



HAL
open science

De la tolerancia al reconocimiento: Una historia judicial de la homosexualidad

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. De la tolerancia al reconocimiento: Una historia judicial de la homosexualidad. Primer congreso internacional LGBTI de Andalucía, Consejería de igualdad, políticas sociales y conciliación, Jun 2021, Séville, España. hal-03746598

HAL Id: hal-03746598

<https://hal.science/hal-03746598>

Submitted on 5 Aug 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

De la tolerancia al reconocimiento : Una historia judicial de la homosexualidad

Daniel BORRILLO

También podría haber denominado mi ponencia del siguiente modo: *De como salir del derecho penal y entrar en el derecho común....*

Si existe, desde el punto de vista filosófico-jurídico y político, una diferencia entre tolerar y reconocer, la misma se manifiesta judicialmente en el paso del paradigma penal (excepción) de la tolerancia de la homosexualidad al del derecho común (constitucional o civil) del reconocimiento de la orientación sexual (o por lo menos de su banalización).

Antes de entrar en el meollo de la cuestión, quisiera hacer una observación con respecto de las palabras “tolerancia” y “reconocimiento” pues las mismas contienen al mismo tiempo una dimensión positiva y otra negativa.

De hecho, tolerar puede significar ser respetuoso de la diferencia (dimensión positiva) pero también puede querer decir “soportar” o “aguantar” (dimensión negativa).

Del mismo modo, hay tres maneras de entender el término “reconocimiento”:

- 1) Una que implica una jerarquía entre quien reconoce y quien es reconocido (una mayoría heterosexual reconoce a una minoría homosexual)
- 2) Otra que implica una identidad colectiva es decir se acepta la alteridad a partir de una identidad específica (como la reivindicación del constitucionalismo multicultural de los pueblos autóctonos en América Latina que desemboca en un estatuto distinto para los miembros de tales pueblos)
- 3) Y otra en fin que permite ver al otro como participando de una cierta universalidad que se manifiesta jurídicamente en la regla común del derecho. Aunque, como veremos, dicha universalidad sufre de una paradoja que intentaré explicar para quizás poder resolverla: para poder garantizar la aplicación igualitaria de la regla del derecho a las minorías ha sido necesario, en un primer momento, designarlas como una categoría específica y romper, de ese modo, la universalidad de dicha

regla. Fue históricamente el caso de los esclavos, las mujeres, los protestantes, los judíos y más recientemente los homosexuales....

El dilema consiste en cómo “designar” sin “asignar” a las personas a una categoría que sirve para protegerlos (o para que alcancen la igualdad material) pero que al mismo tiempo las puede encerrar en una identidad (esencialista) no deseada. Dicho de otro modo:

¿Cómo reconocer la diferencia y trascenderla al mismo tiempo?

En ningún momento, el debate jurisprudencial se ha centrado en la creación de una regla propia a las personas LGBT sino simplemente en determinar si las mismas podían incluirse en el derecho común al hacer desaparecer, por ejemplo, la diferencia de géneros como *conditio sine qua non del ius nubendi* o si podía extenderse el criterio antidiscriminatorio de “genero” a la “orientación sexual” o la “identidad de género” como lo hizo el Tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) en el caso *Salgueiro contra Portugal* en 1999 al decir que « *la orientación sexual es una noción, sin duda alguna, cubierta por el artículo 14 del convenio* » o cuando el Tribunal de justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso *Cornwall* (1996) consideró que la categoría « sexo » de la directiva comprende la identidad de género o aun cuando en 1994 el comité de derechos humanos de la ONU entendió en el caso *Toonen v. Australia* que la palabra “sexo” del pacto de derechos civiles y políticos comprendía la orientación sexual.

El paradigma de la tolerancia conlleva la confidencialidad e implica una cierta invisibilidad pues se trata simplemente de respetar la *privacy*, vale decir la penumbra de la intimidad, dicho jurídicamente: la no interferencia del Estado en la esfera privada (aquí la sexualidad) de los ciudadanos; mientras que el paradigma del reconocimiento conlleva la visibilidad, el público reconocimiento....

En tal sentido la tolerancia constituye una respuesta a demandas de no interferencia en el ámbito privado, traducibles en términos de requerimientos de libertad negativa, mientras que el reconocimiento supone demandas de inclusión, vale decir libertades positivas (libertad matrimonial, derechos de filiación...) tuteladas por el derecho constitucional.

A partir de los fallos « *Dudgeon contra el Reino Unido* » del TEDH de 1981 y « *Obergefell contra Hodges* » de la Corte suprema de los Estados Unidos de 2015, intentaré demostrar la dificultad del paso del derecho penal (excepción) al derecho común (tanto constitucional como civil) cuando se trata no solo de tolerar, vale decir despenalizar una infracción, sino de reconocer jurídicamente la homosexualidad como fuente de derechos personales y familiares o por lo menos no hacer de la sexualidad disidente una barrera para el ejercicio de derechos fundamentales.

Entre el caso *Dudgeon* y el caso *Obergefell* treinta y cuatro años, vale decir casi una generación, fueron necesarios para poder pasar del paradigma de la tolerancia al del reconocimiento.

El argumento de la igualdad ha servido para entender que una institución del derecho civil como el matrimonio podía aplicarse a las parejas del mismo sexo (derecho a la vida familiar), mientras que el argumento de la protección de la *privacy* ha permitido simplemente tutelar la privacidad de individuos adultos capaces de consentir (derecho a la vida privada).

Despenalizar significa renunciar a castigar un comportamiento considerado hasta entonces como una infracción.

Influenciado por el pensamiento de Cesare Beccaria, los juristas de la Revolución francesa consideraron que los delitos sin víctimas, vale decir aquellos que no perjudican a nadie en particular como la blasfemia, la sodomía o el suicidio, aunque moralmente condenables, debían escapar a la sanción penal. En términos políticos ser tolerante implica renunciar a la utilización del aparato coercitivo del Estado para imponer por la fuerza una visión particular acerca de una cuestión controvertida a quienes piensan distinto.

Despenalizar la homosexualidad significa entonces soportar con indulgencia en los demás una cosa que se desapueba. Es simplemente permitir algo jurídicamente sin consentirlo moralmente.

Si con la Revolución francesa, el crimen de sodomía deja de ser sancionado penalmente, es solo en 1981 - luego de muchas décadas de un contencioso ante el TEDH - que los jueces de Estrasburgo consideraran contraria a la convención europea de derechos humanos la penalización de relaciones homosexuales entre adultos que consienten.

Debo aclarar que dicho análisis se refiere únicamente a la realidad jurídica de Occidente ya que la homosexualidad continúa siendo considerada un crimen en 69 países y en algunos de ellos con la pena capital como en Nigeria o Arabia Saudita.

De la tolerancia al reconocimiento, primer paso

Tras la Segunda Guerra Mundial, ninguno de los grandes instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos establecieron un mecanismo de protección contra la discriminación hacia gays y lesbianas, a pesar de haber sido dicho colectivo una víctima específica de la barbarie nazi : Ni *la Declaración universal de Derechos Humanos* de 1948, ni los *Pactos internacionales de 1966*, ni el *Convenio europeo de Derechos Humanos* de 1950, ni las Cartas regionales como la *Convención americana* de 1969 o la *Carta africana* de 1981 hacen referencia a la orientación sexual y hubo que esperar hasta el año 1994 para que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas establezca que la categoría "sexo" del Pacto de derechos civiles y políticos "sea considerada como comprendiendo también la orientación sexual".

A nivel europeo, los jueces de Estrasburgo harán posteriormente una interpretación análoga al Comité de la ONU en el fallo *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* del 21 de diciembre de 1999 en el cual señalan que "la orientación sexual es una noción, sin duda alguna, cubierta por el artículo 14 del Convenio".

Entre 1954 -cuando un ciudadano alemán víctima de los campos de concentración presentó la primera demanda ante la comisión europea de derechos humanos contra la ley penal de aquel país que condenaba la homosexualidad- y 1981 fueron necesarios veintisiete años¹ para que los jueces de Estrasburgo consideren que la sexualidad entre dos hombres mayores de veintiún años constituye una manifestación de la vida privada protegida por el artículo 8 del convenio. El registro de la tolerancia aparece explícitamente cuando el tribunal subraya que «*la despenalización no implica aprobación*»....

¹ La corte suprema de Estados Unidos demoro aun mas pues fue recién en 2003 (22 años después de la corte europea) cuando en el caso *Lawrence v. Texas* consideró que las leyes que prohíben la sodomía son inconstitucionales.

En la controversia entre los profesores Devlin y Hart sobre la posible despenalización de la homosexualidad en el Reino Unido a fines de los cincuenta, el primero consideraba que la «moral del hombre del autobús de Clapham» justificaba que se siguiese aceptando la homofobia de Estado. Hart de alguna manera acepta que la homosexualidad pueda ser considerada inmoral pero una cosa es afirmar que un sistema jurídico es inmoral si viola ciertas pautas establecidas por la moral y otra diferente es asumir que ese sistema ha de castigar toda inmoralidad. Según Carlos Nino, de la inmoralidad de un acto no se infiere, sin más, la moralidad o la necesidad moral de la pena por su ejecución [...] Por consiguiente, mantener que ciertos actos son inmorales pero que el derecho no está moralmente justificado para interferir con ellos, es una posición lógicamente coherente. La tolerancia jurídica puede perfectamente coexistir con la condena moral y en ese sentido resulta más fácil adoptar decisiones que protejan la vida privada que aquellas que permitan la consagración de la ciudadanía plena.

En ese sentido, tolerar resulta más fácil que reconocer, tolerar es jurídicamente hablando despenalizar, mientras que reconocer es admitir, es dejar entrar en el derecho común a quienes estaban hasta ahora simplemente tolerados.

Al hacer entrar en el derecho civil no solo el matrimonio en tanto que espacio legítimo de la sexualidad a la homosexualidad sino también en el derecho de las personas la identidad de género permitiendo cambiar el sexo jurídico de las partidas de nacimiento, el derecho abandona el paradigma de la tolerancia para entrar en aquel del reconocimiento en tanto que admisión en el espacio común del derecho constitucional y del derecho civil.

El reconocimiento de derechos fundamentales:

La cuestión del reconocimiento del derecho al matrimonio para las parejas homosexuales conmueve a los tribunales americanos desde hace más de cincuenta años. Cuando, en mayo de 1970, dos estudiantes universitarios, Richard Baker y James Michael McConnell, solicitaron la licencia matrimonial en Minneapolis para de contraer matrimonio. El empleado que debía atender su solicitud, Gerald Nelson, se la denegó porque ambos solicitantes eran del mismo sexo:

El caso *Obergefell* constituye el último eslabón de un largo y penoso contencioso judicial. En el caso *Obergefell*, los litigantes, catorce parejas del

mismo sexo y dos hombres cuyas parejas habían fallecido, demandaron a los Estados de Kentucky, Michigan, Ohio y Tennessee por prohibir los matrimonios homosexuales, al entender que dicha prohibición podía vulnerar la *equal protection clause* de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos en una doble vertiente: la del reconocimiento constitucional del matrimonio homosexual y la relativa al reconocimiento de dichos matrimonios en cualquier Estado.

La mayoría de la Corte Suprema sostuvo que había cuatro principios y tradiciones que demostraban que las razones para entender que el matrimonio era fundamental en la Constitución y se aplicaban con igual fuerza a las parejas heterosexuales que a las del mismo sexo: “La primera premisa de manifiesto en los precedentes relevantes de esta Corte es que el derecho a la elección personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de la autonomía individual. Esta conexión permanente entre el matrimonio y la libertad es la razón por la cual la prohibición del matrimonio interracial fue invalidado en *Loving* bajo la cláusula del debido proceso. [...] Un segundo principio en la jurisprudencia de esta Corte es que el derecho a contraer matrimonio es fundamental, ya que apoya la unión de dos personas como ninguna otra por su importancia para las personas comprometidas. La asociación íntima protegida por este derecho fue fundamental en *Griswold v. Connecticut*, que sostuvo que la Constitución protege el derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos. Del mismo modo, el tribunal explicó que “[l]as parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho que las parejas de distinto sexo para disfrutar de asociación íntima, un derecho que se extiende más allá de la mera ausencia de leyes que califican como delito penal las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo [Cfr. *Lawrence v. Texas*]”. Por otro lado, la Corte Suprema estadounidense agregó que “...el derecho a contraer matrimonio [...] protege a niños y familias y por lo tanto otorga significado adicional a los derechos conexos de crianza de los hijos, la procreación y la educación. Sin el reconocimiento, la estabilidad y la previsibilidad que ofrece el matrimonio, los niños sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera, inferiores. También sufren los costos significativos de ser criados por padres solteros, relegados a una vida familiar más difícil e incierta. Las leyes sobre el matrimonio cuestionadas en estos casos dañan y humillan a los hijos de parejas del mismo sexo”.

Conclusión

Salir del derecho penal de excepción y entrar en el derecho común implica una dialéctica específica en la cual la tolerancia aparece como la tesis, el reconocimiento como la antítesis y la indiferencia como la síntesis.

TESIS: TOLERANCIA

Como hemos podido demostrar, la despenalización corresponde a un sentimiento social de tolerancia. El verbo tolerar proviene del latín « tolerare » que significa aguantar, soportar (*tollere* quiere decir levantar) se trata entonces de tener una cierta indulgencia respecto de algo que no aprobamos. Es como si la sociedad cargase con el peso de la homosexualidad y en algún momento decide asumirlo no sin pena... La tolerancia presupone la existencia social de rechazo o reprobación inicial de una acción (homosexualidad) ya que se ve lesionada una convicción relevante en el sistema de valores de una mayoría. El peligro de la tolerancia aparece aquí claramente como un mandato a la discreción, una forma de armario jurídico.

ANTITESIS: RECONOCIMIENTO

La tolerancia es una concesión de quien otorga, mientras el reconocimiento implica la entrada en el derecho común: El verbo admitir proviene de *admittere* que significa recibir, aprobar (prefijo *ad* y *mittere* : enviar) pero dicho proceso no se puede realizar sin una fuerza política que se caracteriza por una organización colectiva (el movimiento LGBTIQ+) la cual implica una estrategia de la identidad como punto de apoyo de la palanca del cambio social, es decir que sin un movimiento LGBT organizado políticamente habría sido imposible alcanzar la igualdad (universalidad) pues como decía José Martí, los derechos no se piden, se arrancan y sin la fuerza política de un colectivo organizado no se podrían haber arrancado a la jurisprudencia dichos derechos....

SINTESIS: INDIFERENCIA

Quizás una manera de resolver la paradoja a la que hacía referencia al principio de mi ponencia (¿cómo reconocer la diferencia y trascenderla al mismo tiempo?) es considerar la cuestión en dos momentos. Un primer momento político en el cual resultaría necesaria una estrategia colectiva para luego, en un segundo tiempo, una vez lograda la igualdad, la misma produciría una trascendencia de la diferencia de tal modo que el reconocimiento se opera no tanto como aceptación

de una especificidad (identidad LGBTIQ) sino como banalización de la misma en el marco de la universalidad de los derechos humanos.

No se trata pues de reconocer la identidad de un colectivo LGBT como diferentes o pensar que el homosexual constituye un sujeto político (los gays no somos pueblos autóctonos) sino simplemente de banalizar la sexualidad de los individuos de tal manera que la misma, desprovista de signos distintivos propios, no constituya un obstáculo al ingreso a la regla del derecho común (constitucional o civil).

En materia de lucha contra la discriminación, la orientación sexual como la raza o el sexo constituye un criterio protegido y no una categoría. Es importante entender la diferencia: El criterio hace referencia a una situación (*factum*) y no implica, como la categoría, una calidad del sujeto discriminado (*esencia*), por ello no es necesario probar la homosexualidad del discriminado sino la suposición de la misma por quien discrimina.

La jurisprudencia ha evolucionado al ir abandonando progresivamente la tolerancia (mandato que envía a las personas LGBTI al closet) para reconocer en principio una especificidad protectora (como la categoría orientación sexual del derecho de la no discriminación) y luego la participación de la universalidad de la regla común del derecho. La Corte Suprema de los EEUU, aunque más lentamente, ha ido más lejos en el paradigma de la indiferencia pues reconoció el derecho al matrimonio mientras que el tribunal europeo recuerda que el artículo 12 del convenio consagra “el concepto tradicional del matrimonio, a saber, la unión de un hombre y de una mujer” y que no impone a los gobiernos la “obligación de abrir el matrimonio a las personas de mismo sexo”.

Me doy cuenta que debería haber denominado mi ponencia : De la tolerancia a la indiferencia....