

91

SERIE  
DOCUMENTOS DE TRABAJO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Usos discursivos de la sexualidad  
en la jurisprudencia interamericana:  
Heterosexualidad obligatoria,  
orientaciones sexuales no normati-  
vas y sus relaciones con el derecho**

---

Maria Daniela Díaz Villamil

---

## **SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO**

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en [www.icrp.uexternado.edu.co/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 91  
***Usos discursivos de la sexualidad en la jurisprudencia interamericana:  
Heterosexualidad obligatoria, orientaciones sexuales no normativas y sus  
relaciones con el derecho***  
Maria Daniela Díaz Villamil

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,  
Universidad Externado de Colombia.  
Paola Andrea Acosta, Editora  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia  
[www.icrp.uexternado.edu.co/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

---

# Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO  
*Directora del Departamento  
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.  
*Editora*

# **Usos discursivos de la sexualidad en la jurisprudencia interamericana: Heterosexualidad obligatoria, orientaciones sexuales no normativas y sus relaciones con el derecho**

## SUMARIO

I. Introducción. II. Deseo, erotismo y afectividades: reflexiones teóricas en torno a las orientaciones sexuales no normativas. III. Las orientaciones sexuales no normativas en la jurisprudencia de la Corte IDH. A. Los Casos. B. Diagnóstico y caracterización de la jurisprudencia: reflexiones críticas en torno a decisiones progresistas. IV. Retos, desafíos, oportunidades y problemas: el discurso jurídico y la ética de la sexualidad. V. Bibliografía

### I. INTRODUCCIÓN.

El derecho, el género y la sexualidad han tenido una relación eternamente tensa y compleja. Como señala ALDA FACIO, las reflexiones críticas del feminismo frente al derecho han sido particularmente importantes en la medida en que revelan la base sobre la que se ha construido y consolidado una tradición jurídica occidental parcializada, fundamentalmente “por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al varón únicamente, y de éste, sólo al de cierta clase, raza, religión, preferencia sexual, etc.” (2000, 15).

En efecto, como revela la tradición crítica de segunda mitad del S.XX, el derecho ha sido una herramienta fundamental para sostener la idea conforme a la cual el centro de toda acción del Estado, la economía y otras instituciones disciplinares que organizan la vida en sociedad debe ser el individuo, pero no uno cualquiera, un sujeto prototipo, universal (IZABLE): varón, blanco, mayor de edad, propietario, heterosexual (DERRIDA, 2008, 42-43). Aun cuando ese sujeto universal no dice nada sobre la profunda

\*Docente investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia

diversidad constitutiva de las sociedades, sí revela modos de creación e instalación del poder al servicio de una forma única de pensar la existencia humana, a partir de la cual se crean alteridades que no solamente representan la diferencia, lo que no hace parte de un *nosotros homogéneo* (GÓMEZ, 2008, 93), sino también y, por sobre todo, un *otro* que es inferior y debe ser disciplinado, bien a través del sometimiento violento, bien a través de otras estrategias que garanticen la dominación al *sujeto universal* (DE BEAUVOIR, 2015, 19-20).

En el caso de la heterosexualidad, categoría central de análisis para el presente estudio, la alteridad que representan las prácticas sexuales no normativas “hace[n] tambalear el ideal social de homogeneidad y cohesión” (GÓMEZ, 2008, 93)”, es decir, representan una amenaza para la sociedad que se ha construido en torno a ese sujeto universal heterosexuado.

Por eso, es indispensable reconocer expresamente que “el sexismo es constitutivo del Derecho y no una aberración” (FACIO, 2000, 17). Y que en ese sentido, todas las acciones que desde el derecho tengan como propósito revertir las diferentes formas de opresión que tienen como justificación el género o la sexualidad de las personas, deben ser sometidas a escrutinios vigorosos, pues lo que en apariencia se muestra como progresista, puede ser laxo frente a las formas hegemónicas que fiscalizan la existencia, en este caso, la existencia sexual.

De este modo, el objetivo del presente trabajo es presentar una reflexión crítica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de orientaciones sexuales no normativas, a partir de los estudios sobre el género y la sexualidad, fijando como punto de partida los siguientes interrogantes: ¿cómo recoge dentro de su ejercicio argumentativo el fenómeno de la orientación sexual la CorteIDH? ¿Hace una lectura amplia e histórica de la sexualidad o limita las formas de discriminación y violencia a cuestiones aisladas? ¿Cómo utiliza los mecanismos de los que dispone para hacer exigibles sus órdenes en los casos de discriminación hacia personas con orientaciones sexuales no normativas? ¿Reconoce que este fenómeno hace parte del ejercicio de la sexualidad como ámbito fundamental y amplio de los sujetos, incluso más allá de la reproducción?

Se defenderá la hipótesis de que si bien la jurisprudencia de la Corte constituye un importante avance en la consolidación de procesos regionales que desde hace al menos una década vienen gestándose para reconocer y ampliar el ejercicio de derechos para las personas con orientaciones sexuales no normativas, aun cuenta con importantes limitaciones que van desde la comprensión filosófica y política del fenómeno, hasta el alcance práctico de sus decisiones. Sin embargo, también se defenderá la idea de que estos avances son materia prima para un activismo efervescente que resiste desde diferentes lugares del continente a la subalternación, a la violencia y a la

exclusión que la heteronormatividad impone, y que ve en el derecho posibilidades de agencia y resistencia, a partir de “la apropiación política de los significados evocados por los textos jurídicos” (GARCÍA, 2014, 207).

## II. DESEO, EROTISMO Y AFECTIVIDADES: REFLEXIONES TEÓRICAS EN TORNO A LAS ORIENTACIONES SEXUALES NO NORMATIVAS.

Como plantea Amuchástegui, la sexualidad es un campo en constante disputa y el S.XX su escenario de combate por excelencia (2003, 88). A lo largo de este período, diferentes discursos y disciplinas intentaron abordar la complejidad del fenómeno de la sexualidad humana en un debate que, según VANCE (1997, 101) y WEEKS (1998, 20), puede ligeramente confrontar dos grandes posturas: la primera, coordinada desde la psiquiatría y la medicina especialmente, que busca entender al sexo como un conjunto de características constitutivas del sujeto, observables en el cuerpo o la conducta de los individuos a partir de metodologías científicas. Su mirada es esencialmente patológica, en la medida en que busca explorar en la conducta, experiencia o cuerpo de las personas si existen formas de expresión de la sexualidad compatibles o no con estándares previamente definidos, desde esas mismas producciones discursivas, como saludables o no. WEEKS se refiere a estas posturas como reduccionistas y deterministas (1998, 20).

La segunda, en la cual se inscribe este trabajo, propone entender la sexualidad como un fenómeno social, histórico y cultural (AMUCHÁSTEGUI, 2003, 98). Esto implica comprender que aun cuando el cuerpo y las características de la fisonomía como los genitales son vehículo y lugar donde la sexualidad ocurre, “los significados que [le] atribuimos [...] están socialmente organizados, sostenidos por diversos lenguajes, que intentan decirnos lo que es el sexo, lo que debería ser y lo que podría ser” (Weeks, 1998, 20).

En ese sentido, son varias las reflexiones teóricas e intelectuales que a lo largo del S.XX contribuyeron a esta comprensión amplia de la sexualidad. En particular el feminismo, en su diatriba a la diferencia sexual como catalizador de la división entre género masculino y femenino, identificando a partir de ella un sistema de jerarquías en el que, a partir del sexo, se asignan roles a hombres y mujeres que garantizan en sometimiento de las últimas a los primeros (DE LAURETIS, 1989, 1)

Igualmente relevante, en especial para los objetivos que persigue este trabajo, son los aportes teóricos de MICHEL FOUCAULT, quien en su *Historia de la Sexualidad, La voluntad de saber* (1976), expuso de forma brillante como la sexualidad en occidente, a más de ser silenciada o reprimida, fue

sometida a una puesta en discurso a partir del S. XVII con el objeto de controlarla, contenerla y definir patrones admisibles para su ejercicio. Esa puesta en discurso se enmarca dentro de las estrategias del biopoder, que en la filosofía foucaultiana implica “el desarrollo de las diferentes técnicas para el sometimiento de los cuerpos y la reglamentación de las poblaciones” (GIRARD, 2008, P. 349).

Este proceso histórico atraviesa varias etapas: la primera, en la época victoriana, que “sería el comienzo de una edad de represión propia de las sociedades llamadas burguesas” (FOUCAULT, 2012, p. 13). Durante este período se difunde ampliamente la hipótesis represiva, a partir de la proliferación de discursos sobre el sexo, y su mecanismo de control por excelencia sería la confesión ante las autoridades eclesiales (FOUCAULT, 2012, p. 14 y 15). La segunda, denominada *scientia sexualis*, en la que el mecanismo de la confesión es sustituido por el diván y el psicoanálisis, que se apropian de la estrategia de “hacer hablar/decir” al sujeto en tratamiento para poder producir verdad en torno a sus padecimientos (FOUCAULT, 2012, p. 36).

De este modo, lo que persiguen las puestas en discurso de la sexualidad es que a través del mecanismo de la confesión el sujeto se vea obligado a *decir* lo que *es*, de modo que la subjetividad se construye a partir del discurso verdadero que el sujeto formula sobre sí mismo, sin que dicha producción de la identidad sea completamente libre, pues como el mismo Foucault señala “la obligación de confesar nos llega ahora desde tantos puntos diferentes, está ya tan profundamente incorporada a nosotros que no la percibimos más como efecto de un poder que nos constriñe”, para lo que acto seguido sugiere que “una “historia política de la verdad” debería dar vuelta mostrando que la verdad no es libre por naturaleza, ni siervo el error, sino que su producción está toda atravesada por relaciones de poder” (FOUCAULT, 2012, 37).

En ese orden de ideas, ya que esas formas de producir verdad están sometidas a procesos históricos y culturales que impiden al sujeto actuar libremente, Foucault identifica cuatro estrategias de las que se vale lo que denomina “el dispositivo de la sexualidad”, esto es, un “conjunto multilíneal” (DELEUZE, 1990, p. 155) y complejo de relaciones de poder, saber y subjetivación (FOUCAULT, 2012, 61). Dichas estrategias son (I) la histerización del cuerpo de la mujer; (II) la pedagogización del sexo del niño; (III) socialización de las conductas procreadoras; (IV) psiquiatrización del placer perverso.

Para los propósitos de este trabajo se destacan particularmente las dos últimas estrategias, pues su ejercicio durante los últimos siglos ha permitido, de un lado, la estimulación y socialización de las prácticas heterosexuales con el propósito de favorecer o restringir la reproducción, la fertilidad de la

pareja, su constitución como centro de la sociedad y por ende su responsabilización frente a la misma; y de otro, la construcción del deseo y placer sexual como “instinto biológico y psíquico autónomo”, normalizando ciertas prácticas (heterosexuales, esencialmente) y patologizando otras (homosexuales), aplicando para las últimas tecnologías correctivas (FOUCAULT, 2012, 63).

De este modo, se crea una *norma* social que regirá la forma en que la sociedad asigna significados al ejercicio de la sexualidad y un entramado complejo de instituciones (formales y no formales), para asegurar su cumplimiento. Dicha norma es la heterosexualidad, que acuerdo con WITTIG es un “régimen político que se basa en la sumisión y apropiación de las mujeres” (2006, p. 15).

Esta idea será respaldada por RICH, para quien la reticencia a hablar sobre la “existencia lesbiana” o la insistencia de comprender el lesbianismo como fenómeno aislado, impedía al feminismo ver el problema de la heterosexualidad obligatoria, que entre otras cosas, es “medio de garantizar el derecho masculino de acceso físico, económico y emocional” sobre las mujeres (RICH, 1980, p. 35).

A partir de los años 80, y con aportes fundamentales como los reseñados previamente, se inauguran los estudios sobre homosexualidad y lesbianismo dentro del feminismo y los estudios de la sexualidad. Su propósito es problematizar el régimen impuesto a través de la normalización de las prácticas heterosexuales y la abyección/patologización/periferización de todas las que no se ejerzan conforme a esa norma. El eje central de estas discusiones era cuestionar si “las categorías homosexual y lesbiana, ¿habían existido siempre?, y si no, ¿cuáles fueron sus orígenes y las condiciones para su desarrollo?” (VANCE, 1997, p. 108).

Aunque las respuestas tienden a ser muy amplias y diversas, el punto de encuentro es la idea de que no existe una identidad homosexual, al menos no una que no se pueda explicar a través de procesos históricos de asignación de significados sobre ciertas conductas, formas de experimentar el erotismo, el deseo, el placer y la afectividad (ibídem). En ese sentido, las subjetividades homosexuales y lésbicas se construyen a partir del entendimiento de las prácticas sexuales y afectivas, asignadas en un determinado contexto histórico, cultural, político y social (ibídem).

Finalmente, dichas construcciones teóricas terminan decantándose en formas que pretenden explicar la subordinación de las mujeres y la interacción entre los roles de género asignados dentro de la sociedad y las formas entender la sexualidad. De un lado, para Rubin, la parte de la vida social en la que transcurre la opresión hacia las mujeres y las minorías sexuales se llama “sistema sexo/género”, que se define como “el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en

productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas” (RUBIN, 1986, 97).

En ese mismo sentido, Butler identifica la existencia de una “matriz heterosexual”, conforme a la cual la sociedad, valiéndose de los diferentes dispositivos y estrategias de control de la sexualidad, obliga a los sujetos a guardar una correspondencia necesaria entre el sexo, el rol de género y el deseo, estimando que todos estos pasos, incluso el sexo, son socialmente contruidos, y que la comprensión de la categoría sexo como pre-discursiva o pre-cultural, impide reconocer que la sexualidad no tiene una ubicación biológica definitiva sino que más bien, de forma similar al género, se construye a través de la performatividad o iteración de actos para la constitución y reafirmación de cierta identidad (BUTLER, 1999), cuestión que revela lo artificial de ese sistema de represión que se manifiesta en el castigo de los cuerpos, de los deseos y de las experiencias eróticas “abyectas”.

El marco teórico esbozado en las anteriores líneas constituye el punto de partida intelectual del análisis que, a continuación, pretenderá identificar los posicionamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las orientaciones sexuales que aquí se prefiere nombrar como *no normativas*, en la medida en que, como se ha visto, son formas de ejercer la sexualidad y vivir la experiencia erótico-afectiva por fuera de las reglas y normas establecidas por el régimen de control político de la heterosexualidad obligatoria y el sistema/matriz sexo-género-deseo.

### III. LAS ORIENTACIONES SEXUALES NO NORMATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH.

Antes de estudiar las decisiones de la Corte IDH relacionadas con la orientación sexual, vale la pena introducir unas pequeñas notas sobre el contexto internacional anterior a las mismas. Como es sabido, durante los años 1990, inició la disputa en diferentes escenarios internacionales por la “ciudadanía sexual”, que buscaba de manera central “la afirmación de los derechos sexuales como derechos humanos” (HINOJOSA, 2008, 347). Esta lucha se emprendió, particularmente, desde el movimiento de mujeres de cara a la Organización de Naciones Unidas y su materialización se dio con la Plataforma de Acción de Beijing de 1995, específicamente en el párrafo 96, que reconoce a las mujeres como titulares de los derechos a la salud sexual y reproductiva (GIRARD, 2008, 378).

A partir de entonces se crearía un importante número de mecanismos y órganos para la promoción y defensa de los derechos de la mujer, bajo el lente de la autonomía sexual y reproductiva. La consecuencia necesaria fue la comprensión de la sexualidad como fenómeno asociado de manera directa

con la reproducción (heterosexualidad) y como asunto que incumbe sólo a las mujeres (HINOJOSA, 2008, 351).

Después de Beijing, la valiosa lucha de los movimientos feministas y la entrada en el juego de organizaciones dedicadas a la defensa de las personas llamadas “LGBTI”, ha permitido la ampliación de la protección de los derechos y las personas a partir de la incorporación de nuevas lecturas sobre la sexualidad y las relaciones de género (GIRARD, 2008, 380). En ese sentido, nuestro tribunal regional de protección de derechos humanos ya desde hace años venía avanzando en el reconocimiento de las diferentes formas de violencia y discriminación sustentadas en el sexo y el género de las mujeres (TRAMONTANA, 2011, 157).

Sin embargo, desde 2008, la OEA emprendió un proceso de comprensión amplia de los derechos a la luz de la orientación sexual y la identidad de género. Efectivamente, la Asamblea General emitió cuatro resoluciones entre 2008 y 2011 en las que básicamente manifestaba su preocupación por las formas de violencia que experimentan las personas en la región con base en su orientación sexual y su identidad de género (FIGUEREIDO, 2014, 379 y 380). Asimismo, la CIDH había emitido una serie de comunicados de prensa e informes sobre la preocupante situación de violencia y discriminación padecida por personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales en América Latina (FIGUEREIDO, 2014, 381-384) y había creado la Unidad Especializada para los Derechos de las Personas LGBTI (2011), hoy Relatoría (FIGUEREIDO, 2014, 382).

Teniendo en cuenta este contexto regional<sup>1</sup>, a continuación se analizarán las sentencias que ha emitido el tribunal interamericano, bajo los parámetros analíticos y metodológicos fijados al inicio de este texto.

### A. *Los Casos*

A continuación, resumiremos el sustrato fáctico de los tres casos seleccionados para el estudio, y las consideraciones relevantes del tribunal sobre las orientaciones sexuales no normativas y los diferentes aspectos que abarca: familia, afectividades, deseos y exteriorización en contextos

<sup>1</sup> Ampliación de la experiencia en sistema interamericano en: FIGUEREIDO, C (2014). Derechos humanos y diversidad sexual en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En Jane Felipe Beltrão et. Al (coord.), *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior. Recuperado el 15 de abril de 2017, de: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV\\_Manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf) En relación con los debates en la región y la consolidación progresiva de los derechos de las personas LGBTI en AL ver: MOTTA, C y SÁEZ, M (ed.) (2008). *La mirada de los jueces: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo 2 (pp. 90 - 190). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights.

heterocentros, discriminatorios y violentos hacia dichas formas de expresión de la sexualidad.

### ***Caso de Karen Atala Riffo e hijas v. Chile de 2012***

En el año 2002, la jueza chilena KAREN ATALA decidió divorciarse de su esposo. A finales de ese mismo año, empezó a convivir con la señora Emma de Ramón en el hogar que compartía con su hijo de un matrimonio anterior y sus tres hijas producto del matrimonio que recientemente culminaba.

A partir de entonces se desencadenaron los hechos que dieron lugar al caso analizado por la CorteIDH. En primer lugar, el padre de las tres niñas inició en enero de 2013 un proceso de “tuición” o custodia en contra de la jueza ATALA, por considerar que su “nueva opción sexual” y la “convivencia lésbica” con la señora Ramón constituía un descuido en su rol materno y un daño directo en el desarrollo de sus hijas (CorteIDH, 2012, párr. 31). Además, esa nueva forma de convivencia exponía a sus hijas al contagio de enfermedades de transmisión sexual como el herpes o el SIDA.

Después de un largo y extenuante proceso, que atravesó por diversas instancias judiciales y solicitudes cruzadas de la ex- pareja para tener la custodia provisional de las niñas, el caso concluyó con una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile. El Alto Tribunal estimó que el padre de las niñas debía hacerse cargo de ellas, toda vez que, en razón de la orientación sexual de la señora ATALA, además de su nueva convivencia “lésbica” **(I)** las niñas serían objeto de discriminación en su entorno escolar; **(II)** éstas a su vez enfrentarían una confusión de los roles sexuales por la ausencia de la figura paterna y su reemplazo con una figura femenina; **(III)** la señora Atala habría privilegiado sus intereses sobre su rol de madre; **(IV)** dicha “opción” sexual se opone al interés superior de las niñas en la medida en que desconoce su derecho a crecer y desarrollarse en el “seno de una familia estructurada y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio” (CSJ Chile, 2004: Citado por CorteIDH, 2012, párr. 57).

En segundo lugar, a partir de una denuncia presentada por la Presidenta del Comité de Jueces del Tribunal de Juicio Oral de los penal en Villarrica (Temuco, Chile), se dio apertura a un proceso disciplinario contra la jueza ATALA por presuntamente utilizar medios y recursos del juzgado donde laboraba para responder a los requerimientos del proceso de tuición sobre sus hijas. Asimismo, el encargado de la investigación llamó la atención sobre los diferentes medios de comunicación que registraron el caso de custodia, con lo que, según el juez, se causaba un daño grave a la imagen del poder judicial en tanto la señora ATALA había decidido reivindicarse públicamente como lesbiana. La Corte de apelaciones en 2003 resolvió hacer un fuerte llamado de atención a la señora ATALA por el primero de los hechos, sin considerar que durante la investigación, el juez encargado hizo cuestionarios

por escrito a funcionarios del juzgado indagando por la orientación sexual de la señora ATALA, había realizado entrevistas preguntando quién la visitaba y si la frecuentaban mujeres y si pasaban tiempo con ella en su despacho a solas, cuestión que, según la propia jueza ATALA, había constituido una grave intromisión en su vida privada.

### **Consideraciones relevantes de la Corte**

En relación con la argumentación de la Corte, los elementos más relevantes para nuestro análisis son los siguientes:

1. **La orientación sexual como categoría protegida:** El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación por diversas razones como la raza, el sexo, el origen nacional, etc. y *cualquier otra condición social* (CADH, art. 1.1).

La Corte usa el mecanismo de la interpretación evolutiva para determinar si en el derecho internacional de los derechos humanos se ha consolidado una protección contra la discriminación hacia personas con orientaciones sexuales no normativas.

Después de un exhaustivo examen que partía de los propios pronunciamientos de la OEA, pasaba por las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y terminaba con el estudio de resoluciones, informes y decisiones de diferentes órganos del Sistema Universal de Naciones Unidas, la Corte concluyó que:

“...la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”. (CorteIDH, 2012, párr. 91)

"...la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido". (CorteIDH, 2012, párr. 92) *Subrayas fuera de texto.*

Vale la pena, para los efectos de este estudio, rescatar el análisis de la Corte en nota al pie del párrafo 92, relacionado con las condiciones históricas y estructurales de la discriminación por orientación sexual, que si bien no es relevante para los efectos jurídicos que produce la sentencia, si lo es en relación con el lenguaje y discurso sobre la sexualidad que adopta el

Tribunal. Para la Corte, la discriminación contra las personas LGBTI es inaceptable porque **(I)** la orientación sexuales un aspecto esencial de la identidad de las personas; **(II)** la “comunidad” LGBTI ha sido históricamente sometida a discriminación; **(III)** son una “minoría”, por lo que se hace más complejo revertir y hacer frente las situaciones de discriminación y violencia a la que están sometidas, particularmente frente a los diferentes poderes del Estado; **(IV)** la orientación sexual no constituye un criterio racional para el reparto de los derechos y las cargas sociales.

2. ***Escrutinio estricto cuando hay diferencia de trato por orientación sexual:*** Para el examen de las decisiones tomadas a nivel interno en relación con la custodia de las tres niñas, la Corte adoptó tácitamente lo que se conoce como *escrutinio estricto* para evaluar si la restricción a los derechos efectuada por parte del Estado chileno había contemplado **(I)** un trato diferenciado en la aplicación de las normas; **(II)** si dicho trato diferenciado había tenido como sustento la orientación sexual, previamente declarada una categoría protegida por la prohibición de discriminación del art. 1.1; **(III)** para finalmente verificar si dicha diferencia de trato basada en la orientación sexual había sido justificada a partir de una “fundamentación rigurosa y de mucho peso” (CorteIDH, 2012, párr. 124).

Con esto la Corte, que desde antes venía analizando las situaciones de discriminación con base en el test de igualdad<sup>2</sup> del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (PARRA, 2014, 182), incorpora la regla conforme a la cual siempre que se presenta un trato diferenciado basado en una categoría protegida por la prohibición de discriminación, y dicho trato haya implicado la restricción en el acceso o ejercicio de un derecho, el Estado deberá probar de manera rigurosa que esa distinción no tuvo un propósito discriminatorio.

A partir de este análisis, la Corte encontró que en gran medida las decisiones del Tribunal interno se habían basado en la orientación sexual de la señora ATALA y no en las capacidades y condiciones específicas de ésta para mantener la custodia de sus hijas.

En ese sentido, la Corte puso énfasis en el hecho de que durante todo el proceso judicial ante instancias chilenas no se habían practicado pruebas

<sup>2</sup> Que exige al Estado justificar la restricción a un derecho con base en categorías sospechosas demostrando que la medida perseguía un fin legítimo, era necesaria e idónea para alcanzar tal fin (dentro de las medidas posibles, era la menos lesiva) y que había sido proporcional el medio utilizado frente al fin perseguido (la afectación al derecho restringido es proporcional al fin). Ver: Bernal Pulido, C (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de -los derechos fundamentales vinculante para el legislador. (3ra. Ed.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

técnicas o científicas que demostraran la incapacidad de la señora ATALA para ejercer la maternidad sobre sus hijas. Asimismo, destacó que los peritos que comparecieron al proceso recalcaron que en diferentes estudios científicos, entre ellos uno de la American Psychological Association, se había demostrado que la orientación sexual de los padres no influye en las capacidades concretas de los individuos para ejercer la maternidad o paternidad (CorteIDH, 2012, párr. 128 y 129), por lo que no existían razones serias o atendibles para limitar la custodia de las niñas con base en la orientación sexual de su madre.

Finalmente, la Corte consideró que la convivencia con la pareja de su madre en modo alguno constituía un prejuicio para las niñas, toda vez que el proceso de tuición implicaba otorgar la custodia a uno de los padres, más no privar a alguno de la posibilidad de interactuar definitivamente con ellas. Con esto la Corte resaltó que “el hecho de vivir con su madre y su pareja *no privaba a las niñas del rol paterno*” (CorteIDH, 2012, párr. 131).

3. **Ámbitos que protege la prohibición de discriminación por orientación sexual:** Analizando si, como dijo en Tribunal chileno, la señora ATALA había privilegiado sus intereses sobre el de sus hijas, la Corte estableció los diferentes ámbitos que protege la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual.

En primer lugar, la Corte estimó que esta norma protege de manera general la **identidad** del individuo en tanto homosexual/lesbiana, es decir, su mera existencia como persona con orientación sexual no normativa. En segundo lugar, la Corte estimó que el derecho a la vida privada contemplado en el artículo 11 de la CADH no sólo protege la intimidad de las personas, sino en general todas las expresiones públicas de sus afectos y su sexualidad (CorteIDH, 2012, párr. 162). De este modo, tanto la **exteriorización del afecto y conductas derivadas, así como el proyecto de vida en pareja**, son a partir de este momento ámbitos protegidos por la prohibición de discriminación por orientación sexual.

De otra parte, la Corte estimó que en general las decisiones adoptadas en ambos procesos (tuición y disciplinario), se habían basado en **estereotipos y prejuicios**. De este modo, en el ámbito familiar, la Corte estimó que los arts. 11.2, 17.1 y 1.1 no establecían un modelo único de familia, mucho menos uno “tradicional” (CorteIDH, párr. 142), por lo que la alegada protección de los derechos de las niñas a través de un determinado prototipo familiar no es un argumento válido para negar la custodia a una persona con orientación sexual no normativa.

Asimismo, en el ámbito individual, la Corte estimó, primero, que sustentar las decisiones sobre un presunto privilegio de los intereses de la madre sobre los de sus hijas, sólo dejaba entrever una visión estereotipada de la maternidad y del rol de las mujeres en la sociedad, donde éstas se

encuentran “obligadas” a sacrificar su realización personal y afectiva para dedicar su vida enteramente al cuidado y protección de sus hijos (CorteIDH, 2012, p. 142), cuestión inadmisibles a la luz de la CADH. En segundo término, la Corte estableció que el rendimiento laboral y profesional de una persona no puede estudiarse con base en su orientación sexual y que hacerlo, constituye una injerencia arbitraria e injustificada en su vida privada (CorteIDH, 2012, párr. 221 y 230). De este modo, la Corte extiende el ámbito de protección de las personas con orientaciones sexuales no normativas frente a los estereotipos y prejuicios sexuales y de género de las autoridades, tanto en el ámbito familiar como individual.

#### **4. Contexto de discriminación estructural e histórica y medidas de reparación:**

Finalmente, la Corte consideró que las diferentes formas de discriminación a las que están sometidas las personas con orientaciones sexuales no normativas se relacionan con “la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales” (CorteIDH, 2012, párr. 267). En ese sentido, el Tribunal declaró que “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo en lo restitutivo sino también en lo correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGBTI” (CorteIDH, 2012, párr. 267).

Sin embargo, a pesar de semejante afirmación, la Corte solamente ordenó al Estado chileno implementar cursos permanentes a funcionarios públicos sobre derechos humanos y orientación sexual, protección de derechos de personas LGBTI así como medidas contra la discriminación y estereotipos contra éstas (CorteIDH, 2012, párr. 271), desestimando la petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de conminar al Estado para que adoptara legislación y políticas públicas integrales contra la discriminación de personas LGBTI.

#### ***Caso de Ángel Alberto Duque v. Colombia de 2016***

ÁNGEL ALBERTO DUQUE sostuvo una relación sentimental con vocación de permanencia con el señor J.O.J.G hasta el 15 de septiembre de 2001, fecha en la que este último falleció. En marzo de 2002, el señor Duque acudió ante la Compañía Colombiana de Fondos de Pensiones y Censantías (COLFONDOS S.A) para beneficiarse de la pensión de sobrevivencia de su compañero, toda vez que desde 1997 había sido diagnosticado con infección de VIH C3, y no contaba con recursos propios para cubrir los costos de su tratamiento anti-retroviral.

La solicitud fue negada en abril de 2002, ya que según la legislación vigente en ese momento en Colombia, si bien se admitía que los compañeros permanentes podían beneficiarse de la pensión de sobreviviente, sin tener

que acreditar el matrimonio, esta posibilidad no se encontraba abierta para parejas del mismo sexo (CorteIDH, 2016, párr. 70-76).

Acto seguido, el señor Duque interpuso una acción de tutela para que se le garantizara el acceso a la pensión de su compañero fallecido, argumentando que ese impedimento constituía una violación a “los derechos a la vida, la igualdad, el derecho a construir una familia, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la seguridad social, la prohibición de tratos degradantes, la libertad de conciencia, la diversidad cultural y la dignidad humana” (CorteIDH, 2016, párr. 77).

La solicitud fue rechazada tanto en primera como en segunda instancia. Los jueces estimaron que “el accionante, no reu[nía] las calidades que la ley exige para entrar a sustituir en pensión al causante y que ninguna normatividad, ni por vía jurisprudencial ha reconocido en este sentido, algún derecho a las parejas homosexuales” (Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, 2002. Citado por CorteIDH, 2016, párr. 78).

Posteriormente, la sentencia fue enviada a la Corte Constitucional para revisión, pero el caso no fue seleccionado por el Alto Tribunal, quedando así concluida la actuación frente a las autoridades judiciales colombianas.

Años después, específicamente en 2008, la Corte Constitucional estableció en sentencia C-336 que las parejas del mismo sexo que acreditaran la condición de compañeros/as permanentes por más de dos años ininterrumpidos, tenían derecho a la pensión de sobrevivientes. Finalmente, en 2010, la misma Corte estableció mediante sentencia T-075 que la decisión de constitucionalidad de 2008 tenían efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos, con lo que se abría la puerta para que casos de fallecimiento de miembros de parejas del mismo sexo ocurridos antes de esa fecha, fuesen procesados conforme al trámite previsto en la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen nacional de salud, para beneficiarse de la pensión de sobrevivencia como en el caso del señor Duque.

### **Consideraciones relevantes de la Corte**

A diferencia de la sentencia del Caso ATALA, texto argumentativamente rico y prolijo, en esta oportunidad la Corte asumió una postura mucho más conservadora y limitó su análisis a la constatación del trato discriminatorio del que había sido objeto el señor Duque en razón de su orientación sexual conforme a la legislación vigente en el momento de los hechos, desechando todas las demás pretensiones toda vez que, a su juicio, el Estado había tomado medidas para subsanar la violación de los derechos de la víctima y que por tanto, no había lugar a declarar responsabilidades sobre los demás derechos alegados tanto por la Comisión como por los representantes.

Independientemente de las serias objeciones que puedan formularse a la forma en que la Corte examina la compleja situación del señor Duque frente al sistema de fuentes en Colombia y su silencio ante la discusión planteada

antes de ser emitida la sentencia sobre la exigibilidad de las decisiones de la Corte Constitucional en sede de tutela para cuestiones como el efecto de una sentencia previa de constitucionalidad, esta providencia reproduce integralmente las consideraciones emitidas en el caso Atala Riffo en relación con la orientación sexual como categoría protegida por la prohibición de discriminación del art. 1.1 de la CADH y desarrolla el mismo escrutinio estricto para verificar si el trato diferenciado del que fue objeto el señor Duque tenía por objeto discriminarlo.

Agrega, además, que las personas con orientaciones sexuales no normativas tienen derecho a acceder a la seguridad social sin ser sometidas a discriminación, especialmente en lo que hace a la pensión de sobreviviente cuando muere una de las personas que conforma la pareja (CorteIDH, 2016, párr. 124).

Cabe destacar que para llegar a dicha conclusión, nuevamente la Corte se vale de una serie de antecedentes y documentos emitidos por diferentes órganos de Naciones Unidas (CorteIDH, 2016, párr. 108, 109 – 111), así como de la legislación y jurisprudencia de diferentes países de la región como México, Uruguay, Argentina, Chile, EEUU y la misma Colombia (CorteIDH, 2016, párr. 113 – 121). Particularmente relevante resulta el uso de los Principios de Yogyakarta como estándar observable dentro del sistema interamericano. En efecto, la Corte dice en el párrafo 110 de la sentencia:

“Por otra parte, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte” (CorteIDH, 2016).

El uso de esta fuente es importante pues este compendio de principios es el resultado de una iniciativa de activistas y académicos de todo el mundo comprometidos con la consolidación de herramientas jurídicas específicas para el reconocimiento, protección y garantía amplia de los derechos de las

personas con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas<sup>3</sup>. En ese sentido, aun cuando el documento no hace parte formalmente del derecho internacional, su uso por parte de la Corte permite (I) que en lo expresamente reconocido sobre el derecho a la seguridad social se haga exigible, y (II) que se abran espacios para reclamar en esa misma sede el reconocimiento amplio de otros derechos a personas con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas, con dicha Declaración como fundamento.

### ***Caso de Homero Flor Freire v. Ecuador de 2016***

El señor Homero Flor Freire ocupaba el cargo de Teniente de la Fuerza Terrestre ecuatoriana. Los hechos que motivaron el proceso internacional tuvieron lugar el 19 de noviembre de 2000, para los cuales existen dos versiones, ambas admitidas por la Corte por no contar con suficientes elementos de prueba para privilegiar una sobre otra. La primera, que sirvió de fundamento a las decisiones internas posteriores, indicaba que el Teniente había sido visto teniendo relaciones sexuales con un soldado dentro de las instalaciones del Batallón.

La segunda versión, defendida por el señor Flor, indica que el día de los hechos había encontrado a un soldado en estado de embriaguez en el centro de la población donde se ubicaba el batallón, por lo que habría decidido trasladarlo al batallón, específicamente a su habitación, que se encontraba equipada con una cama adicional donde este podría dormir. En ese momento, un Mayor ingresó de forma violenta a la habitación indicándole que se encontraba en problemas ya que varios testigos lo habían visto en “situación de homosexualismo”.

De inmediato, se dio apertura a un proceso disciplinario, que conforme a la legislación ecuatoriana, era llevado a cabo por las mismas fuerzas (*proceso de información sumaria*) y que cuenta con tres etapas a cargo de diferentes autoridades castrenses: (I) investigación, que se adelanta ante un

<sup>3</sup> Según el comunicado de prensa emitido a propósito de la publicación de los Principios, se trata de “Un texto pionero con principios legales internacionales sobre la orientación sexual, la identidad de género y el derecho internacional dicta la pauta para que las Naciones Unidas y los gobiernos avancen hacia garantizar el alcance universal de las protecciones a los derechos humanos. Los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de las leyes internacionales de Derechos Humanos en relación a la Orientación Sexual y la Identidad de Género fueron presentados el día de hoy por un grupo de 29 expertos del mundo en derechos humanos. Los Principios ratifican las normas legales vinculantes que los Estados deben cumplir. Fueron adoptados por un distinguido grupo de expertos en derecho internacional tras una reunión en Yogyakarta, Indonesia. Entre los expertos estuvieron: un ex Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, expertos independientes de la ONU, actuales y anteriores miembros de órganos de los tratados de derechos humanos, jueces, académicos y defensores de los derechos humanos”. Recuperado el 17 de abril de 2017 de: <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/press-release/>

Juez de Instrucción Militar y concluye cuando este solicita al Fiscal emitir un dictamen; (II) intermedia, en la que el Fiscal emite su respectivo dictamen y con base en el cual el Juez Instructor redacta un proyecto que es elevado al Comandante de Zona; (III) y resolutive, donde el Comandante de Zona, actuando como Juez de Derecho, conoce del proceso y emite una resolución en la que se puede, entre otras, poner a disposición a miembros activos de las fuerzas, destituirlos o darlos de baja. En esos casos, la decisión debe comunicarse a los Consejos de Oficiales Subalternos y Superiores, quienes calificarán la conducta a sancionar conforme a las normas de disciplina vigentes, y pueden ser apeladas.

En el caso del señor Freire, se dio apertura a este trámite con base en el art. 117 del Reglamento de Disciplina Militar, conforme al cual “los miembros de las Fuerzas Armadas que sean sorprendidos en actos de homosexualidad” se someterán a lo dispuesto en el art. 87.i de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, según el cual el militar “será dado de baja por convenir al buen servicio, sea por mala conducta o por incompetencia profesional...” (CorteIDH, 2016, párr. 61).

Después de pasar por todas las etapas antes descritas, se dieron por probados los hechos que se le imputaban al señor Freire, estimando que, tal como estaba previsto en la norma reglamentaria y legal, debía dársele de baja, aun cuando el art. 23 de la Constitución ecuatoriana vigente establecía la prohibición de discriminación por orientación sexual. Para el Juzgado de Derecho, dicha norma constitucional no aplicaba “por el carácter especial de la legislación militar, por su filosofía y misión constitucional, por cultivar y mantener Institutos y Unidades de valores tales como el honor, la dignidad, la disciplina, la lealtad, el culto al civismo...” cuestiones que a juicio del juzgador “no es compatible con la conducta y comportamiento adoptado por los investigador puesto que son contrarios a los principios y normas de conducta que están obligados a practicar todos los integrantes de [las] Fuerzas Armadas [...] reserva moral de la sociedad” (Juzgado de Derecho de la IV Zona Militar, 2001, citado por CorteIDH, 2016, párr. 75).

El señor FREIRE impugnó la decisión, primero a través de un recurso de apelación ante el Consejo de Oficiales Subalternos y luego ante el Consejo de Oficiales Superiores, quienes confirmaron el fallo del Juzgado de Derecho. El segundo, una solicitud de nulidad de todo el proceso por violación de garantías procesales básicas, ante el Comandante de la Fuerza Terrestre. Estando en trámite esta actuación el señor FLOR elevó una demanda de amparo constitucional por violación a sus derechos fundamentales en el marco del proceso disciplinario llevado en su contra. Tanto el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha como la Sala Segunda del Tribunal Constitucional resolvieron declarar improcedente el recurso, admitiendo que aun cuando la Constitución prohibía expresamente la

discriminación por orientación sexual, ésta también protegía el fuero especial del Ejército para el juzgamiento de las infracciones de sus miembros en ejercicio de sus funciones (CorteIDH, párr. 98).

### **Consideraciones relevantes de la Corte**

El caso cuenta con la misma estructura de análisis (escrutinio estricto) y razonamientos que la Corte viene decantando desde el caso ATALA, en lo que se relaciona con la orientación sexual como categoría protegida por la prohibición de discriminación del art. 1.1. Como elementos relevantes para el análisis de este estudio, el caso incluye los siguientes:

1. ***Ampliación de la protección a la orientación sexual como expresión de la libertad personal:*** Como pudo verse en la síntesis de los hechos del caso, el señor Flor Freire fue sancionado con el retiro de las fuerzas militares de Ecuador por, presuntamente, sostener relaciones sexuales con una persona de su mismo sexo dentro de las instalaciones del ejército.

Aunque el señor Flor reiteró en varias oportunidades no ser homosexual, la Corte aprovechó esta situación para aclarar el alcance de la protección en torno a la orientación sexual como “identidad”. Según el Tribunal “la orientación sexual de una persona se encuentra ligada y a la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le den sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” agregando que “la manera como el señor Flor Freire se identifica es lo único relevante al momento de definir su orientación sexual” (CorteIDH, 2016, párr. 103).

2. ***Ampliación de la protección de la expresión y conductas asociadas con la orientación sexual:*** Como se mencionó en el análisis del caso Atala, la Corte determinó que la prohibición de discriminación por orientación sexual incluía su expresión. En esta oportunidad, la Corte establece que dicha expresión comprende los actos sexuales que llevan a cabo dos personas adultas del mismo sexo de manera consiente y consensuada.
3. ***Uso de la teoría “los actos de odio” y la inclusión de la “discriminación por percepción”:*** Dado que la salida del señor Flor Freire de las fuerzas militares ecuatorianas fue justificada en la presunta homosexualidad éste, la Corte estimó que la discriminación puede fundamentarse en la orientación sexual real o percibida del individuo (CorteIDH, 2016, párr. 120). En ese sentido, la corte usa el término *discriminación por percepción* para incluir dentro de su jurisprudencia de la teoría de los actos cometidos en razón del odio. En Estados Unidos, esta teoría nace de las respuestas legales que buscan la persecución y sanción de delitos que son cometidos contra una persona en razón de su pertenencia a un determinado grupo o la

aparición de estar dentro del mismo, por lo general motivados por el prejuicio hacia la raza, la etnia, el origen nacional, el género, la orientación sexual o la identidad de género. De este modo, lo que importa no es necesariamente la persona contra la que se comete el acto, sino la característica que la distingue dentro de un grupo social, por lo que aquella termina siendo intercambiable por cualquier otra persona que contase con los mismos rasgos, color de piel, sexo, expresión de la sexualidad, etc. (BELL Y PERRY, 2015, 99).

En este caso, la Corte estipula que “la discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría”, de modo que “la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales” (CorteIDH, 2016, párr. 120).

A continuación, se revisarán de forma crítica los aspectos que, conforme al estudio preliminar desarrollado en las primeras páginas de este texto, son problemáticos y representan obstáculos para el reconocimiento pleno de los derechos de las personas con orientaciones sexuales no normativas, al menos en el plano regional.

### *B. Diagnóstico y caracterización de la jurisprudencia: Reflexiones críticas en torno a decisiones progresistas*

La producción académica en torno a la jurisprudencia de la Corte y los avances del Sistema Interamericano en general sobre orientación sexual, ha catalogado esos ejercicios jurídicos como “progresistas” (Ver: FIGUEREIDO, 2014; CLÉRICO, 2012; PIOVESIAN, 2012).

Aun cuando en términos amplios y generales se comparte dicha postura, a continuación se formularán dos críticas transversales a la jurisprudencia de la Corte en materia de orientación sexual, a partir de las reflexiones teóricas e intelectuales desarrolladas en la primera parte del texto. Antes valga la pena aclarar que no son las únicas objeciones que surgen del análisis de las sentencias, pero sí las más relevantes en relación con las dimensiones culturales, históricas y políticas del régimen/sistema sobre las que este trabajo pretende problematizar: la heterosexualidad obligatoria.

#### **1. *El reconocimiento tímido de una situación estructural e histórica de discriminación y exclusión.***

Esta es quizá la crítica más importante a la jurisprudencia de la corte y se vincula de forma directa con el marco teórico que sustenta esta investigación. Como dijimos al principio, la sexualidad es un ámbito de la cultura fundamental en la experiencia humana, y se encuentra atravesado por

una serie de construcciones discursivas que la han puesto al servicio de ciertas formas de ejercer el poder en la sociedad capitalista, moderna y occidental.

Esto hace que, necesariamente, los cambios que se produzcan dentro de la disciplina jurídica en la comprensión del fenómeno, incluyan las variables de historicidad y construcción cultural y político de subjetividades, y que sobretodo, haga uso de los mecanismos que tiene en su poder para contrarrestar los efectos simbólicos y materiales de esas producciones de la identidad y orientación sexual.

En ese sentido, aunque la Corte en varios apartados reconoce que la discriminación de la que son objeto las personas con orientaciones sexuales no normativas proviene de procesos históricos y culturales profundamente arraigados en las estructuras sociales, y que de hecho esa es la razón principal para entender la orientación sexual como categoría protegida, dicha aproximación es, cuando menos, tímida y superficial.

Tímida, porque la Corte desecha la posibilidad de usar los mecanismos concretos con los que cuenta para modificar prácticas en los países de la región que habilitan la violencia y la discriminación. En concreto, de las reparaciones. Como pudo apreciarse en el estudio de la sentencia del Caso Atala, la Corte de forma vehemente anunció la necesidad de incorporar en las medidas para garantizar la no repetición mecanismos que contribuyan a la transformación de esas estructuras, las medidas que tomó en ese y los demás casos a duras penas están dirigidas a la capacitación de funcionarios, pero nada sobre las legislaciones de los países, que por ejemplo, no reconocen a las parejas del mismo sexo como familias, que criminalizan las prácticas erótico afectivas entre personas del mismo sexo, o que en términos generales habilitan la segregación de las personas gays, lesbianas o bisexuales por su orientación sexual.

En ese sentido, puede afirmarse que el activismo de la Corte Interamericana es realmente moderado: al menos en el caso Atala se aventura a consolidar una serie de reivindicaciones que ya venían gestándose en nuestra región frente a la protección y reconocimiento de derechos de personas gays y lesbianas desde lo discursivo y lo argumentativo<sup>4</sup>, pero no utiliza los mecanismos que tiene a su alcance para ejecutar sus decisiones en las reparaciones en ninguna de las tres providencias para comprometer seriamente a los Estados con el desmonte de los mecanismos institucionales que habilitan la permanencia de los dispositivos sociales de control y

<sup>4</sup> Y con eso, entre otras cosas, fortalece el diálogo con los tribunales nacionales que, en gran medida, aportan los argumentos de los que se vale la Corte para ampliar la protección del art. 1.1. en los tres casos analizados.

disciplinamiento de los deseos, los afectos, el cuerpo y el placer de personas con orientación sexual no normativa (CLÉRICO, 2012, 45).

Pero también la creencia ingenua en los cambios normativos como catalizadores de los procesos de transformación social resulta preocupante. Por ejemplo, en el caso Duque, la Corte estimó que la modificación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo, constituía por sí misma una cesación de los efectos discriminatorios contra el señor Duque, por lo que no habría lugar a reconocer las enormes dificultades a las que se enfrenta un hombre gay, portador de VIH y pobre en sociedades heteronormativas como lo es indiscutiblemente la colombiana. Estimó que como el régimen tenía importantes mecanismos que en abstracto protegían sus derechos, ello ya era suficiente para desechar la posibilidad de incorporar reparaciones transformadoras, que entre otras, incluyeran el necesario estudio de las preocupantes condiciones socio-económicas en las que viven las personas lesbianas, gays y bisexuales en América Latina y las barreras materiales que encuentran en el acceso a derechos sociales, económicos y culturales con fundamento en su orientación sexual.

También la Corte omitió hacer un estudio más detallado sobre la construcción, arraigo y genealogía cultural de los estereotipos y los prejuicios. Efectivamente, en el caso Flor Freire, la corte estimó que éste “vio afectado su derecho a la honra, pues debido al contexto social en el que se desenvolvía y las circunstancias específicas que dieron lugar a su baja de la Fuerza Terrestre resultó lesionada su estima y valía propia” (CorteIDH, 2016, párr. 156).

Sin embargo, la Corte no explicó por qué esa “sacada del clóset a la fuerza” había constituido una afectación a su reputación y a su honra, y cuáles son las razones por las que una persona se expone a diferentes formas de violencia y discriminación adicional cuando es leída por la sociedad como homosexual, lesbiana o bisexual. Esta era la oportunidad para que la Corte hablara directamente de la heterosexualidad obligatoria, de la construcción artificial y violenta de las subjetividades homoeróticas y homoafectivas y de las consecuencias perversas que ello tiene en la vida de las personas con experiencias sexuales no normativas. Y no es que no contara con elementos para hacerlo: basta con ver que para la fecha en que se tramitó el caso y se expidió la sentencia ya existía el impresionante informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que cuenta con un apartado completo de caracterización de las fuentes y formas de violencia contra las personas LGBTI, dentro de las cuales se encuentra la heterosexualidad y la cisonormatividad como regímenes de control del deseo, la sexualidad, el cuerpo y la identidad, a partir de los que se generan estereotipos y prejuicios (CIDH, 2015, 37-54).

De este modo, incluso cuando el Tribunal incorpora la teoría de los actos o violencia por odio, deja el análisis incompleto, pues como ya lo han señalado varios teóricos, esta teoría se enfoca en el acto violento o discriminatorio y no en las condiciones de posibilidad que existen en determinados entornos sociales para que dichas acciones puedan ejecutarse (Gómez, 2005, 20-21). En ese sentido, la Corte debería implementar más adelante la teoría de la violencia por prejuicio, que hace énfasis no en las emociones o motivaciones personales (individuales) que orillan a un individuo a ejecutar actos violentos o discriminatorios contra alguien por su raza, género, origen nacional, orientación sexual o identidad de género, sino más bien en los elementos de relacionamiento social, de la cultura y del entorno político que permiten que dicha violencia se produzca. De hecho, esta reflexión ya ha sido incorporada por la CIDH como un estándar (CIDH, 2015, 46), que muy bien haría la Corte en utilizar.

2. **Silencio absoluto frente a la categoría de derechos sexuales:** Una de las preguntas que fueron planteadas al inicio de este trabajo para orientar el estudio y análisis de la jurisprudencia de la CorteIDH en materia de orientación sexual era saber si ésta entendía la sexualidad de forma amplia y como aspecto cultural fundamental en la vida de los individuos y de las sociedades.

Aunque la Corte reconoce que la protección a la orientación sexual incluye la expresión de la sexualidad y la afectividad entre los individuos, no hay ninguna mención expresa a la orientación sexual como categoría vinculada a los derechos sexuales. Aunque este pudiese parecer un “berrinche” intelectual sin contenido, en realidad va directamente dirigido a cuestionar el guion que une necesariamente a la sexualidad con la reproducción.

Como se vio al principio, parte de las estrategias de control de la sexualidad tiene que ver con la normalización y naturalización de las prácticas heterosexuales por ser esas las únicas capaces de garantizar la pervivencia del proyecto reproductor de la modernidad. En ese sentido, si el propósito es entender a la sexualidad como un ámbito amplio, complejo y transversal a la experiencia vital de todos los sujetos que componen la sociedad, entonces es necesario *decir*, expresamente, que también los derechos sexuales se relacionan con el disfrute y goce de los placeres eróticos, donde se ubica la orientación sexual, y que esas formas de experimentar el deseo y la afectividad merece protección especial del Estado en tanto subsistan en la sociedad estereotipos y prejuicios que se encarguen de volcar toda su furia hacia esas formas de experiencia sexual no normativa.

Esto en modo alguno debe ser entendido en el sentido de reducir o acotar la protección de los derechos al acceso a salud sexual y reproductiva de las mujeres, cuestión aun urgente y sumamente problemática de nuestras

sociedades, sino más bien agregar una nueva dimensión de análisis que permita una comprensión y protección extensa de la sexualidad.

#### IV. RETOS, DESAFÍOS, OPORTUNIDADES Y PROBLEMAS: EL DISCURSO JURÍDICO Y LA ÉTICA DE LA SEXUALIDAD

En la sentencia del caso ATALA, la Corte Interamericana dice explícitamente: “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos [...] En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos” (CortelDH, 2012, párr. 120).

En la introducción a este texto se habló del rol del derecho como herramienta al servicio de la emancipación, de la des-subalternización de subjetividades y del levantamiento de los regímenes de control sobre cuerpos que difícilmente percibimos porque estamos atravesados por sus prácticas. Ahora bien, ese rol emancipatorio ha sido identificado especialmente en la lucha por los derechos humanos (LEMAITRE, 2009), que sin dejar de ser una categoría problemática, en todo caso goza de suficiente apertura como para ampliar las disputas discursivas sobre el tipo de sociedad que habitamos o queremos habitar, con plena consciencia sobre las formas de dominación a las que están sometidas nuestras identidades, gustos, placeres, cuerpos, y un largo etcétera.

Las decisiones aquí analizadas están insertas en la lógica de los derechos humanos y el lenguaje a partir del que se comunican es, como vimos, eminentemente jurídico y por ende, profundamente limitado y excluyente. Sin embargo, como la misma Corte tiene a bien reconocer, esos usos del lenguaje jurídico están dirigidos a contribuir a la ampliación del espectro de protección de los derechos humanos y al “avance” de las sociedades hacia el reconocimiento cada vez más amplio de los derechos, incluyendo allí los ejercicios no normativos de la sexualidad y de la experiencia erótico-afectiva.

De este modo y en relación con la hipótesis planteada al inicio del texto, es importante reconocer que este tipo de decisiones ofrecen herramientas jurídicas específicas para el reclamo de derechos concretos en lo cotidiano frente al Estado y sus instituciones. También ofrece a los operadores jurídicos de diferentes niveles, rangos y adscripciones institucionales instrumentos que resuelven situaciones social y políticamente complejas, escritas en un lenguaje que comprenden y con el que están familiarizados: el jurídico-normativo-prescriptivo.

Finalmente, lo más valioso de estas decisiones es que si bien están pensadas para ampliar el espectro de reconocimiento, garantía y ejercicio efectivo de los derechos, en realidad permiten girar la mirada hacia problemáticas mucho más complejas y hondas en su análisis, abriendo oportunidades y betas de acción para los movimientos sociales en la disputa por la creación de nuevos significados sociales o la modificación de unos viejos que fomentan y avalan la violencia a través de la militancia jurídica (LEMAITRE, 2009, 28-29). En el caso específico de la orientación sexual en el marco de la jurisprudencia interamericana, las decisiones del Tribunal regional deberían invitarnos a pensar más profundamente sobre el control, regulación y disciplinamiento de los deseos, los placeres y los afectos, y la forma en que esas estructuras de dominación gobiernan nuestro entendimiento de las relaciones de familia, de pareja y del sujeto con el propio Estado.

En ese sentido, habría que incorporar una *ética de la sexualidad* en el uso, interpretación y aplicación de las leyes y la jurisprudencia. La activista mexicana por los derechos LGBTI, Claudia Hinojosa, invita al activismo a luchar contra de la “cultura de la tolerancia” (HINOJOSA, 2008, p. 368), escenario propio del régimen de heterosexualidad obligatoria en el que las personas gays, lesbianas y bisexuales son descifradas “como un grupo “minoritario” de personas que no-pueden-evitar-ser-como-son y que requiere, en el mejor de los casos, medidas de protección contra la sociedad natural y normalmente homofóbica” (HINOJOSA, 2008, 368). Revertir las prácticas de la cultura de la tolerancia, implica la necesaria creación de una ética de la sexualidad, que aunque compleja y problemática, debe entenderse esencialmente diversa, de márgenes amplios y constituida en lo cultural, más allá de sus implicaciones biológicas, psicológicas y morales (WEEKS, 1998, 20).

El propósito de la nueva hermenéutica se los derechos desde la apuesta ética de la sexualidad implica, entre muchas cosas, revertir las dinámicas de poder y alienación (HINOJOSA, 2008, p. 368) que impiden el ejercicio libre, amplio e informado de la sexualidad, desde el derecho y los significados que éste genera en la sociedad. De este modo, se reconoce como hacen Sáez y Morán que la lucha por los derechos sexuales tiene como nota particular la militancia jurídica (2016, 19), y que en ese mismo sentido, escenarios como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son cruciales para desestructurar la heteronorma y las violencias, exclusiones y represiones que genera.

#### BIBLIOGRAFÍA

AMUCHÁSTEGUI, ANA & RODRÍGUEZ YURIRIA (2003). La sexualidad: ¿invención histórica? En: Manual de entrenamiento de promotores; Democracia y Sexualidad. México. Recuperado

- del 15 de abril de 2017, de: [http://www.dgespe.sep.gob.mx/public/genero/PDF/LECTURAS/S\\_01\\_05\\_La%20Sexualidad.pdf](http://www.dgespe.sep.gob.mx/public/genero/PDF/LECTURAS/S_01_05_La%20Sexualidad.pdf)
- BELL, J Y PERRY, B (2015) Outside Looking In: The Community Impacts of Anti-Lesbian, Gay, and Bisexual Hate Crime, *Journal of Homosexuality*, 62:1, 98-120. Recuperado el 19 de abril de 2017, de: <http://dx.doi.org/10.1080/00918369.2014.957133>
- BERNAL PULIDO, C (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. (3ra. Ed.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BUTLER, J (2007). El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad. (1ra. Ed. en español). España: Paidós.
- CLÉRICO, L (2014). Impacto del caso Atala: posibilidades y perspectivas. En: ARMIN VON BOGDANDY, FLÁVIA PIOVESIAN & MARIELA MORALES ANTONIAZZI (Coord). Igualdad y orientación sexual: El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Potencial (pp. 27-55). México D.F: Porrúa, Max Planck Instituto for Comparative Public Law and Internacional Law, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- DE BEAUVOIR, S (2015). “El segundo sexo”. (7ma edición y octava reimpresión). Bogotá: Penguin Random House (De Bolsillo).
- DE LAURETIS, T (1989). *Technologies of Gender. Essays on Theory, Film and Fiction*, Londres: Macmillan Press. P. 1-30
- DELEUZE, G (1990). Michel Foucault, filósofo. (1ra. Ed.) Barcelona: Gedisa.
- DERRIDA, J (2008). *Fuerza de Ley: el fundamento místico de la autoridad*. (2da. Ed. y 2da. reimpresión) España: Tecnos.
- FACIO, A (2000). *Hacia otra teoría crítica del derecho*. En Gioconda Herrera. *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derechos* (pp. 15 – 44). Quito: FLACSO, Sede Ecuador. Recuperado el 20 de abril de 2017, de: <http://www.flacso.org.ec/docs/safisuras.pdf>
- FIGUEIREDO, C (2014). *Derechos humanos y diversidad sexual en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. En Jane Felipe Beltrão et. Al (coord.), *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior. Recuperado el 15 de abril de 2017, de: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV\\_Manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf)
- FOUCAULT, M (2012). *Historia de la sexualidad vol 1. La voluntad de saber*. (1ra. Ed. en español). Madrid: Siglo XXI, biblioteca nueva, s.l.
- GARCÍA VILLEGAS, M (2014) *La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina*. (1ra. ed. 2da. Reimpresión). Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia, Debate (Penguin Random House).
- GIRARD, F (2008). *Negociando los derechos sexuales y la orientación sexual en la ONU*. En: Richard Parker, Robert Sember (Ed.), *Políticas sobre sexualidad. Reportes desde las líneas del frente* (pp. 347 – 398). México: Sexuality Policy Watch, Grupo de Estudios sobre Sexualidad y Sociedad y Fundación Arco Iris.
- GÓMEZ, MM (2008). *Violencia por prejuicio*. Cristina Motta y Macarena Sáez (ed.). *La mirada de los jueces: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo 2 (pp. 90 - 190). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights.
- (2005). *Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia*. Cristina Motta y Luisa Cabal (Comp.) *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina* (pp. 19-55). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, CESO.

- HINOJOSA, C (2008) “En busca de pistas para la construcción de los derechos sexuales como derechos humanos” En: Szasz, Ivonne y Salas (coord.), Guadalupe. Sexualidad, derechos humanos y ciudadanía. Diálogos sobre un proyecto en construcción (pp. 347-373). (1ra ed.) México D.F: el Colegio de México, Centro de Estudios Demográficos, Urbano y Ambientales, Programa Salud Reproductiva y sociedad.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS AND INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS (2007). Expertos divulgan un texto pionero: Los Principios sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Derechos Humanos. Recuperado el 20 de abril de 2016, de: <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/press-release/>
- LEMAITRE, J (2009). El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. (1ra. Ed.) Bogotá: Siglo del Hombre editores, Universidad de Los Andes.
- PARRA, O Y HUBER, FLORIAN. Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: comentarios al caso *Atala Riffo y niñas*. En: Armin von Bogdandy, Flávia Piovesian & Mariela Morales Antoniazzi (Coord). Igualdad y orientación sexual: El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Potencial (pp. 169-208). México D.F: Porrúa, Max Planck Instituto for Comparative Public Law and Internacional Law, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- PROVESIAN, F (2012). Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos europeo e interamericano. En: Armin von Bogdandy, Flávia Piovesian & Mariela Morales Antoniazzi (Coord). Igualdad y orientación sexual: El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Potencial (pp. 1-26). México D.F: Porrúa, Max Planck Instituto for Comparative Public Law and Internacional Law, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- RICH, A (1980). La heterosexualidad obligatoria y la existencia lesbiana. *DUODA Revista d'Estudis Feministes*, Núm. 10-1996.
- RUBIN, G (1986). El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo. *Nueva Antropología*, Vol. VIII, No. 30, 98 – 145.
- SÁEZ, M Y MORÁN, JM (2016) Religión, género, sexualidad y el derecho en América Latina. En: Macarena Sáez y José Manuel Morán Faúndes (ed.). *Sexo, Delitos y Pecados. Intersecciones entre religión, género, sexualidad y el derecho en América Latina* (pp. 1-17). Washington: Center for Latin American & Latino Studies, American University.
- TRAMONTANA, E (2011). Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José. En *Revista IIDH*, vol. 53, 141 - 181. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado el 20 de abril de 2017, de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26677.pdf>
- VANCE, C (1997). La antropología redescubre la sexualidad: un comentario teórico. *Estudios Demográficos y Urbanos*, vol. 12, No. ½ (34/35), 101-128.
- WEEKS, J (1998). *Sexualidad*. (1ra. Ed. en español). México: Programa Universitario de Estudios de Género – UNAM, Paidós.
- SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 36
- CorteIDH. *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- *Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.
- *Caso Homero Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

