Chaparral no existen los medicamentos para su tratamiento, no entendemos de qué tratamiento está hablando”.

Por último, el Director Regional Central considera que la protección de la libertad sexual del recluso es asunto del centro penitenciario. Dice al respecto,

Lo relativo a la situación que vive el interno del establecimiento por su condición de homosexual es del resorte del Director del mismo, quien debe procurar que los hechos que él mismo dice que le han sucedido no se repitan, lógicamente con la ayuda del mismo afectado.

[En reunión del 2 de mayo de 2003] el Consejo de Seguridad del Establecimiento Penitenciario de Cáuqueza, Cundinamarca, conformado por el Director de la Cárcel y el Comandante de Vigilancia, decidió que “[...] se requiere con carácter *urgente* se traslade a este interno a un Centro Carcelario donde se le pueda brindar una mayor seguridad para que continúe purgando su pena, [...]”

[En reunión del 7 de abril de 2004,] el Consejo de Seguridad del Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Picota [...] resolvió trasladar al accionante por no poder ofrecerle condiciones de seguridad adecuadas. Dice el Acta,

El interno antes mencionado ha sido sorprendido en posesión de drogas alucinógenas las cuales al parecer distribuye en los patios del penal, esta situación conllevó al traslado a la unidad de tratamiento especial. En el día de ayer en junta de patios le fue asignado el pabellón quinto y durante el trayecto de traslado denigró de la buena honra, honor y profesionalismo de los funcionarios de este establecimiento, que el citado interno, argumentando ser colaborador, (sic) [ha] manifestado que corre peligro su integridad personal dentro de la Penitenciaría por lo tanto se solicita el traslado a otro establecimiento carcelario que cumpla con las condiciones de seguridad que requiere el mencionado interno [...]

[...]

El 20 de abril de 2004 el Director, el Subdirector y la Comandante de Vigilancia del Establecimiento Carcelario La Modelo se reunieron para resolver la situación del interno MGJ radicado en el pabellón OASIS. Dice el Acta de Seguridad N° 17 del Establecimiento, en donde quedó consignado lo dicho y decidido en la reunión

[...], teniendo en cuenta que *el interno en su condición de homosexual* [énfasis del autor] y en su primer ingreso a este establecimiento fue objeto de violaciones y atropellos sexuales por parte de un grupo de internos y por este motivo para salvaguardar su integridad personal fue trasladado de este establecimiento. El día 12 de abril de 2004, el interno [...] regresa condenado a 4 años, 4 meses por el delito de la ley 30 y con un pedido de hurto agravado por el Juzgado 5 Penal del Circuito de Pereira [...] Viendo sus antecedentes y que ahora según versión tomada en el Comando de Vigilancia, el interno manifiesta que teme por su integridad personal ya que ha sido objeto de amenazas por haber denunciado la violación y atropellos a los cuales fue víctima. Es necesario intervenir ante la Dirección General del INPEC y la Dirección Regional, para que se proceda a gestionar el traslado de manera inmediata del interno anteriormente mencionado para otro centro de reclusión; de igual forma se deja la presente acta de seguridad en la oficina de Jurídica del establecimiento para que por su intermedio se tramite y gestione el respectivo traslado en el menor tiempo posible [...]

Sentencia de instancia

El Juzgado Penal del Circuito de Chaparral negó la solicitud de traslado presentada por el accionante, por considerar que era improcedente debido a que ya había sido presentada anteriormente en otros procesos de acción de tutela ya que no se probó debidamente la supuesta amenaza a la que se encuentra sometido. Dice el fallo de instancia,

Aunque el interno manifiesta se encuentra en grave peligro su integridad y en peligro de ser atacada su sexualidad por su condición de homosexual, lo cierto es que sólo se halan [sic] sus afirmaciones en este sentido, frente al cúmulo de pruebas, demostrativas de la personalidad conflictiva y violatoria de los órdenes de convivencia [...] en esta acción, concurre denunciando amenazas a su integridad y su vida, sin prueba alguna que las soporten, por lo que carece de fundamento su pedimento, ya que como puede comprobarse con la simple lectura de su expediente, lo que se trata es de hacer prevalecer su deseo sobre la Ley.

Finalmente, el Juez señala al accionante que los daños que sufre son consecuencias de sus actos. Dice el fallo,

Para finalizar, debe recordarse al interno que no es el Estado el que por capricho lo tiene sometido a restricción de su libertad, sino que por su propia condición de infractor de las leyes, voluntariamente se ha sustraído al ordenamiento jurídico y se ha colocado en la posición de penado, lo que lógicamente le atrae las consecuencias de las que hoy se lamenta.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

[...]

Protección constitucional especial de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que *las personas privadas de la libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que impone especiales deberes al Estado*. Se ha indicado que este deber surge tanto de la Constitución, la ley y la jurisprudencia, como del sistema de protección de derechos humanos [...]

[...]

Dentro de los deberes que surgen en cabeza del Estado [...] la jurisprudencia ha resaltado que el respeto por la dignidad humana constituye el pilar central de la relación entre el Estado y la persona privada de la libertad [...]

Contrasta esta posición jurisprudencial, fijada en atención a las reglas constitucionales aplicables y a las normas de derechos humanos relevantes, la posición asumida por el juez de instancia, según la cual, los atropellos irrazonables, dantescos e inadmisibles que se infringen a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad son adjudicables al propio recluso, por haber delinquido y terminado en la cárcel, y no al Estado por incumplir de manera manifiesta sus obligaciones.

[...]

Para la Corte Constitucional, del “[...] derecho a la dignidad y del concepto de Estado social de derecho, se deduce el derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios que les garanticen la posibilidad de reinserirse en la sociedad [...]”, razón por la cual “[...] el análisis del sistema penitenciario debe siempre girar en torno de la pregunta sobre si éste cumple con la función resocializadora, a la cual se debe fundamentalmente [...]”.

[...]

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que algunos de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad pueden ser objeto de limitaciones significativas, como consecuencia de su situación. No obstante, existe un conjunto de derechos que no pueden ser objeto de restricción como, por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad de conciencia o a la salud. Esta posición jurisprudencial ha encontrado sustento también en los sistemas de protección de derechos humanos universal e interamericano.

[...]

En esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, en todo caso, *existe un contenido mínimo de las obligaciones estatales frente a las personas privadas de la libertad que es de imperativo cumplimiento, independientemente de la gravedad de la conducta por la cual se ha privado a la persona de la libertad, y del nivel de desarrollo socioeconómico del Estado*.

[...]

La Corte Constitucional ha reconocido que las dimensiones afectivas y sexuales de todo ser humano, manifestación del libre desarrollo de la personalidad, pueden ser objeto de restricciones razonables, pero no anuladas [...]

[...]

Finalmente, considera esta Sala pertinente hacer referencia a las normas legales mediante las cuales el legislador ha desarrollado y precisado el alcance de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

El Código Nacional Penitenciario (CNP) [...], dentro de sus principios rectores, consagra la igualdad en los siguientes términos: “se prohíbe *toda forma de discriminación* por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”, advirtiendo, no obstante, que se pueden “establecer distinciones razonables por motivos (i) de seguridad, (ii) de resocialización y (iii) para el cumplimiento de la sentencia y de la política penitenciaria y carcelaria”. (artículo 3, CNP).

El CNP advierte de manera categórica el *respeto a la dignidad humana* en los siguientes términos: “En los establecimientos de reclusión *prevalecerá (i)* el respeto a la dignidad humana, (ii) a las garantías constitucionales y (iii) a los derechos humanos universalmente reconocidos. *Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral*”. (artículo 5, CNP) [, y] además señala que “[n]adie será sometido a desaparición forzada, torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”.

Protección de los derechos de las personas en el contexto de un sistema carcelario que constituyó un estado de cosas inconstitucional, en especial para grupos que son discriminados y tratados a partir de prejuicios

[...]

Las inspecciones adelantadas por la Corte Constitucional con ocasión de la sentencia T-153 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) le permitieron concluir que las condiciones de reclusión en las dos cárceles visitadas eran “absolutamente infrahumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal”. *La Corte consideró que las condiciones de albergue de los internos, similares a que ha tenido que enfrentar el accionante en el presente caso, “[...] son motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados*”. Estas condiciones de hacinamiento se explican, en gran medida, por la infraestructura carcelaria. “[...] Como ya se ha evidenciado, ésta no responde, en su generalidad, a las necesidades de la población carcelaria, y su estado de deterioro general determina que muchas celdas y áreas destinadas a distintas actividades no puedan ser utilizadas”.

[...]

Pero a las condiciones de hacinamiento, en sí mismas propicias para desatar actos de violencia, se suman los prejuicios acerca de la orientación sexual que reinan en

las cárceles, que pueden convertirse en factores autónomos de violencia y discriminación hacia personas de orientación homosexual, aumentando los riesgos que enfrenta esta población. Tal situación de discriminación, constatada por esta Corporación en casos anteriores, desafortunadamente es avalada en el presente caso tanto por las autoridades penitenciarias, como por el juez de instancia. En ambos casos se presupone que el accionante es parcialmente responsable de las vejaciones a las que ha sido sometido, “por su condición de homosexual”, conclusión jurídicamente inadmisibles.

Los derechos fundamentales de MGJ han sido sistemáticamente vulnerados por las omisiones del INPEC

[...]

De la simple lectura de los hechos que el propio accionante narra en sus diferentes intervenciones a lo largo del proceso, confirmadas en sus partes más graves por las autoridades carcelarias, se llega a esta conclusión.

Su dignidad, al igual que la de la mayoría de las personas privadas de la libertad en Colombia, como lo ha constatado esta Corporación a lo largo de los diferentes casos resueltos al respecto, ha sido desconocida de forma grave y manifiesta; se le ha sometido a circunstancias de inseguridad y riesgo que podrían incluso haber comprometido su vida y su salud de forma irreparable, en caso de que efectivamente haya sido contagiado de SIDA.

Las autoridades carcelarias se han limitado a constatar que en efecto el accionante ha sido sometido a algunos de los delitos y de las vejaciones a las cuales él hace referencia, y a constatar la incapacidad institucional del sistema penitenciario del cual forman parte para tratar el caso específico de una persona del carácter, comportamiento y personalidad del accionante. Las autoridades carcelarias se han limitado a remitirlo indefinidamente a distintos centros penitenciarios, sin que ninguna de estas decisiones se traduzca en una garantía real de protección a la vida, la salud, la integridad física, la dignidad y la libertad sexual de MGJ, derechos de los que él es titular y que diariamente le son desconocidos, como lo reconocen a lo largo del proceso las diferentes autoridades carcelarias.

[...]

En consecuencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional revocará el fallo de instancia y en su lugar tutelaré los derechos del accionante para lo cual adoptará las medidas necesarias para garantizar el goce real y efectivo de sus derechos fundamentales y, en especial, de su dignidad.

Cuestiones a debatir

La sentencia anterior es una muestra de la influencia de los prejuicios en las decisiones jurídicas cuando hay tensiones entre los derechos fundamentales y las prácticas socioculturales, pero es una muestra también de las potencialidades correctivas de la interpretación constitucional, en este caso, tras la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. A partir de este fallo en particular vale la pena plantear la problemática de los derechos de los ciudadanos privados de libertad, mismos que están protegidos claramente en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. En Colombia, y probablemente en toda América Latina, es notorio “el estado de cosas inconstitucional” (T-153 de 1998) en el que vive un gran porcentaje de los reclusos. Esta situación se agrava cuando, además de las violaciones a sus derechos fundamentales —a la dignidad, a la salud, la educación, el trabajo, la familia, y a no ser víctimas de violencia—, los reclusos viven en espacios de hacinamiento, con una guardia que, por insuficiente, o por simple falta de interés, no garantiza su protección, y expuestos además a la corrupción y a los abusos de los más fuertes. Es bien sabido que el abuso sexual en las cárceles es común, y que su ocurrencia no se limita a la victimización de quienes se reconocen como homosexuales; cualquier recluso puede sufrirlo, sin que necesariamente obedezca a la identidad de los actores como homosexuales. En la cárcel, las prácticas sexuales entre reclusos del mismo sexo son prácticas de subordinación, no la confirmación de una identidad previa. En otras palabras, si ser “homosexual” es tener sexo con alguien del mismo sexo —afirmación polémica, por cierto, sujeta a diversas percepciones sociales y perspectivas teóricas—,¹⁶⁰ en la cárcel son las jerarquías de poder las que crean al homosexual —así lo confirman las declaraciones de un preso en una cárcel argentina—:

¹⁶⁰ Ver “Construcción social de la sexualidad en dos grupos de hombres que tienen sexo con hombres (HSH) de barrios pobres de dos ciudades de Perú”, en Eliane Borges Berutti, Rafael de la Dehesa, María Mercedes Gómez, eds., *Sexualidades en América Latina y el Caribe*, N° 1 International Resource Network (IRN) adscrito al Center for Lesbian and Gay Studies (CLAGS) de la City University of New York (CUNY), New York, junio de 2007. Disponible temporalmente en <http://staging.jasperdesign.com/IRNDEV/index.cfm?contentid=15&itemtype=37>. Esta etnografía muestra cómo las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo no presuponen la identidad homosexual. Ver estudios empíricos relevantes sobre la disociación entre prácticas, deseos e identidades en Alfred C. Kinsey, Wardell B. Pomeroy, Clyde E. Martin y Paul H. Gebhard, *Sexual Behaviour in the Human Female*, Indiana University Press, Bloomington, IN, 1998. Desde el punto de vista teórico se destaca el trabajo de Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1995; Judith Butler, *El género en disputa*, Paidós, Barcelona, 2001; E. Kosofsky Sedgwick, *The Epistemology of the Closet*, op. cit.

[...] declara J.L.A. y describe las condiciones de vida en el penal [...] Entre otros pabellones [...] “si mandaban algún interno no conocido de ellos” —se refiere a quienes lo ocupaban— “*tenía que pelear por sus derechos ya que caso contrario pasa a ser homosexual y tiene que cocinar, barrer y lavarle la ropa al resto y levantarse después de lista para realizar esas tareas y acceder a cualquier pedido para hacer uso sexual o cobar mate. La pelea para no perder los derechos cuando uno ingresa a un pabellón es a las trompadas y determina si gana o pierde sus derechos*”. [Énfasis del autor] Explica que mediante el pago de 30000 se permitía a los internos “tener relaciones sexuales con la esposa o concubina” en una sala contigua a la iglesia y agrega: “también se puede comprar lo necesario para obtener una conmutación, es decir se negocia la celeridad en obtener testimonio de sentencia y cómputo” y concluye: “ahí dentro todo es negociable”.¹⁶¹

Así las cosas, es importante revisar las condiciones de atropello sexual que padecen quienes se reconocen como homosexuales o transgeneristas. Éstos no sólo sufren tratos inhumanos y crueles por parte de otros reclusos, como potencialmente lo sufriría cualquiera —homosexual o no— que “caiga en desgracia” en las estructuras jerárquicas, extorsivas y corruptas que parecen reinar en las cárceles, sino que además quienes manejan los centros de reclusión y tienen la obligación de protegerlos los someten a la victimización secundaria. El director de la Cárcel Nacional Modelo, teniente de la guardia penitenciaria, Pedro José Martínez, informó a la Corte Constitucional que el hacinamiento puede incrementar la violencia y justificó su afirmación con las siguientes palabras:

[...] el problema [de hacinamiento] puede incrementar la violencia, el interno se adueña de la celda múltiple y la arrienda, hay extorsión y eso genera violencia, como también la genera vivir con un drogadicto, noctámbulo u *homosexual*. El interno *anormal y desadaptado* [énfasis del autor] afecta la convivencia y surgen conflictos que derivan en actos violentos [...]¹⁶²

Como lo señala el fallo, cuando las opiniones de los funcionarios, así sea parcialmente, responsabilizan a los internos por los abusos, son “jurídicamente inadmisibles”. Esta claridad, sin embargo, no ha hecho que estos comportamientos dejen de ser cosa común. Es crucial implementar, por lo tanto, un entrenamiento y un estricto control de las acciones de los oficiales penitenciarios y judiciales en casos similares.

¹⁶¹ “Rubén Badín y otros v. Provincia de Buenos Aires”, Corte Suprema, 19/10/1995, publicado: JA 1995-IV-142. Fallos 318, 2002, Lexis N° 954063.

¹⁶² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-153 de 1998.

Preguntas

1. ¿Qué relevancia tiene el hecho de ser homosexual en las circunstancias descritas?

2. Analice los argumentos presentados por las autoridades carcelarias y judiciales involucradas en el caso de MGJ. ¿Qué concepciones sobre “normalidad”, convivencia, titularidad de los derechos, derechos de las personas privadas de la libertad subyacen en esos argumentos?

3. Analice en particular el alcance de la siguiente afirmación del Juez de primera instancia:

Para finalizar, debe recordarse al interno que no es el Estado el que por capricho lo tiene sometido a restricción de su libertad, sino que por su propia condición de infractor de las leyes, voluntariamente se ha sustraído al ordenamiento jurídico y se ha colocado en la posición de penado, lo que lógicamente le atrae las consecuencias de las que hoy se lamenta.

¿Este argumento podría ocultar un sentimiento homofóbico similar al que se manifiesta en los argumentos que, como “se lo buscó por homosexual”, están presentes en otros casos analizados en este capítulo?

4. MGJ está atrapado en un círculo vicioso: mientras más quejas presenta por los atropellos a los que es sometido, más confirma su desadaptación y “anormalidad”, desde el punto de vista de las autoridades carcelarias y judiciales. Sólo la revisión de la tutela por parte de la Corte Constitucional lo rescata de ese círculo perverso. ¿Qué medidas se deberían tomar para evitar que ese círculo se cierre sobre las víctimas de vejaciones como MGJ?

B. SEGUNDO PROBLEMA: EL ATENUANTE DE EMOCIÓN VIOLENTA, O IRA E INTENSO DOLOR

Quiero ahora llamar la atención sobre la existencia de una tensión potencial de cara a las soluciones jurídico-penales dadas a la violencia por prejuicio: la mayoría de las leyes que directa o indirectamente castigan la violencia por homofobia contemplan el incremento de las penas. Como ya lo señalé, las organizaciones LGBTQ en la región concentran gran parte de sus esfuerzos en impulsar este tipo de leyes. Sin embargo, muchos de los homicidios que involucran rasgos de violencia por homofobia, reconocidos o no, se enfrentan, o bien a penas reducidas porque se someten a sentencia anticipada, porque se clasifican como delitos cometidos en estado emocional violento o de ira e intenso dolor, o bien porque son clasificados como “crímenes pasionales” y, por lo tanto, reciben los bene-

ficios del atenuante. A primera vista, esto revelaría el dilema al que se enfrenta el sistema penal: aumentar o rebajar las penas. Esta tensión tiene dos registros: por un lado, los ataques motivados por la orientación sexual o por la identidad de género, por estar históricamente arraigados en el prejuicio sociocultural —homofobia, transfobia—, merecen especial protección: el aumentar las penas sería una forma de castigo ejemplar, una prueba de la no tolerancia del Estado a estos ataques. Sobre este aspecto me he referido ya a lo largo del texto.

Por otro lado, cuando el incidente involucra la orientación sexual o la identidad de género de los actores, sobre todo de la víctima, los reportes policiales y los tribunales suelen concentrar sus esfuerzos en “identificar” o “reconocer” lo siguiente: el ofensor merece los beneficios del atenuante de la emoción violenta o ira e intenso dolor, es decir, la reducción o supresión de la pena cuando se considera que su conducta ha sido provocada por un acto grave e injusto de la víctima, quien entonces es parcialmente responsable por la agresión, o cuando se presenta lo propio de un crimen pasional entre parejas o personas vinculadas afectivamente y cuyos conflictos generaron el estado de emoción incontrolable del perpetrador. En ambos casos, lo que amerita revisión es el marco cultural que respalda la interpretación jurídica y la reproducción de ciertos “valores” sociales, en nuestro caso, de aquellos que permiten relacionar la agresión en estado de emoción violenta e incontrolable con la condición o provocación homosexual.

El atenuante de emoción violenta o ira e intenso dolor contempla aspectos subjetivos que pueden llegar a comprometer el libre albedrío de la persona que comete el acto violento. Si estos aspectos se identifican, se aplica una reducción a la pena. La dogmática señala que en principio el atenuante no es un mecanismo que busque eliminar la responsabilidad, sino una herramienta para reducir la sanción. Los efectos del atenuante aplican en la sentencia cuando es posible demostrar que la víctima ofendió y provocó de manera grave e injusta al agresor, y que en consecuencia éste perdió el control. Por lo tanto, su posible aplicación presupone que, sin la provocación extrema, el autor del ilícito es una persona ordinaria —es decir, se le reconoce poca o ninguna peligrosidad—, que el acto es excepcional y de improbable repetición, y por eso amerita la reducción de la pena.

Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda

Proceso 2002-00135

7 de junio de 2004

Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Penal, Pereira

Agosto de 2004

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Bogotá

Proceso 23093¹⁶³

9 de febrero de 2005

Problema jurídico

¿Es válido el uso del atenuante de ira e intenso dolor en casos de violencia por prejuicio sexual?

Hechos

El 24 de noviembre del 2001, ante la posibilidad de que J.W.A.G. le revelara a la cónyuge de Luis Fernando Combat Paternina el contenido de un videocasete que supuestamente contenía las relaciones homosexuales que ellos habían sostenido, éste, acompañado de Carlos Humberto Castaño Bedoya, condujo a A.G. a un paraje apartado en la ciudad de Pereira con el fin de apoderarse del videocasete. En ese lugar, luego de reclamarle el video y sostener algún forcejeo, lo hirió con el arma cortopunzante que llevaba y le produjo la muerte.

Decisión del Juzgado de primera instancia

Se confiere sentencia anticipada a los acusados Luis Fernando Combat Paternina y Carlos Humberto Castaño Bedoya por la conducta punible de homicidio perpetrado contra A.G., y como la sentencia se solicitó en la etapa del juicio, no hubo audiencia con la presencia de los procesados, quienes aceptaron los cargos y el fallo condenatorio. La pena final que se les impuso es de 22 meses y 23 días de prisión y se determina así: La pena por homicidio simple establecida en el Código penal (art[ículo] 103) establece una pena mínima de 13 años y máxima de 25, pero la sentencia fue reducida por cuanto la conducta fue realizada en “estado de ira e intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado”. La pena a imponer fue de 26 meses de prisión, pero como se acogieron a sentencia antici-

¹⁶³ Para efectos de la claridad de los hechos, de la aplicación del atenuante y de los argumentos de la defensa, es necesario intercalar los argumentos de las tres instancias que siguió el proceso. En primera instancia, la del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda; en segunda instancia, la del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Pereira, y por último la de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

pada durante la etapa de juicio, recibieron una rebaja de la octava parte, un cargo de indemnización por daños y perjuicios y la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena. La defensa solicitó condena de ejecución condicional y ésta fue negada en las instancias. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema confirmó la decisión.

Extractos

De los antecedentes personales, sociales y familiares de los sentenciados más [sic] bien poco se sabe. De Luis Fernando Combat Paternina apenas se sabe que es un hombre joven, que siempre ha trabajado, que convive con una mujer y que es padre de un menor de edad. De Carlos Humberto sólo se conoce que es un hombre que por la época de los hechos tenía [sic] diecinueve años de edad. Al despacho le queda muy difícil negar la condena de ejecución condicional por los antecedentes personales, sociales y familiares de los procesados, porque casi nada se sabe de ellos y porque eso no autoriza al Juzgado a presumir o a hacer juicios negativos sobre la personalidad de Luis Fernando y Carlos Humberto. Lo que sí definitivamente enseña que en este caso es necesaria la ejecución de la pena, es la modalidad y gravedad de la conducta punible. Es que todos sabemos que el primer bien jurídico que se protege en cualquier sociedad es la vida y fue precisamente ése el que vulneraron los dos procesados. No interesa ahora que a los acusados se les haya reconocido que actuaron en un estado de ira o intenso dolor. El beneficio se negará, y en firme este fallo se librárá orden de captura en contra de los procesados.¹⁶⁴
[...]

Decisión de segunda instancia

Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sala de Decisión Penal. Pereira, Agosto, 2004. La defensa apela ante este tribunal la decisión de negar los beneficios de sustitución de la pena privativa de la libertad. El tribunal decide confirmar integralmente la sentencia apelada. Reconoce el atenuante, pero rechaza de plano la afirmación de los apelantes cuando afirman que “la muerte de A.G. se justificaba por [su] acción extorsiva [...]”. Confirma la pena y aduce que “no puede en modo alguno ser equitativo suprimir una vida por un acto arbitrario cuando existen mecanismos legales en el cometido de impedir tal acción por la cual se obró”.

¹⁶⁴ Sentencia anticipada: Juzgado Cuarto Penal del Circuito, Desquebradas, Risaralda, 7 de junio de 2004, proceso 2002-00135, p. 8.

Extractos

Síntesis de la acusación

[...]

La providencia discurre ampliamente sobre los hechos y lo ocurrido desde el punto de vista de la propia narración de los protagonistas, de la confesión que hicieran [...] toda la discusión [gira en torno a] los móviles, con las tesis encontradas de [que se] trata de un acto emocional generado por la amenaza de la víctima de difundir un video [que registra] las relaciones íntimas, razón de ser y meollo del asunto en la resolución del recurso.

La providencia inicial se basa en la forma como sucedieron los hechos y en que el acusado tenía otras vías para obtener el vídeo [sic] sin necesidad de recurrir a la violencia, de la forma premeditada como operó. Por el contrario salió avante la tesis de la defensa, al ser reconocida la circunstancia modificadora de la conducta [el estado de ira causado por grave e injusta provocación estipulado en el artículo 57 del Código penal colombiano como atenuante] en la segunda instancia.

[...]

De la defensa de Combat Paternina

[...]

Es una injusticia al negarse el beneficio a su cliente después de vivir el viacrucis al cual se contraen las diligencias, del conflicto emocional absurdo, que no puede permitir el volver al sitio de reclusión porque se suprimió una vida, cuando según su criterio se presentaban circunstancias donde se justificaba la muerte para evitar una gran injusticia. En ese propósito y cometido, la apelación hace una radiografía de la vida del señor Combat Paternina, de sus antecedentes, del drama vivido con la extorsión por parte del occiso, [citando] apartes de la versión dada en sus descargos, calificando aquélla de terrorífica visión y de ofensa gravísima, volviéndose a referir en concreto, amplia y detalladamente a las circunstancias de las relaciones sostenidas y a toda la tragedia y las consecuencias en el cometido de la víctima de hacer conocer de la esposa lo realizado. Alude al miedo insuperable que cobijó la conducta de su cliente en la cual debió ponerse la calificación, haciendo la confrontación y recabando en la injusticia y gravedad del actuar del ofendido. Trae a colación el contenido del vídeo, su brutalidad y las aberraciones, la morbosidad, para dimensionar el daño a causar con la amenaza de exhibirlo y para justificar la forma como obró su poderdante. Hace la ponderación entre el acto grave que se le reprocha a Combat Paternina y lo vivido por él, su angustia y su dolor, trayendo citas doctrinarias sobre las pasiones, su ímpetu, en el camino de convencer sobre

la calidad de persona del procesado y de la necesidad de concederle la ejecución condicional de la pena.¹⁶⁵

Decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal

No admite la demanda de casación que busca la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad, y pone punto final a los recursos.

Extractos

La demanda

Se dedica luego el recurrente a hacer un largo recuento de los hechos por los que dice pasó su prohijado y que lo condujeron a la ejecución del ilícito, así como a elaborar una serie de juicios sobre la conducta de la víctima, la reacción del procesado y el delito pasional, llegando a cuestionar que no se le hubiere reconocido a éste descuento punitivo alguno por confesión y colaboración e inclusive el dolo que se le imputó para concluir que el Tribunal interpretó erradamente la norma dándole un sentido diferente al que ella permite al asignarle a la conducta del procesado connotaciones de gravedad que en realidad no tiene, aunque su conclusión lo es en el sentido de que el juzgador aplicó indebidamente la norma sustantiva, de modo que “si hubiera hecho una valoración correcta de las circunstancias que condujeron a la comisión del hecho punible y a sus profundas raíces psicológicas habría llegado a la conclusión, por demás absolutamente clara, de que el señor Luis Fernando Combat Paternina tenía pleno derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena”.

Cuestiones a debatir

El desafío que implica para el derecho penal sopesar las demandas de la psicología individual —los elementos subjetivos de la conducta— en la aplicación del atenuante, sin que ello signifique la reproducción de prejuicios socialmente concebidos —en este caso, el prejuicio sexual—. Las condiciones particulares en que se garantiza el atenuante a la pena tienen, además de los beneficios individuales para el condenado, un valor simbólico, es decir, expresan el reconocimiento del Estado de que ciertas prácticas y conductas provocan, de manera justificable, estados emocionales alterados que pueden conducir a conductas violentas. La pregunta es por el carácter de estas prácticas y conductas y por las condiciones en las que el Estado participa e institucionaliza en la ley una suerte

¹⁶⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Penal, Pereira, agosto de 2004, p. 3.

de “apoyo” a quienes reaccionan con violencia ante las mismas. Por una parte, el esfuerzo por generar sanciones menos onerosas es loable en sistemas que se resisten a construir subjetividades criminales desde la teoría de la peligrosidad y el carácter meramente retributivo de la pena. Por otra parte, el hecho de que ciertas reacciones violentas se consideren “justificadas” exige revisar el contexto de esa justificación.

Cabe mencionar que, en el caso que nos ocupa, ninguna parte del fallo —el de primera instancia— aclara las circunstancias en las que se llevó a cabo el homicidio, ni las razones por las cuales se justifica el atenuante de la ira y el intenso dolor. Lo que se explica es el dictado de sentencia mínima (de 119 a 150 meses de prisión), porque, si bien se reconoce la gravedad del hecho, “no existen circunstancias de mayor punibilidad y existe para Castaño Bedoya una que es de menor punibilidad que es la carencia de antecedentes”.

En segunda instancia, la reconstrucción de los hechos proviene en su totalidad de los testimonios de los implicados: es decir, el estado de ira generado por la amenaza de hacer públicas¹⁶⁶ las relaciones íntimas que el acusado Combat Paternina sostuvo con la víctima. En segundo lugar, en la providencia inicial se sostiene que hubo premeditación, al menos en lo que atañe a la construcción de un escenario para la recuperación del video. Aunque es poco lo que se narra al respecto en los fallos de instancia, es posible afirmar que Combat Paternina condujo a la víctima a un lugar aislado, que portaba un arma blanca y que se hizo acompañar de Castaño Bedoya con el fin de recuperar el video. Tal premeditación parece incompatible con la versión que imperó sobre la comisión del acto en estado de emoción violenta —¿de ambos implicados?—. Interesa entonces lo que se argumentó en un registro y otro. ¿Por qué prevalece la versión de la defensa?

Desde luego que el proceder extorsivo y amenazante de la víctima es reprochable e ilegal. Pero el argumento del abogado de la defensa es prejuiciado e incluso paradójico. En primer lugar, sostiene que para el acusado “se justificaba la muerte para evitar una gran injusticia”. Tal injusticia consistía en hacer públicos, ante la esposa, sus propios actos, es decir, las relaciones íntimas que sostuvo con la víctima. No hay comentario alguno sobre fuerza o coacción al haber sostenido tales relaciones, lo cual permite suponer que éstas fueron consensuales. La gravedad de la ofensa, según la defensa, radica entonces en “la terrorífica visión” de los hechos, el “drama vivido con la extorsión” y el carácter del video, “su brutalidad [...] aberraciones y morbosidad”. No hay alusión directa al carácter homosexual de las relaciones, pero los adjetivos que califican el contenido del video, unido al hecho de que no hay señal de coacción, parecen

¹⁶⁶ Sobre las tensiones entre lo público y lo privado volveré en el próximo literal.

querer imponer —y lo logran parcialmente, porque el atenuante fue concedido en las instancias— una valoración prejuiciada: ¿qué es brutal, aberrante y morboso? ¿Las imágenes? ¿O el hecho de que muestren a dos personas del mismo sexo teniendo relaciones sexuales?¹⁶⁷ Las prácticas íntimas entre dos adultos, si son consensuales, y no violan otros derechos, están protegidas constitucionalmente —derecho a la intimidad, derecho a la libertad sexual—. La infidelidad, parece pertinente señalarlo, genera conflictos y, en ocasiones, sanciones morales y sociales, pero no es ilegal. De hecho la idiosincrasia latinoamericana suele valorar positivamente a un hombre infiel: sus pares, y aun las mismas mujeres, exaltan la virilidad y el “éxito” del seductor o seducido. Es decir, si se es hombre, ser infiel es en muchas ocasiones fuente de prestigio. No así cuando la evidencia muestra que las prácticas sexuales se tienen con personas del mismo sexo. Estas prácticas representan en cambio un desplazamiento, una amenaza a los privilegios simbólicos e instrumentales de la heterosexualidad obligatoria, como la pertenencia y clasificación sociopolítica y económica en binarios definidos y productivos. El miedo a perder de la homofobia es miedo a perder “las credenciales masculinas”,¹⁶⁸ credenciales que defienden contra las sanciones simbólicas y materiales del disenso. Por eso, de alguna manera, la homofobia o prejuicio sexual consiste en la terca y en ocasiones violenta resistencia a aceptar las variaciones de la norma heterosexual.

En el caso que nos ocupa, el otorgamiento del atenuante tuvo éxito y expresó el tinte homofóbico del sistema jurídico: tomó como natural el miedo ante la posibilidad de que las prácticas sexuales con una persona del mismo sexo fueran puestas al descubierto —en especial, y sobre todo por tratarse de hombres—, y justificó la reacción violenta que acompañó a ese miedo. En el caso de las relaciones heterosexuales, el atenuante se suele conceder cuando las conductas violentas son motivadas por celos, lo que no es otra cosa que el reconocimiento y la justificación institucional de la posesión irracional del cuerpo y de la vida emocional del otro.

En este caso no hay un argumento explícito, pero el triunfo de la defensa frente a la aplicación del atenuante permite hacer la siguiente interpretación: la homosexualidad es considerada aberrante; el acusado es una persona decente, no representa peligro social alguno, “trabaja, convive con una mujer y tiene un hijo” y, parece sugerir, no tuvo uno sino dos episodios de emoción violenta. En

¹⁶⁷ El 2 de agosto del 2007, el diario *El Tiempo* de Bogotá, Colombia, publicó el artículo “Escándalo por video sexual de periodista”. El artículo relataba cómo un hombre había amenazado y había cumplido la amenaza de hacer público un video en el que tenía relaciones sexuales con su pareja femenina. La controversia no pasó de ser una discusión sobre la falta de delicadeza del individuo al hacer público lo que pertenece al ámbito de la intimidad.

¹⁶⁸ G. Mason, “Not Our Kind of Hate Crime”, *op. cit.*

el primero accedió a tener prácticas sexuales con alguien de su mismo sexo, y en el segundo reaccionó violenta y justificadamente cuando la “índole aberrante de las mismas”, la “visión terrorífica de los hechos” se le reveló, y el miedo a que se hiciera público le hizo perder el control hasta el punto de justificar la muerte de quien lo amenazaba. El prejuicio se cuela en el lenguaje que describe el contenido del video y en el hecho de que hace de éste el meollo del asunto.

Pero no sólo los argumentos de la defensa son paradójicos; lo es también la conducta del acusado. Como lo señalé anteriormente, el acto homofóbico violento es paradójico porque confirma, porque hace público lo que trataba de borrar, de eliminar:¹⁶⁹ el carácter homosexual de las prácticas y, por tanto, de los implicados.¹⁷⁰ El conflicto que parece imponerse se deriva del choque conflictivo entre práctica e identidad sexual. Tanto los discursos jurídicos como los imaginarios sociales no establecen diferencias entre ellas, y de cualquier manera, el estatus de las unas —prácticas sexuales no (hetero)— como de las otras —identidades no (hetero)sexuales— son despreciadas en la sociedad de heterosexualidad obligatoria.

Por su parte, el fallo de la Corte Suprema, además de reiterar los elementos nombrados ya, introduce otro: la alusión al *delito pasional*, sus profundas raíces psicológicas y su enlace con el “pleno derecho” a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. A este asunto me he referido varias veces: la figura del “delito pasional” opera como una cortina de humo en la identificación, definición y desarrollo de los procesos que atañen a la violencia contra las sexualidades no normativas.¹⁷¹ Por crimen pasional se suele entender el que comete un individuo que, vinculado a otro por lazos afectivos de carácter sexual/amoroso, es presa súbita de una emoción violenta e incontrolable motivada por los celos, la amenaza de abandono o cualquier otra que se cierna sobre la relación. Hace de su objeto amoroso/sexual, o de lo que percibe como amenaza, un blanco de ataque. Cuando los crímenes motivados por prejuicio sexual o misoginia se clasifican

¹⁶⁹ Ver M. M. Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*

¹⁷⁰ Es importante establecer una diferencia entre la identidad y la práctica. La teoría *queer* enseña que éstas no coinciden; al menos no siempre. Sin embargo, la percepción social y la autopercepción, unidas a la compulsión de las sociedades de heterosexualidad obligatoria a categorizar, suelen equipararlas con todas las consecuencias. Por ejemplo, si uno tiene prácticas sexuales con una persona del mismo sexo, es homosexual o lesbiana. Tal categorización esquiva los complejos procesos del deseo y reduce la construcción política de las sexualidades no normativas a un asunto de compañeros o compañeras sexuales.

¹⁷¹ No voy a detenerme aquí en las problemáticas derivadas de usar el término para ocultar jerarquías y registros de poder patriarcal y misoginia social en la violencia heterosexual. Ver un magnífico estudio al respecto hecho en Colombia y Brasil en Myriam Jimeno, *Crimen pasional. Contribución a una antropología de las emociones*, Colección Sede, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.

como pasionales no sólo se justifica la reducción de las penas, sino que se desvía la atención de la institucionalización de estructuras de poder que reproducen prácticas misóginas y homofóbicas y concentra la responsabilidad del ilícito en la víctima. Si no fuera así, ¿por qué tendría el Estado que justificar, “entender” la psicología individual del misógino y del homofóbico? ¿No es acaso porque la considera razonable? ¿No será que tal razonabilidad proviene precisamente de la aceptación, el respaldo y la reproducción de prejuicios sociales y, por lo tanto, de su justificación en los comportamientos individuales? ¿No será que cuando se clasifica un homicidio por prejuicio sexual como crimen pasional se responsabiliza de la agresión a la víctima, se es tolerante con el agresor individual y se expía la responsabilidad social y jurídica en la reproducción del prejuicio?

Veamos algunas particularidades de lo que se acostumbra clasificar erróneamente como pasional en los crímenes entre personas del mismo sexo, entre hombres gay en particular. Un primer elemento es el que la víctima no conozca al perpetrador. Según el relato de los asesinatos de hombres gay en Bogotá, las víctimas suelen caer en trampas. Por ejemplo, tienen encuentros rápidos en sitios públicos, invitan a un individuo a la casa y, una vez allí, se ven en una situación fatal. Un desconocido irrumpe con o sin violencia pero mata con sevicia y manda un mensaje de terror. Por el contrario, en los casos clasificados como crimen pasional entre personas heterosexuales, la condición es la familiaridad entre la víctima y el agresor. En ambos casos, sin embargo, la culpa es desplazada hacia la víctima: en el primer caso, bajo la acusación moral de promiscuidad; en el segundo, por ejemplo, bajo la acusación de infidelidad. Sería interesante hacer un diagnóstico de las diferencias entre los hombres que matan a sus parejas mujeres en estado de emoción violenta y de las mujeres que matan a sus parejas abusivas en legítima defensa.

Un segundo elemento que hace parte de la violencia por prejuicio sexual proviene de la intolerancia de los agresores ante un acercamiento real o percibido como provocación homosexual. Es decir, la reacción violenta y el subsiguiente ataque en respuesta al menor gesto que el agresor pueda percibir como un avance de carácter homo(sexual) por parte de la víctima. Sobra decir que en el orden heterosexual obligatorio los avances o insinuaciones de tipo sexual suelen llamarse coquetería y se configuran como modelos de comportamiento naturalizados. En la aceptación jurídica de la emoción violenta ante un avance de tipo (homo)sexual no debería confundirse la noción de provocación por ofensa grave e injusta con la noción de avance homosexual no violento.¹⁷² Esa

¹⁷² Ver una explicación extensa e interesante a propósito de estos términos y el uso de la defensa por pánico homosexual en Australia en Santo de Pasquale, “Provocation and the Homosexual Advance Defence: The Deployment of Culture as a Defence Strategy”, *26 Melbourne University Law Review* 110, 2002, p. 119.

distinción es fundamental para disociar la pertinencia del atenuante de la reproducción del prejuicio.

Un tercer elemento de análisis puede estar en las diferencias que establecí entre los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia.¹⁷³ El objetivo de la violencia jerárquica es situar al otro en su lugar de subordinación, mientras que el de la violencia excluyente es liquidar al otro, que se yergue como amenaza. En ambos casos, el gesto violento puede producir la muerte, pero el significado del gesto es distinto. Me atrevería a afirmar que la violencia de género tiende a expresar aspectos jerárquicos, mientras que la violencia contra las sexualidades no normativas tiende a ser excluyente. Sin embargo, ya vimos la paradoja de tal exclusión. El perpetrador quiere eliminar cualquier alusión a su potencial conexión con intereses, deseos o prácticas sexuales no normativas, pero cuando comete el acto violento, en lugar de borrar esa alusión, la confirma.

Otro uso nefasto de la figura del crimen pasional se ha hecho palpable en los informes de Amnistía Internacional sobre la violencia contra las mujeres y las sexualidades no normativas en el conflicto armado colombiano. Veamos. Uno de esos informes señala que “[...] a menudo, los crímenes por motivos políticos y los crímenes de violencia sexual ni siquiera se reflejan en las cifras oficiales, excluidos de ellas por englobarlos dentro de los llamados crímenes pasionales”, y recomienda:

Mantener estadísticas fiables y actualizadas sobre la incidencia de las denuncias de violencia sexual, estén o no relacionadas con el conflicto armado. Garantizar que en el registro de datos se reflejan los abusos dirigidos hacia grupos concretos, y *que se elimina cualquier categoría que pueda distorsionar las estadísticas, como la de “crimen pasional”*.¹⁷⁴ (Énfasis del autor)

Considero, en general, que la figura del crimen pasional se debe eliminar del sistema jurídico penal. El infausto valor de esta figura se deriva del camuflaje de relaciones de poder y de patrones culturales misóginos y homofóbicos en el ámbito privado de las emociones “incontrolables”, generadas éstas, según los perpetradores, y con la aquiescencia del sistema penal, como actos de defensa de la sacralidad de los espacios privados, familiares y del honor.

¹⁷³ Ver M. M. Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*

¹⁷⁴ “Cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado”, octubre de 2004, Resumen Índice Amnistía Internacional: AMR 23/04/2004.

Para terminar, cabe señalar que en los Estados Unidos y en otras sociedades¹⁷⁵ existe un atenuante particular de posible aplicación en casos de violencia por homofobia, conocido como la defensa de pánico gay (*Gay panic defence*). Estas figuras jurídicas son estrategias de defensa y

[...] se usan para evitar la acusación o atenuar la sentencia de los perpetradores de violencia contra los homosexuales (*gay-bashers*) [...] Jurídicamente, la defensa de “pánico homosexual” de una persona (típicamente un hombre) acusada de violencia contra los homosexuales implica que su responsabilidad por el crimen es reducida debido a una condición patológica de su psiquis incitada por un avance sexual indeseado por parte del hombre al que atacó [...] la defensa por pánico homosexual descansa sobre la falsa, individualizante y patologizante presunción de que el odio por los homosexuales es *un fenómeno tan privado y atípico en esta cultura que puede clasificarse como una enfermedad que reduce la responsabilidad* [de los propios actos].¹⁷⁶ (El énfasis es del autor)

Pero lo que tratamos de argumentar aquí es precisamente lo contrario, es decir, que la homofobia o prejuicio sexual tiene raíces sociales y culturales, y que cualquier gesto de violencia de este tipo sólo tiene “éxito” —es decir, expresa su odio/prejuicio— porque el contexto público en el que ocurre permite que cobre significado.

Preguntas

1. A partir de los hechos del caso Combat Paternina, ¿qué elementos hacen dudar de que en el caso se configure la causal de atenuante por ira e intenso dolor?

2. Asumiendo que la aplicación de la causal de atenuante por ira e intenso dolor se justifique en este caso, ¿qué prejuicios sustentan su aplicación? ¿Qué hace suponer sobre el comportamiento y razonamiento de Combat Paternina en torno a la comisión del delito?

3. ¿La causal de atenuante por ira e intenso dolor esconde siempre un prejuicio de índole sexual, sea éste misoginia u homofobia? ¿En qué casos sí? ¿En qué casos la aplicación de este principio escaparía a este patrón? ¿En algunos casos se debería mantener la causal?

¹⁷⁵ También en Australia existe una figura similar en la defensa contra la provocación homosexual (*Homosexual advance defence*). Ver S. de Pasquale, “Provocation and the Homosexual Advance Defence: The Deployment of Culture as a Defence Strategy”, *op. cit.*

¹⁷⁶ E. Kosofsky Sedgwick, *The Epistemology of the Closet*, *op. cit.*, p. 19. Traducción y énfasis de la autora.

C. TERCER PROBLEMA: LO PÚBLICO

A continuación presento algunas tensiones manifiestas en los temas que tienen que ver con la violencia por prejuicio sexual y el uso de los espacios públicos. Por un lado de cara al derecho a la asociación y a circular libremente, y a las expresiones públicas de afecto entre personas del mismo sexo, relacionadas con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y por otro sobre el goce privado de prácticas sexuales no normativas por parte de individuos que se definen como heterosexuales y la necesidad paralela de negar esas prácticas, en algunos casos recurriendo a la violencia ante la posibilidad de que éstas se hagan públicas, o cuando de hecho se hacen públicas.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-301 de 2004

Problema jurídico

¿Constituye trato discriminatorio a las minorías sexuales en su derecho a la igualdad, la integridad, la honra y el buen nombre, la libre circulación y el libre desarrollo de la personalidad el que se les impida reunirse y expresar su afecto en público, y el ser estigmatizados y expuestos al escarnio público, por ejemplo, cuando se equipara el ser homosexual con ser portador del VIH?

Hechos

El 10 de junio del 2003, JPNV interpuso una acción de tutela contra el Comandante de policía del departamento del Magdalena. El 25 de junio, en primera y segunda instancia, el amparo le fue negado. El demandante relata que, durante meses, agentes y auxiliares de policía de la ciudad de Santa Marta le informaron, a él y a sus amigos, que las personas homosexuales no podían permanecer en el camellón de la bahía. Incluso en abril del 2003, y desde un carro de policía, les recordaron la prohibición con megáfono. En esa ocasión, un capitán de la policía bajó del vehículo y les dijo que los homosexuales reunidos le daban mala imagen al sector, y que por lo tanto había una “orden central de destierro”. El 9 de mayo del 2003 el demandante y sus amigos se volvieron a reunir en el sector. Doce agentes y auxiliares de policía insultaron y hostigaron a JPNV, recordándole la orden dada en el pasado. Lo subieron a la patrulla, lo llevaron a la inspección de policía central norte, lo retuvieron por dos horas y, al dejarlo en libertad, le reiteraron que “no querían ver homosexuales en la bahía de Santa Marta”.

Decisión

La Corte Constitucional revoca el fallo del Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta y concede a JPNV el amparo de los derechos a la igualdad, la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, la honra, el buen nombre y la libre circulación. Asimismo, la Corte ordena al Comandante del Departamento de Policía del Magdalena que imparta “instrucciones necesarias y suficientes” a su personal para que cese de inmediato el hostigamiento.

Extractos

[...]

Respuesta dada por el Comandante del Departamento de Policía del Magdalena

El 13 de junio de 2003, el comandante de la entidad demandada respondió la solicitud de tutela en los siguientes términos:

1. En la oficina de quejas y reclamos de la entidad figura un memorial suscrito por el señor Arnoldo Pinedo Lanao —en coadyuvancia con el demandante en la presente acción de tutela—, en el cual se denuncian los mismos hechos. Por esta razón, el comandante de policía, en ejercicio de su potestad disciplinaria sobre el personal uniformado bajo su mando, ordenó la investigación disciplinaria del caso, con el fin de determinar la responsabilidad de los agentes mencionados en la queja.
2. Con el objeto de prevenir la posible vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos que hacen uso del camellón de Santa Marta —incluidos los homosexuales—, se ha impartido la orden a los uniformados que, en sus procedimientos, y al momento de atender los requerimientos de la comunidad, actúen de conformidad con lo prescrito por las leyes y reglamentos y las normas de derechos humanos. Esta orden ha sido cumplida a cabalidad por los funcionarios a su cargo, índice de lo cual es el hecho de que la única denuncia presentada por motivos de discriminación es la del actor en la presente solicitud de amparo.
3. No es cierto, como lo afirma el ciudadano JPNV, que las autoridades de policía del departamento del Magdalena hayan vulnerado sus derechos fundamentales, menos aún tomando en consideración que la obligación constitucional de la policía nacional es desarrollar los operativos y actividades que procuran el mantenimiento del equilibrio social, como condición necesaria para el ejercicio libre de derechos y deberes por parte de la comunidad. En cumplimiento de su responsabilidad institucional, la policía nacional, a través del capitán Jesús Díaz —coordinador del programa zona segura para el camellón Santa Marta—, atendió una solicitud elevada por los representantes de los establecimientos comerciales ubicados en esta zona. En la petición, los comerciantes solicitaron a la policía que controlara al grupo de homosexuales “*que venían teniendo comportamientos atentatorios contra la moral, la ética y sanas*

costumbres de los ciudadanos de bien tanto turísticos como residentes en la ciudad que igualmente utilizan el camellón para disfrutar de su belleza y del ambiente que éste genera [...]. Por tal motivo, y acudiendo al llamado de la comunidad, fueron diseñados operativos con el fin de “*verificar y establecer cuáles eran los homosexuales que venían perturbando la seguridad y tranquilidad del sector*” [...]. Como resultado de este operativo fueron conducidas algunas personas que deambulaban por el sector —sin distinguir su condición sexual— hasta las instalaciones de la inspección del norte a efectos de identificarlos y verificar si tenían antecedentes penales.

4. A lo anterior se sumó la queja presentada por un ciudadano, señalando que en el sector deambulaba una persona que padecía el VIH. Por tal razón, hubo necesidad de conformar una base de datos para identificarla y, en el futuro, tomar las medidas necesarias para prevenir la propagación de la mortal enfermedad. La mencionada actividad no constituye reseña de antecedentes penales, ni tampoco atenta contra los derechos humanos de los ciudadanos, por el contrario es evidencia de las actividades desplegadas por la policía en la búsqueda de control de las actividades que afecten y puedan quebrantar la tranquilidad y salubridad públicas.

5. El señor JPNV asumió una conducta reprochable contra la autoridad policial al denunciarla ante diferentes organismos del Estado por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales. Las supuestas violaciones nunca han ocurrido, y tal vez lo que reflejan las quejas del actor son sus apreciaciones subjetivas que

[...] van acompañadas quizás de la misma extigmatización (sic) que existen en la comunidad hacia personas que son homosexuales, especialmente en comunidades como las nuestras en donde esta (sic) prácticas rallan con las sanas costumbres y la moralidad pública y por tanto constituyen tabúes que no son asimilables como sí se da en otros países del orbe [...].

6. Deben ser desestimadas las pretensiones del actor por cuanto no ha existido violación de derecho fundamental alguno y en razón de que el demandante ya ha presentado diferentes quejas por los mismos hechos ante diversas entidades del Estado, y las correspondientes investigaciones disciplinarias se encuentran en trámite.

Decisión de primera instancia

El 25 de junio del 2003, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta resolvió denegar el amparo solicitado. Consideró que, de conformidad con la Carta constitucional, los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición, es más, que los mismos ostentan un interés jurídicamente protegido siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otros ciudadanos “*ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia*” [...].

Anotó la Sala que, en todo caso, para resolver el tema concreto debe ser considerado que en el sector del camellón en Santa Marta, en las horas de la noche, un grupo de consumidores de drogas, prostitutas y homosexuales llevan a cabo actos que ocasionan el reproche de la sociedad. En ese sentido, a su juicio, se justifican las acciones de la fuerza pública, *“utilizando las medidas represoras en este tipo de casos, como es el arresto, cuando de situaciones como la pregunta que hace el accionante en el sentido de que si la policía puede retener a una pareja homosexual por estar dándose un beso en la bahía de Santa Marta”*. Concluyó señalando que no obra en el expediente prueba alguna que acredite la vulneración de los derechos fundamentales alegada por el actor, razón por la cual no se concedió el amparo.

Impugnación

El 4 de julio del 2003, el señor Noguera Villar impugnó el fallo de tutela. Rechazó, en primer término, las acusaciones del Comandante de policía del Magdalena, en el sentido de afirmar que los homosexuales que frecuentan la bahía de Santa Marta [tienen] conductas que atentan contra la moral y las buenas costumbres de los ciudadanos de bien. Reiteró que su condición homosexual no implica que él no sea también un ciudadano de bien y buenas costumbres, objeto de protección por parte de la policía departamental, como todas las personas que frecuentan el lugar. De igual manera, consideró que la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, al señalar que los homosexuales no deben realizar conductas que generen rechazo por parte de la sociedad, extendió el reproche de ciertas conductas [...] de otros sujetos a su caso particular —que en nada vulnera la normatividad vigente—.

Decisión de segunda instancia

Mediante auto del 13 de agosto del 2003, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado, de conformidad con el artículo 140 del Código de procedimiento civil y, en consecuencia, rechazó la acción de tutela.

SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia

Remitido el expediente al Juzgado Penal Circuito de Santa Marta —reparto—, correspondió su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, [el cual] mediante sentencia del 10 de septiembre de 2003 resolvió denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados por el demandante. Consideró [...] que, aunque la solicitud de amparo estuvo enderezada contra el comandante de policía de Santa Marta, este último no puede responder por las actuaciones arbitrarias de los agentes que están bajo su mando, cuando en el curso de una orden

impartida de forma legal o en el cumplimiento de sus funciones, incurren en abuso de poder. Además, para plantear los reproches consignados en la acción de tutela de la referencia, el demandante cuenta con otros mecanismos jurídicos a través de los cuales puede reprochar las conductas de los oficiales de manera personal, mas no institucional. Concluyó el Juez de instancia que, tomando en consideración que ante la Defensoría del Pueblo cursa una denuncia por los mismos hechos, deberá esperarse la conclusión de tal indagación para establecer con plena certeza la ocurrencia de la vulneración.

[...]

Para la Sala es claro, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia: (i) que en el caso de la referencia es necesario aplicar un test estricto de proporcionalidad por cuanto (a) el fundamento del trato discriminatorio es un criterio sospechoso —condición sexual—, y (b) el fin perseguido con la actuación administrativa es la salvaguarda de la moral pública (concepto extremadamente vago). De la aplicación de esta evaluación surge fácilmente que las preferencias homosexuales de ciertos ciudadanos hacen parte de su derecho a la intimidad y a la autodeterminación, tan sólo excepcionalmente restringible por parte del Estado. En ese sentido, no se ve cómo se resguarda el fin constitucionalmente protegido —la guarda de la moral social— con la restricción casi absoluta de circulación a un grupo de ciudadanos y con las detenciones administrativas de las cuales son objeto. Es necesario reiterar que el hecho de tener cierta preferencia sexual (que no dañe derechos de terceros) hace parte del derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación, sin que ello pueda ser limitado por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía.

En segundo lugar, encuentra la Corte que la medida restrictiva de la libertad de circulación por el territorio nacional del ciudadano no resulta ni necesaria ni adecuada para garantizar un valor constitucional. Con el fin de llevar ante los tribunales a las personas que comercian drogas ilícitas debe iniciarse la actuación penal correspondiente, no detener a cierto número de ciudadanos porque al funcionario policial “le pareció” que estaban involucrados en la comisión del delito. En conclusión, no sólo la medida prohibitiva de permanecer en un lugar abierto al público dada al actor no es necesaria, sino que resulta a todas luces inútil para evitar que se cometan ilícitos.

Por último, es evidente que las disposiciones tomadas por la policía del Magdalena son desproporcionadas y sacrifican valores constitucionales, sin que medie razón suficiente para ello. La pretensión de conformar bases de datos de las personas portadoras del VIH planteada por el comandante de policía como uno de los motivos para detener administrativamente al actor, vulnera sus derechos a la libre circulación, a la dignidad humana y a la intimidad —entre otros—. La policía departamental no está incluida entre los entes que pueden recopilar esta información —mucho menos teniendo en cuenta que pretenden utilizarla para señalar al portador—, que

aún respecto de las instituciones que la recopilan tan sólo para fines estadísticos, tienen estricta reserva legal.

Por último cabe recordar que la acción de tutela y la queja disciplinaria por el comportamiento indebido de un funcionario pueden ser concurrentes. En la primera de ellas se indaga la posible vulneración de derechos fundamentales cometida por un funcionario público y, en ese sentido, lo que es igual, por un representante del Estado. En la segunda se indaga por la comisión de infracciones de manera personal por parte de los mismos trabajadores. En suma, las dos pueden intentarse al mismo tiempo y ello no torna improcedente la acción de tutela. En conclusión, no asiste razón al juez de instancia en tanto afirma que el hecho de que el demandante haya denunciado la posible infracción disciplinaria ante otras entidades estatales tenga como consecuencia la denegación del amparo por existir otros medios idóneos de defensa.

Cuestiones a debatir

Aunque el caso aquí expuesto no alude a una violencia física explícita, las declaraciones del comandante de policía y el fallo de primera instancia sí ponen en evidencia la existencia de contextos homofóbicos en los que la violencia física encuentra un ámbito propicio. La violencia por prejuicio es expresiva por definición; manda un mensaje de terror que se extiende a quienes, más allá de la víctima particular, se identifican con las características que generaron el ataque —reales o de percepción—. La expansión del terror motivado por prejuicio sólo es posible si el contexto en el que éste se emite tiene las condiciones para que el gesto violento signifique y cumpla sus fines. Por eso, promover un contexto social homofóbico hace que la acción violenta encuentre un espacio propicio para producir y reproducir su mensaje de terror. En este caso, los argumentos del comandante de policía transmitidos en nombre de la comunidad y de la moral pública, y el rechazo de la tutela por el juez de instancia, tienen el poder de estigmatizar a las personas que ejercen una sexualidad no normativa como amenazantes, peligrosas y potencialmente merecedoras de la exclusión violenta. Asunto que el fallo de la Corte Constitucional pretende reparar.

Las expresiones públicas de afecto o la circulación reiterada en espacios públicos de personas con sexualidades no normativas suele ser fuente de gran ansiedad social. El teórico legal crítico, Kenji Yoshino, señala tres registros de discriminación alrededor de esta publicidad, no sólo de las expresiones de afecto sino de la expresión de las sexualidades no normativas en general: conversión, disimulo y encubrimiento. En la conversión se espera que las personas abandonen una “alteración” (sexual no normativa) a una supuesta esencia (hetero/norma) que bajo las condiciones propicias puede volver a surgir. En el disimu-

lo se permite que la persona ejerza su sexualidad pero la exigencia implícita es que no la haga pública. En el encubrimiento se permite que se ejerza y se haga pública, pero se persuade a la persona de que la ostente.¹⁷⁷ Un ejemplo de encubrimiento está en lo que se esperarí­a del grupo de amigos en cuesti3n: se tolera o se simula ignorar lo que hacen en privado, se tolera incluso que lo cuenten, pero no pueden hacer —con sus cuerpos y en sus cuerpos— nada que permita discernir en lo p3blico sus pr3cticas sexuales y culturales no normativas. Si expresan su no heterosexualidad, son considerados peligrosos, letales y sospechosos de alterar el orden y la moral p3blica. Lo que parece imponerse es la valoraci3n de las sexualidades no normativas como peligrosas en el contexto de una heterosexualidad obligatoria que se equipara a la muy vaga noci3n de moral p3blica y a las “costumbres” locales. Recordemos que el comandante de la policia de la regi3n seña­la que las comunidades de la costa colombiana, y a diferencia de lo que pasa en otros paí­ses, consideran que las pr3cticas de “las personas que son homosexuales [...] rallan con las sanas costumbres y la moralidad p3blica”.

Como lo seña­la gran parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, no hay interpretaci3n de la moral p3blica que est3 por encima de las obligaciones y derechos consagrados en la Constituci3n y garantizados a todos los ciudadanos por igual. De ning3n modo se puede sancionar a las personas que ejercen sexualidades no normativas por tener comportamientos p3blicos que est3n permitidos y protegidos en las personas heterosexuales. En todo caso, ante la potencial restricci3n de la libertad, y ante la vaguedad de la noci3n de moralidad p3blica, se debe aplicar un test estricto de proporcionalidad. Valdría la pena revisar si en estos procedimientos no sigue imperando la heterosexualidad obligatoria como el r3gimen dentro del cual se mide toda digresi3n y todo derecho.

Otro aspecto de inter3s para el debate consiste en preguntarse por los m3todos y criterios que determinan qui3nes “son los homosexuales”: dice el Comandante de la policia del Magdalena que, debido a las quejas de la comunidad,

[...] se dise­naron operativos con el fin de verificar y establecer cu3les eran los homosexuales que venían perturbando la seguridad y tranquilidad del sector, para lo cual se arrestaron personas que circulaban por all3 [sin distingos de condici3n sexual] a efectos de identificarlos y verificar si tenían antecedentes penales.

Las autoridades, adem3s, procedieron a identificar a las personas sospechosas de ser portadoras del VIH.

¹⁷⁷ Ver Kenji Yoshino, “Covering”, *op. cit.*

La opción sexual de los ciudadanos es un componente esencial de su autodeterminación y, por lo tanto, un derecho inalienable, y es inconstitucional recoger información sobre los portadores de VIH. Por otra parte, es falso que la comunidad homosexual sea más vulnerable al VIH que la comunidad heterosexual. El objetivo de identificar y arrestar preventivamente a estos “potenciales peligros públicos” es, por decir lo menos, curioso; entre otras cosas porque ni “los homosexuales” ni “los portadores de VIH” son categorías que se puedan identificar visualmente; es decir, que en principio no hay “prueba” inmediata que permita establecer quién es quién.

El criterio de la sospecha que el caso señala es, además de inconstitucional, absurdo, pues marca a la población en pleno como potencialmente “peligrosa” y en consecuencia como susceptible de detención preventiva. Como señala la Corte, “la detención preventiva de naturaleza administrativa sólo procede, por regla general, ante eminentes vulneraciones de derechos fundamentales que tengan relevancia penal. Apreensión que debe basarse en pruebas serias de incriminación y no en sospechas”.

Para terminar, quiero llamar la atención sobre las tensiones que surgen al “hacer públicas” las prácticas sexuales no normativas, incluso aquellas que son ejercidas por individuos que no se identifican como “homosexuales”. El caso del homicidio perpetrado por Combat Paternina, y discutido en el numeral anterior a propósito del atenuante de ira e intenso dolor, se ajusta también a este problema. Recordemos que Combat Paternina asesinó con arma blanca a J.W.A.G. con el fin de recuperar un videocasete en el que supuestamente se habían grabado las relaciones homosexuales que ellos sostuvieran, videocasete que estaba siendo usado por la víctima para extorsionarlo. Con independencia de los aspectos estrictamente jurídicos, vale la pena revisar asuntos de orden sociocultural: éstos evidencian la forma como operan los prejuicios detrás del gesto violento.

En su esfuerzo por dar cuenta de la homofobia, Elisabeth Young-Bruehl¹⁷⁸ integra teorías del prejuicio individual y social e identifica tres tipos que corresponden al paradigma sociológico del prejuicio. El antisemitismo ejemplifica el carácter obsesivo; el racismo y el clasismo el tipo histérico; y el sexismo el tipo narcisista.¹⁷⁹ Young-Bruehl afirma que la homofobia aparece en cualquiera de

¹⁷⁸ E. Young-Bruehl, *The Anatomy of Prejudices*, op. cit., p. 158. Ver también M. M. Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*, op. cit.

¹⁷⁹ El prejuicio obsesivo (el del antisemita) ve la conspiración en todas partes y se siente obligado a *eliminar* la amenaza (E. Young-Bruehl, *The Anatomy of Prejudices*, op. cit., p. 33). El prejuicio histérico (el del racismo y el clasismo) se dirige a personas a las que se las considera como de más bajo estatus, pero que no obstante deben ser *mantenidas en sus lugares* porque resultan útiles a los propósitos del grupo o individuos prejuiciosos (*ibíd.*, p. 34). El prejuicio narcisista

las tres formas de prejuicios y que los homosexuales pueden ser sus víctimas para todos los propósitos.¹⁸⁰ Aquí nos interesa, sobre todo, el prejuicio histórico y su relación con la homofobia. En este tipo de prejuicio, las personas deben ser *mantenidas en subordinación* porque resultan útiles a los propósitos del grupo o de los individuos prejuiciosos.¹⁸¹

Para las personas con prejuicios históricos los homosexuales sirven como objetos de fantasías sexuales o como sujetos de actos prohibidos pero deseados. Estas personas, dice Young Bruehl,

[...] no quieren eliminar a los homosexuales; los quieren explotar [...] [ellas] pueden disfrutar, de forma indirecta, el amor entre personas del mismo sexo, mirar [a las sexualidades alternativas en] películas pornográficas, imaginar[las] como sus amantes, incluso, quizás, estar brevemente o experimentar con ellas y luego [...] [olvidar que lo hicieron].¹⁸²

El prejuicio histórico, tal como lo formula Young-Bruehl, se centra en la instrumentalidad del homosexual en tanto encarnación de un placer *secreto* que requiere una forma contradictoria de externalización: el homosexual tiene que “estar ahí” disponible como objeto de fantasías sexuales y como ser *inferior*—un chivo expiatorio, quizás— que tiene que ser castigado—con su subordinación— por ese mismo hecho de “estar ahí” —del lado de la transgresión.

Un ejemplo de esta forma de homofobia lo da el psicoanalista Donald Moss, en una historia que él mismo cuenta:¹⁸³ es el caso de un hombre de 30 años que empieza terapia para trabajar su homosexualidad latente. El hombre dice que todas sus relaciones han sido con mujeres, y siempre breves. Luego de dos años de análisis recibió una llamada telefónica que le hizo un hombre desconocido que sabía su nombre; lo había despertado en mitad de la noche. La llamada era abiertamente sexual; ambos se excitaron; ambos se masturbaron, y él llegó a tener un orgasmo. A la mañana siguiente, el paciente dijo que “nunca en su vida se había sentido tan cerca de otra persona”. Dijo que al principio se había preocupado por el tono “homosexual” de su experiencia, pero que pronto se

(del sexismo) se basa en la intolerancia (usualmente, pero no siempre masculina) frente a la idea de que existe gente que no es como los hombres (anatómicamente hablando). Este prejuicio apunta a reforzar las identidades (principalmente masculinas) por medio del refuerzo de los límites (*ibíd.*, p. 35; pp. 157-158).

¹⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 33-39; pp. 137-159.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 34.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 158.

¹⁸³ D. Moss, *Hating in the First Person Plural. Psychoanalytic Essays on Racism, Homophobia, Misogyny, and Terror*, op. cit., p. 285.

había relajado, que incluso había sentido lástima por aquel buen hombre que necesitaba “recurrir a la homosexualidad y al sexo telefónico”. “Por la mañana —añade Moss—, los sentimientos de hombría, masculinidad y potencia del paciente habían sido restaurados”.¹⁸⁴

Pero, ¿qué pasa si el *secreto* se hace *público*? ¿Cuál hubiera sido la reacción del sujeto del ejemplo? Revisamos ya un caso similar —el de Combat Paternina—, y terminó en homicidio. Por eso es viable suponer que la separación entre lo secreto y lo público, siempre a punto de desaparecer, se repite en las borrosas fronteras entre el prejuicio y la violencia, es decir, en la imperante necesidad de *marcar* la diferencia una vez que la porosidad de las identificaciones y de las prácticas sexuales se hace explícita. En estos ejemplos, el hecho de mantener al homosexual como alguien siempre disponible, pero inferior, es útil a la realización de los deseos secretos de la persona homofóbica. Pero una vez el secreto se hace público, éste debe ser eliminado —el cuerpo sexual no normativo— con el fin de marcar la diferencia y recuperar una “identidad heterosexual coherente”.¹⁸⁵

De forma similar, pero en casos que ilustran ataques fatales a personas transgeneristas, se vislumbran tensiones entre las prácticas sexuales y su reconocimiento público. Dos casos de asesinato en los Estados Unidos ponen en evidencia los dilemas de “hacer pública” la “verdad” de la identidad de género y establecer su relación con los motivos del crimen. Se trata del asesinato de la adolescente transgenerista Gwen Araujo el 3 de octubre del 2002. Gwen, que vivía como mujer, fue asesinada por cuatro hombres y se dice que tuvo relaciones sexuales al menos con dos de ellos. Sometida por la fuerza a un chequeo para confirmar su sexualidad biológica, fue golpeada hasta la muerte cuando descubrieron que tenía genitales masculinos. Los asesinos fueron juzgados en California, estado que tiene leyes de aumento de pena para crímenes cometidos por razón de la identidad de género de la víctima. Sin embargo, tres de los acusados fueron condenados por asesinato, no por homicidio. Un tercero recibió condena por homicidio involuntario. El jurado consideró que el asesinato se produjo porque la situación se les salió de las manos, y no en razón de la orientación sexual o la identidad de género de la víctima. Al hecho no le fue aplicado el aumento de penas, es decir, el incidente no fue reconocido como un crimen de odio.¹⁸⁶

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 285-286.

¹⁸⁵ Ver G. Mason, “Not our Kind of Hate Crime”, *op. cit.*

¹⁸⁶ Ver <http://www.transgenderlawcenter.org/gwen/index.html>; <http://www.sfgate.com>, artículo publicado el domingo 16 de mayo del 2004; http://en.wikipedia.org/wiki/Gwen_Araujo.

Otro caso similar es presentado por Arthur Dong en su excelente documental, *Licensed to Kill*.¹⁸⁷ David Feikema conoció a Larry Venzant el 19 de diciembre de 1993. Lo invitó a su casa con fines sexuales. Feikema confiesa que pensó que Venzant era biológicamente mujer, y que se enfrascaron en una discusión sobre el tipo de relaciones sexuales que querían sostener. La discusión terminó en la pelea que condujo a Feikema a apuñalar a Venzant, causándole la muerte. Después de darse cuenta de que Venzant era hombre, Feikema le cortó el pene y se lo insertó en la boca. Fue condenado a veintiún años de cárcel, aunque declarado enfermo mental y llevado a una institución psiquiátrica, con la posibilidad de tener libertad condicional a partir de mayo del 2004. En el curso de la entrevista, Feikema asegura que al cortar el pene “le estaba dando a Venzant lo que él quería, es decir, ser una mujer”, y enfatiza que el dictamen de su locura en el momento del crimen no fue unánime. La mayoría de sus interlocutores, asegura, al oír los pormenores de su caso, suelen decirle que “hizo lo correcto”, lo que cualquiera en su situación hubiera hecho.

Preguntas

1. ¿Qué papel juega la distinción entre lo público y lo privado en la protección que el derecho ofrece a las personas con sexualidades no normativas?

Analice el alcance y la validez jurídica de la afirmación del Tribunal del Magdalena a propósito del caso analizado:

[...] los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición, es más, que los mismos ostentan un interés jurídicamente protegido siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otros ciudadanos “*ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia* [...]”.

3. ¿Hasta qué punto el concepto de “moral pública” justifica desde el punto de vista jurídico la violencia por prejuicio sexual, cuando efectivamente éste representa la moral de la sociedad?

4. ¿Cuál debe ser el papel del Estado en relación con la moral pública cuando ésta entraña prejuicios como los que se evidenciaron en este caso?

¹⁸⁷ Ver Arthur Dong, “Licensed to Kill”, Deep Focus Productions, 1997.

