

<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1850>

ATALA RIFFO VS. CHILE: LA HOMOSEXUALIDAD ENTRA A ESCENA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Regina Larrea Maccise¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) resolvió el pasado 24 de febrero el primer caso que trata a la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación. En éste, la CoIDH buscó determinar si los derechos a la igualdad, a la no discriminación, a la vida privada, a la vida familiar, a las garantías judiciales, a la protección judicial y los derechos del niño, en relación con la obligación estatal de respetar y garantizar, de la jueza Karen Atala Riffo y de sus tres hijas fueron violados durante el proceso de custodia que las cuatro enfrentaron, así como a través de la investigación disciplinaria realizada a la jueza Atala.²

En este artículo se abordará únicamente la discusión en torno a la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y el trato discriminatorio sufrido por la jueza Atala, fundamentado en la alegada protección del interés superior del niño –enfrentamiento recurrente en los casos de adopción y custodia de padres o madres gay-.

Hechos del caso

Karen Atala, jueza chilena, terminó su matrimonio y por mutuo acuerdo quedó a cargo de sus tres hijas. Posteriormente, la pareja de la jueza Atala –que era mujer– se mudó con ella y sus tres hijas. Meses después, el padre de las niñas demandó su custodia, por considerar que la orientación sexual de su madre y la vida que llevaba ponían en peligro su desarrollo emocional y físico –esto último por considerar mayor el riesgo de enfermedades de transmisión sexual. Además, solicitó la custodia provisoria, misma que le fue concedida, pues el juzgado de primera instancia alegó que la jueza Atala había alterado la rutina familiar al explicitar su orientación sexual y vivir con su pareja en el mismo hogar que sus hijas, privilegiando así sus intereses. Estimó que el padre presentaba argumentos más favorables al interés de las menores, considerando el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional. No obstante lo anterior, en la decisión de fondo, se negó la solicitud del padre, pues la orientación sexual de la jueza Atala no constituía un impedimento para desarrollar responsablemente su rol de madre, ni perjudicaba a las menores.

El padre apeló e interpuso una solicitud de no innovar, que fue concedida.³ Sin embargo, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia, acogiendo los mismos argumentos, y dejó sin efecto la orden de no innovar.

¹ Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y feminista. Twitter: @rlmaccise

² Sentencia disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

³ En razón de ello, la jueza Atala interpuso un recurso de queja. La Corte Suprema de Justicia resolvió que la Corte de Apelaciones no había incurrido en ninguna falta.

En respuesta a lo anterior, el padre de las niñas presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de Chile, en contra de la Corte de Apelaciones. La Corte Suprema resolvió, en una votación dividida de 3-2, concederle la custodia definitiva,⁴ basándose en el interés superior de las menores, y argumentó que: 1) no se valoró el deterioro del entorno de las menores desde que la pareja de su madre vivía en su hogar, lo que podría convertirlas en objeto de discriminación; 2) el testimonio de personas cercanas, como las empleadas domésticas, refería que las niñas demostraban confusión sobre la sexualidad de su madre; 3) la decisión de la madre de explicitar su orientación sexual evidenciaba que había antepuesto sus intereses individuales, y 4) la situación de la madre representaba un riesgo para el desarrollo integral de las menores, en tanto podría causarles confusión de los roles sexuales. Según la Corte Suprema, las menores tenían derecho a vivir en una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional.

Adicionalmente, el caso trascendió a algunos medios de comunicación, haciéndose mención de la orientación sexual de la jueza y de un supuesto uso indebido de los recursos del tribunal, razón por la cual se inició una investigación disciplinaria en su contra. Durante ésta se entrevistó a sus colaboradores y colegas sobre su orientación sexual. Esta información formó parte del informe final y de la resolución de la Corte de Apelaciones, en la que si bien no se sancionó lo relacionado con su vida privada, sí fue expuesto.

La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y el interés superior del niño

Al hacer el estudio de la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación, la Corte Interamericana repasó algunas consideraciones relativas a la igualdad y a la no discriminación. En términos normativos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana) establece, en su artículo 1.1⁵, la obligación de respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos previstos en la misma, a todas las personas, sin discriminación alguna por diversos motivos explícitos o cualquier otra condición social análoga. Asimismo, en su artículo 24⁶ establece el derecho a la igualdad ante la ley.

En relación con su jurisprudencia, recordó que: 1) la noción de igualdad se desprende de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad humana; 2) el principio de igualdad y de no discriminación constituye *ius cogens*, y sobre él descansan los órdenes jurídicos nacional e internacional; 3) los Estados deben abstenerse de realizar acciones discriminatorias de hecho o de derecho; 4) la prohibición anterior se extiende a las leyes estatales y su aplicación; 5) los Estados están obligados a adoptar medidas que reviertan o cambien situaciones discriminatorias existentes, y 6) los tratados de derechos humanos son

⁴ Es importante mencionar que el recurso de queja es un juicio disciplinario en contra de quienes desempeñan funciones jurisdiccionales, y no uno en el que se discute el fondo de un asunto resuelto en instancias inferiores. Uno de los argumentos de los representantes ante la Corte Interamericana fue justo que el recurso de queja no constituía un medio idóneo para que la Corte Suprema revocara la sentencia de segunda instancia.

⁵ Artículo 1.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁶ Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

instrumentos vivos, que deben interpretarse conforme a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

Así, el artículo 1.1, al incluir la expresión “cualquier otra condición social”⁷, no establece una lista exhaustiva de las condiciones por las cuales las personas pueden ser discriminadas. Dicha expresión debe ser interpretada según el principio de la norma más favorable al ser humano y la evolución de los derechos humanos en el derecho internacional.

En cuanto al estado de la discusión en el derecho internacional, de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 14⁸ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades, pues constituye una característica personal innata o inherente a la persona⁹ –similar a aquéllas que explícitamente se protegen.

En el Sistema Universal, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales han también considerado a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación.¹⁰ El primero considera que la categoría “sexo” incluye

⁷ La cláusula de no discriminación prevista en el artículo 1, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es similar: Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

⁸ Artículo 14. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

⁹ Hay que advertir que este enfoque es peligroso, pues considerar que las personas no pueden ser discriminadas sólo por aquellas características que no eligen puede llevar a consecuencias muy perjudiciales, y contrarias a lo que el derecho a la igualdad y la no discriminación buscan proteger. Esto es, ¿si las personas decidiéramos en todo caso conscientemente quién nos atrae, en qué sexo situamos nuestro deseo sexual, ésta decisión no debe ser protegida por el derecho? Si la respuesta es negativa, con base en el enfoque aquí discutido, ¿no se estaría partiendo de una concepción de naturaleza, o de lo correcto, o de lo que debe ser para todos y todas en cuanto a quién desear? Y, entonces, ¿será que la protección contra la discriminación tiene que ver con la protección de lo que las personas deciden, y no sólo de las consecuencias perjudiciales socialmente impuestas a lo que no deciden?

¹⁰ Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[...]

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

a la orientación sexual de las personas. El segundo considera que la orientación sexual puede enmarcarse dentro de la frase “bajo otra condición social”.

Con base en lo anterior, la Corte Interamericana concluye que tanto la orientación sexual como la identidad de género constituyen categorías protegidas por la Convención Americana:

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

Al analizar las resoluciones del juzgado de primera instancia y de la Corte Suprema, la Corte Interamericana advirtió que la orientación sexual de la jueza Atala fue central en ambas, lo que se traduce en una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, consideró que dicha diferencia de trato fue discriminatoria pues los argumentos supuestamente basados en el interés superior de las niñas –la discriminación social, la confusión de roles sexuales, el privilegio de los intereses de la madre sobre los de las hijas, y el derecho a una familia normal y tradicional– no lograron probar una afectación concreta.

La Corte Interamericana precisó que para determinar el interés superior del niño en los casos de custodia debe partirse de la evaluación de los comportamientos parentales concretos y de su impacto probado y no especulativo en el desarrollo de las y los menores.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

La Corte concluyó que las decisiones analizadas se basaron en argumentos abstractos, estereotipados y discriminatorios, constituyendo así un trato discriminatorio en contra de la jueza Atala.