

IGUALDAD Y ORIENTACIÓN SEXUAL*

MACARENA SÁEZ TORRES**

AMERICAN UNIVERSITY WASHINGTON COLLEGE OF LAW, ESTADOS UNIDOS
msaez@wcl.american.edu

RESUMEN: Hasta el siglo pasado la homosexualidad fue tratada como una enfermedad, un pecado o una perversión. Sin embargo, en las últimas tres décadas del siglo XX el mundo occidental comenzó a experimentar un cambio en la percepción de las personas gay y lesbianas. En el nuevo siglo el concepto de igualdad está marcado por el debate sobre la inclusión y la no discriminación de las personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero e intersex (LGBTI). Esta ponencia presenta una breve revisión del movimiento por los derechos gay en Estados Unidos y su comparación con la lucha por los derechos gay en Latinoamérica con el objeto de para mostrar algunas similitudes y también algunas diferencias que podrían servir para entender los riesgos que a corto plazo puede correr el movimiento LGBTI en su lucha por la igualdad.

Palabras clave: *igualdad, movimiento LGBT, matrimonio igualitario, homosexualidad*

EQUALITY AND SEXUAL ORIENTATION

ABSTRACT: Until the last century homosexuality was treated as a sickness, a sin or a perversion. In the last three decades of the century, however, the Western world started to experience a change in the perception of gay and lesbian people. In the new century the concept of equality is shaped by discussions on the inclusion and non-discrimination of lesbian, gay, bisexual, transgender, and intersex individuals (LGBTI). This presentation offers a brief review of the gay rights movement in the United States and a comparison with the struggle for gay rights in Latin America in order to show some similarities but also shows some differences that should be used by the LGBTI movement to understand the risks that its struggle for equality may have in the near future.

Keywords: *Equality, LGBT movement, marriage equality, homosexuality*

Con la llegada del siglo XXI se ha instalado finalmente la discusión sobre la igualdad de las personas de sexualidades diversas. Hasta los años 60 había un limitado debate sobre la existencia

* Ponencia presentada en el Tercer Congreso de Derechos Humanos organizado por el Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile los días 5 a 7 de septiembre de 2012. Se han hecho solo algunas modificaciones posteriores para reflejar cambios regulatorios posteriores a la presentación de este trabajo.

** Profesora de Derecho y Directora Académica del Proyecto de Litigio de Alto Impacto de American University Washington College of Law. Licenciada en Derecho, Universidad de Chile, LL.M., Yale Law School.

legal, participación ciudadana y vida privada de las personas gay y lesbianas y sólo se hablaba de las personas transen el contexto de un problema médico. La homosexualidad se oía y discutía en términos negativos: enfermedades psiquiátricas¹, pecados de la carne² y delitos contra la moral.³ En los últimos treinta años del siglo XX, sin embargo, comienza a surgir un cambio en la percepción de las personas de sexualidades diversas. Se inicia un proceso de reconocimiento del “otro” como ser humano, como sujeto de, al menos, algunos derechos. Este reconocimiento de la calidad de sujeto de derechos del “otro” lleva a un replanteamiento de la heterosexualidad como elemento común y esencial de las personas y a una visibilización del que no es heterosexual como sujeto de derechos que ha gatillado reformas legales y constitucionales en casi todo el mundo occidental.⁴ Estas reformas son el resultado de discusiones a nivel político, legal y académico que produjeron, y siguen produciendo avances en nuestra comprensión de la igualdad y la discriminación.

La experiencia comparada en el reconocimiento de los derechos de las personas gay y lesbianas es iluminadora. Latinoamérica tiende llegar tarde a las discusiones sobre inclusión social pero este atraso tiene la ventaja de poder analizar lo que ha ocurrido en países que tuvieron las mismas discusiones y los mismos problemas décadas antes. En la primera parte de mi exposición revisaré brevemente la evolución del movimiento de personas de sexualidades diversas en los Estados Unidos y sus diferencias y similitudes con la experiencia latinoamericana. En una segunda parte me referiré a distintos avances en derecho internacional y comparado en esta área y finalmente haré una breve reflexión sobre el concepto de igualdad desde la perspectiva de la discriminación

¹ La Asociación Americana de Psiquiatría (Estados Unidos) removió en 1973 la homosexualidad de su catálogo de desordenes mentales. SPITZERL., “The Diagnostic Status of Homosexuality in DSM-III: A Reformulation of the Issues”, *en: The American Journal of Psychiatry*, Vol. 138, No. 2. Estados Unidos: American Association of Psychiatry, p. 210. La Organización Mundial de la Salud hizo lo mismo sólo en 1992.

² “Virtud y vicio tienen una valencia moral antitética; no se pueden poner en el mismo plano. Desde esta perspectiva resulta evidente que la condición homosexual no puede considerarse ciertamente una cualidad éticamente neutra precisamente porque ‘constituye...una tendencia más o menos fuerte, hacia un comportamiento intrínsecamente malo desde el punto de vista moral’...De este modo resulta obvio que aunque la inclinación homosexual no es en sí misma un pecado, condiciona de manera éticamente negativa el obrar de la persona.” SANTA SEDE, CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Carta sobre la atención pastoral a las personas homosexuales*, Madrid, España: Ediciones Palabra S.A., 2003, pp. 64-75.

³ En distintas áreas y en distintos países la discriminación en contra de las personas de orientación sexual diversa es abierta. Por ejemplo, los primeros años de la revolución comunista en Cuba vienen acompañados de un profundo sentido de homofobia con la privación de libertad sistemática de gays y lesbianas, considerados un producto del capitalismo. En el año 2010, Fidel Castro reconoció su responsabilidad por la política homofóbica de su régimen durante los años 60 y 70. Véase, “Fidel admitió ser responsable de la persecución de los gay en Cuba”, *El Clarín*. <en línea>, Buenos Aires, Argentina, 31 de agosto de 2010. [Citado 5 septiembre 2012] Disponible en la World Wide web: http://www.clarin.com/mundo/Fidel-admitio-responsable-persecucion-Cuba_0_326967515.html. En Estados Unidos el primer Estado en eliminar el delito de sodomía fue Illinois in 1961 y en los setenta ya la mayoría de los Estados había eliminado el delito de la sodomía. BEND L., Pickett, *Historial Dictionary of Homosexuality*. Maryland, Estados Unidos: Scarecrow Press, 2009, p. 17. Sin embargo, sólo en el año 2003 la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional el delito de sodomía a nivel federal en el caso *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003). En Chile la sodomía se despenalizó en 1999. En 1994 el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró la penalización de la sodomía una violación al derecho a la privacidad. *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992. La Corte Europea de Derechos Humanos había hecho lo mismo en el año 1981 en el caso *Dudgeon v. United Kingdom*, Application no. 7525/76).

⁴ Para un análisis de los casos más importantes en el desarrollo de los derechos LGBT en el mundo, véase INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook*. Ginebra, Suiza: International Commission of Jurists, 2011.

por orientación sexual y los riesgos que enfrenta el movimiento por la igualdad de las personas de sexualidades diversas en Latinoamérica.

1. DE STONEWALL A WINDSOR

Uno de los problemas y a la vez ventaja de la orientación sexual como categoría identificadora de un grupo es que puede ser fácilmente escondida.⁵ Esto hace que la invisibilidad de la población gay y lesbiana sea más común que con otros grupos sujetos a rechazo legal y social, tales como las minorías raciales o las mujeres. Por una parte, esta característica ha salvado la vida y la integridad física de muchas personas que han podido “pasar” por heterosexuales en ambientes donde la sospecha de una sexualidad diferente podría haber sido motivo suficiente de una golpiza.⁶ Al mismo tiempo, la falta de un rasgo físico que identifique a una persona como gay, lesbiana, bisexual, trans o intersex ha hecho también que el movimiento de las sexualidades diversas se organice tardíamente. Las personas gay y lesbianas con poder y medios económicos, en general tienen pocos incentivos para abandonar su vida privada y luchar por el reconocimiento del grupo al que pertenecen. Esto, porque sin dicho reconocimiento, el hecho de pertenecer a grupos de privilegio en otras esferas de su vida les permite gozar de un cierto grado de libertad que hace del costo alternativo de su reconocimiento público como persona gay o lesbiana, muy alto.⁷ La organización de las personas que sufren discriminación por su orientación sexual es difícil. Las personas que sufren discriminación racial tienen espacios de acogida como sus familias, las iglesias o comunidades en las que participan.⁸ Los gay y lesbianas no tienen si quiera eso.⁹ Por ello tal vez los primeros movimientos surgen desde las bases donde hay poco o nada que perder. Pero como nos enseña la historia, las revoluciones y los movimientos sociales no nacen desde la marginalidad, que obviamente está preocupada de sobrevivir, sino de las clases medias y altas, donde hay espacios, recursos y educación para producir cambios. Su agrupación requiere, por lo tanto, de alianzas con otros grupos y de espacios de políticos apropiados.

El movimiento gay como grupo político nació en los Estados Unidos de una coyuntura específica que Latinoamérica no vivió. La revuelta de 1969 en el bar gay Stonewall se considera parte del inicio del movimiento gay.¹⁰ Edmund White cuenta que no era común protestar al acoso de la policía en los bares gay. Stonewall era un bar gay que recibía allanamientos policiales con regularidad y cuyos usuarios tenían clara la rutina de ser alineados, forzados a mostrar su

⁵ ACKERMAN, Bruce, Beyond Carolene Products, *en: Harvard L. Rev.*, vol. 98. Cambridge, Estados Unidos: Harvard Law School, 1985, p. 725.

⁶ “As a member of an anonymous group, each homosexual can seek to minimize the personal harm due to prejudice by keeping his or her sexual preference a tightly held secret.” *Ibid.*, p. 730.

⁷ *Ibid.*, p. 724.

⁸ *Ibid.* p. 726.

⁹ YOSHINO, KENJI, The Gay Tipping Point, *en: UCLA L. Rev.*, vol. 57. Los Angeles, Estados Unidos: University of California Los Angeles Law School, 2010, p. 1540.

¹⁰ WHITE, Edmund. “The Burning Library”, *en: MICHAELS, Leonard y RICKS, Christopher (eds.). The State of the Language.* Berkeley y Los Angeles: University of California Press, 1980, p. 235.

identificación y recibir insultos y una que otra demostración de brutalidad policial.¹¹ Pero esa noche en Stonewall se produjo un fenómeno de identificación de los acosados como grupo con una identidad propia. El movimiento de los derechos civiles por la discriminación racial usaba el slogan “*black power*” y se leía en las murallas de las ciudades frases como “*black is beautiful*”. Luego del allanamiento de Stonewall, alguien gritó “*gay power*.”¹² Lo que fue primero motivo de risa, se volvió una manifestación de reconocimiento interno de aquel grupo como un movimiento que podía ser político.¹³ Comenzó por primera vez una rebelión que terminó con la policía dentro del bar y un grupo de personas prendiéndole fuego.¹⁴ *Gay power*, y *gay is beautiful*, se instalaron en la protesta nacional junto a la lucha contra Vietnam y el servicio militar obligatorio, el término de la segregación racial y la segunda ola del movimiento feminista.¹⁵

Stonewall representa no sólo el inicio de un movimiento político, sino el traslado de una vida en espacios y tiempos propiamente marginales, a una apropiación de los espacios y tiempos heterosexuales. La invisibilidad de las personas gay y lesbianas solo se da en la dimensión espacio-temporal de la heterosexualidad. Incluso en las sociedades más reprimidas, y tal vez especialmente en esas, hay espacios y tiempos específicamente “queer.”¹⁶ No es casualidad que las plazas y los espacios públicos de las ciudades son ocupados por poblaciones diversas en el día y en la noche. Tampoco es casualidad que en el día las oficinas, los restaurantes, la ciudad en general es ocupada por las poblaciones aceptadas. Los trabajos más marginales, los espacios más indeseados, son ocupados por la gente discriminada. Entre ellos, la gente que sufre la doble discriminación de ser pobre y no ser heterosexual, está reducida a mínimos espacios de convivencia social. A medida que el movimiento de las sexualidades diversas gana visibilidad política, gana también su acceso a los espacios y tiempos aceptados y aceptables por la heterosexualidad.

En una primera etapa, como ha ocurrido con otros grupos marginados como las mujeres o las minorías raciales, la igualdad es una aspiración, no un derecho. En esa primera etapa la lucha por el reconocimiento de espacios de respeto se basa en derechos reconocidos constitucionalmente, pero contruidos de manera más restrictiva para las personas de sexualidades diversas. Por ejemplo, el reconocimiento de la relación sexual entre dos personas del mismo sexo se basa en un concepto de privacidad entendible y ejercido por las mayorías heterosexuales que se reduce a su más mínima expresión cuando se aplica a la sexualidad de personas gay, lesbianas o trans. Mientras unas pueden manifestar su sexualidad dentro de parámetros amplios que incluyen tanto espacios públicos como privados (no hay ofensas contra la moral cuando una pareja de novios se besa en público o se toma de las manos), la privacidad bajo la cual en una primera etapa se reconoce el derecho a la sexualidad de las personas de orientación sexual diversa se reduce a la mínima expresión física del

¹¹ ESKRIDGE, William, N. Jr. *Dishonorable passions: Sodomy Laws in America, 1861-2003*. Nueva York, Estados Unidos: Penguin Group, 2008, p.166.

¹² WHITE, Edmund, *op. cit.* (n.10), p. 235.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ ESKRIDGE, William, N. Jr., *op. cit.* (n.11), p.167.

¹⁵ *Ibid.*, p. 168.

¹⁶ HALBERSTAM, Judith. *In a Queer Time and Place: Transgender Bodies, Subcultural Lives*, NYU Press, 2005.

hogar.¹⁷ Los primeros avances se reflejan en espacios de tolerancia. La relación sexual consentida entre dos adultos del mismo sexo se encuadra dentro del derecho a la privacidad, no en el derecho a la integridad o a la dignidad humana. Se sigue identificando la relación sexual entre dos personas del mismo sexo como un acto físico que, en la medida que se realice a puerta cerrada, puede ser tolerado, pero no puede ser formalmente reconocido.

La tolerancia tímida de las primeras etapas ha dado paso paulatinamente a la apropiación del mismo concepto de privacidad y de autonomía individual sin distinción de la orientación sexual. Sin embargo, una vez que se logran estos espacios de tolerancia, la lucha por la igualdad se vuelve mucho más lenta. Es más fácil ideológicamente reconocer que no está bien pegarle a una persona o matarla por su orientación sexual, que reconocer que no se puede despedir de un trabajo, o no ofrecer trabajo a una persona calificada para el mismo por ser de una orientación sexual o identidad de género diversa. Es más fácil aceptar que una persona puede tener relaciones sexuales en su dormitorio, a puertas cerradas, con otro adulto de su mismo sexo, que reconocer el derecho de las personas de orientación sexual diversa a formar familias. Toma años moverse del estadio reducido de la privacidad al reconocimiento de la igualdad.

Hoy, Estados Unidos tiene tratamientos dispares de las sexualidades diversas. Acaba de reelegir a un presidente que apoya el matrimonio de parejas del mismo sexo y por primera vez tres Estados, Maine, Washington y Maryland, reconocieron el matrimonio igualitario a través de votación popular. Algunos Estados han avanzado considerablemente hacia un tratamiento igualitario, no sólo en la protección y regulación de los crímenes de odio o crímenes de la discriminación, sino también en temas de derecho de familia, aceptando el matrimonio igualitario¹⁸ sin distinción en el acceso a métodos de reproducción asistida y adopción en iguales términos que las personas de orientación heterosexual. Por otro lado, hay Estados que han cambiado sus constituciones para restringir la definición del matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer,¹⁹ lo que también hizo el congreso de Estados Unidos con el Defense of Marriage Act DOMA en 1996. Con esta legislación el congreso de Estados Unidos restringió para efectos federales el concepto de matrimonio, limitando el acceso a beneficios federales a las personas casadas que caen dentro de la definición federal de matrimonio, es decir, un hombre y una mujer.²⁰ Hay más de 1000 beneficios

¹⁷ Véase, Corte Suprema de los Estados Unidos, *Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 (2003): “It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons.”

¹⁸ Los demás Estados que reconocen el matrimonio de personas del mismo sexo han llegado a dicha regulación a través de decisiones judiciales que han sostenido la inconstitucionalidad de la legislación estatal o a través de proyectos de ley aprobados en los congresos estatales. Vermont y el Distrito de Columbia fueron los primeros Estados en el 2009 en aprobar el matrimonio igualitario por decisión política. Connecticut, y Massachusetts lo hicieron por orden judicial. Ver *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 957 A.2d 407, (Connecticut 2008); *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009); *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Massachusetts. 2003); New Hampshire reformó su legislación a través de un proyecto de ley aprobado por el congreso estatal el 1 de enero de 2010. New York siguió el mismo camino y aprobó el matrimonio igualitario el 24 de julio de 2011.

¹⁹ A Noviembre de 2012 había 31 enmiendas constitucionales a nivel estatal que de otra forma se habían aprobado para prohibir el matrimonio de parejas del mismo sexo. Los Angeles Times publicó recientemente un mapa que muestra la aceptación y rechazo del matrimonio igualitario en los Estados Unidos. Los Angeles Times. <en línea>, Los Angeles, Estados Unidos, 1 agosto 2013, [citado 12 agosto 2013] Disponible en la World Wide Web: <http://graphics.latimes.com/usmap-gay-marriage-chronology/>.

²⁰ La Sección 3 de la Ley, en “Definición de matrimonio”, establece que “In determining the meaning of any Act of Congress, or

federales que DOMA restringió a parejas heterosexuales.²¹ La Sección 3 de esta ley, que define el matrimonio como una institución estrictamente heterosexual, fue declarada inconstitucional por varios tribunales estatales.²² Finalmente, en junio de 2013 la Corte Suprema de los Estados Unidos declara su inconstitucionalidad en el fallo *United States v. Windsor*, abriendo una nueva puerta al litigio por el matrimonio igualitario en dicho país.²³ La decisión generó de inmediato un cambio en la política migratoria de la administración Obama, la que ha decidido reconocer, para efectos migratorios, el matrimonio entre parejas del mismo sexo celebrado legalmente en otro país.²⁴

2. LATINOAMÉRICA

La situación de los Estados Unidos de fines de los sesenta no se dio de igual manera en Latinoamérica. Durante los sesenta, setenta y ochenta la región estuvo ocupada entrando y saliendo de dictaduras. Sólo había espacio para luchar por recuperar democracias, salvar vidas y buscar a los desaparecidos. No hubo coyuntura para reclamar ciudadanía en masa. A partir de los noventa, en cambio, ha habido espacio para el surgimiento de movimientos que reclaman por un esfuerzo serio de superación de la pobreza y por una redefinición de los conceptos de igualdad y privacidad a la luz de las experiencias de aquellos marginados de las estructuras sociales y legales. El movimiento de estudiantes en Chile que reclama educación de calidad para todos, y no sólo para quienes pueden pagarla es un ejemplo de estos espacios. La organización de más de un grupo por país dedicado al avance de los derechos de personas de orientación sexual diversa es otro

of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife." H.R. 3396, Defense of Marriage Act. ESTADOS UNIDOS, Washington D.C., Estados Unidos: 21 de septiembre de 1996.

²¹ Un informe realizado por la oficina de Contabilidad General de los Estados Unidos en relación al impacto del *Defense of Marriage Act* en las parejas del mismo sexo casadas según leyes estatales, indicaba que al 31 de diciembre de 2003 existían en Estados Unidos 1.138 leyes federales que establecían el estado civil de casado como requisito para recibir un beneficio o ejercer un derecho o privilegio. UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE, GAO-04-353R Defense of Marriage Act. <en línea>, United States General Accounting Office, 23 enero 2004. [Citado 12 septiembre 2012] Disponible en la World Wide Web: <http://www.gao.gov/assets/100/92441.pdf>.

²² Véase, *Golinski v. Office of Personnel Management*, 824 F. Supp. 2d 968 (N.D. Cal.), *Gill et al. v. Office of Personnel Management*, 682 F.3d 1 (1st Cir. 2012); *Massachusetts v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 698 F. Supp. 2d 234 (D. Mass. 2010).

²³ Corte Suprema de los Estados Unidos, *United States v. Windsor*, 26 de junio de 2013.

²⁴ "After last week's decision by the Supreme Court holding that Section 3 of the Defense of Marriage Act (DOMA) is unconstitutional, President Obama directed federal departments to ensure the decision and its implication for federal benefits for same-sex legally married couples are implemented swiftly and smoothly. To that end, effective immediately, I have directed U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS) to review immigration visa petitions filed on behalf of a same-sex spouse in the same manner as those filed on behalf of an opposite-sex spouse." Declaración de JANET NAPOLITANO, Ministra de Seguridad Interior de los Estados Unidos. <en línea>, Página web del US Citizenship and Immigration services, 1 de julio de 2013. [citado 26 agosto 2013] Disponible en la World Wide Web: <http://www.uscis.gov/portal/site/uscis/menuitem.eb1d4c2a3e5b9ac89243c6a7543f6d1a/?vgnnextoid=2543215c310af310VgnVCM100000082ca60aRCRD&vgnnextchannel=2543215c310af310VgnVCM100000082ca60aRCRD>

ejemplo.²⁵ En los años 80 era casi imposible encontrar organizaciones de personas LGBT. Hoy existen en la mayoría de los países de la región.²⁶

La visibilización de las personas gay y lesbianas en Latinoamérica ha sido más difícil y más lenta que en los Estados Unidos, precisamente por esta falta de coyuntura donde distintos grupos se retroalimentaron en sus protestas. Esta inexistencia de espacios políticos mantuvo por más tiempo y con mayor fuerza la discriminación más grotesca, esa que se traduce en violencia y absoluta marginalización. La posibilidad de esconder la orientación sexual limitó por más tiempo la organización de las minorías sexuales. Al mismo tiempo, a pesar del surgimiento tardío, es un movimiento que se ha beneficiado del avance de los derechos de las personas gay y lesbianas en Europa y en Estados Unidos. Estamos en presencia de movimientos acelerados que pasan de exigir respeto a un concepto reducido de privacidad, muy distinto además del concepto tradicional de privacidad que aplicamos a los heterosexuales, a exigir tolerancia en espacios públicos, y finalmente igualdad, todo en un espacio limitado de tiempo. Así, hemos pasado en poco tiempo de la despenalización de la sodomía, a la visibilización de la violencia basada en la homofobia, al reconocimiento de las parejas emocionales formadas por personas del mismo sexo y finalmente a la discusión sobre familias diversas. En cada una de estas áreas hay avances, pero no basados necesariamente en un concepto de igualdad. Aunque se condena socialmente la violencia contra las personas gay, lesbianas y trans, las denuncias por abusos y violencia en contra de estas personas es común en todo Latinoamérica y difícilmente son reconocidos como delitos por homofobia.²⁷

En Chile la despenalización de la sodomía no abarcó la relación sexual consentida de un hombre mayor de 18 años con un varón menor de 18 años y mayor de 14. Dicha conducta no está penalizada en relaciones heterosexuales o en relaciones entre mujeres. El Tribunal Constitucional chileno, en el año 2010, analizó esta norma y concluyó que no era discriminatoria: “En consecuencia, la penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones.”²⁸ Es decir, la penetración anal *consentida*, de un varón mayor de 14 años, produce un mayor impacto en su desarrollo psicosocial que la penetración con objetos o

²⁵ Un directorio elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) muestra más de 130 organizaciones de la sociedad civil trabajando exclusivamente en el avance de los derechos LGBT o poblaciones con VIH. Véase, EQUIPO DEL PROGRAMA REGIONAL SOBRE VIH-SIDA DEL CENTRO REGIONAL PNUD PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Guía de Organizaciones no Gubernamentales que trabajan con Poblaciones GLBT y VIH en América Latina*. <en línea>PNUD, 2010. [Citado 25 agosto 2013] Disponible en la World Wide Web: <http://www.regionalcentre-lac-undp.org/images/stories/VIH/2010.pdf>

²⁶ La Asociación Internacional de Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Inter Sex tiene un directorio de búsqueda de organizaciones que a Noviembre de 2012 arrojaba 53 organizaciones en Chile, de las cuales a lo menos 15 reflejan en su nombre que su objetivo principal es el avance de los derechos de alguna minoría sexual. <en línea> *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Inter Sex Association* [Citado 10 noviembre 2012] Disponible en la World Wide Web: http://ilga.org/directory/en/search_process_list?search=chile.

²⁷ GÓMEZ, María Mercedes., “Violencia por prejuicio sexual”, en: MOTTA, Cristina y SÁEZ, Macarena. *La Mirada de los jueces: Decisiones sobre Género y Sexualidad en Latinoamérica*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre, 2008, pp. 89-190.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno Rol: N° 1683 – 2010. “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal” 04 de enero de 2011.

con otras partes del cuerpo en una mujer mayor de 14 años en igualdad de condiciones. Se trata además de un daño que la penetración anal o vaginal de un hombre mayor de 18 a una mujer mayor de 14 años y menor de 18 no provoca. Aun mas, el impacto psicosocial es mayor que si la penetración anal la ejecuta el varón mayor de 14 y menor de 18 al varón mayor de 18 años. El tribunal constitucional concluye así que no son iguales las relaciones sexuales consentidas entre hombres que las relaciones heterosexuales y las relaciones sexuales entre mujeres.

El Distrito federal de México modificó en el 2009 el concepto de matrimonio para incluir en él a las parejas del mismo sexo. Con ello, también amplió el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder a la adopción. Casi al mismo tiempo, sin embargo, reguló la maternidad subrogada restringiendo su acceso a matrimonios entre hombres y mujeres.²⁹

En Chile, la Corte Suprema en el 2004 condenó en la práctica a las mujeres lesbianas y a los hombres gay a elegir entre ser madre o padre, o vivir de acuerdo a su orientación sexual. Según el fallo por el que se le quitó la custodia de sus hijas a la Jueza Karen Atala, las madres lesbianas no son iguales a las madres heterosexuales.³⁰ Aun más importante, el fallo le daba mayor valor a una potencial discriminación que llevara a una disminución de las amistades de las niñas pequeñas que a la relación familiar ya existente entre la madre y sus hijas.³¹

3. VIENTOS DE CAMBIO PERO CON CAUTELA

Es claro que hay avances, pero no todos ellos conducen necesariamente a una plena igualdad. La igualdad requiere que los espacios públicos sean gozados de igual manera por todos los seres humanos; que no haya más lugares y tiempos dominados por la heterosexualidad; que la privacidad no sea conceptualizada de manera más restringida para algunos y más amplia para otros. Especialmente, exige un reconocimiento de la diversidad familiar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos avanzó en la dirección correcta al poner fin a la peligrosa distinción entre madres lesbianas y madres heterosexuales que había impuesto la Corte Suprema de Chile.³² La decisión de la Corte Interamericana aclara que el derecho a la familia no es un derecho a la familia tradicional y que todas las personas, independiente de su orientación sexual e identidad de género, son titulares del derecho a la familia establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos. No se puede intervenir en familias construidas por personas del mismo sexo

²⁹ Decreto que Expide la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal, Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Año 2, México D. F., a 30 de Noviembre de 2010. No 30.

³⁰ Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, Santiago, 31 de mayo del 2004. Considerando Décimo Sexto del Fallo señala: “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.”

³¹ *Ibid.* El Considerando Décimo Octavo del Fallo señala: “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.”

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo e hijas contra Chile, 24 de febrero de 2011.

simplemente porque no se ajustan a la visión tradicional de la familia.

Por otro lado, la ley antidiscriminación de Chile es un ejemplo de una ley que no apunta a la plena igualdad, sino que está hecha para abrir espacios reducidos de participación por parte de grupos desaventajados. La ley establece que no se puede discriminar arbitrariamente, y define la arbitrariedad de manera reducida:

“Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”

¿Significa entonces que los colegios privados religiosos pueden perfectamente enseñar que ser lesbiana es malo? ¿Pueden negarle la matrícula a un adolescente por ser gay? Si la acción de discriminación arbitraria no se puede usar para impugnar contenidos de leyes vigentes ni sentencias de tribunales, ¿el caso Atala habría tenido exactamente el mismo curso si los hechos se hubiesen desarrollado después de la promulgación de la ley antidiscriminación? Todo depende de como se desarrolle esta ley en la práctica pero hay que estar atentos al riesgo de creer que la existencia de una ley crea igualdad y que “antidiscriminación” es igualdad. Las leyes antidiscriminación no son una culminación de procesos, son el comienzo de los procesos hacia la igualdad.

4. DESAFÍOS

El discurso de la igualdad también tiene riesgos. Uno de ellos es de estrategia por parte de los movimientos por la diversidad sexual. En el caso de los argumentos a favor del matrimonio igualitario, el énfasis puede darse en la importancia del matrimonio o en la importancia de la autonomía para decidir el plan de vida propio. La estrategia que glorifica el matrimonio intenta demostrar que no hay diferencia entre parejas del mismo sexo y parejas de sexo diferente y utiliza un imaginario del matrimonio ideal, para toda la vida, en el que las parejas tanto heterosexuales como del mismo sexo son exactamente iguales en su comportamiento, como para merecer tener acceso al matrimonio. El matrimonio pasa a ser un valor en sí mismo al que acceden aquellos que se comportan de manera similar. Esta estrategia es arriesgada porque reafirma la idea de matrimonio como puerta principal de acceso a la formación de las familias y restringe el derecho a la familia a aquellos que tienen acceso al matrimonio. Esta asimilación entre heterosexuales casados y parejas del mismo sexo que debieran tener acceso al matrimonio no contribuye a entender la igualdad como derecho a ser tratado con la misma dignidad. Se centra en el matrimonio como trofeo al buen comportamiento. Casarse no tiene que ver con la glorificación del matrimonio, sino con dar a todos la posibilidad de tomar con igual autonomía decisiones que afecten su plan de vida. La diferencia concreta entre una aproximación igualitaria, y una aproximación asimilacionista del modelo ideal de familia lo vemos en distintas sentencias sobre matrimonio. En Estados

Unidos encontramos sentencias que abren el matrimonio a parejas del mismo sexo glorificando el matrimonio:

“El matrimonio civil es a la vez un profundo compromiso personal hacia otro ser humano y una celebración pública importante de los ideales de mutualidad, compañía, intimidad, fidelidad y familia;” “Sin el derecho a casarse, o mas apropiadamente, el derecho a elegir casarse, uno es excluido del espectro total de la experiencia humana y se le niega la protección total de las leyes al compromiso adquirido de una relación humana íntima y duradera.”³³

Esta argumentación mantiene la distinción entre familias formadas por personas casadas y familias formadas por personas no casadas. Otros países, en cambio, se han concentrado en el valor de la diversidad familiar, y no en el matrimonio. México, por ejemplo:

“[L]a dinámica social nos demuestra que existe una gran diversidad de formas como puede integrarse una familia -nuclear, monoparental, extensa e, incluso, homoparental, así como que no siempre derivan del matrimonio; familias, todas, que innegablemente tienen la misma protección constitucional, pues no puede suscribirse por este Tribunal, de ninguna manera, que se reste valor a la estructura u organización de familias sólo porque no se corresponden con concepciones tradicionales. Así, la labor del legislador debe buscar siempre arropar o acoger a todos los tipos de familia, sin excepción alguna.”³⁴

En este mismo sentido se pronunció el tribunal constitucional colombiano, valorando las distintas formas de *ser* familia.³⁵ Esa es la misma dirección tomada por Sud Africa.³⁶

Un segundo riesgo es que el proceso de reconocimiento de la igualdad en materia de orientación sexual se traduzca en la repetición de la igualdad como se vive hoy en el mundo heterosexual. No sólo es importante el movimiento político de las personas de sexualidad diversa para ellas como individuos pertenecientes a un grupo históricamente discriminado, sino que es importante para quienes formamos parte de otros grupos discriminados. El poder transformador del discurso sobre la igualdad se puede perder fácilmente en una miopía asimilacionista no sólo en relación a la heterosexualidad, sino a los patrones de jerarquía masculina/femenina, y a los odiosos e invisibles patrones de jerarquía social y económica propios de América Latina. Así, el movimiento LGBT pasa a representar a los hombres gay y aunque formalmente incorporen en su agenda a las lesbianas, éstas siguen siendo invisibles. Desenmascarar la discriminación doble que sufren las mujeres lesbianas puede ser más difícil. Si no se ve la jerarquización masculino/femenino, menos aun se ve la invisibilización de la mujer lesbiana. Asimismo, las demandas por igualdad del movimiento transexual no son iguales a las de las personas gay y lesbianas y generalmente la “T” en la sigla “LGBT” queda en la oscuridad.

³³ Goodridge v. Dep't Pub.Health, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003)at 322, 326 (citando Baker v. State, 70 Vt. 194, 242 (1999)). Traducción libre.

³⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577/11.

³⁶ Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).

La forma más gráfica de la diferencia diaria se refleja en el siguiente ejemplo: antes de aterrizar en Chile, en el avión repartieron los correspondientes formularios de inmigración. Puse mi nombre y luego mi sexo: femenino; estado civil: casada; nacionalidad: chilena. Lleno esos formularios casi automáticamente. Pero si fuera transexual, ¿qué pongo? ¿Sexo M o F? Si fuera lesbiana y me hubiera casado en España ¿qué pongo? ¿La respuesta varía dependiendo del país en el que aterrice?

Sólo en la medida en que incorporemos en la discusión de la igualdad a aquellos excluidos, vamos a entender lo que este concepto significa. Pero al mismo tiempo, sólo en la medida que aquellos que no están en los grupos desaventajados hagan suya la demanda por la igualdad este concepto va a cobrar la dimensión pública que necesita para volverse una realidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce, Beyond Carolene Products, en: *Harvard L. Rev.*, vol. 98.,1985.

BREND L., Pickett, *Historial Dictionary of Homosexuality*. Maryland, Estados Unidos: ScarecrowPress, 2009.

EQUIPO DEL PROGRAMA REGIONAL SOBRE VIH-SIDA DEL CENTRO REGIONAL PNUD PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Guía de Organizaciones no Gubernamentales que trabajan con Poblaciones GLBT y VIH en América Latina*. Ciudad de Panamá, Panamá: PNUD, 2010.

ESKRIDGE, William, N. Jr. *Dishonorablepassions: SodomyLaws in America1861-2003*. Nueva York, Estados Unidos: PenguinGroup, 2008.

GÓMEZ, Maria Mercedes., “Violencia por prejuicio sexual”, en: MOTTA, Cristina y SÁEZ, Macarena. *La Mirada de los jueces: Decisiones sobre Género y Sexualidad en Latinoamérica*. Bogotá, Colombia: Siglodel Hombre, 2008.

HALBERSTAM, Judith.*In a Queer Time and Place: Transgender Bodies, Subcultural Lives*. Nueva York, EstadosUnidos: NYU Press, 2005.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook*. Ginebra, Suiza: International Commission of Jurists, 2011.

SANTA SEDE, CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Carta sobre la atención pastoral a las personas homosexuales*, Madrid, España: Ediciones Palabra S.A., 2003.

SPITZERL., “The Diagnostic Status of Homosexuality in DSM-III: A Reformulation of the Issues”, *The American Journal of Psychiatry*, Vol. 138, No. 2. EstadosUnidos: Asociacion de Psiquiatria Americana.

WHITE, Edmund. “The Burning Library”, en: MICHAELS,Leonardy RICKS,Christopher (eds.).*The State of the Language*. Berkeley y Los Angeles: University of California Press, 1980.

YOSHINO, KENJI, The Gay Tipping Point, en: *UCLA L. Rev.*, vol. 57, 2010.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS: *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003).

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS: *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: *Dudgeon v. United Kingdom*, Application no. 7525/76).

CORTE SUPREMA DE CONNECTICUT, ESTADOS UNIDOS: *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 957 A.2d 407, (Connecticut 2008).

CORTE SUPREMA DE IOWA, ESTADOS UNIDOS: *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009).

CORTE SUPREMA JUDICIAL DE MASSACHUSETTS, ESTADOS UNIDOS: *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Massachusetts. 2003).

CORTE DISTRICTAL PARA EL DISTRITO NORTE DE CALIFORNIA, ESTADOS UNIDOS: *Golinski v. Office of Personnel Management*, 824 F. Supp. 2d 968 (N.D. Cal.).

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL PRIMER CIRCUITO, ESTADOS UNIDOS: *Gill et al. v. Office of Personnel Management*, 682 F.3d 1 (1st Cir. 2012).

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL PRIMER CIRCUITO, ESTADOS UNIDOS: *Massachusetts v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 698 F. Supp. 2d 234 (D. Mass. 2010).