

# LAS CORTES SUPREMAS Y LOS DERECHOS LGBT EN AMÉRICA LATINA<sup>1</sup>

## The Supreme Courts and LGBT rights in Latin America

ERICKA LÓPEZ SÁNCHEZ

Universidad de Guanajuato

ericka.lopez@ugto.mx

### *Cómo citar/Citation*

López Sánchez, E. (2021).

Las cortes supremas y los derechos LGBT en América Latina.

*Revista de Estudios Políticos*, 194, 157-188.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.194.06>

### **Resumen**

Derivado del mapeo del reconocimiento de derechos nacionales a favor de las personas LGBT en América Latina y de la identificación de los mecanismos de aprobación que se han seguido desde el año 2002 hasta el 2021 para el Observatorio de Reformas Políticas en América Latina (REFPOL), se presenta un análisis del papel que han tenido las cortes supremas en la región sobre el reconocimiento de estos derechos a partir del litigio estratégico a causa de derechos humanos que han emprendido colectivos y organizaciones de las poblaciones no heteronormadas ni cisnormadas, como una ruta alterna ante las invisibilizaciones, discriminaciones y violencias que los contextos democráticos nacionales aún continúan ejerciendo sobre estas poblaciones. Cuando la vía de aprobación de derechos LGBT ha sido negada por los Congresos en los países latinoamericanos, la ruta más frecuente a seguir ha sido el litigio estratégico que encuentra cauce positivo cuando los rasgos conservadores de la composición de la Corte están atenuados. Se observa que cuando se logra el reconocimiento de derechos LGBT se contribuye a fisurar el orden patriarcal, heterosexual y cisgénero en el que se asentó tradicionalmente la democracia liberal; no obstante, la vía de acceso para conseguir el derecho a través de las cortes supremas perpetúa la judicialización de derechos de las personas LGBT, lo que no ocurre con las personas heterosexuales cisgénero.

---

<sup>1</sup> Investigación realizada gracias al Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT) de la UNAM para el proyecto «Reformas electorales y democracia en América Latina». Clave: IN103020.

### ***Palabras claves***

Derechos LGBT; cortes supremas; litigio estratégico; fallos y sentencias LGBT; judicialización de derechos.

### ***Abstract***

Derived from the mapping of the recognition of national rights in favor of LGBT people in Latin America and the identification of the approval mechanisms that have been followed from 2002 to 2020 by the Observatory of Political Reforms in Latin America (REFPOL), an analysis is presented of the role that the Supreme Courts have had in the region regarding the recognition of these rights based on strategic litigation due to human rights that groups and organizations of non-heteronormative or cis-normative populations have undertaken, as an alternative to the invisibilizations, discrimination, and violence that the national democratic contexts still continue to exert upon these populations. When the path of approval of LGBT rights has been denied by Congresses in Latin American countries, the most frequent route to follow is that of strategic litigation, which finds a positive channel when the composition of the Court has attenuated its conservative features. It is observed that when the recognition of LGBT rights is achieved, it contributes to cracking the patriarchal-heterosexual-cisgender order in which liberal democracy was traditionally based; however, the access route to obtaining the right through the Supreme Courts perpetuates the judicialization of rights for LGBT people, which does not happen with cisgender-heterosexual people.

### ***Keywords***

LGBT rights; Supreme Courts; strategic litigation; LGBT judgments and sentences; judicialization of rights.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. METODOLOGÍA. III. LOS INSTRUMENTOS LEGALES DE LOS DERECHOS HUMANOS QUE HAN PROPICIADO LOS DERECHOS LGBT. IV. LA INSTRUMENTALIDAD INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EL LITIGIO ESTRATÉGICO. V. EL PAPEL DE LAS CORTES EN EL CONTEXTO DE LA CONSOLIDACIÓN DE LAS DEMOCRACIAS Y EL AUGE DE LOS DERECHOS HUMANOS. VI. LAS CORTES Y EL PAPEL QUE HAN JUGADO EN EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LGBT EN AMÉRICA LATINA. VI. REVISIÓN DE LOS CASOS. VII. PARA LA REFLEXIÓN. *BIBLIOGRAFÍA.*

---

### I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos a favor de la población LGBT a nivel nacional en América Latina inició en 2002 en Argentina, y a partir de ahí empezaron ciclos de reconocimiento de derechos en trece países de la región. Estos ciclos han tenido sus propios matices y ritmos, así como retos, consecuencias e incluso retrocesos en cada nación. Es importante destacar que el reconocimiento de derechos ha seguido cuatro posibles vías de aprobación: por los poderes ejecutivo, legislativo y judicial o por organismos públicos autónomos (López Sánchez, 2021).

El hecho de que la aprobación se lleve a cabo por una vía y no por otra depende de las diferentes condiciones, tanto internas como externas, determinantes de cada contexto nacional. Para fines de este trabajo, el objetivo consiste en analizar el papel que han jugado las cortes en América Latina en el reconocimiento de derechos de las personas LGBT a nivel nacional, a partir del impulso que han hecho las organizaciones y colectivos de las diversidades sexuales y de género desde el litigio estratégico a causa de derechos humanos, entendido estos como un camino alternativo ante las invisibilizaciones que los contextos democráticos continúan ejerciendo sobre estas poblaciones. Las interrogantes que guían este trabajo son: ¿cuándo se hace posible el litigio estratégico que da pauta a los protagonismos de las cortes en el reconocimiento de derechos LGBT? ¿Hasta qué punto se consigue fisurar el orden patriarcal, heterosexual y cissexista en el que se asentó tradicionalmente la democracia liberal?

Los antecedentes que impulsaron este ciclo de reconocimiento de derechos son diversos; no obstante, un corte analítico puede iniciar en 1990, cuando la

Organización Mundial de la Salud eliminó la homosexualidad del catálogo de enfermedades mentales (Cuesta, 2010), lo que permitió a los colectivos y organizaciones de las personas de las diversidades sexuales y de género tener una herramienta importante de carácter supranacional para afianzar sus luchas a favor de su despatologización y, posteriormente, les dio la pauta para la lucha por el reconocimiento de sus derechos civiles, políticos y sociales. Esta eliminación del catálogo de enfermedades se circunscribió al paradigma de los derechos humanos, el cual cobró relevancia en contextos de lucha por la búsqueda de medicamentos y políticas de salud pública para frenar y controlar la pandemia del VIH-SIDA.

La década de los ochenta del siglo pasado supuso el arranque del auge de la gramática de los derechos humanos. En 2014 estos dejaron de ser marginales, es decir, pasaron a formar parte de la corriente dominante para los países democráticos (Hopgood, 2014). «Esta amalgama de leyes, instituciones permanentes, tribunales, campañas globales y captación es el Régimen Global de Derechos Humanos» (*ibid.*: 72), mediante el cual los derechos humanos han adquirido carácter obligatorio. Este nuevo orden que llegó para legitimar a las democracias —al tiempo que otorgó poder a occidente para colocarlo en un escalón más de superioridad civilizatoria— también sirvió para subsanar la vida de las poblaciones más vulnerabilizadas por el neoliberalismo y la globalización, gracias a la capacidad de agencia que proporciona a estas personas marginalizadas saber emplear de manera estratégica la narrativa de los derechos humanos en su defensa. En este sentido,

[los derechos humanos] han fungido como el dispositivo que ayuda a gobernar las tendencias de la globalización, las cuales han traído a la vida cotidiana de las personas violencias constantes, lastimando su condición de seres humanos, al grado de privarlas del ejercicio de sus derechos plenos y poder alcanzar una vida digna. Situación que contradice los índices de bienestar social que marcan los organismos internacionales para evaluar a las democracias. La globalización y su exclusión intrínseca son inevitables, pero a cambio las políticas internacionales ofrecen el discurso legal de los derechos humanos como un medio de contención e incluso de legitimación dentro del mercado global. (Serrato Guzmán y López Sánchez, 2018:131)

El discurso de los derechos humanos no es un discurso contrahegemónico, sino un discurso elaborado a partir del propio poder global que dicta y establece qué se va a reconocer como vejaciones y qué no se considerará como daños y humillaciones. Desde esta gramática (de poder) se establece qué será reconocido como discriminación, violencia y exclusión, por lo que «el poder atraviesa la determinación y la regulación acerca de lo que es la vida y qué

valor tener, así como la intervención sobre cómo ha de reproducirse la vida y en qué condiciones, por no mencionar cómo estos ha de vivirse y protegerse» (Sabsay, 2011:22-23).

A partir de este entendido, los derechos humanos se ofrecen a los grupos vulnerabilizados y marginados históricamente como un instrumento en apariencia cercano y amigable para luchar por la construcción de vida digna. Sin embargo, estos derechos poseen semánticas complejas que desafían a los diferentes grupos marginados al momento de aprehender e idear estrategias de lucha con base en una sintaxis reconocida y entendida por el poder para así ser escuchados y atendidos en sus demandas. Desde finales de la última década del siglo xx, las poblaciones de las diversidades sexuales y de género encontraron en esta narrativa una zona discursiva de refugio desde donde argumentar sus derechos frente al poder, visibilizar sus violencias, discriminaciones y exigir condiciones de vida digna (Serrato Guzmán y López Sánchez, 2018).

## II. METODOLOGÍA

Una vez identificados los países de América Latina que han reconocido derechos a nivel nacional a favor de las personas de la diversidad sexual y de género (investigación que inició en enero de 2019), lo cual ha permitido construir una base de datos para el Observatorio de Reformas Políticas en América Latina, el siguiente paso consistió en conocer las diferentes vías de reconocimiento de estos derechos. Esta indagación mostró, de forma clara, las diferentes rutas para el reconocimiento de derechos desde 2002 hasta junio de 2021, además de posibilitar la documentación a detalle del proceso que se había seguido para lograrlos, así como conocer las condiciones determinantes internas y externas que generó dicho reconocimiento mediante un mecanismo determinado. Para fines de este trabajo, la atención se concentró en extraer los derechos LGBT que se lograron por fallo o sentencia de los tribunales y cortes supremas en los distintos países de América Latina, y a partir de ahí analizar el papel de estas instancias judiciales en el entramado de los derechos humanos, el litigio estratégico y el activismo de las poblaciones no hetero ni cisnormadas<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Se entiende por heteronorma la imposición hegemónica legal, social y política de la relación sexo afectiva entre personas de sexos opuestos (hombre-mujer) que rige la vida privada y pública de las personas. Por su parte, la cisnorma es el imperativo legal, social y político que establece el reconocimiento del cuerpo humano a partir de un sentido binario (hombres y mujeres), cuya identificación consiste en la validación de

### III. LOS INSTRUMENTOS LEGALES DE LOS DERECHOS HUMANOS QUE HAN PROPICIADO LOS DERECHOS LGBT

De acuerdo con Rabotnikof (2005), los derechos humanos se instauraron como un discurso libre de ideologías, articulado a partir de semánticas muy precisas de defensa según las violencias y discriminaciones que se pretendan defender, lo que exige a los grupos marginados históricamente conocer y apropiarse de diferentes instrumentos legales idóneos para emprender sus litigios. El debate por la apropiación de esta gramática para situarse en competencias de habla implicó —e implica— la lucha de fuerzas internas dentro de cada nación (entre grupos de activistas, personas académicas, autoridades en materia de derechos humanos, grupos políticos y gobiernos en todos sus niveles), para luego arribar a los grandes escenarios internacionales y debatir los puntos de interés, como suelen ser las Conferencias y Convenciones, eventos en los cuales se busca convencer, bajo argumentos contundentes, acerca de la importancia de los puntos cruciales que padecen cada uno de estos grupos y construir la legalidad internacional. A la luz de estos antecedentes, «[...] el inicio del siglo **xxi** ha representado para la cultura política, social, democrática y educativa de los países la apertura a debates, leyes y políticas públicas que giran en torno al cuerpo, las sexualidades y los derechos sexuales de las personas del LGBT» (Serrato Guzmán y López Sánchez, 2018: 128)

Para Petracci y Pecheny (2007: 221) en el siglo **xxi** se inauguran los derechos sexuales y, si bien de manera deficiente, se empieza a comprender a las personas ya no como víctimas sin capacidad de voz ni acción, sino en su condición de sujetos y ciudadanos sexuales. Este proceso está vinculado, entre otras variables, a las convenciones y conferencias internacionales en torno a los derechos referidos al cuerpo, a la sexualidad, a los estilos de vida de las personas y a todos los aspectos que se habían colocado en la vida privada y, por tanto, no había razón para atender en el ámbito de la vida pública. Entre los eventos internacionales que propiciaron o detonaron el reconocimiento de las luchas por los derechos que se centran en el cuerpo y la sexualidad de las personas están: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979; la Conferencia Mundial de Población y Desarrollo de El Cairo y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la

---

los genitales observables a simple vista: los hombres son quienes tienen pene y las mujeres quienes tienen vulva. En función de estos constreñimientos se generan estereotipos y roles de género basados en lo masculino y lo femenino y en la noción de «cuerpos verdaderos», aquellos reconocidos legal y legítimamente. De lo anterior se deriva que cualquier alteración al orden binario implique vivir en condición de abyección, tanto legal como social y política.

Violencia Contra la Mujer, ambas celebradas en 1994, y la Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995. Durante esta última se discutió como tema central el ejercicio de la sexualidad y se ratificó que los derechos reproductivos son derechos humanos, reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en los documentos pertinentes de las Naciones Unidas; así mismo, en la Conferencia de Beijing las feministas lesbianas también introdujeron la orientación sexual no heterosexual como un tema que debía formar parte de la agenda de los derechos humanos (Girard, 2008, citado en Sánchez Olvera, 2009).

Es importante destacar la Declaración Universal de los Derechos Sexuales del Congreso Mundial de Sexología de 1997, celebrada en Valencia, España, revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS, por sus siglas en inglés), perteneciente a la Organización Mundial de la Salud (OMS), el 28 de junio de 2001 durante el 15.º Congreso Mundial de Sexología realizado en París, donde se reconocieron los derechos sexuales como derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad para todos los seres humanos. Ocho años después de la Conferencia de Beijing, en abril de 2003 y como parte de los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos en Ginebra, Brasil propuso una resolución llamada «Derechos humanos y orientación sexual», que tomó como modelo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y posteriormente puso a discusión temas de identidad sexogenérica en 2004 y 2005.

Otro referente fundamental es la constitución de los Principios de Yogyakarta en 2006, los cuales versan sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, cuya máxima es: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes. La orientación sexual y el reconocimiento de la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso» (Comisión Internacional de Juristas ICJ, 2007: 6). Estos principios resultan del trabajo conjunto de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos para legislar, a nivel internacional, sobre las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género, a fin de imbuir de mayor claridad y coherencia a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos<sup>3</sup>. Los Principios de Yogyakarta también incluyen

---

<sup>3</sup> Desde 2008, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), a través de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha aprobado en sus sesiones anuales resoluciones sucesivas respecto a la protección de las

recomendaciones adicionales dirigidas a otros actores, como son el sistema de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y las agencias financiadoras.

Desde finales de la década de los setenta del siglo xx se fue construyendo, de manera paulatina, la vertiente de una instrumentalidad en materia de derechos humanos a favor de las personas LGBT, que tiempo después hicieron posible los Principios de Yogyakarta, el marco legal supranacional más avanzado con el que se cuenta hasta hoy en materia de defensa de los derechos humanos de las personas de las diversidades sexuales y de género y que guía los trabajos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el reconocimiento de la orientación sexual y de las identidades y expresiones de género. El avance en materia legal internacional es resultado del trabajo constante que empezaron a apuntalar y fortalecer, en un primer momento, las organizaciones y activismos feministas y luego las organizaciones y colectivos LGBT, así como activistas independientes, a través de sus luchas cotidianas en sus pequeños o grandes contextos.

#### IV. LA INSTRUMENTALIDAD INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EL LITIGIO ESTRATÉGICO

La nueva instrumentalidad posibilitada a través de las figuras legales internacionales en materia de derechos humanos abrió el camino al litigio estratégico con causas de derechos humanos: al colocarse estos como la máxima a respetar en todas las democracias, su validez y facticidad han alcanzado dimensiones supranacionales, en función de la autoridad y competencia de hacer recomendaciones a los Estados nación que se han adherido a la firma de acuerdos o tratados internacionales en esta materia. Así, los casos que, por diversas resistencias ideológicas y políticas, no ha sido posible solucionar con base en los marcos legales nacionales encuentran oportunidad de ser resueltos vía litigio según los marcos jurídicos generados a partir de la gramática de los derechos humanos. De lo anterior se deriva que todos los grupos históricamente marginados —y no solo aquellos de derecha, de izquierda, de centro, Provida o defensores de la interrupción del embarazo, entre otros (Rabotnikof, 2005)— recurran hoy día a los derechos humanos como zona discursiva de refugio para tratar de resolver sus problemáticas y frenar tanto a grupos como intereses por los cuales se sienten amenazados.

---

personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

Este orden supremo de los derechos humanos que han adoptado las democracias ha potencializado al ya existente litigio estratégico, una herramienta que las víctimas y la sociedad civil han empleado para exigir y cuidar sus derechos humanos mediante el uso de sistemas judiciales y mecanismos internacionales de protección. El litigio estratégico sirve para: a) develar y exponer patrones de conducta ilegales y estructuras que sistemáticamente violan derechos humanos; b) promover derechos no garantizados por deficiencias o porque la protección efectiva solo se activa a partir de los reclamos de los grupos; c) controvertir políticas públicas que contradicen estándares internacionales porque su diseño, contenido o forma de implementación afectan los derechos humanos, y d) incluir en la agenda del poder judicial temas ausentes y exigirle que abra arenas de discusión para nuevos temas relacionados con los derechos humanos (Morales, 2010). En suma,

el litigio estratégico en derechos humanos se compone de acciones de actividad judicial encaminadas a garantizar la justiciabilidad de los derechos humanos ante las instancias nacionales o internacionales cuyo fin es avanzar en la modificación estructural de las normas y procedimientos del derecho interno, a efectos de abarcar con un caso o situación puntual un cambio legal con implicaciones sociales extensas. (Gutiérrez, 2011: 13)

Al tiempo que pretende avanzar en la protección de los derechos de las víctimas implicadas, el litigio estratégico busca tanto una transformación legal como el impacto social, es decir, que los logros influyan en la opinión pública e incidan en la forma de comunicar justicia. De este modo, una decisión, resolución o sentencia positiva avanzará en la protección de los intereses de la víctima, pero también permitirá reformas legales adecuadas, beneficiará en el futuro a personas en igualdad de situaciones e impactará en el imaginario colectivo. El litigio estratégico relacionado con causas de derechos humanos debe llamar la atención sobre los abusos y violencias graves a los derechos y también debe resaltar la obligación del Estado para avanzar efectivamente en el cumplimiento de sus compromisos internacionales (Gutiérrez Contreras, 2011:15).

Dada la propia naturaleza del instrumento, el litigio estratégico involucra de manera directa al poder judicial, por lo cual las cortes tienen un papel cada vez más significativo en el entramado de luchas a favor de alcanzar un vida digna que llevan a cabo los grupos marginalizados históricamente y las poblaciones vulnerabilizadas por el contexto mismo de la globalización y el neoliberalismo. Así, estas instituciones jurídicas ejercen roles protagónicos en el reconocimiento de derechos debido a tres condiciones determinantes: a) la exigencia de las naciones de elevar su calidad democrática; b) el contexto tan robusto que han tomado los derechos humanos para salvaguardar a los grupos

que viven discriminación y violencias, y derivado de este último c) el litigio estratégico que ejercen los grupos marginalizados para forzar el cumplimiento de los acuerdos o tratados internacionales que los protegen.

No obstante, es preciso decir que, como cualquier otra institución, las cortes están precedidas por sujetos (magistrados y magistradas) quienes están circunscritos a su propia subjetividad (moral, ideología, historicidad, filias, fobias), de la cual ninguna persona puede escapar y que siempre se pone en juego al momento del ejercicio cotidiano profesional. En este sentido, existen cortes más conservadoras o más liberales que otras y, en consecuencia, la factibilidad de que el litigio estratégico emprendido por los grupos LGBT logre fisurar —o no— el orden moral patriarcal, cissexista, binario y heterosexual está supeditada al grado de conservadurismo de las cortes.

Desde la perspectiva sociopolítica, el litigio estratégico es muy potente, siempre y cuando se enfrente a una corte con rasgos liberales sustantivos, ya que se ha convertido en una figura jurídica que, además de subsanar las laceraciones provocadas a los derechos humanos de los grupos más marginalizados, gesta una sinergia social y política que reviste a las democracias en sus estándares de calidad. El papel de la corte es fundamental cuando el Congreso no actúa frente a la protección de los derechos de los grupos minoritarios, pues estos es susceptible de violar derechos fundamentales, por lo cual los controles judiciales son imprescindibles (Sentiido, 2017).

Las cortes se involucran en la protección de derechos fundamentales de grupos minoritarios a partir del litigio estratégico, y en este mecanismo jurídico quedan implicados diversos actores: los medios de comunicación, las personas analistas en política y los movimientos sociales a nivel nacional. Esta acción colaborativa propicia una interlocución significativa entre la propia sociedad civil, pues los grupos afectados dialogan con otros grupos que no están necesariamente involucrados aunque sí se interesan en la discusión. El litigio estratégico evidencia las faltas de las instancias primeras o segundas dentro del procedimiento judicial y también señala las carencias de la Administración pública, así como las ausencias en materia legislativa. Por estas razones, una interpretación o un criterio de la corte —objetivo fundamental del litigio estratégico— da paso tanto a la modificación de reglamentos como a la presión sobre el poder legislativo para que legisle de cierta manera, entre otras acciones que se suscitan y que modifican las relaciones sociales<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Esta reflexión se recupera a partir del diálogo con Jessica Marjane Durán Franco, coordinadora de la Red de Juventudes Trans en Ciudad de México y defensora de derechos humanos que ejerce el litigio estratégico.

El litigio estratégico a causa de derechos humanos es un instrumento de gran envergadura que oxigena a las democracias, sobre todo a aquellas cuyas cortes no son conservadoras, a partir del reconocimiento de los grupos marginalizados y excluidos, y en casos donde las cortes juegan un papel crucial que las coloca como poder protagónico entre los tres poderes federales (ejecutivo, legislativo y judicial). Este instrumento ha sido asumido de forma novedosa en espacios académicos y no gubernamentales de muchas partes del mundo y en el continente Americano no ha sido la excepción, por lo que se han conformado organizaciones no gubernamentales especializadas en el litigio estratégico, por ejemplo, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en Argentina, la Comisión Colombiana de Juristas y la Fundación Myrna Mack en Guatemala, entre otras. Chile cuenta con la Clínica Jurídica de la Universidad Diego Portales, mientras que Ecuador con la Clínica de la Universidad de San Francisco de la Universidad de Quito y Argentina tiene la Clínica de la Universidad de Palermo. La experiencia es más reciente en México, y entre sus organizaciones destacan: la Asociación Nacional de Abogados Democráticos (ANAD), el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (ProHD), el Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH) (Gutiérrez Contreras, 2011: 21-22).

## V. EL PAPEL DE LAS CORTES EN EL CONTEXTO DE LA CONSOLIDACIÓN DE LAS DEMOCRACIAS Y EL AUGE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las cortes no conservadoras o con matices liberales han sido un contrapeso real a la acumulación indebida de poder y han favorecido el debate democrático, el pluralismo y la participación, además de haberse erigido como factor de fortalecimiento de las instituciones democráticas (Zaldívar, 2017). Las cortes en varios países de América Latina (aunque no en todos) se han convertido en una institución estratégica para el equilibrio, la estabilidad y la gobernabilidad de los países. Por ello, «la Corte ha sido eficaz en su labor de garantizar los principios de división de poderes y federalismo como salvaguardas contra una excesiva acumulación de poder, impropia de una democracia» (id.).

La función de las cortes no conservadoras en el desarrollo de derechos humanos se ha considerado esencial para la consolidación de un Estado constitucional y democrático de derecho. Su papel de árbitro en los conflictos de poder y su intervención en el desarrollo y protección de los derechos humanos hacen a las cortes partícipes del proceso político, al igual que actores de primer orden en los regímenes constitucionales, dado que contribuyen como agentes

estratégicos del cambio social. Su posición es privilegiada en tanto institución encargada del impulso, defensa y desenvolvimiento de los derechos. A través del litigio estratégico, por ejemplo, la organización Colombia Diversa logró que la Corte Constitucional hiciera cambios sustanciales a la Constitución política de Colombia de 1991 que permitieron el avance con respecto a la comunidad LGBTIQ+ para sortear los obstáculos ideológicos conservadores del Congreso. En este caso particular,

Los logros del Movimiento LGBT (I) colombiano se pueden evidenciar en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, pero se requiere un seguimiento para establecer si las instituciones y funcionarios del Estado colombiano respetan y dan cumplimiento a la jurisprudencia emanada o se convierten en un obstáculo más que deben superar los integrantes de la comunidad LGBT (I) para revindicar sus derechos (Sánchez, 2017: 129).

El papel de las cortes en contextos democráticos ha sido decisivo en la defensa de los derechos humanos de muchos grupos marginalizados y violentados, entre ellos las personas de las diversidades sexuales y de género. Algunos de los derechos que estas personas han conseguido en ciertos países de América Latina se han logrado solo a partir de fallos y sentencias que las cortes han hecho a su favor cuando se han apegado —a veces con ciertas confusiones y no plena claridad—<sup>5</sup> a lo establecido por la Corte IDH en materia de orientación sexual e identidad de género:

[...] 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. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos

<sup>5</sup> En 2016 la Corte Constitucional de Colombia «reconoció que las transformaciones corporales de personas trans están cubiertas por el sistema público de salud, que el carácter de las transformaciones corporales de las personas trans tiene un carácter funcional y no uno meramente estético, y que las identidades trans no son “trastornos mentales”. Sin embargo, la Corte no ha sido tan clara frente a la patologización y psiquiatrización forzada; en ocasiones ha exigido que se dicte un diagnóstico psiquiátrico para cubrir transformaciones corporales» (González Gil, 2016). Esta falta de claridad es producto de la matriz epistémica cissexista y binaria con la cual se opera de manera hegemónica, es decir, un marco de comprensión que va más allá de que la Corte esté conformada por personas magistradas liberales.

sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018: 7-8)

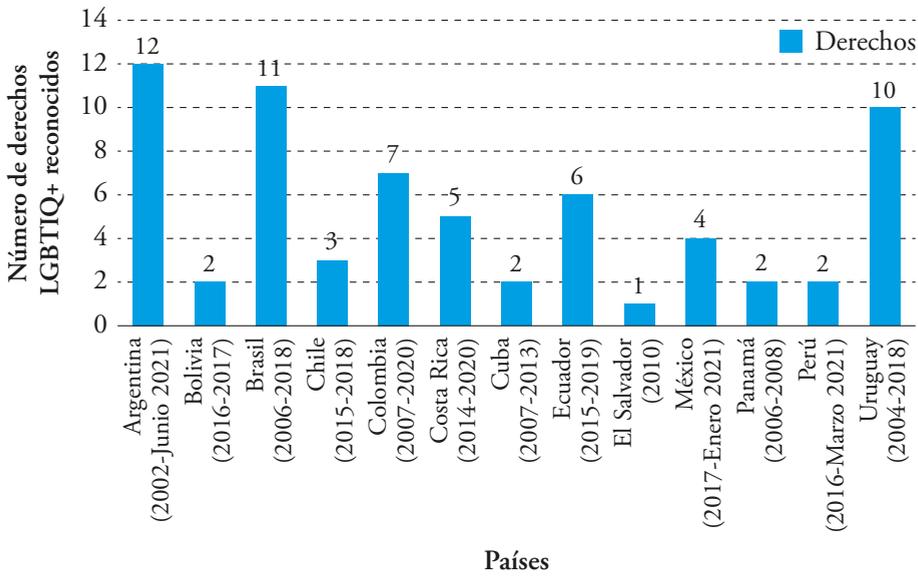
En este sentido, se ha constituido un marco de inteligibilidad legal para comprender jurídicamente a las personas *gay*, lesbianas, bisexuales, trans y no binarias, con base en parámetros que desmontan los dos regímenes que disciplinan el cuerpo humano en su condición sexual y de género, así como en sus deseos, afectos y estilos de vida: el régimen heterosexual y el cissexista. La normatividad internacional en materia de orientación sexual e identidad y expresión de género, producto de convenciones y congresos internacionales donde se reúnen activistas y personas expertas en la materia, trata de solventar las lagunas jurídicas o resistencias institucionales que existen para otorgar derechos a las personas LGBT dentro de sus Estados nación.

## VI. LAS CORTES Y EL PAPEL QUE HAN JUGADO EN EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LGBT EN AMÉRICA LATINA

Trece países latinoamericanos han reconocido derechos para la población LGBT a nivel nacional: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Ecuador, México, Panamá, Perú y Uruguay, mientras que, entre todos estos países, se suman 67 derechos reconocidos. Los mecanismos de aprobación de dichos derechos se han concretado mediante diversas vías: poder ejecutivo, legislativo, judicial u organismo público autónomo.

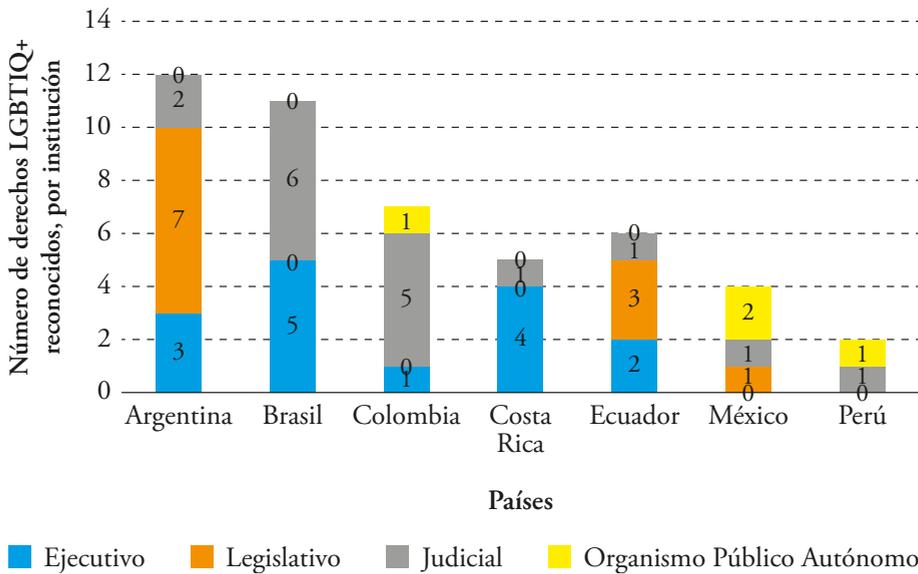
Los países que han reconocido derechos a las personas de las diversidades sexuales y de género a través del mecanismo de las cortes supremas y tribunales han sido siete: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México y Perú. Hasta del día de hoy, la situación del reconocimiento de derechos en estos países es la siguiente: Argentina ha reconocido doce derechos a favor de las personas LGBT a nivel nacional y, entre estos, dos han sido a través de la Corte; Brasil tiene once derechos de los cuales seis fueron también vía Corte Suprema; Colombia lleva siete derechos reconocidos y cinco se consiguieron en esa misma instancia; Costa Rica ha acumulado cinco derechos y uno ha sido por sentencia de la Corte Suprema de Justicia; Ecuador cuenta con seis derechos y uno de ellos se logró por el mecanismo de la Corte; de los cuatro derechos nacionales LGBT que tiene México uno fue por fallo de la Suprema Corte de Justicia; y, finalmente, de los dos derechos que tiene Perú uno fue producto de un fallo del Tribunal Constitucional.

Gráfico 1. *Derechos LGBTIQ+ reconocidos en América Latina (2002-junio2021)*



Fuente: elaboración propia.

Gráfico 2. *Institución que reconoce el derecho LGBTIQ+ (2002-junio2021)*



Fuente: elaboración propia.

Vale decir que el papel que desempeñan las cortes en el reconocimiento de derechos a favor de las personas de las diversidades sexuales y de género en cada experiencia nacional que se revisa es sustantivamente determinante. A excepción de Argentina, Costa Rica, Ecuador y México, el resto de los países revisados ha conseguido el 50 % o más de estos derechos a nivel nacional a través de este mecanismo de aprobación. De los 67 derechos reconocidos en los trece países de América Latina que han hecho este trabajo, 17 han sido por el mecanismo de las cortes, lo que representa el 25,37 %, es decir, la cuarta parte del total de derechos. Las cortes se convierten en instancias definitivas de reconocimientos de derechos LGBT cuando la discusión de algún derecho LGBT no logra pasar al pleno del Congreso o sí pasa pero se rechaza, es decir, cuando los Congresos violentan los derechos de las poblaciones minoritarias por cuestiones ideológicas. El litigio estratégico se vuelve entonces la única opción para interpelar a la norma supranacional y exigir la intervención de la corte. Ante la imposibilidad de resolverlo a partir del nivel legislativo, la ruta que queda es la judicialización de los derechos, una ruta que no enfrentan las personas cisheterosexuales. Es cierto que los contextos nacionales democráticos permiten la vía de defensa de los derechos humanos para alcanzar vida digna, con altas probabilidades de que se logre; sin embargo, la judicialización, por muy generosa y progresista que sea, le recuerda a las personas disruptivas de la hetero y la cisnorma su falta hacia los imperativos hegemónicos que disciplinan el sexo y el género. Esta situación evidencia, de forma clara, la orfandad que viven las personas LGBT por parte del Estado y la necesidad de salir de las fronteras jurídicas nacionales para ser atendidas en sus demandas aun en contextos democráticos.

Tabla 1. *Derechos LGBT reconocidos y mecanismos de aprobación en Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México y Perú (2002-junio2021)*

<b>País</b>	<b>Presidente</b>	<b>Periodo</b>	<b>Derecho LGBT reconocido</b>	<b>Mecanismo de aprobación</b>
<b>Argentina</b>	Eduardo Alberto Duhalde Maldonado (*provisional)  Partido Justicialista	2002-2003	Adopción (2002)	Aprobado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

.../...

.../...

<b>País</b>	<b>Presidente</b>	<b>Periodo</b>	<b>Derecho LGBT reconocido</b>	<b>Mecanismo de aprobación</b>
<b>Argentina</b>	Cristina Elisabet Fernández de Kirchner  Partido Justicialista	2007-2011	Matrimonio igualitario (2010)	Aprobado en el Congreso Nacional de Argentina por el impulso de las organizaciones y colectivos LGBT
			Heredar a la pareja una vez que estos fallecen (2010)	Deriva de la aprobación de la Ley de Matrimonio Igualitario
	Cristina Elisabet Fernández de Kirchner  Partido Justicialista	2011-2015	Identidad de Género (2012)	Aprobado por el Congreso de la Nación, impulsada con el apoyo de colectivos y organizaciones LGBT
			Ejercicio del voto para personas trans (2012)	Aprobado por el Congreso de la Nación con el apoyo de colectivos y organizaciones LGBT
			Seguridad Social (Salud) (2012)	Para las personas trans, reconocido en el Congreso al aprobarse la Ley de Identidad de Género
			Educación (2012)	Derivado de una política pública
			Familia (reproducción asistida) (2013)	Aprobado por el Congreso de la Nación con apoyo de organizaciones y colectivos LGBT
			Intimidad (2015)	Aprobado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
			Pensión a la pareja (2015)	Reconocido por decreto presidencial

.../...

.../...

<b>País</b>	<b>Presidente</b>	<b>Periodo</b>	<b>Derecho LGBT reconocido</b>	<b>Mecanismo de aprobación</b>
<b>Argentina</b>	Alberto Ángel Fernández Pérez  Partido Justicialista	2019-2023	Interrupción del embarazo (2020)	Aprobado por el Congreso de la Nación con apoyo de organizaciones y colectivos feministas, trans y transfeministas.
			Trabajo (junio 2020)	Aprobado por el Congreso de la Nación con apoyo de organizaciones y colectivos trans
<b>Brasil</b>	Luiz Inácio Lula da Silva  Partido de los Trabajadores	2003-2011	Trabajo (2006)	Reconocido por decreto presidencial
			Adopción (2010)	Reconocido por Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Brasil
	Dilma Rousseff  Partido de los Trabajadores	2011-2016	Unión estable (2011)	Reconocido por la Corte Suprema de Brasil
			Pensión a la pareja (2011)	Al aprobarse la unión estable se reconoce también este derecho
			Heredar a la pareja una vez que estos fallecen (2011)	Al aprobarse la unión estable se reconoce también este derecho
			Seguridad social (salud) (2011)	Aprobado por oficio del Ministerio de Salud
			Seguridad Social (2011)	Aprobado por oficio del Ministerio de Salud
			Familia (reproducción asistida) (2013)	Reconocido por el Consejo Federal de Medicina (CFM)
Matrimonio igualitario (2013)	Reconocido por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) de Brasil			

.../...

.../...

<b>País</b>	<b>Presidente</b>	<b>Periodo</b>	<b>Derecho LGBT reconocido</b>	<b>Mecanismo de aprobación</b>
<b>Brasil</b>	Michel Temer	2016-2018	Uso de nombre social para los contribuyentes (2017)	Aprobado por oficio del Ministerio de Economía.
	Movimiento Democrático Brasileño		Identidad de género (2018)	Reconocido por el Tribunal Supremo Federal de Brasil
<b>Colombia</b>	Álvaro Uribe Vélez Partido: Primero Colombia	2002-2010	Heredar a la pareja una vez que estos fallecen (2007)	Reconocido por la Corte Constitucional de Colombia, con apoyo de personas académicas, estudiantes y activistas
			Seguridad Social (salud) (2007)	Reconocido por la Corte Constitucional de Colombia
			Pensión a la pareja (2008)	Reconocido por la Corte Constitucional de Colombia. Apoyado por organizaciones y colectivos LGBT
	Juan Manuel Santos Calderón Partido Social de Unidad Nacional	2010-2018	Adopción (2015)	Reconocido por la Corte Constitucional de Colombia
			Identidad de género (2015)	Reconocido por decreto presidencial, apoyado por el Ministerio de Interior y el Ministerio de Justicia de Colombia.
			Matrimonio igualitario (2016)	Aprobado por la Corte Constitucional de Colombia
	Iván Duque Márquez Centro Democrático	2018-2022	Ejercicio del voto para personas trans (2020)	Reconocido por medio de un protocolo aprobado por el Consejo Nacional Electoral (CNE)

.../...

.../...

País	Presidente	Periodo	Derecho LGBT reconocido	Mecanismo de aprobación
Costa Rica	Luis Guillermo Solís Partido Acción Ciudadana	2014-2018	Seguridad Social (salud, prestaciones sociales) (2014)	Aprobado en atención a la firma de acuerdos internacionales
			Derecho a la no discriminación laboral (2016)	Aprobado en atención a la firma de acuerdos internacionales
			Pensión a la pareja (2018)	Aprobado en atención a la firma de acuerdos internacionales
	Carlos Alvarado Quesada Partido Acción Ciudadana	2018-2022	Seguridad social (salud) (2018)	Reconocido por medio de un protocolo aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)
			Matrimonio igualitario (2020)	Reconocido por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
Ecuador	Rafael Correa Alianza PAÍS-Patria Altiva i Soberana	2007-2017	Trabajo (2015)	Reconocido por la Asamblea Nacional
			Unión civil (2015)	Reconocido por la Asamblea Nacional
			Ejercicio del voto (para personas trans) (2016)	Reconocido por decreto presidencial a través del Registro Civil
			Identidad de género (2016)	Reconocido por la Asamblea Nacional
			Seguridad social (Salud) (2016)	Reconocido por oficio del Ministerio de Salud
	Lenín Voltaire Moreno Garcés Alianza PAÍS-Patria Altiva i Soberana	2017-2021	Matrimonio igualitario (2019)	Aprobado por la Corte Constitucional del Ecuador

.../...

.../...

<b>País</b>	<b>Presidente</b>	<b>Periodo</b>	<b>Derecho LGBT reconocido</b>	<b>Mecanismo de aprobación</b>
<b>México</b>	Enrique Peña Nieto	2012-2018	Ejercicio del voto (para personas trans) (2017)	Reconocido por medio de un protocolo aprobado por el Instituto Nacional Electoral (INE)
	Partido Revolucionario Institucional		Seguridad Social (guarderías, salud, herencia, apoyo en caso de orfandad) (2018)	Reconocido por el Congreso de la Unión
	Andrés Manuel López Obrador	2018-2024	Pensión a la pareja (2019)	Reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación
	Movimiento Regeneración Nacional		Derechos políticos electorales (enero 2021)	Reconocido por medio de acciones afirmativas implementadas por el Instituto Nacional Electoral (INE)
<b>Perú</b>	Pedro Pablo Kuczynski Godard	2016-2018	Identidad de género (2016)	Reconocido por el Tribunal Constitucional de Perú
	Francisco Rafael Sagasti Hochhausler	2020-2022	Ejercicio del voto para personas trans (marzo 2021)	Reconocido por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)

*Fuente:* base de datos «Reconocimiento de aprobación de derechos LGBTIQ+» del Observatorio de Reformas Políticas en América Latina (1978-2021). Enriquecido con información propia.

Los diecisiete derechos nacionales a favor de las personas de la diversidad sexual y de género que se han reconocido a través de las cortes y tribunales son: adopción, intimidad, unión estable, matrimonio igualitario, pensión a la pareja, heredar a la pareja una vez que estos fallece, seguridad social y reconocimiento de identidad de género. En el siguiente cuadro podemos ver la frecuencia de aprobación:

Tabla 2. *Frecuencia de derechos reconocidos por las cortes*

Derecho obtenido por fallo o sentencia de la Corte	Frecuencia
Adopción	3
Intimidad	1
Unión estable	1
Matrimonio igualitario	4
Pensión a la pareja	3
Heredar a la pareja cuando estos fallecen	2
Seguridad social	1
Reconocimiento de identidad de género	2

*Fuente:* elaboración propia.

Las cortes de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México y Perú han dictado sentencia o fallado a favor de siete diferentes tipos de derecho, siete porque la unión estable y el matrimonio igualitario van en el mismo sentido. El reconocimiento de estos derechos produce alteraciones al orden cívico público, dado que la democracia emergió con una línea divisoria entre lo público y lo privado para que todo aquello que atañe a la vida privada, como las relaciones sexo afectivas de parejas del mismo sexo, quedara confinado a la privacidad de la vida íntima (Young, 1998). Cuando se alegan derechos referidos al cuerpo y a la sexualidad en las cortes, dicho orden cívico público —que aspira a una igualdad abstracta y borra la historicidad e identidad de los cuerpos— se trastoca y lo personal se hace político, lo cual evidencia la ficción de esta línea divisoria entre lo público y lo privado.

Las cortes de estos países han hecho mayormente posible el reconocimiento de derechos nacionales que versan sobre la unión legal (matrimonio) de las personas del mismo sexo y han fallado o dictado sentencia en la armonización de los derechos subsecuentes que derivan del matrimonio o de la unión estable, tal como aquellos que gozan las parejas heterosexuales. Así, las identidades que se han visto más beneficiadas son las homosexuales y las lésbicas cisgénero, ya que solo las cortes de Perú y Brasil han fallado a favor del reconocimiento de la identidad de género para las personas trans.

Los fallos a favor del matrimonio entre parejas del mismo sexo y los derechos que derivan de esta unión están apegados a lo que la Corte IDH ha expresado con respecto a la familia en términos de que no reconoce un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege un modelo «tradicional» de la

misma; en este sentido, el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de vida en común fuera del matrimonio. Asimismo, el alcance a la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo no se reduce solo a los derechos patrimoniales, sino que permea otros derechos como los civiles y políticos, económicos o sociales, así como otros derechos reconocidos a nivel internacional, por lo que la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones que se establecen en cada Estado-nación y que surgen de los vínculos familiares de las parejas heterosexuales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018: 8 y 47). Sin embargo, es importante mencionar que el reconocimiento de derechos que derivan del matrimonio heterosexual no se aplica, de manera automática, para el matrimonio entre parejas del mismo sexo, ya que cada uno de estos derechos se ha ido alcanzando a través de litigios separados. Este hecho revela las resistencias del sistema judicial para garantizar derechos plenos y armonizados a las personas lesbianas y homosexuales, al igual que la propia conformación del entramado legal de cada país que se estructura bajo resistencias heterosexuales y cissexistas. Los juicios que, por separado, implican inversión en tiempo y esfuerzo reafirman a las personas disidentes frente a la norma heterosexual su lugar en el mundo de acuerdo con los imperativos hegemónicos que privilegian al modelo de familia heterosexual.

En cuanto al reconocimiento de la identidad de género, la Corte IDH ha dicho que el nombre es un atributo de la personalidad, constituye una expresión de la individualidad y tiene por finalidad afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y el Estado. Se trata entonces de un derecho fundamental, inherente a todas las personas por el mero hecho de su existencia, constituye un elemento básico e indispensable y es determinante para el libre desarrollo de estos. La falta de reconocimiento al cambio de nombre de conformidad con la identidad auto percibida implica que la persona pierda total o parcialmente la titularidad de derechos. De lo anterior se deriva que los Principios de Yogyakarta plateen la obligación de los Estados de adoptar las medidas legislativas y administrativas para respetar y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí, por lo cual los procedimientos legales deberían permitir cambiar la inscripción del nombre de pila en todos los documentos de identidad y en los registros que correspondan. Por ello, la Corte IDH opina que los Estados deben facilitar los trámites respectivos al grado de que las personas no tengan que emprender varios trámites ante una multiplicidad de autoridades (*ibid.*: 23-26), pero en la práctica esto no ocurre, debido a que el reconocimiento de la identidad de género que se consigue desde la apelación a las cortes supremas queda estrictamente limitado al acta de nacimiento y no es extensivo al resto de los documentos de identidad.

Tanto en los casos de los derechos que derivan del matrimonio igualitario como en aquellos relativos al reconocimiento de la identidad de género para las personas trans se observan las limitantes del litigio estratégico, pues los fallos o sentencias no alcanzan a establecer una armonización legal, lo cual implica emprender juicios fraccionados para lograr la plenitud del derecho que sí tienen las personas heterosexuales y cisgénero. Cuando las personas LGBT alcanzan un derecho se obtiene a medias y en circunstancias de regateo; esta falta de completud se convierte en un señalamiento heterosexual y cissexista a partir del sistema legal para las personas que trastocan tales imperativos y es, por tanto, un recordatorio de incumplimiento, representa un castigo a los deseos y a los afectos derivado de la ruptura al orden binario.

Pese a lo ya señalado, de alguna manera estas instancias judiciales han respondido a las exigencias de los acuerdos internacionales a los cuales sus países se encuentran adheridos y, con ello, han contribuido a fisurar la esfera pública que establece, si bien implícitamente, la obligación de ser heterosexual y cisgénero como términos y condiciones para la ciudadanía en tanto orden «natural» de los sujetos políticos, situación que se constata en la conformación legal del reconocimiento de derechos. Las grietas a la estructura monolítica conservadora se dan en dos ámbitos concretos: primero, en la estructura de la familia tradicional, la célula de la sociedad conservadora; y, segundo, en el orden cívico público donde impera la razón que expulsa las pasiones y lo íntimo de la vida de las personas. Al aprobarse legalmente las familias homoparentales y lesbomaternales, el amor, el deseo, el placer y el erotismo son llevados a la esfera pública de manera tácita, en detrimento de las prácticas sexuales dentro del matrimonio con fines propios para la procreación y aceptables a los esquemas de la racionalidad liberal democrática.

Sin embargo, habría que discutir en qué medida estos avances trastocan el orden conservador cotidiano y, al mismo tiempo, tener claro que dichos avances son susceptibles de presentar retrocesos. Álvarez Rodríguez (2019) refiere que actualmente los derechos de las personas LGBT viven una situación esquizofrénica, pues se observan tanto avances como retrocesos. Por ejemplo, en Argentina permanece cierta violencia institucional contra la comunidad LGBT que debe ser erradicada y en Ecuador, mientras que se tipifica el delito de discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género, continúan existiendo prácticas como el internamiento forzoso en «centros de rehabilitación» de personas *gay*, lesbianas, bisexuales y trans (Álvarez Rodríguez, 2019, 35-36).

Al tiempo que es tangible el reconocimiento de derechos a través de las cortes supremas, las cifras sobre violencia y discriminación que padecen de manera cotidiana las personas LGBT son preocupantes, pues revelan que en muchos países de la región su vida está en constante riesgo dados los índices de crímenes de odio; asimismo, las condiciones de vida digna son difíciles debido a la discriminación laboral que padecen y a las dificultades para acceder a los

sistemas de salud. Si bien existen alcances en el reconocimiento del matrimonio igualitario, los derechos que están vinculados al principio de vida quedan endebles, lo cual no otorga un piso sólido al reconocimiento de derechos que se van consiguiendo por cualquier vía, incluida aquella que se da mediante fallos o sentencias de las cortes.

Tabla 3. *Cifras de discriminación y violencia a las personas LGBT en América Latina (2014-2020)*

Eje	Puntos destacables sobre la violencia y discriminación en AL
<b>Crímenes de odio hacia personas LGBT</b>	1292 asesinatos registrados de personas LGBT: Colombia, 542; México, 402; Honduras, 164; Perú, 57; El Salvador, 53; República Dominicana, 28; Guatemala, 26; Paraguay, 12; Bolivia, 8.
	Lo anterior significa que 20 personas con una orientación sexual o identidad de género diversa fueron asesinadas cada mes entre 2014 y 2020.
	Existen 11 Estados latinoamericanos y caribeños que reconocen las agresiones contra las personas diversas como crímenes de odio.
<b>Discriminación laboral</b>	14 países incluyen legislación para proteger a las personas diversas de la discriminación laboral.
	La mayoría de las personas LGBT laboran en el sector informal y sin cobertura médica.
<b>Servicios de salud</b>	Las personas LGBT suelen tener dificultades cuando acuden a los servicios de salud, en los cuales muchas veces son discriminadas.
<b>Matrimonio igualitario</b>	El matrimonio o la unión civil entre personas del mismo sexo solo se reconocen en siete países.
	El 62% de la población de América Latina y el Caribe «desaprueba con fuerza» el matrimonio igualitario.
	Costa Rica es el primer país de Centroamérica en permitir el matrimonio igualitario gracias a un fallo de la Corte Suprema de Justicia.
	En México, Chile, Argentina, Uruguay y Brasil más del 50% de su población aprueba el matrimonio igualitario.

*Nota.* La homosexualidad es penada en nueve países de América Latina y el Caribe, entre los cuales destacan Jamaica y Guayana. Solo en cuatro países (Bolivia, Ecuador, Cuba y México) se protege de manera explícita en la Constitución a las personas LGBT.

*Fuente:* elaboración propia con base en Romero (2020).

## VI. REVISIÓN DE LOS CASOS

En Argentina la Suprema Corte de la Nación dictó sentencia a favor de la adopción entre parejas del mismo sexo (2002) luego de que varias parejas demandaran de forma particular el derecho a formar una familia. La prerrogativa a la intimidad se logró por fallo (2015), tras la demanda que realizara un actor ante la Corte al exigir el derecho a resguardar su vida privada, concretamente su sexualidad, pues su orientación sexual había sido expuesta en una publicación periodística. Así, las condiciones determinantes internas de la sentencia y el fallo se dieron en Argentina a partir del litigio que emprendieron particulares a título personal. Estos dos escenarios muestran las narrativas que construyen los sujetos ciudadanos frente al Estado vía la Corte, la cual tuvo que sujetarse a mandatos supranacionales de derechos humanos, aunque cabe señalar que el litigio fue fructífero dada la apertura ideológica de la Corte.

En 2010 el Tribunal Superior de Justicia de Brasil falló a favor de que las personas del mismo sexo tengan el derecho a adoptar tras una demanda que realizó una pareja de mujeres lesbianas sobre la maternidad legal de un par de niñas que habían sido adoptadas legalmente por una de ellas cuando eran bebés, y en ese año la pareja también solicitó el reconocimiento de la maternidad. El Tribunal falló a su favor y dictó sentencia para que este derecho se extendiera a todas las familias diversas.

Posteriormente, en 2011 la Procuraduría General de la República de Brasil reclamó directamente a la Corte que las uniones homosexuales fueran reconocidas como entidad familiar y argumentó que dicho reclamo estaba respaldado por la presidenta de la República en turno, Dilma Rousseff, y por el gobernador de Río de Janeiro. Este último pretendía hacer extensivos los derechos de las parejas heterosexuales casadas a las parejas del mismo sexo de los funcionarios de su estado. El reconocimiento que hizo la Corte brasileña de las uniones estables muestra la interlocución que se da entre los poderes federales y estatales para demandar una modificación drástica a la estructura familiar tradicional; al mismo tiempo, este caso evidencia que, a pesar de que la presidenta de la República tenía la facultad de elaborar una iniciativa de ley a favor de las uniones estables y presentarla al Congreso, Rousseff optó por un mecanismo distinto, lo cual da indicios acerca de la escasa viabilidad que existía en el primer escenario para transformar la situación de vida de las personas homosexuales y lesbianas, y no así en el segundo escenario que invitaba a hacerlo desde la Corte para conseguir derechos que, en otras estructuras de los poderes federales, resultaba complicado y hasta imposible conseguir. Es importante destacar que el apoyo del gobernador de Río de Janeiro a dicho reclamo estuvo centrado en respaldar a su funcionariado, es decir, dicho respaldo significó la

inmersión de las y los funcionarios en intereses burocráticos. Derivado de la aprobación de la unión estable en Brasil, en 2011 la Corte también reconoció tanto la pensión como la herencia a la pareja una vez que estos fallecen para las uniones legales del mismo sexo. Este caso permite ver cómo los derechos adheridos al matrimonio heterosexual no se consiguen de la misma manera en el matrimonio igualitario.

En 2013 el Tribunal Superior de Justicia de Brasil realizó una sentencia a favor del derecho al matrimonio igualitario, al tomar como base la unión estable que dos años antes reconociera el Supremo Tribunal Federal. Más tarde, en 2018 y tras las demandas de los movimientos sociales de las diversidades sexuales y de género —de la Asociación de Travestis y Transexuales, ANTRA, en concreto— que exigían el reconocimiento de las identidades de las personas trans, bajo el argumento de asegurarles ciudadanía plena y autonomía, el Tribunal Supremo Federal de Brasil dictó sentencia a favor del reconocimiento de la identidad de género para la población trans.

El caso colombiano presenta los siguientes rasgos: la Corte Constitucional Colombiana en 2007 falló a favor de heredar a la pareja una vez que estos fallecen, consecuencia del litigio estratégico que emprendió la organización Colombia Diversa con el apoyo de grupos de abogadas, abogados y estudiantes de la Universidad de los Andes. En ese mismo año también falló a favor de la seguridad social, concretamente en el rubro de la salud, lo cual fue posible gracias a la demanda de dos ciudadanos que argumentaron inconstitucionalidad de la expresión «familiar» que solo hacía referencia a la familia heterosexual. Para ellos no incluir en la seguridad social a los varones homosexuales que viven en pareja vulneraba el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Cabe destacar que toda la argumentación jurídica que hicieron los particulares se centró en la narrativa de los derechos humanos.

Al siguiente año, 2008, y como consecuencia del fallo anterior, Colombia Diversa y Human Rights demandaron ante la Corte gozar del derecho de pensión a la pareja. La respuesta fue que esta instancia determinó que las parejas del mismo sexo debían ser incluidas en el ámbito de protección de la ley que regula la cobertura familiar en el sistema de pensiones y salud. La decisión tuvo como antecedente el fallo que, un año atrás, había hecho el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el caso de un hombre colombiano que buscaba la pensión de su pareja fallecida. Este Comité respondió que Colombia, al negarle la pensión de sobreviviente al demandante sobre la base de su orientación sexual, violó el derecho a la igualdad y a la no discriminación protegido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, el derecho a la pensión a la pareja se logró por un litigio estratégico ampliamente fortalecido de manera interna que trascendió las fronteras nacionales y llegó hasta las altas instancias internacionales de derechos humanos. En este caso,

tanto las condiciones determinantes internas como las externas jugaron un papel crucial.

En 2015, nuevamente tras un impulso de los grupos de derechos humanos y de la academia, la Corte Constitucional de Colombia dictó sentencia en el sentido de que la orientación sexual no podía ser un criterio a juzgar para otorgar una adopción, mientras que en 2016, producto de demandas individuales y de organizaciones, la Corte dictó sentencia a favor del matrimonio igualitario. Dicha respuesta jurídica tuvo como antecedente lo sucedido en 2011, cuando la Corte Constitucional pidió al Congreso manifestarse sobre la legalidad del matrimonio al argumentar que la definición de familia no se podía limitar a la conformada por parejas heterosexuales, luego de recibir demandas tanto de organizaciones como de ciudadanos, a título individual, para contraer matrimonio igualitario. Al no recibir respuesta del Congreso, la Corte reconoció este derecho en 2016. Este proceso resulta muy relevante, ya que permite ubicar la importancia del papel de las cortes frente a los Congresos cuando estos son poco sensibles en la atención a las demandas de derechos de las personas de las diversidades sexuales y de género, y no se percatan de que su inacción socava tanto su condición de vida digna como el bien común. Esta incapacidad del Congreso para legislar a favor de las personas LGBT responde, muchas veces, a la estructura predominantemente conservadora que lo conforma, ya que las fuerzas ideológicas de esta tendencia le impiden legislar al respecto.

El caso de Colombia es muy interesante: de seis derechos nacionales reconocidos a favor de las personas LGBT, cinco se han conseguido por el mecanismo de fallos o sentencias que ha realizado la Corte Constitucional y han sido posibles gracias al fuerte activismo que existe en materia de derechos humanos, al igual que por la tradición que mantienen sus organizaciones en el litigio estratégico. Esta situación ha permitido a las poblaciones de las diversidades sexuales (personas lesbianas, *gay* y bisexuales) sortear Congresos y Gobiernos federales conservadores que han resultado poco empáticos con respecto a las condiciones de discriminación y violencia que viven de manera cotidiana.

Costa Rica es la experiencia más reciente en la aprobación de un derecho nacional a favor de las diversidades sexuales vía el mecanismo de la Corte. El pasado 15 de mayo de 2020 se dictó sentencia a favor del matrimonio igualitario, luego de dos años de movilizaciones de colectivos y organizaciones en pro de este derecho, cuyo antecedente fue la respuesta que la Corte IDH dio al Gobierno de este país en 2016 sobre la responsabilidad que tienen los Estados de reconocer y garantizar los derechos que derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo. Lo anterior implicó que la Sala Constitucional de Costa Rica sentenciara a favor del matrimonio igualitario y

ordenara a la Asamblea Legislativa aprobar la legislación necesaria para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo en un máximo de dieciocho meses o, de lo contrario, la Sala Constitucional acataría de forma directa lo estipulado por la Corte IDH. Finalmente, al no haber respuesta de la Asamblea, esta instancia judicial cumplió con lo dictado y reconoció el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en todo el país.

Ecuador solo tiene un derecho a favor de la diversidad sexual reconocido a partir de la Corte Constitucional, y estos se logró en 2019 como resultado del impulso de activistas y organizaciones del movimiento LGBT que argumentaron su defensa a partir del mecanismo de la «Opinión Consultiva 24-17» de la Corte IDH para autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin llevar a cabo reformas en la Constitución. Dicho mecanismo fue emitido el 24 de noviembre de 2017, por lo que en este caso la condición determinante externa fue crucial. En este país es posible ver, una vez más, cómo las cortes posibilitan derroteros alternos a la legislación para contribuir en la transformación de la vida de las personas, al tiempo que se convierten en actores claves de las democracias afianzadas en los derechos humanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en México dictó sentencia en 2019 a favor de la pensión a la pareja a partir de un solo caso: un hombre *gay* viudo solicitó en 2013 un amparo a la justicia federal para que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) le otorgara la pensión tras la muerte de su cónyuge. Desde 2014 se acogió la sentencia de la SCJN en la cual se determinó dar los mismos derechos que reciben las uniones heterosexuales a los viudos de parejas del mismo sexo, aunque entró al marco constitucional hasta 2018. La respuesta de la Corte en su sentencia fue que se estaba violando el derecho a la seguridad social, el principio de igualdad y no discriminación, así como el derecho de protección a la familia.

Finalmente, en 2016 el Tribunal Constitucional de Perú retomó un caso particular de 2012, en el cual una mujer trans solicitó un amparo para modificar su sexo y su nombre en documentos oficiales, y tras dos años de juicio la justicia falló a su favor. Sin embargo, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) apeló y quedó sin efecto ese fallo, hasta que en 2016 lo retomó el Tribunal Constitucional.

En estos siete países de América Latina, la situación de que al menos uno de los derechos a favor de las personas LGBT haya sido reconocido a partir de las cortes evidencia litigios estratégicos a causa de derechos humanos exitosos, en los cuales el papel de las personas particulares, las colectivas, la academia o bien la alta burocracia ha sido crucial para involucrar a las cortes y recordarles el compromiso que tienen con los derechos humanos, lo cual es posible siempre y cuando estas instituciones judiciales tengan atenuados sus elementos ideológicos conservadores.

## VII. PARA LA REFLEXIÓN

A pesar de que los Congresos se sustentan en una representación política, ello no los exime de resistirse a garantizar igualdad de derechos a las poblaciones minoritarias —especialmente a aquellas que cuestionan los núcleos de certeza de orden biologicista de los cuerpos humanos— y de condicionar sus afectos, erotismos, identidades de género y orientaciones sexuales a partir de una mirada reduccionista que se concentra en los genitales (Preciado, 2002). Los Congresos que emergen del ejercicio del voto de la ciudadanía y alcanzan a tener una representación importante no necesariamente van a legislar a favor de derechos LGBT, debido a que algunos son proclives a violentar los derechos fundamentales de estas poblaciones. En estas condiciones el litigio estratégico a causa de derechos humanos ha sido una ruta recurrente para alcanzar, desde las cortes supremas, lo que niegan los poderes legislativos.

La factibilidad de conseguir derechos mediante fallos y sentencias de las cortes está sujeta al grado de conservadurismo de las y los magistrados, pero también a la competencia que las colectivas, la academia, las personas particulares y los grupos de abogacía tengan en el manejo gramatical de las normas internacionales de derechos humanos a favor de las personas LGBT. En otras palabras, el papel de agencia de la sociedad es fundamental para incentivar el papel de las propias cortes. Estos también han tenido, sobre la marcha, que desmontarse de los marcos de inteligibilidad anclados a un orden patriarcal, binario, cissexista y heterosexual; de aquí que se puedan observar sentencias a veces poco claras o contradictorias, pues las cortes han tenido que deconstruir, a la par que realizan su trabajo, los principios hegemónicos legales que existen para aprehender a la población LGBT.

Las cortes actúan a partir de mandatos internacionales a los que están suscritos sus países en materia de derechos humanos, es decir, existen imperativos de orden supranacional que constriñe su actuación judicial, pero también entra en juego su composición ideológica, pues países de la región de Centroamérica no han podido conseguir derechos sexuales y reproductivos vía las cortes supremas pese a estar adheridos a pactos internacionales de derechos humanos (Del Cid Castro, 2019). El hecho de que las cortes tengan un papel protagónico deriva de un conjunto de elementos y circunstancias que lo hacen posible, particularmente las luchas de las poblaciones de las diversidades sexuales y de género que, a golpe de discriminaciones y violencias, han pasado de resistir a aprehender mecanismos de defensa de sus vidas para ser y estar en el espacio público como las personas que son, al apelar a la igualdad de derechos con relación a las personas cis y heterosexuales.

Con base en su producción de la legalidad, las cortes se colocan explícitamente en un estatus de «verdad», mientras que los instrumentos que

emplean —fallo y sentencias— son el soporte rotundo de dicha «verdad». En este sentido, «la sentencia dentro del mundo jurídico procesal se constituye no solo en la muestra objetiva de la conclusión de un proceso, sino que se constituye en la verdad verdadera, indiscutible e inmodificable luego de su ejecutoria» (Montenegro, 2008: 17). El fallo, entonces, es una sentencia que aún no está definitivamente firme, es decir, a la cual se pueda apelar. Luego de agotados los lapsos y procedimientos, un estadio previo a la sentencia —la decisión del juez o la jueza— se vuelve sentencia, queda firme y no se puede apelar. Ambos son dispositivos jurídicos de la verdad que, material y simbólicamente, poseen un peso sustantivo en la vida social y en el imaginario colectivo. Cuando la Corte habla, prevalece en el imaginario colectivo que se está hablando verdad. Por tanto, los derechos LGBT reconocidos mediante fallos o sentencias derivan de la verdad de la máxima autoridad, una verdad que no solo es legal, sino que simbólicamente cobra mucho peso.

A partir de los derechos humanos, de las cortes y del litigio estratégico se genera el inicio de una ruta muy particular y potente de obtención de derechos, difícil de obtener por otras vías como el Legislativo; los derechos humanos, de tal forma, cobran legitimidad en las democracias, pero al mismo tiempo las autorizan. Se construye, entonces, una legalidad desde las cortes basada en una gobernabilidad donde participa el marco legal internacional de los derechos humanos como actor principal, junto con los grupos de la sociedad civil, los medios de comunicación y el poder judicial de los Estados, para transformar una realidad que lacera la vida digna de las personas de las diversidades sexuales y de género y apela a transformar las relaciones sociales basadas en las discriminaciones y violencias sustentadas en los entramados morales del «sexo verdadero» que apuntala la concepción de los cuerpos en clave binaria (hombre-mujer) cissexista, con sus respectivos roles y estereotipos de género, nunca negociables, y la heterosexualidad en tanto única práctica sexual, afectiva y contractual validada.

Es importante acotar que el reconocimiento de derechos a favor de las personas LGBT no ha trastocado, de fondo ni de manera inmediata, el orden patriarcal, cissexista y heterosexual, pues las violencias y discriminaciones en contra de las poblaciones de las diversidades sexuales y de género persisten en la región. Sin embargo, dicho reconocimiento sí traza una ruta de acción a partir de las nuevas narrativas jurídicas a favor de la transformación de la vida cotidiana de estas poblaciones, dado que las sentencias favorables al mejoramiento de sus condiciones de vida se convierten en estructuras legales tangibles a las cuales se puede recurrir y se posibilita la existencia de una vía legal y legítima de interlocución con el Estado a partir de la cual las personas LGBT pueden defender sus derechos.

## Bibliografía

- Álvarez Rodríguez, I. (2019). La Organización de Naciones Unidas y los derechos de las personas LGBTI: nuevos avances y desafíos de siempre. En F. J. Matia, A. E. Perales y A. Arroyo Gil (dirs). *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI* (pp. 23-66). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Comisión Internacional de Juristas (ICJ) (2007). *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Derechos de las personas LGTBI*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Cuesta, I. (2010). La Asamblea General de la OMS elimina la homosexualidad de su lista de enfermedades psiquiátricas. *Sinc*, 17-5-2010. Disponible en: <https://bit.ly/3Btl5t2>.
- Del Cid Castro, J. A. (2019). *Régimen de género y políticas sobre aborto en Centroamérica: los procesos de construcción de agenda en las asambleas legislativas* [tesis doctoral]. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Sede Académica México. Disponible en: <https://bit.ly/2YpINbj>.
- Girard, F. (2008). Negociando los derechos sexuales y la orientación sexual en la ONU. En R. Parker, R. Petchesky y R. Sembrar (eds.). *Políticas sobre sexualidad. Reportes desde las líneas del frente* (pp. 347-398). México DF: Sexuality Policy Watch-Grupo de Estudios sobre Sexualidad y Sociedad-Fundación Arcoiris.
- González Gil, M. M. (2016). La patologización de personas trans puede equivaler a tortura y malos tratos. *Congreso Visible* (18-3-2016). Disponible en: <https://bit.ly/3iBdtO3>.
- Gutiérrez Contreras, J. C. (coord.) (2011). *Modelo para armar: litigio estratégico en derechos humanos*. México DF: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. Disponible en: <https://bit.ly/3FoOQOn>.
- Hopgood, S. (2014). Desafíos al régimen global de derechos humanos: ¿los derechos humanos todavía son un lenguaje efectivo para el cambio social? *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, 20, 71-79. Disponible en: <https://bit.ly/3BcAttQ>.
- López Sánchez, E. (2021). *Las reformas orientadas a los derechos LGBTIQ+ en América Latina y sus mecanismos de aprobación*. Documento de trabajo n.º 15. México: Observatorio de Reformas Políticas en América Latina, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM); Organización de los Estados Americanos (OEA). Disponible en: <https://bit.ly/3DmBRjb>.
- Montenegro Caballero, D. (2008). La sentencia constitucional en los procesos tutelares bolivianos. *Revista Boliviana de Derecho*, 6, 17-37. Disponible en: <https://bit.ly/3DgJlO3>.
- Morales, D. R. (2010). ¿Qué es el litigio estratégico en derechos humanos? *Nexos*, 7-7-2010. Disponible en: <https://bit.ly/3mwj7BY>.
- Observatorio de Reformas Políticas en América Latina (1978-2021). *Reconocimiento de derechos LGBTIQ+*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM); Organización de los Estados Americanos (OEA). Disponible en: <https://bit.ly/3aa1W3F>.

- Petracci, M. (coord.) y Pecheny, M. (2007). *Argentina: derechos humanos y sexualidad*. Buenos Aires: Centro de Estudio de Estado y Sociedad (CEDES)-CLAM/IMRJ. Disponible en: <https://bit.ly/3De0klO>.
- Preciado, P. (2002). *Manifiesto contrasexual*. Madrid: Opera Prima.
- Rabotnikof, N. (2005). Ciudadanía y derechos. En M. Canto (ed.). *Derechos de ciudadanía. Responsabilidad del Estado* (pp. 29-48). Barcelona: Icaria Política.
- Romero, M. (2020). La diversidad LGBTQ+ en América Latina: un largo camino por recorrer. *France24*, 29-6-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3AmRve8>.
- Sabsay, L. (2011). *Fronteras sexuales. Espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*. Buenos Aires: Paidós.
- Sánchez Barrera, E. L. (2017). El movimiento LGBTQ (I) en Colombia: la voz de la diversidad de género. Logros, retos y desafíos. *Reflexión Política*, 19 (38), 116-131. Disponible en: <https://doi.org/10.29375/01240781.2843>.
- Sánchez Olvera, A. R. (2009). Cuerpo y sexualidad, un derecho: avatares para su construcción en la diversidad sexual. *Sociológica*, 24 (69), 101-122. Disponible en: <https://bit.ly/3FmpCQB>.
- Sentiido (2017). La Corte Constitucional de Colombia y los derechos de personas LGBTQ. *Sentiido*, 23-1-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2ZS3e16>.
- Serrato Guzmán, A. N. y López Sánchez, E. (2018). Del *coming out* a los derechos humanos en las demandas de las organizaciones de la sociedad civil del movimiento LGBTQ: estrategias discursivas de refugio. *Andamios*, 15 (37), 119-144. Disponible en: <https://doi.org/10.29092/uacm.v15i37.633>.
- Young, I. (1998). La configuración de lo público y lo privado. En R. Del Águila, F. Vallespín et al. (eds.). *La democracia en sus textos* (pp. 445-469). Madrid: Alianza Editorial.
- Zaldívar, A. (2017). La Suprema Corte en la democracia mexicana. *Nexos*, 1-9-2017. Disponible en: <https://bit.ly/3uJglgu>.