

Discriminación estatal de la población LGBT. Casos de transgresiones a los Derechos Humanos en Latinoamérica¹

State Discrimination Against LGBT People. Cases of Violations of Human Rights in Latin America

Discriminação estatal contra pessoas LGBT. Os casos de violações dos direitos humanos na América Latina

Soraya Estefan Vargas

Docente de la Universidad del Rosario, Bogotá-Colombia
estefan.soraya@urosario.edu.co

Recibido: 21.01.13

Aprobado: 30.10.13

¹ Este artículo es producto de la investigación realizada a través del apoyo y financiación del Programa de Jóvenes Investigadores e Innovadores, promovido por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias) y durante el desempeño como Joven Investigadora en el Grupo de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Resumen

Además de la discriminación y exclusión ejercida socialmente, las reglamentaciones, decisiones judiciales y posturas de las instituciones gubernamentales son también una fuente de discriminación hacia la población LGBT. Este artículo analiza algunas leyes, sentencias y actuaciones administrativas de distintos países latinoamericanos, con el fin de evidenciar que los patrones discriminatorios que imponen una heterosexualidad obligatoria e identidades normativas son, de igual forma, expresados por la actividad estatal, cuya actuación contraviene la protección que los Derechos Humanos le brindan a este grupo poblacional.

Palabras clave: Población LGBT, Violencia Simbólica, Discriminación Legislativa, Judicial e Institucional.

Abstract

Besides social discrimination and exclusion, official state regulations, judicial decisions and positions of government are also a source of discrimination against the LGBT population. This article discusses some laws, rulings and other administrative proceedings in Latin American Countries, in order to show that the discriminatory patterns that impose a compulsory heterosexuality and normative identities are, likewise, expressed by government activity, which contravenes the protection provided by the right of Human Rights to this population.

Keywords: LGBT Population, Symbolic Violence, Legislative, Judicial and Institutional Discrimination.

Resumo

Além da discriminação e exclusão exercida socialmente, as regulamentações, decisões e posições de instituições governamentais também são uma fonte de discriminação contra a população LGBT. Este artigo discute algumas leis, decisões e ações administrativas de diferentes países latino-americanos, a fim de mostrar que os padrões discriminatórios que impõem uma heterossexualidade compulsória e identidades normativas são igualmente expressos pela atividade estatal, cujas ações são contrárias à proteção que os Direitos Humanos brindam a esse grupo populacional.

Palavras-chave: População LGBT, Violência Simbólica, Discriminações Legislativa, Judiciais e Institucionais..

Introducción

La conceptualización de los derechos humanos, que ha obedecido a fundamentaciones de diversos órdenes situadas en los ámbitos de lo jurídico, ético, histórico-filosófico o iusnaturalista (Maldonado 1999), está determinada por dinámicas evolutivas que rechazan su definición estática. Principios sobre derechos humanos fueron incorporados en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945, reiterados posteriormente por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los cuales, así mismo, están sometidos a los cambios de las sociedades a las que se dirigen. Propuestas como las aportadas por Pérez Luño y Alemany Verdaguer, quienes consideran los derechos humanos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas” (Taleva 2004, 9), enfrentan uno de los principales retos de la modernidad de Occidente, definida por Felipe Campuzano como el “fortalecimiento de su capacidad para asimilar el proceso de transformación constante” (2007, 32), desafío que, como señala el autor, obedece a los procesos de articulación y participación progresiva de nuevas clases y movimientos sociales.

Esta revolución democrática, gestada en el orden social moderno, en la que las minorías podían exigir su acercamiento a los centros de poder, potenció la protección de polémicos grupos como el integrado por lesbianas, gays, bisexuales y personas trans, comunidad difusa reunida en los noventa bajo la sigla LGBT. La larga historia de las reivindicaciones de este colectivo, hasta su entendimiento y conformación como minoría, ha permitido reconocerlo como una comunidad de especial protección y su lucha contra la exclusión como una de las causas de indispensable atención en la actualidad. Así mismo, la necesidad de coherencia de las máximas de no discriminación consagradas en los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas, los cuales hablan de raza, sexo, idioma o religión, mas no de preferencia o identidad sexual, obligaron a la depuración de las garantías de este grupo por parte de organismos internacionales y a su clara integración en el tema de los derechos humanos, como se evidencia en el esfuerzo consolidado en los principios de Yogyakarta (Alston *et al.* 2007).

De igual manera, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas obliga a todos los Estados Miembros a observar y respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales. Con el aumento de la vinculación de países, que empezó con 51 miembros en 1945 hasta alcanzar un total de 192 en la actualidad, el discurso de los derechos humanos se convirtió en el principal precepto que los órdenes políticos modernos debían atender e implicó una relación que definía su justificación como sistemas jurídicos, una moderna pretensión de corrección en términos de Robert Alexy (1998). Por esta razón, la sujeción a dichos principios y regulaciones de carácter internacional representa una de las preocupaciones esenciales para la mayoría de gobiernos vinculados, pues bajo el argumento de la corrección, la negligencia en esta labor podría derivar en estructuras jurídicas defectuosas. A pesar de lo anterior, numerosas regulaciones, decisiones y acciones de diferentes Estados acogen postulados contrarios al discurso de los Derechos Humanos y pueden resultar lesivos de los mismos.

Este artículo de reflexión explora y analiza el componente discriminatorio en las actividades legislativas, judiciales e institucionales de dos países de Latinoamérica, dispuestas en detrimento de las libertades de la minoría LGBT. Es resultado del desarrollo de una investigación fundamentalmente teórica, la cual contiene el análisis de las diferentes reglamentaciones en los países mencionados, en materia de libertades y restricciones de la comunidad LGBT, específicamente de personas lesbianas y gay, así como el estudio de distintos pronunciamientos judiciales e institucionales que resultan relevantes, con el fin de reconocer transgresiones a sus derechos. Para lo anterior, este trabajo expone a través del estudio de casos y del análisis del discurso, leyes y decisiones paradigmáticas respecto a tres tipos de discriminación estatal: la discriminación legislativa o la ejercida por medio del derecho positivo; la discriminación judicial, entendida como aquella generada a través de la interpretación de los jueces; y la discriminación institucional, es decir, la producida por las decisiones de los organismos adscritos al gobierno.

1. Discriminación legislativa: reglamentación paradigmática en Latinoamérica y el Caribe

Una de las principales formas de discriminación a la población LGBT es aquella ejercida por agentes del Estado, no solo de manera directa a través de la labor desempeñada por miembros de las fuerzas militares o de policía, sino por medio de las disposiciones legales y judiciales. Estas, además de generar la segregación de dicho grupo poblacional, facilitan el arraigo de una orientación sexual normativa donde el ámbito de la normalidad está pautado por la heterosexualidad y las demás opciones quedan proscritas, lo cual potencia, así mismo, la naturalización de la exclusión de la que son víctimas las personas LGBT. Lo anterior teniendo en cuenta que, aunque el derecho y las prácticas sociales no siempre suelen coincidir, sí están inmersas en un proceso de condicionamiento mutuo. De esta manera, no solo las dinámicas sociales influyen al derecho, sino que también la actividad jurídica genera prácticas sociales, imaginarios, la idea de lo permitido y lo prohibido y el comportamiento correspondiente, etc.

La Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA) en su informe *Homofobia de Estado* del 2010, demuestra que el Caribe es una de las zonas más atrasadas en la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación, ya que países como Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago conservan dentro de su legislación disposiciones en las que se penaliza severamente la homosexualidad y, por tanto, no se garantizan los derechos humanos más básicos de esta población. El caso más extremo lo encabeza Barbados, el cual sanciona la sodomía con cadena perpetua; los demás países mencionados castigan estos actos con diez años en adelante y en el caso de Trinidad y Tobago con 25 años.

Dichas legislaciones se centran en la figura de la sodomía, concepto que comprende una actividad penalizada en Latinoamérica desde la Inquisición y que

comporta una carga peyorativa de lo que representa la experiencia homosexual². Además, en algunos casos contemplan o agregan al tipo penal de la sodomía, específico del acto homosexual, el de los actos gravemente impúdicos con varones o los actos contra la naturaleza. Cabe mencionar que la mayoría de estas legislaciones se centran en el acto entre hombres. Esta penalización encuentra su principal antecedente en el parágrafo 175 (Lauritsen y Thorstad 1974) decretado en Alemania en 1872, el cual sancionaba las relaciones homosexuales, también exclusivamente entre varones, lo que generó una fuerte persecución durante el nazismo contra los hombres que tuvieran esta orientación sexual.

Por otro lado, las disposiciones jurídicas que castigan expresamente los actos homosexuales, a través de la figura de la sodomía, no son las únicas que pueden contarse dentro del andamiaje transgresor de los derechos humanos. De igual forma, existen ordenamientos como el de Costa Rica que, pese a no castigar directamente la sodomía, sí la ligan al escándalo público, el cual es pasivo de multa. Así se señala en el artículo 382 del Código Penal (1970)³, dentro del Título III sobre las “Contravenciones a las buenas costumbres”, el cual en su numeral 15 sanciona a quien practicare la sodomía en forma escandalosa, actividad prohibida junto a conductas como la embriaguez, exhibicionismo, actos obscenos, etcétera.

En otro sentido, uno de los temas que más conflicto ha causado para el colectivo LGBT en la actualidad se centra en el derecho a contraer matrimonio. En Latinoamérica, solo Argentina y algunas jurisdicciones de México permiten la conformación de dicho vínculo, mientras que el resto de países conserva en sus constituciones o reglamentaciones la disposición que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, o a través de la interpretación constitucional han limitado esta prerrogativa a las uniones de hecho. Sin embargo, el caso de Honduras representa un nuevo retroceso, pues con el fin de no dejar lugar a ningún tipo de interpretación favorable a la legalización de estos vínculos, incorporó una reforma a su constitución de 1982 a través del Decreto 176 de 2004⁴ para prohibirlos expresamente, en total contradicción con su artículo 60 en el cual consagran el principio de igualdad y no discriminación al declarar “*punible toda discriminación por motivo de sexo, raza, clase y cualquier otra lesiva a la dignidad humana*” (Honduras 1982). Así, el artículo 112 de la Constitución de Honduras⁵ de 1982 disponía:

Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, así como la igualdad jurídica de los cónyuges. Sólo es válido el matrimonio civil celebrado ante funcionario competente y con las condiciones requeridas por la Ley.

Se reconoce la unión de hecho entre las personas legalmente capaces para contraer matrimonio. La Ley señalará las condiciones para que surta los efectos del matrimonio civil (Honduras 1982).

A través de la reforma del 2004, se mantuvo el artículo, pero se le añadieron las expresiones subrayadas a continuación:

2 La sodomía está incluida en la definición de “pederastia” de la Real Academia Española.

3 Ley No. 4573, del 4 de mayo de 1970, por la cual se expide el Código Penal.

4 Por el cual se reforma la Constitución de la República.

5 Por el cual se expide la Constitución de la República.

Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente, a contraer matrimonio entre sí, así como la igualdad jurídica de los cónyuges. Sólo es válido el matrimonio civil celebrado ante funcionario competente y con las condiciones requeridas por la Ley.

Se reconoce la unión de hecho entre las personas igualmente capaces para contraer matrimonio. La Ley señalará las condiciones para que surta los efectos del matrimonio.

Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo celebrado o reconocido bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras (Honduras 2004, pág. Subrayado por el autor).

1.1 Contravenciones al Principio de Igualdad y No discriminación

La igualdad ha sido uno de los ideales más importantes para la configuración de sociedades libres, como lo demuestra la Revolución Francesa. En la comunidad internacional contemporánea la preocupación por su garantía se ha visto reflejada en varios instrumentos, los cuales han consolidado la idea de la igualdad y no discriminación como principio y como derecho. Así, en el preámbulo de la Carta de la ONU, los pueblos de las Naciones Unidas manifiestan su resolución “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas (...)” (ONU 1945).

Igualmente, el primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros (...)” (ONU 1948). Igualmente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se indica que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto” (ONU 1966).

De la misma forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone en su artículo tercero: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto” (ONU 1966). Así mismo, su artículo 26 señala:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (ONU 1966).

En este sentido, la Observación General 18 del PIDCP aclara esta idea en el siguiente sentido:



En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. En efecto, la no discriminación constituye un principio tan básico que en el artículo 3 se establece la obligación de cada Estado Parte de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos enunciados en el Pacto (ONU 1989).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó en su Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003:

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2005).

También las convenciones sobre la erradicación de la discriminación en varios ámbitos le dan cuerpo a la igualdad y no discriminación y permiten que se articule como derecho en los distintos ordenamientos. Entre estas podemos contar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), las cuales apelan a los principios de dignidad e igualdad contenidos en la Carta de las Naciones Unidas; la proclamación de libertad, dignidad e igualdad de todos los seres humanos, incluida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en “consideración a que todos los hombres son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley contra toda discriminación y contra toda incitación a la discriminación” (ONU 1948).

Muchas de las legislaciones mencionadas aceptan e integran en su derecho positivo el principio de igualdad y no discriminación, en especial hacia las condiciones planteadas por las convenciones mencionadas; sin embargo, al mismo tiempo rechazan la opción de derogar las normas que plantean una fuerte exclusión a las opciones sexuales diferentes, lo cual evidencia una gran contradicción dentro del sistema y respecto a la aceptación de los postulados de los derechos humanos.

2. Discriminación judicial: el caso de Karen Atala en Chile

La discriminación ejercida por parte del Estado no solo se evidencia a través de los órganos que componen su rama legislativa y la variada normativa con la que pueden ejercer de manera expresa o soslayada la exclusión de personas LGBT. También, las diversas ideologías que permean la decisión judicial –de las cuales, según el realismo jurídico, el juez no se puede desvincular– y que crean

a diario nuevas formas de percibir e interpretar el derecho, producen múltiples formas de discriminación a este colectivo, las cuales, muchas veces, contradicen los principios que los mismos ordenamientos han incorporado a sus constituciones. Uno de los casos más importantes de este tipo de discriminación –por el cubrimiento que le han dado los medios y por ser el primer caso de discriminación por orientación sexual reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)– lo protagoniza la Corte Suprema de Justicia de Chile.

2.1 Hechos

Jacqueline Karen Atala Riffo, abogada y jueza de garantías de la provincia de Los Andes en Santiago de Chile, contrajo matrimonio por segunda vez el 29 de marzo de 1993 con el abogado Jaime López Allende; de su unión nacieron tres niñas que cuentan en la actualidad con 17, 14 y 11 años de edad. En febrero de 2002 la pareja decidió separarse y acordó dejar a la madre la custodia y el cuidado personal de las menores (Chile, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003). Sin embargo, debido a que la jueza resolvió vivir su opción sexual libremente, ya que se declaró abiertamente lesbiana, e iniciar una vida de convivencia con la historiadora Emma de Ramón Acevedo, una pareja de su mismo sexo, López Allende demandó la custodia de las tres niñas ante el Juzgado de Menores de Villarrica.

2.2 Primera instancia

El 29 de octubre de 2003, el Juzgado de Menores de Villarrica emitió sentencia respecto a la demanda de custodia interpuesta por Jaime López Allende, respecto de sus tres hijas, contra la madre de estas, Karen Atala. Con el fin de obtener la custodia, el demandante afirmó que la materialización de la orientación sexual de su ex esposa, al iniciar la convivencia con una pareja de su mismo sexo, estaba afectando el desarrollo de las menores. Esto se evidenciaba, según López, en comportamientos que reflejaban una concepción distorsionada de familia, actitudes agresivas con las figuras masculinas y en conductas notorias de masturbación, entre otras cosas. Así mismo, para el demandante, la decisión de Atala de vivir su opción sexual no le proporcionaba a las niñas un ambiente óptimo en el que pudieran adquirir una estabilidad emocional apropiada, sino que, por el contrario, impedía su desarrollo normal y significaba un peligro material y un “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” (Chile, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003). En general, el demandante resumió los argumentos de inhabilidad de la madre para ejercer la custodia, así:

- a. Que la madre “no se encuentra capacitada para velar y cuidar de ellas, su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, están produciendo y producirán necesariamente consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores, pues la madre no ha demostrado interés alguno por velar y proteger por el desarrollo integral de estas pequeñas”.

- b. Que las menores “no están siendo protegidas en su fin último que significa la protección a desarrollarse en un ambiente normal, que importe un equilibrio emocional tal que sean capaces de ser el día de mañana seres humanos libres”, agregando que “la opción sexual ejercida por la madre altera esta convivencia sana, justa y normal a que tienen derecho las menores”.
- c. Que “los hechos descritos en lo principal determinan que la tenencia y cuidado de las menores corresponde al padre, pues estas no solo han sido objeto de malos tratos, sino que sufren el descuido y desamparo de esta madre (la demandada) que a través de una opción sexual distinta, aleja y afecta a sus hijas del normal y verdadero desarrollo”, con lo que concluye “el interés superior de las menores ha sido abiertamente infringido” (Chile, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003).

Por su parte, Atala respondió a la demanda aduciendo que el proceso de aceptación de su nueva condición sexual había estado acompañado por consejo profesional y que al aceptar su identidad sexual decidió también retomar su vida sentimental. Igualmente, manifestó que tanto ella como su pareja habían tratado de manejar de la manera más cuidadosa su relación con las menores, con el fin de que se adaptaran de la mejor forma a la nueva condición familiar. Así mismo, afirmó que, según el ordenamiento chileno y los principios de derecho internacional, el concepto de familia no podía limitarse interpretativamente a su conformación por un hombre y una mujer⁶ y que alegar que su lesbianismo ponía en peligro moral y material a las menores era una falacia y no constituía ningún tipo de inhabilitación parental para ejercer la custodia.

Además de la prueba documental pertinente allegada al proceso, se recopilaron los testimonios de los familiares del demandante y la demandada, quienes expresaron como principal preocupación la posible discriminación de la cual podrían ser objeto las menores, a causa de la orientación pública de la madre. Aunque algunos afirmaron que las niñas no han sufrido ningún tipo de exclusión por dicha causa.

Para la decisión final, el Juez de Menores rechazó cada una de las causales de inhabilitación parental, por no encontrarlas suficientemente probadas. Cabe resaltar, entre estas, que después de analizar los informes periciales aportados al proceso, la jueza indicó que el lesbianismo de la madre no era considerado como una patología, por lo que no se podía derivar la incapacidad de esta debido a dicha cualidad. Así mismo, por medio de la opinión de expertos, se desestimó la preocupación del padre en cuanto a la propensión de adquirir enfermedades de transmisión sexual, teniendo en cuenta que su contagio solo era posible a través de la relación sexual directamente.

De la misma forma, con base en las opiniones de los expertos vinculados al caso, determinó que la convivencia de la jueza con una pareja de su mismo sexo en el hogar familiar no intervenía de manera directa con la identidad o rol sexual de sus hijas. A este último respecto, consideró también que no existía un

6 La misma sentencia explica que la Constitución Política de Chile sólo señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y no hace ninguna precisión respecto a sus integrantes.

peligro moral generado por la convivencia de las dos mujeres, el cual argumentó a través de un criterio previo establecido por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, citado a continuación:

(...) 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 (Chile, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003).

Igualmente, expresó que dicho peligro moral es inexistente si se tiene en cuenta 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 (Chile, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003).

2.3 Segunda instancia

La sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica fue apelada por el demandante ante la Corte de Apelaciones de Temuco. Dicho tribunal en sentencia del 30 de marzo de 2004 reprodujo la decisión de la primera instancia y confirmó la decisión de que la madre conservara la custodia de las menores (Chile, Corte de apelaciones de Temuco, 30 de marzo de 2004).

2.4 Recurso de queja

López Allende interpuso un recurso de queja en contra de los magistrados de la Corte de Apelaciones de Temuco por considerar que habían actuado arbitraria e injustamente en el caso de la custodia de sus hijas. En sentencia del 31 de mayo de 2004, la Corte Suprema de Justicia de Chile, ente competente para estudiar el recurso, decidió acoger lo solicitado por el demandante, declaró inválidas las sentencias anteriores y otorgó la custodia al padre de las menores. Para fundamentar su decisión el alto tribunal atendió al interés superior del niño como principio primordial en la resolución del caso y en ese sentido estimó que los jueces previos incurrieron en falta grave al mantener la custodia en cabeza de la madre.

Así mismo, la Corte consideró que tener en cuenta las opiniones profesionales de los psicólogos y psiquiatras no era tan importante como validar los testimonios de los familiares, quienes afirmaban que el entorno familiar se encontraba menoscabado y que las niñas se estaban viendo afectadas, a causa de la discriminación de la que estaban siendo objeto, por la disminución de las

visitas de sus amigas, y de la confusión frente a la sexualidad de su madre. De esta manera lo afirmó dicho tribunal:

En cambio, se ha 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 ya 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 (Chile, Corte Suprema de Justicia, 31 de mayo de 2004).

También manifestó que la madre no tuvo en cuenta los intereses de las niñas por encima de los suyos, al decidir iniciar la convivencia con su pareja en el mismo lugar donde vive con sus hijas. Fue sustentado de la siguiente forma:

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 (Chile, Corte Suprema de Justicia, 31 de mayo de 2004).

Además señaló, haciendo caso omiso a los informes psicológicos aportados al proceso, que la ausencia de una figura masculina generaría la confusión de roles de las menores, lo cual afectaría su desarrollo. Así lo expresó:

Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse 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 (Chile, Corte Suprema de Justicia, 31 de mayo de 2004).

Finalmente, expuso que la vida familiar alterna impuesta por Atala a sus hijas colocaba a las menores en una situación de vulnerabilidad, en la medida en que su experiencia familiar se diferenciaba de la de los demás compañeros de colegio y amigos. Dicho argumento se cita a continuación:

Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a 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 (Chile, Corte Suprema de Justicia, 31 de mayo de 2004).

2.5 El prejuicio en las sentencias del caso Atala

Tanto los argumentos esgrimidos por el padre de las menores en el proceso, como la sentencia de la Corte Suprema de Justicia exponen muchas de las principales consideraciones con las que se ataca la experiencia de vida homosexual y sobre las cuales vale la pena hacer algunos comentarios. En primer lugar, la discusión sobre la aceptación o no de la homosexualidad está permeada por el esencialismo que recubre muchas de las concepciones en las que se edifica una sociedad y, en este caso, en la invariabilidad de lo que significa ser hombre o mujer. Junto con los roles que se le han atribuido a cada sexo, se impone también una identidad sexual normativa: la heterosexual; esto es, la expectativa de que a las mujeres les gusten los hombres y a los hombres, las mujeres.

A pesar de que el debate está presente en el derecho, las movilizaciones sociales desencadenadas desde finales de los años sesenta han ganado espacio y la protección lenta de garantías mínimas respecto a trabajo, salud, etc.. Es por esta razón que los instrumentos internacionales y muchos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo han incorporado a su normativa, como se explicó anteriormente, el principio de igualdad y no discriminación, el cual permitió entrar en un nuevo paradigma de respeto y dejar a un lado las persecuciones de las que fueron víctimas las personas con esta orientación sexual a lo largo de la historia. Sin embargo, dicha protección legal básica no ha logrado cubrir el ámbito de la costumbre, dentro de la cual las opciones de vida no esperadas provocan una ruptura con lo aceptado, lo normal o lo natural. De esta forma, los ataques a las identidades sexuales diversas se han desplazado a la esfera de la moral, que en algunos países sigue influenciando a lo jurídico. Así se evidencia, por ejemplo, en el Código Penal de Costa Rica, que sanciona la sodomía dentro del capítulo de las “Contravenciones a las buenas costumbres”.

Lo anterior se refleja también en el perjuicio material y moral aducido por el demandante en la sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica. La estigmatización del lesbianismo viene dada por su vinculación a los actos sexuales inmorales que supuestamente invitan a la repetición de nuevos comportamientos con esta característica. De esa manera, el que las menores en cuestión demuestren conductas notorias de masturbación, por ejemplo, es ligado argumentativamente por el demandante a la calidad de lesbiana de su madre, en la medida en que ambos actos son reprochables desde la perspectiva moral, comportamiento censurado a través de la prohibición religiosa de explorar el propio cuerpo y la restricción del placer. A su vez, la idea de que el sexo lésbico tiene más propensión a las enfermedades que el heterosexual, obedece al juicio de valor negativo que acompaña el entendimiento de aquel.

Ahora bien, esta cualidad de inmoral atribuida a la homosexualidad, que se da por sentada en grupos mayoritarios de diversas sociedades, esconde prejuicios interiorizados que vician la discusión. Por ejemplo, el padre de las menores expresó en la demanda su preocupación de que las menores confundieran sus roles de género y, a su vez, su identidad sexual debido a la convivencia con su madre y su pareja. La evaluación en la sentencia de primera instancia se centró en la posibilidad de que la opción de vida de la madre pudiera influenciar la orientación sexual de sus hijas, lo cual fue desvirtuado. Sin embargo, dicho

análisis se fundamentó en un prejuicio oculto, que parte de la idea de que la homosexualidad es errónea y el que las hijas puedan ser influenciadas a seguir el estilo de vida de la madre es perjudicial, pues no es lo esperado socialmente.

La Corte Suprema va un poco más allá y afirma que el reemplazo de un padre, de sexo masculino, por una figura femenina, es una situación de riesgo para las menores en cuanto les genera confusión respecto a los roles sexuales. De nuevo, una premisa se esconde en el discurso y es la que afirma que las mujeres tienen un rol determinado y que es correcto y normal que interpreten el papel femenino, de madre, probablemente subordinado y pasivo dentro de la relación sentimental. Si una mujer interpreta un rol dominante u otro que no sea el culturalmente establecido, la estructura familiar parece romperse dentro de la concepción de la Corte y esto causa que las niñas no jueguen el papel que se espera que interpreten en la sociedad, lo que, para el tribunal, resulta perjudicial.

En el mismo sentido, cabe mencionar que el problema principal en el caso de Karen Atala hace parte del desplazamiento de la discriminación de la homosexualidad hacia la expectativa de encubrimiento, explicada por Kenji Yoshino (2007) en su texto *Encubrimiento*. Según Yoshino, la discriminación por orientación sexual ha sufrido un proceso que se resume en tres diferentes etapas: la primera está demarcada por la creencia de mutabilidad de la homosexualidad y su correspondiente demanda de convertirla. Así, hace unas décadas se utilizaban procesos con electrochoques y diversas terapias para convertir o “curar” la homosexualidad. En segundo lugar, se presentó la preocupación de la visibilidad y surgió la demanda de la simulación. Es decir, que se podía ser homosexual siempre y cuando no se hiciera pública dicha condición; en esta etapa se hizo famoso el concepto de “clóset”. Finalmente, el inconveniente de la última etapa viene dado por la “ostentación” de la homosexualidad y su demanda de encubrimiento. En este, el problema no es ser o decir que se es homosexual, sino que el enfrentamiento está dado por “ostentar” dicha calidad.

Al término de la relación, Atala y su ex esposo acordaron que ella mantendría la custodia y el cuidado de las hijas de la pareja, aun sabiendo que la jueza atravesaba por una crisis respecto a su orientación sexual. Sin embargo, la demanda de custodia se interpuso al momento de iniciar la convivencia con Emma de Ramón. Esto afirma que el problema no es que la jueza sea lesbiana o que diga serlo, sino que ostente su calidad homosexual al iniciar una vida de pareja con una persona de su mismo sexo. Lo anterior, refleja el paradigma en el que ha entrado la discusión actual: una vez superadas las persecuciones, el “clóset”, el “*don't ask, don't tell*”, surgió la prohibición de casarse, de adoptar o de tener una familia.

Este desplazamiento se evidencia, también, en el fallo de la Corte Suprema, el cual señala que explicitar la condición homosexual hace parte de los derechos personalísimos de los individuos, que puede hacerse libremente y que no merece reproche ni algún tipo de reprobación. Sin embargo, decidir convivir con una persona del mismo sexo sí tiene consecuencias jurídicas, como perder la custodia de sus hijas debido a que se considera que se les puede influenciar negativamente.

Finalmente, es conveniente analizar las medidas de protección adoptadas por la Corte Suprema en su sentencia. Para el alto tribunal, las niñas se encontraban en una situación de vulnerabilidad, producto de pertenecer a un entorno

familiar excepcional, diferente al de sus compañeros, que las expondría a situaciones de discriminación. Sin embargo, en vez de generar espacios en los que esas actitudes de rechazo social se desestimulen, la solución impuesta por la Corte es reproducir el ciclo de discriminación al retirarle a su madre la custodia con un único argumento: el de su orientación sexual. Es claro que las situaciones de exclusión presentes en la sociedad no cesarán si la respuesta es propender a la asimilación de las opciones diversas, dentro de las que se encuentran las “familias excepcionales”⁷.

3. Discriminación institucional: la adopción por parte de personas homosexuales en Colombia

La adopción de menores en Colombia fue regulada en la sección quinta del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expidió el Código del Menor. Así, los artículos 89 y 90 del mencionado Decreto regulaban los requisitos de adopción de la siguiente manera:

ARTÍCULO 89. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad, en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el artículo 91 del presente Código.

ARTÍCULO 90. Pueden adoptar conjuntamente:

1. Los cónyuges.

2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior. (Colombia, Decreto 2737 de 1989).

Actualmente, la adopción está reglamentada por el artículo 61⁸ y siguientes de la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, por la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia y se derogó el Código del Menor. En ese sentido, el artículo 68 de dicha normativa señala los requisitos necesarios para adoptar, los cuales se establecen así:

7 Karen Atala inició un proceso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por las decisiones discriminatorias de las cuales había sido víctima. La Corte Interamericana, en sentencia de 24 de febrero de 2012, falló a favor de la jueza y condenó al Estado chileno a reparar económicamente y a través de distintas medidas a Atala, debido a la decisión de la Corte Suprema de quitarle la tuición de sus hijas.

8 El artículo 61 del Código de Infancia y Adolescencia define la adopción como “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.
6. Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. (Colombia, Ley 1098 de 2006).

El principal cambio con la nueva regulación está dado por la inclusión de personas solteras entre quienes pueden solicitar la adopción y la supresión de la expresión “la pareja formada por el hombre y la mujer”, la cual fue reemplazada por la de “compañeros permanentes”. En un primer momento, parecía que una política de apertura quisiera ser introducida en la nueva legislación, al eliminar la calidad específica de parejas formadas por un hombre y mujer con convivencia ininterrumpida de un año y ampliar la categoría a los compañeros permanentes.

Bajo la luz de la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional colombiana –la cual entendió que la aplicación de la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes” también cobijaba a las parejas homosexuales– la interpretación subsecuente del numeral 3 del artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia sería la de adherir a la expresión “compañeros permanentes” las uniones de parejas del mismo sexo reconocidas por el alto tribunal. Sin embargo, aunque aún no hay una decisión de fondo de la Corte Constitucional sobre el alcance de dicho artículo, la Procuraduría General de la Nación estableció en el 2009 un lineamiento para su interpretación, al solicitarle a la Corte Constitucional que entendiera “que la expresión, compañeros permanentes, para los efectos de la constitución de la familia y de la adopción, no incluye a las parejas convivientes del mismo sexo”. Lo anterior, justificado en que para la institución “a realidades nada iguales no cabe un mismo trato. Lo justo y lo debido es el trato diferenciado y justificado, por lo cual no existe ni afectación del principio de igualdad ni vulneración del principio de la no discriminación” (Colombia, Procuraduría General de la Nación 2009).

Así mismo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entidad adscrita al Departamento Administrativo de Prosperidad Social (anteriormente Acción Social) –este último instaurado con el fin de “busca fijar políticas, planes generales, programas y proyectos para la asistencia, atención y reparación a las víctimas de la violencia, la inclusión social, la atención a grupos vulnerables y su reintegración social y económica” (Colombia, Departamento para la Prosperidad Social)– se enfoca, como principal preocupación, en el núcleo de la sociedad: la familia. Por esto, uno de sus objetivos primordiales, como ellos lo han expresado, es “lograr el bienestar de las familias colombianas” (Colombia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, “El Instituto” s/f) y es, además, el ente encargado de tramitar las adopciones en el país.

Además de la postura excluyente de la Procuraduría General de la Nación, dos casos han demostrado la política discriminatoria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El primero es el caso de una pareja de mujeres lesbianas, una de ellas de nacionalidad colombiana y la otra alemana, que contrajeron matrimonio en Alemania en el año 2005 y en el 2008 formalizaron su unión ante la ley de Colombia. Una de ellas decidió practicarse una inseminación artificial que dio como resultado el nacimiento de una niña (García 2009). La pareja de la madre biológica de la menor solicitó al ICBF el derecho para ejercer la patria potestad sobre la hija de su esposa; sin embargo, el Instituto se negó a tramitarla el 28 de febrero de 2008, aduciendo que la adopción homoparental no estaba permitida en Colombia, a pesar del conflicto de interpretación presente en el caso. Esto dio lugar a la interposición de una tutela ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), cuya sentencia ordenaba al ICBF a proceder con el trámite de la adopción. El Instituto se negó a seguir la decisión y apeló el fallo ante el Tribunal Superior de Medellín, el cual lo ratificó, por lo que solicitó la revisión del mismo a la Corte Constitucional (El Tiempo, 26 de febrero de 2011). El caso se encuentra actualmente en estudio del alto tribunal y su esclarecimiento demarcará el derrotero a seguir respecto de la adopción homoparental en Colombia.

El segundo caso es protagonizado por una solicitud de adopción realizada en el 2009 por Chandler Ellis Burr, ciudadano norteamericano, respecto de dos hermanos colombianos de 13 y 8 años de edad, niños que hacían parte de la categoría de “difícil adopción”. El ICBF tramitó todas las etapas de la adopción, las cuales incluían visitas tanto en Colombia como en Estados Unidos, procedimiento que derivó en la expedición de la sentencia por parte de un juez de familia en la que se le concedía la patria potestad a Burr. Sin embargo, una vez finalizado el proceso, Burr, en una conversación informal de despedida realizada el 31 de marzo del 2009, le expresó su condición de homosexual a la Subdirectora de Adopciones del ICBF. Posteriormente, al acercarse a retirar las visas de sus hijos en la Embajada de Estados Unidos le informaron que por solicitud del ICBF las visas habían sido denegadas a última hora. Lo anterior, debido a que la Subdirectora de Adopciones había radicado, el mismo 31 de marzo, una denuncia penal ante la Fiscalía de amenaza de los derechos de los menores y había iniciado una solicitud de restablecimiento de sus derechos.

El 1 de abril de 2011 se inició el proceso de restablecimiento de derechos⁹, a través de un auto de la Defensoría de Familia. Debido a la denuncia interpuesta y el proceso que se tramitaba, los niños debieron regresar al hogar sustituto, en el que habían permanecido durante todo el trámite de la adopción. De igual forma, las visitas que se realizaban de manera digital entre los niños y el padre adoptivo se redujeron paulatinamente de dos semanales a una quincenalmente, encuentros que además debían ser supervisados por un adulto¹⁰.

Ante lo anterior, Burr inició dos procesos paralelos para recuperar a sus hijos. En primer lugar, interpuso, a través del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), una acción de tutela con el fin de solicitar la protección de sus derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el debido proceso, así como los de sus hijos a tener una familia y a no ser discriminados en razón del origen familiar y a la educación. Y por otro lado, solicitó al ICBF la revisión del proceso de adopción, la cual se efectuó con la participación de los niños. Ante la polémica suscitada en los medios y teniendo en cuenta que los menores expresaron su aceptación respecto a la orientación sexual de su padre adoptivo, el ICBF tomó la determinación de devolverle la custodia de los pequeños. La Corte Constitucional le concedió la tutela a Chandler Burr en sentencia T-276 de 2012.

3.1 La contradicción de las instituciones colombianas

El tema de la adopción en Colombia por parte de parejas homosexuales representa un conflicto interpretativo, el cual se pretende superar a través de la decisión de la Corte Constitucional. En la actualidad, este alto tribunal ha emitido dos sentencias que se relacionan con esta temática: la T-290 de 1995 y la C-814 de 2001. La primera de ellas estudió la idoneidad de un hombre que tenía a su cuidado una niña, que no era su hija, y alegaba que el ICBF pretendía alejar a la menor de su lado únicamente en consideración de su preferencia sexual. La Corte concluyó que su homosexualidad no había determinado el criterio del Instituto de Bienestar Familiar y además, en la aclaración de voto del magistrado Carlos Gaviria, expresó: *“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”* (Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1995).

Por su parte, la sentencia C-814 de 2001 resolvió una solicitud de inexactitud de las expresiones *“moral”* y *“La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años.”*, contenidas en los artículos 89 y 90 del Código del Menor, citados anteriormente. La Corte Constitucional decidió declarar exequibles las expresiones en el entendido de que, respecto a la primera, no se considerara una actividad inmoral el comportamiento correspondiente a determinada opción sexual y, sobre la segunda, en la medida en que resultaba coherente con la acepción de familia

9 Proceso administrativo regulado en la Ley 1098 de 2006 de la República de Colombia.

10 Hechos extractados de la tutela presentada por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia, 2011) en el caso de Chandler Burr.

reconocida por el ordenamiento colombiano¹¹. Sin embargo, como se mencionó previamente, la expedición del Código de la Infancia y Adolescencia reabrió el problema de interpretación, al suprimir el requisito de que parejas conformadas por un hombre y una mujer tuvieran la posibilidad de adoptar, vacío que se acentúa con la nueva interpretación del concepto de familia dada por la Corte Constitucional, dentro de la cual las parejas del mismo sexo entran en esta definición. A pesar de lo anterior, el ICBF no solo ha llenado de manera excluyente dicho vacío, sino que se ha negado a cumplir las sentencias de los jueces que han otorgado una visión diferente, lo cual demuestra claramente su postura como institución y la línea de las decisiones que toma.

Ahora bien, el tema de la adopción, ya no por parejas del mismo sexo sino por personas homosexuales, no responde a un conflicto de interpretación. El artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia incluyó a las personas solteras dentro de quienes tienen la posibilidad para adoptar. Además de esto, el 17 de mayo del 2011, el mismo ICBF emitió el concepto 5926, dentro del cual concluyó que, teniendo en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional respecto a que *“La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos (C.P. art.15), pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite, ni tampoco se genera un daño social.”* (Colombia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar 2011). Así mismo, expresó que esta condición sexual hace parte de las llamadas “categorías sospechosas” o condiciones que pueden generar discriminación, por lo que decidió excluir la pregunta sobre la orientación sexual a las personas solteras del Lineamiento Técnico Administrativo del programa de adopciones. Lo anterior, sin embargo, entra en colisión con solicitudes como la interpuesta por la Procuraduría General de la Nación ante la Fiscalía y el Instituto de Bienestar Familiar, respecto a investigar las adopciones de niños y adolescentes por parte de personas homosexuales que no hicieron explícita su preferencia sexual al momento de tramitar la adopción (Revista Semana, 24 de febrero de 2011).

4. Conclusiones

Las diversas formas de discriminación social a las personas LGBT, presentes en las concepciones culturales de grupos mayoritarios, son, en muchos ordenamientos de Latinoamérica y el Caribe, avaladas y compartidas por las figuras estatales. A la luz del discurso de los derechos humanos –que en el tema específico de género y orientación sexual es aún incipiente–, ciertas legislaciones, fallos judiciales y decisiones institucionales de América Latina y el Caribe, como las expuestas previamente, resultan transgresoras del principio de igualdad y no discriminación de este colectivo, muchas veces integrado en sus constituciones políticas.

11 En la sentencia T-716 de 2001, la Corte Constitucional redefinió el concepto de familia y señaló: “El vínculo familiar se logra a partir de diversas situaciones de hecho, entre ellas la libre voluntad de conformar la familia, al margen del sexo o la orientación de sus integrantes. Por lo tanto, resulta claro que la heterosexualidad o la diferencia de sexo entre la pareja, e incluso la existencia de una, no es un aspecto definitorio de la familia, ni menos un requisito para su reconocimiento constitucional”.

Lo anterior implica un alto grado de desprotección para las personas LGBT y una fuerte incoherencia de las instituciones políticas en estos ordenamientos, pues a pesar de acoger postulados internacionales que pretenden homogeneizar la garantía de los derechos básicos de los individuos, atacan directa o soterradamente a los integrantes de esta minoría, ofensivas que muchas veces obedecen a la manipulación de las herramientas jurídicas a favor del sentir personal y el grado de tolerancia de sus dirigentes. De igual forma, teniendo en cuenta que el derecho y las dinámicas sociales interactúan y se influyen mutuamente, como se mencionó anteriormente, la ausencia de reglamentaciones y decisiones judiciales e institucionales que velen por la defensa de los derechos de esta minoría resulta en detrimento, no solo de su integridad como individuos políticos, sino también como sujetos inmersos en una colectividad. Es decir, que pretender desestimular las acciones excluyentes, discriminatorias y en muchos casos violentas en contra de este grupo por parte de diferentes actores sociales se convierte en un ideal difícil de alcanzar cuando los organismos estatales son los primeros en desconocer sus libertades y prerrogativas.

Por otro lado, este tipo de discriminación estatal puede derivar en una forma de lo que Pierre Bourdieu llamaba “violencia simbólica”, que en este caso entraña una pretensión de asimilación a través de la regulación jurídica. Así lo expresa Bourdieu cuando señala: *“La violencia simbólica es esa violencia que arranca sumisiones que ni siquiera se perciben como tales apoyándose en unas ‘expectativas colectivas’, en unas creencias socialmente inculcadas”* (Fernández 2005, 7). En el mismo sentido, Manuel Fernández expresa:

La violencia simbólica, una aparente contradicción in terminis, es, al contrario de la violencia física, una violencia que se ejerce sin coacción física a través de las diferentes formas simbólicas que configuran las mentes y dan sentido a la acción. La raíz de la violencia simbólica se halla en el hecho de que los dominados se piensen a sí mismos con las categorías de los dominantes (Fernández 2005, 14).

De esta manera, este tipo de legislaciones y de interpretaciones en derecho pueden constituir una “forma suave de violencia” (Bourdieu y Wacquant 2005, 239), que implica no solo formas de opresión directa sino la imposición de ideologías y conductas normativas, como por ejemplo la heterosexualidad. Legislaciones como las introducidas en los países del Caribe, las cuales imponen fuertes castigos a las conductas homosexuales, generan además de la concepción social de estar ante un comportamiento errado, el ocultamiento e incluso la represión interna de esta preferencia. Igualmente, la violencia simbólica ejercida por las decisiones judiciales e institucionales revisadas se traduce en la aceptación de premisas cargadas de discriminación imperceptible (como se estudió en la sentencia de primera instancia del caso de Karen Atala), las cuales interiorizan las exclusiones sociales que se discuten y desde allí edifican sus resultados. Como expresaba Bourdieu: *“De todas las formas de ‘persuasión oculta’, la más implacable es la que se ejerce simplemente por el orden de las cosas”* (Fernández 2005, 15).

Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. México D. F.: Fontamara, 1998.
- Alston, Philip et al.. *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Bilbao: Aldarte, 2010.
- Bourdieu, Pierre y Loïc Wacquant. *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2005.
- Campuzano Volpe, Felipe. *Autoritarismo y Democracia en América Latina*. México, D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, 2007.
- Chile. *Código penal de la república de Chile*. Santiago de Chile: Librería del Mercurio, 1875.
- _____. «Sentencia del 30 de marzo de 2004. Recurso de apelación en el caso “Ricardo Jaime López Allendes vs. Jacqueline Karen Atala Riffo”». *Corte de Apelaciones de Temuco*, 2004. Último acceso 20 de octubre de 2012, <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf>
- _____. «Sentencia del 31 de mayo de 2004. Recurso de queja en el caso “Ricardo Jaime López Allendes vs. Jacqueline Karen Atala Riffo”». *Corte Constitucional*, 2004. Último acceso 20 de octubre de 2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf
- _____. «Sentencia del 29 de octubre de 2003. Caso de “Ricardo Jaime López Allendes vs. Jacqueline Karen Atala Riffo”». *Juzgado de Letras de Villarrica*, 2003. Último acceso 17 de octubre de 2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf
- Colombia. *Código de la infancia y la adolescencia: Ley 1098 de 2006*. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2009.
- _____. *Código del menor: Decreto no. 2737 de noviembre de 1989, expedido con base en las facultades otorgadas por la Ley 56 de noviembre de 1988 y con la colaboración de la Comisión Asesora creada por el Decreto no. 160 de enero 20 de 1989*. Colombia: Ministerio de Salud, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 1989.
- _____. «Concepto 5926 de 2011». *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*, 2011. Último acceso 6 de noviembre de 2012, http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0005926_2011.htm
- _____. «El Instituto». *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*, 2012. Último acceso 29 de octubre de 2012, <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/EiInstituto>
- _____. «La entidad». *Departamento para la Prosperidad Social*, 2012. Último acceso 29 de octubre de 2012, <http://www.dps.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=3&conID=544&pagID=820>
- _____. «PGN solicita se declare exequible la adopción únicamente para parejas heterosexuales». *Procuraduría General de la Nación*. Boletín, No. 207, 2009. Último acceso 3 de noviembre de 2012, http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2009/noticias_207.htm
- _____. «Sentencia C-075 de 2007». *Secretaría General del Senado*, 2007. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2007/c-075_2007.html

- _____. «Sentencia C-814 de 2001». *Secretaría General del Senado*, 2001. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2001/c-814_2001.html
- _____. «Sentencia T-276 de 2012». *Corte Constitucional de Colombia*, 1995. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>
- _____. «Sentencia T-290 de 1995». *Corte Constitucional de Colombia*, 1995. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-290-95.htm>
- Comisión Internacional de Juristas. *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ginebra: CIJ, 2009. Último acceso 15 de julio de 2012, <http://www.cubaencuentro.com/var/cubaencuentro.com/storage/original/application/d1e5c0efa45b61c4f03179e373ca5fe7.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gaceta Informativa*. Boletín Trimestral, No. 03 – Junio/Julio/Agosto, 2005. Último acceso 8 de noviembre de 2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/gacetas/Gaceta_03.pdf
- Costa Rica. *Código procesal penal: adicionado con la exposición de motivos y el dictamen afirmativo El Alcance n° 120 A la Gaceta n° 257 de 15 noviembre de 1970*. San José: Imprenta Nacional, 1970.
- El Tiempo. «Qué representa para Colombia tutela sobre adopción en parejas gay», 26 de febrero de 2011. Último acceso 6 de noviembre de 2011, http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8936006.html
- Fernández, Manuel J.. «La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica». *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, 2005: 7–31. Último acceso 8 de noviembre de 2012, <http://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/view/CUTS0505110007A/7582>
- García, Carlos. «Los líos de una pareja de lesbianas para adoptar una hija». *Semana*, 13 de noviembre del 2009. Último acceso 6 de noviembre de 2011, http://www.semana.com/wf_ImprimirArticulo.aspx?IdArt=131294
- Honduras. *Constitución de la República de Honduras: decreto 131 de la Asamblea Constituyente 1982*. Honduras: Asamblea Nacional Constituyente, 1982. Último acceso 8 de noviembre de 2012, http://www.honduras.net/honduras_constitution2.html
- _____. «Decreto 176 de 2004, por el cual se reforma la Constitución de la República». *La Gaceta*, No. 30586, 2005: 2-3.
- Lauritsen, John y David Thorstad. *Los primeros movimientos en favor de los derechos homosexuales*. Barcelona: Tusquets, 1974.
- Maldonado, Carlos Eduardo. *Hacia una fundamentación filosófica de los Derechos Humano*. Bogotá: Arango Editores, 1999.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Carta de las Naciones Unidas; estatuto de la Corte Internacional de Justicia y acuerdos provisionales firmados en la Conferencia de San Francisco, el día 26 de junio de 1945*. Montevideo: Florensa & Lafon, 1945. Último acceso 8 de noviembre de 2012, <http://www.un.org/es/documents/charter/>.
- _____. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Naciones Unidas, 1966. Último acceso 8 de noviembre de 2012, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

- _____. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Naciones Unidas, 1966. Último acceso 8 de noviembre de 2012, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>
- _____. «Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM)». Naciones Unidas, 1979. Último acceso 8 de noviembre de 2012, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- _____. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Madrid: Amnesty International de España, 1984. Último acceso 8 de noviembre de 2012, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- _____. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR)*. San José: 1992.
- _____. *Declaración de los derechos del niño: Convención sobre los derechos del niño*. San José: 1997.
- _____. «Observación General 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos». *University of Minnesota. Human Rights Library*, 1989. Último acceso 8 de noviembre de 2012, <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html>
- Paoli Itaborahy, Lucas. «Homofobia de Estado». *Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA)*, Mayo de 2012. Último acceso 7 de octubre de 2012, <http://es.scribd.com/doc/93780998/ILGA-Homofobia-de-Estado-2012>
- Procuraduría General de la Nación. «PGN solicita se declare exequible la adopción únicamente para parejas heterosexuales». *Boletín*, No. 207, 2009. Último acceso 3 de noviembre de 2012, http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2009/noticias_207.htm
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001.
- Revista Semana. «Procuraduría pide investigar adopciones aprobadas a personas homosexuales», 24 de febrero de 2011. Último acceso 6 de noviembre de 2011, <http://www.semana.com/nacion/procuraduria-pide-investigar-adopciones-aprobadas-personas-homosexuales/152355-3.aspx>
- Taleva Salvat, Orlando. *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2004.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. «Tutela presentada en nombre de Chandler Ellis Burr». *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad*, 25 de junio de 2011. Último acceso 3 de noviembre de 2012, http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_litigios&field=archivo&id=137
- Yoshino, Kenji. «Encubrimiento (Covering)». *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2000: 193-202. Último acceso 21 de octubre de 2011, http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/Especiales_SELA/SELA%201999%20-%20Ed%202000/04SELA99Juridica10.pdf