

**desde**

**la ley**



## **Karen Atala vs. la heteronormatividad: reflexiones más allá de la discriminación por orientación sexual**

Alma Beltrán y Puga

**E**l 17 de septiembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) una demanda por el caso Karen Atala e hijas, en contra del Estado de Chile, en virtud del trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial, que provocaron la pérdida de la custodia y cuidado de sus dos hijas.<sup>1</sup> Asimismo, la Comisión consideró que el Estado de Chile también incurrió en responsabilidad internacional por la falta de observancia del interés superior de las niñas, en virtud de los prejuicios discriminatorios que menoscabaron la protección especial de las hijas de la señora Atala.

El caso *Atala* es particularmente relevante ya que es la primera ocasión en que la Comisión decide un caso sobre discriminación por orientación sexual, considerando que cualquier diferencia de trato basada en la identidad sexual de una persona es *sospechosa* y está en principio prohibida por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). El caso se inscribe en el debate internacional y nacional sobre el respeto a la diversidad cultural y el reconocimiento de los derechos de las personas lesbianas, gays, transexuales, transgénero, bisexuales y *queer* (LGTBQ), así como de los derechos humanos *vs.* la heteronormatividad defendida por los grupos políticos conservadores y la Iglesia (principalmente la católica). Este debate, que actualmente impera en los congresos y tribunales de las sociedades democráticas latinoamericanas,

<sup>1</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos contra el Estado de Chile (en adelante "Demanda de la Comisión"), caso 12.502, Karen Atala e hijas *vs.* el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010, párr. 1.

implica reconocer que hay personas cuya orientación sexual es diversa a la heterosexual y que tienen derecho a elegir su identidad sexual y manifestarla, sin ser *sujetos de discriminación*, sino más bien por ser *sujetos de derechos*.

La discriminación es endémica en las sociedades americanas. En Latinoamérica, la influencia de la Iglesia católica, los resabios de la colonización y de las dictaduras han hecho particularmente difícil el desarrollo de sociedades igualitarias, plurales e incluyentes.

En Chile, como en Latinoamérica, la discriminación por razones de raza, etnia, sexo, clase y orientación sexual continúa latente en el derecho, la cultura y, como se verá, las sentencias judiciales.

Además de visibilizar la discriminación persistente en Chile en contra de las personas con orientación sexual distinta (a la heterosexual), el caso de Karen Atala dará oportunidad a la Corte de pronunciarse por primera vez sobre si este tipo de discriminación es incompatible con la CADH y si debe ser sometida a un *escrutinio estricto* por los tribunales internacionales cuando se hagan este tipo de diferenciaciones en las leyes de un país o en su aplicación por las autoridades estatales. De igual forma, puede constituir un precedente regional importante en la jurisprudencia internacional de derechos humanos respecto del reconocimiento de derechos de las personas LGBTQ a su identidad sexual, como un componente esencial de su vida privada y sin menoscabo de su vida familiar.

En su informe de fondo sobre el caso,<sup>2</sup> la Comisión concluyó que el Estado de Chile es responsable por la violación a los derechos a la igualdad y no discriminación; privacidad y vida familiar, garantías y protección judicial de la señora Karen Atala; así como por la falta de protección especial de las niñas, como lo exige la CADH,<sup>3</sup> ratificada por el Estado de Chile. Por lo tanto, la Comisión recomendó al Estado reparar el daño a la señora Atala y adoptar las medidas para garantizar que los hechos no se repitan, incluidas medidas legislativas, políticas públicas y programas para eliminar la discriminación por orientación sexual en el ejercicio del poder público. El caso se envió posteriormente a la Corte por el incumplimiento del Estado de las recomendaciones realizadas por la CIDH en su informe de fondo.

<sup>2</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 139/09, caso Karen Atala e hijas, 18 de diciembre de 2009, citado en la Demanda de la CIDH ante la Corte.

<sup>3</sup> *Cfr.* artículos 11, 17, 19, 8 y 25 en relación con el 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este ensayo narra el recorrido del caso desde que la señora Atala y sus abogadas (en adelante las peticionarias) presentaron la demanda ante la Comisión, hasta su envío a la Corte. En primer lugar, se contextualiza el caso en el debate cultural contemporáneo en Latinoamérica y en Chile sobre la diversidad sexual y los modelos tradicionales de familia. Después de abordar los hechos del caso que dieron origen a la demanda, se analizan los derechos humanos implicados en el caso (principalmente los derechos a la igualdad y la no discriminación, privacidad y protección judicial) comprendidos en la CADH, y el incumplimiento del Estado chileno de sus obligaciones internacionales para respetarlos. Por último, se exploran los posibles desenlaces del caso: la condena o absolución por la Corte Interamericana al Estado de Chile y sus consecuencias en el ámbito interno. Asimismo, el ensayo examina la relevancia que este caso tiene para los derechos de las personas que se encuentran *más allá de la heteronormatividad*, y sus potenciales contribuciones en el desarrollo de una jurisprudencia de género en América.

### **Chile y el debate cultural contemporáneo: ¿familias heterónomas o familias diversas?**

Las olas democráticas de las últimas décadas (1980-1990) no han significado sólo dejar atrás las dictaduras, sino también salir del *closet* de la heteronormatividad (Corrales y Pechenery 2012), entendida como la tendencia de las sociedades a organizar las relaciones sociales y el diseño normativo con base en un ideal de sexualidad y reproducción heterosexual. En las sociedades heteronormativas (se identifican típicamente con aquellas que sólo legitiman modelos tradicionales de familia), la heterosexualidad se constituye en la norma bajo la cual se regulan las conductas sexuales, morales y legales (Vaggione 2008).<sup>4</sup>

La heteronormatividad sólo reconoce las categorías binarias tradicionales de sexualidad (masculina/femenina) y la *complementariedad natural* de los sexos (hombre + mujer) como núcleos legítimos de familias, dignos de reconocimiento y protección estatal. En este esquema, como lo anota Juan Marco Vaggionne: "A las personas LGTBQ se les ubica en los márgenes de la defini-

<sup>4</sup> Explica cómo la concepción tradicional de familia es heteronormativa y cómo las personas LGBT se ubican al margen de la misma, cuestionando dichas concepciones tradicionales.

ción de familia y son 'toleradas' siempre y cuando mantengan sus vínculos familiares en la invisibilidad e ilegalidad" (Vaggione 2008: 16).

Además de la intolerancia a la diversidad sexual, otro elemento común de este tipo de sociedades es que la sexualidad está entendida en función de su vínculo con la reproducción. Las mujeres son definidas en virtud de su capacidad de reproducción, sujetas al control masculino, y asignándoseles primordialmente roles asociados a la maternidad y al cuidado de los hijos/as. Por lo mismo, las parejas del mismo sexo se ven como la "negación de estas capacidades" (Vaggione 2008: 16).

El derecho, en todas sus ramas (como la civil, constitucional y penal), ha sido influido por la heteronormatividad y las categorías dicotómicas de masculino/femenino, lo que ha facilitado la exclusión de la personas con orientación sexual distinta del ámbito jurídico (Olsen 1990).<sup>5</sup> Como lo señala Nancy Fraser, las sexualidades diversas son *menospreciadas* por el derecho (Fraser 1997). La construcción y aplicación de las normas privilegian la heterosexualidad y fomentan la homofobia, entendida como "la devaluación cultural de la homosexualidad" (Fraser 1997: 29).

La heteronormatividad, en el fondo, es un esquema de dominación (moral, legal, cultural y simbólico), donde las personas y familias que encuadran en el modelo tradicional heterosexual son privilegiadas y reconocidas por el derecho y el Estado, y las que no, son excluidas. A la heteronormatividad le incomoda la diversidad porque cuestiona la heterosexualidad como requisito indispensable para la formación de parejas y la procreación, y por ello discrimina y margina a las personas con orientación sexual diferente.

En este sentido, pone en situaciones de riesgo a las personas que no cumplen con modelos tradicionales de familia, promoviendo la discriminación, la violencia, la exclusión, la migración forzada, la criminalización y, consecuentemente, la negación de sus derechos humanos, por el hecho de tener una orientación sexual diferente y manifestarla en público.

Por lo tanto, varias organizaciones y organismos de derechos humanos han enfatizado que la discriminación por orientación sexual es una violación a los derechos humanos comprendidos en los tratados internacionales, y se han emitido declaraciones internacionales que establecen el derecho a

<sup>5</sup> Olsen proporciona una explicación de cómo el derecho se ha estructurado con base en dicotomías que asumen la inferioridad femenina y la superioridad masculina, adoptándose el modelo heteronormativo.

manifestar / expresar la orientación sexual como un derecho humano, entre el ámbito de derechos sexuales protegidos (International Council on Human Rights Policy 2009: 8-11).<sup>6</sup> La Organización de Estados Americanos (OEA) ha emitido recientemente dos resoluciones manifestando la preocupación "por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género".<sup>7</sup> Asimismo, la violencia y discriminación contra las personas LGBTQ han sido denunciadas tanto por los movimientos feministas como por los movimientos por la diversidad sexual (Vaggione 2008).

A nivel nacional, las transiciones democráticas han abierto nuevos espacios para el diálogo sobre la diversidad cultural y la identidad sexual, cuestionando los cánones de la heteronormatividad de los antiguos regímenes autoritarios. En años recientes, gracias al fuerte impulso de los movimientos sociales que abogan por la diversidad sexual, varios países de la región han emitido legislación y políticas públicas que reconocen los derechos de las personas LGBTQ a la no discriminación, a contraer matrimonio y a acceder a pensiones, herencias y beneficios de salud. Entre ellos están Uruguay, Argentina, México y Colombia. En los dos últimos casos, los tribunales constitucionales han avalado el matrimonio o las familias formadas por parejas del mismo sexo.<sup>8</sup>

Sin embargo, los progresos en la región hacia el reconocimiento de la diversidad sexual no han sido uniformes, y aún persisten la homofobia

<sup>6</sup> Entre las declaraciones e iniciativas internacionales contemporáneas con impacto global destacan: los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación a la identidad sexual y de género ("Principios de Yogyakarta"), la Declaración de la International Planned Parenthood Federation (Declaración de IPPF), la Campaña para crear una convención sobre derechos sexuales y reproductivos en América Latina y la Iniciativa de derechos sexuales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Estas iniciativas, si bien denotan la cada vez más estrecha relación de la sexualidad y los derechos humanos, tienen una aproximación diferente al tema central de la identidad sexual y el género. Para una revisión crítica de estas iniciativas, *cf.* International Council on Human Rights Policy.

<sup>7</sup> OEA, Resoluciones AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) y AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobadas el 3 de junio de 2008 y 4 de junio de 2009, respectivamente.

<sup>8</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, México, 16 de agosto de 2010; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-029, 28 de enero de 2009, juez Rodrigo Escobar Gil.

y la discriminación hacia las personas LGTBQ, como lo demuestran las encuestas del Barómetro de las Américas<sup>9</sup> y los altos índices de violencia contra las minorías sexuales documentados en varios países por la Comisión Interamericana.<sup>10</sup>

En Latinoamérica, la heteronormatividad ha sido el modelo clásico de familia adoptado por la ley. Varias legislaciones civiles de la región establecen que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer con fines de procreación y ayuda mutua.<sup>11</sup> Asimismo, la mayoría de los países del Caribe sancionan las relaciones homosexuales consensuadas entre adultos o penalizan la sodomía; Costa Rica y Nicaragua prohíben la "sodomía escandalosa" (Ottinson 2006). También en Chile, hasta el año 1999, la sodomía era penalizada.<sup>12</sup>

La heteronormatividad ha sido defendida históricamente en Latinoamérica por la Iglesia católica y los grupos conservadores. La Iglesia se ha

<sup>9</sup> Los resultados de las encuestas de opinión pública del Barómetro de las Américas indican, por ejemplo, que en la mayoría de los países de América Latina, excepto México, Brasil y Uruguay, 60% de la población no está de acuerdo en que las personas homosexuales sean candidatos/as en elecciones políticas. Cfr. encuesta realizada por la Universidad de Nashville, Tennessee en toda América (2006-2007), citada en *The Politics of Sexuality*, p. 11.

<sup>10</sup> En los últimos años, las audiencias concedidas por la CIDH para escuchar la situación de sobre discriminación y violencia contra las personas y minorías sexuales en Latinoamérica han proliferado. Cfr. CIDH, audiencias sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en Haití, 141º periodo de sesiones, 25 de marzo de 2011; Discriminación contra la población transexual, transgénero y travesti en Brasil; Los crímenes de odio contra miembros de la comunidad LGBTQ e impunidad en Centroamérica; Medidas punitivas y discriminación en razón de la identidad sexual en países del Caribe, 140º periodo de sesiones, 25 y 26 de octubre de 2010; Situación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero en Colombia y Ausencia de regulación de uniones civiles homosexuales, 137º periodo de sesiones, 5 y 6 de noviembre de 2009. Audios en: <http://www.cidh.oas.org/prensa/publichearings/Advanced.aspx?Lang=ES>

<sup>11</sup> Cfr. Códigos Civiles de Guatemala (artículo 11.a); Honduras (artículo 45, respecto de la unión civil de hecho) y Nicaragua (artículo 94).

<sup>12</sup> El 4 de enero de 2011, el Tribunal Constitucional de Chile rechazó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal que sanciona las relaciones homosexuales sin consentimiento entre personas menores de 18 años. Sin embargo, este fallo *histórico*, que consideró constitucional la legislación actual sobre la sodomía, ha sido considerado como discriminatorio por el movimiento por la diversidad sexual en Chile, ya que validó la edad de aprobación de las relaciones homosexuales entre hombres de 18 años, mientras que, para las mujeres homosexuales y parejas heterosexuales, la edad permitida es de 14 años. Cfr. MOVILH, comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Sodomía, en: [http://www.movilh.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=492&Itemid=12#estudios](http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=492&Itemid=12#estudios). La sentencia del Tribunal Constitucional puede consultarse en la misma página.



opuesto con frecuencia al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en la región (es decir, a la distribución de métodos de planificación familiar, la educación sexual de las personas adolescentes, la despenalización del aborto y la regulación de la reproducción asistida [Lemaitre 2009]). En virtud de su concepción heterónoma de familia, la Iglesia también ha sido una de las principales opositoras de la legalización de los matrimonios entre las parejas del mismo sexo en Argentina, México y Colombia, argumentando que "la homosexualidad viola la ley moral natural, el designio de Dios, daña a la sociedad y perjudica la institución del matrimonio" (Lemaitre 2009: 287).

En Chile, la Iglesia se ha opuesto a la distribución de la píldora anticonceptiva de emergencia y la despenalización del aborto, inclusive cuando el embarazo es producto de una violación o por razones de salud de las mujeres. Asimismo, en el 2004, cuando se reformó el artículo 102 del Código Civil de Chile que definía el matrimonio "como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente", la Iglesia rechazó las reformas civiles que permitieron el divorcio con argumentos religiosos que negaban el pluralismo de modelos de familia.

No obstante el fuerte peso que todavía tiene la Iglesia católica en Chile en el debate cultural y jurídico en materia de sexualidad y reproducción, en los últimos años ha habido importantes reformas legislativas en el derecho familiar en el país que denotan un avance hacia la igualdad y la democratización de las relaciones familiares. Como lo apunta Lidia Casas (2009), si bien las reformas recientes a la ley de filiación, violencia familiar y adopción han significado mayor igualdad en las responsabilidades entre hombres y mujeres, el orden legal chileno ha legitimado un modelo heterosexual de familia. En este sentido, "esa familia parecía representar sólo aquellas uniones que se dan en torno al matrimonio, las otras uniones eran irregulares. Para algunos reconocer a todos los hijos con iguales derechos que los 'legítimos', se traduciría en una desprotección o menoscabo a la familia-matrimonio, la familia legítima" (Casas 2009: 104-105).

En Chile, como en otros países de Latinoamérica, el derecho también se ha visto influenciado por la heteronormatividad, y continúan las resistencias jurídicas y culturales para imaginar modelos diversos de familias. En los libros de derecho constitucional, se define la familia como "el tipo de sociedad más primigenia y connatural al hombre", siendo el "conjunto de personas que viven bajo un mismo techo, sometidas a la dirección y con

los recursos del jefe de la casa. Al hablar de familia es fácil imaginar a un hombre y una mujer unidos por sentimientos mutuos. Probablemente de esta unión nacerán los hijos" (Vivanco 2002: 78).

El caso de Karen Atala se inserta en el debate cultural de heteronormatividad *vs.* la diversidad contemporánea, pues justo cuestiona si el único modelo legítimo de familia que debe reconocer el sistema jurídico, y el chileno en particular, es el de la familia heterosexual. ¿Es legítimo que a una mujer que ha reconocido en público su homosexualidad se le niegue la custodia de sus tres hijas? ¿Bajo qué parámetros las autoridades judiciales de un país pueden decidir si una persona está mejor capacitada que otra para ser padre o madre? ¿Es válido que los jueces consideren que la orientación sexual de un padre o una madre es un elemento fundamental en las decisiones de custodia, adopción y tutela de su progeñie? ¿Cómo operan los prejuicios y los estereotipos sobre la identidad sexual en la aplicación de la ley? ¿Qué modelo de familia privilegian?

### Los hechos del caso

La señora Atala, abogada y jueza chilena, contrajo matrimonio con el señor López en 1993 y tuvo dos hijas producto de esa unión. En el 2002 se divorciaron, y la custodia de las niñas, por mutuo acuerdo de ambos, quedó a cargo de la señora Atala, con visitas semanales de las niñas a la casa del señor López. Después del divorcio, la señora Atala inició una relación con una persona de su mismo sexo, quien se mudó a vivir con ella y sus hijas. En el 2003, el señor López interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarica, Chile, por considerar que la señora Atala no se encontraba capacitada para cuidar de sus hijas dada su "nueva opción de vida sexual y convivencia lésbica con otra mujer",<sup>13</sup> la cual, en su opinión, constituía un serio peligro emocional y físico para las niñas, como el riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual. La señora Atala argumentó que los alegatos hechos sobre su identidad sexual "nada tienen que ver con mi rol y función de madre",<sup>14</sup> que debían quedar fuera de la *litis* del juicio.

El Código Civil de Chile, en el caso de separación de los padres, otorga a la madre cuidado personal de los/as hijos/as, y sólo en caso de que se

<sup>13</sup> CIDH, Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende ante el juzgado de letras de menores de Villarica, citada en Demanda de la Comisión, párr. 41.

<sup>14</sup> *Ibid*, párr. 42.

deban proteger sus (por malos tratos, descuido u otra causas calificadas) el juez deberá entregar su cuidado al padre.<sup>15</sup> Sin embargo, el juez titular de letras de menores de Villarica concedió la tuición provisional de las niñas al padre. No obstante el reconocimiento expreso de dicho juez de que no habían elementos para sustentar causas calificadas para inhabilitar a la señora Atala de la tuición de sus hijas, consideró que: "el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia".<sup>16</sup> El juicio de tuición recibió gran cobertura en periódicos de circulación nacional como *El Mercurio* y *La Nación* (Valenzuela 2004).

El 13 de mayo de 2003, Karen Atala solicitó la inhabilitación de dicho juez para seguir conociendo del caso, con el argumento de que su resolución estaba fundada en prejuicios discriminatorios y en un modelo de sociedad que no valora el pluralismo y la diversidad. En virtud de la inhabilitación del juez, la jueza subrogante del juzgado de letras menores de Villarica dictó sentencia en el caso, estableciendo que "la orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable",<sup>17</sup> pues no se acreditaron hechos que perjudicaran el bienestar de las niñas, ni pruebas de malos tratos u otras causas de inhabilitación justificadas. Consecuentemente, el tribunal ordenó la entrega de las niñas a la señora Atala el 18 de diciembre de 2003.

El 11 de noviembre de 2003, el señor López apeló la sentencia y argumentó que el cumplimiento de la misma implicaría "un cambio radical y violento del *statu quo* actual de las menores".<sup>18</sup> La Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia apelada, avalando las consideraciones de la jueza de primera instancia. Por lo tanto, el señor López interpuso un recurso

<sup>15</sup> Cfr. artículo 225 del Código Civil de Chile que dispone: "Si los padres viven separados, a la madre le toca el cuidado personal de los hijos [...]. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres [...]"

<sup>16</sup> Resolución de la demanda de tuición provisoria por Luis Humberto Toledo Obando, juez titular del juzgado de letras de menores de Villarica, 2 de mayo de 2003, citado en CIDH, Demanda de la Comisión, párr. 48.

<sup>17</sup> Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, jueza subrogante, juzgado de letras de Villarica, 29 de octubre de 2003, citada en CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, caso 12.502, 23 de julio de 2008, párr. 17.

<sup>18</sup> El señor López interpuso tanto un recurso de apelación como una orden provisional de no innovar con estos argumentos; CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, párr. 18.

de queja ante la Corte Suprema de Justicia, argumentando que los jueces habían incurrido en un grave error al otorgar la tuición a la madre, ya que su decisión "de hacer pública su orientación sexual provocaba daños en el desarrollo integral y psíquico, y en el ambiente social de las niñas".<sup>19</sup> Solicitó asimismo que se le concediera el cuidado provisional de sus hijas.

La Corte Suprema de Justicia falló la sentencia definitiva del caso el 31 de mayo de 2004. En un voto dividido de tres contra dos, concedió la tuición definitiva al padre. La sentencia concluyó:

Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitivo como del cuaderno de tuición provisorio, que se ha tenido a la vista, respecto del deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido. [...] Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto del cual deben ser protegidas.<sup>20</sup>

La Corte estimó que las niñas se encontraban en una "situación de riesgo" que las ponía en un estado de vulnerabilidad en su medio social, expondiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación, y afectando su desarrollo personal. En consecuencia, la Corte Suprema concluyó que los jueces inferiores incurrieron en una falta grave al no apreciar "el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que les es propio".<sup>21</sup>

La señora Karen Atala y sus abogados presentaron el 24 de noviembre de 2004 una petición ante la Comisión Interamericana alegando en particu-

<sup>19</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, párr. 19.

<sup>20</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, citada en CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, párrs. 20-21.

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, citada en CIDH, Demanda de la Comisión, párr. 63.

lar que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que revocó la custodia de sus tres hijas, violaba sus derechos humanos a la igualdad y privacidad por fundarse en prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual.<sup>22</sup>

### Apelando a la justicia internacional

Karen Atala no es la primera mujer chilena que toca las puertas de la Comisión Interamericana alegando discriminación e invasión de la privacidad por el Estado. La Comisión admitió en 2003 el caso de Sonia Arce Esparza, quien argumentó que la legislación civil de Chile era discriminatoria porque le negaba la posibilidad de administrar los bienes de la sociedad conyugal sin el consentimiento de su marido.<sup>23</sup> La Comisión declaró admisible el caso por posibles violaciones a los derechos a la igualdad, vida familiar y garantías judiciales protegidos en la Convención Americana, y reiteró que "la existencia de una legislación que incluya distinciones basadas en la condición personal puede de por sí caracterizar una posible violación"<sup>24</sup> de dicha Convención.

Posteriormente, la Comisión recibió el caso de una mujer lesbiana, denominada "X" (se guardó la identidad de la víctima a su solicitud), por abuso policial e injerencias arbitrarias en la acusación e investigación penal en virtud de su relación homosexual con la señora Y.<sup>25</sup> Ambos casos se resolvieron por acuerdos de solución amistosa,<sup>26</sup> por lo que la Comisión no emitió un informe de fondo. En el caso de "X", el Estado emitió disculpas formales a la peticionaria "por los hechos denunciados y las consecuencias que estos tuvieron en su vida e intimidad personal y familiar", y se com-

<sup>22</sup> La petición ante la CIDH alega de igual forma la violación a los derechos de Karen Atala a la integridad personal, honra y dignidad, privacidad, vida familiar y garantías judiciales, protegidos en la Convención Americana, así como la violación a los derechos de los niños protegidos en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de los Niños. CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08.

<sup>23</sup> CIDH, Informe No. 59/03, Sonia Arce Esparza (Chile), 10 de octubre de 2003.

<sup>24</sup> *Ibid.* párr. 33.

<sup>25</sup> CIDH, Informe 81/09, Solución Amistosa X (Chile), 16 de agosto de 2009.

<sup>26</sup> La solución amistosa es una de las posibles alternativas de resolución de casos ante la Comisión Interamericana. Las peticionarias y el Estado realizan una negociación y firman un acuerdo *amistoso* con el Estado ante la Comisión, quien sigue el cumplimiento del mismo. *Cfr.* artículos 48.f, 49 y 50 de la Convención Americana donde se establece esta figura.

prometió a adoptar medidas administrativas concretas para garantizar que dichos hechos no se volvieran a repetir.<sup>27</sup>

El caso de Karen Atala toca de nuevo, de forma contundente, dos temas trascendentales para los derechos de las mujeres y de las personas con orientación sexual diferente: la no discriminación y el derecho a la privacidad. En su petición a la Comisión,<sup>28</sup> Karen Atala argumentó que el fallo de la Suprema Corte de Justicia fue discriminatorio por haberse fundado exclusivamente en su orientación sexual, basándose en prejuicios y estereotipos estigmatizantes de la homosexualidad y no en otros elementos de inhabilidad legal para revocar la tuición de sus hijas. Asimismo, alegó que el Estado invadió su vida privada y familiar de forma injustificada, ya que la Corte Suprema optó por la medida más restrictiva (la total separación de las niñas de su madre), en lugar de adoptar otras medidas proporcionales y razonables, sin tomar tampoco en cuenta el interés superior de sus hijas, en contravención de los parámetros internacionales.

Por su parte, el Estado argumentó que la Comisión no tenía competencia para revisar el caso por ser una *cuarta instancia*, y que la sentencia de la Corte Suprema cumplió con las normas internacionales, ya que se basó en la protección del interés superior de las niñas, pues, de acuerdo con las pruebas del juicio, "el comportamiento de la madre que optó por iniciar una convivencia con una pareja de su mismo sexo con quien pretendía criar a sus hijas, se estimó inconveniente para la formación y riesgoso para el desarrollo de los menores en el actual contexto de la sociedad chilena".<sup>29</sup> El Estado adujo además que, en estos casos, los derechos de las niñas prevalecen sobre los de la madre, por lo que no hubo una denegación de justicia para la señora Atala.

A diferencia de los casos de Sonia Arce y X, que se resolvieron por la vía de la solución amistosa, la Comisión realizó un análisis de fondo en el caso de Karen Atala, examinando si el proceso de custodia por las autoridades judiciales se llevó a cabo de conformidad con los estándares internacionales en derechos humanos, respetándose los principios de igualdad y no discriminación, privacidad, vida familiar, debido proceso y protección especial de las niñas establecidos en los artículos 8.1, 11.2, 17, 19, 24 y 25, en conexión con el 1.1 y 2 de la CADH.

<sup>27</sup> CIDH, Solución Amistosa X, párr. 21.

<sup>28</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad 42/08, párrs. 26-28.

<sup>29</sup> *Ibid.*, párr. 35.

La relevancia del caso también subyace en que la Comisión consideró que en los procesos de custodia, si bien es razonable que las autoridades judiciales analicen diversos factores relativos a la capacidad de la madre o del padre de ejercer la custodia de sus hijas para proteger el interés superior de las niñas —como, por ejemplo, la vida privada, sexual y afectiva de las personas involucradas—, debe hacerse de conformidad con los parámetros internacionales. En este escenario, la orientación sexual del padre o madre no puede ser un factor decisivo para determinar la custodia de sus hijos/as. En el caso concreto, la Comisión enfatizó que "la orientación sexual de una persona, no es un criterio relevante para determinar la capacidad de ejercer la custodia de sus hijos, ni ella constituye un riesgo para los mismos".<sup>30</sup>

En su informe de fondo, la Comisión "concluyó que el Estado de Chile violó el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 8(1), 11(2), 17 (1), 19, 24 y 25, en conexión con el 1(1) Convención Americana",<sup>31</sup> por las razones que se analizarán a continuación.

### **La discriminación por orientación sexual como *categoría sospechosa***

Históricamente, al igual que las mujeres y las personas afrodescendientes, las personas con orientación sexual diferente han sido discriminadas y objeto de persecución, utilizándose diversas razones morales, sociales, religiosas y científicas, entre otras, para justificar la exclusión social y la falta de igualdad de trato. Las teorías jurídicas contemporáneas de la igualdad, en especial las que se han ocupado de analizar los dilemas sobre la identidad y la diferencia sexual, debaten hoy día cuáles serían las mejores formas de abordar la discriminación que ocurre "más allá de las formas deliberadas de exclusión" (Goldberg 2012).<sup>32</sup> En este sentido, los grupos históricamente marginados enfrentan una discriminación estructural o sistémica, muy arraigada en patrones, estereotipos y prejuicios en el contexto social que habitan (*vid.* Cook y Cusack 2012). Por lo regular, los sistemas de justicia

<sup>30</sup> CIDH, Demanda de la Comisión, párr. 114.

<sup>31</sup> *Ibid.*, párr. 23.

<sup>32</sup> Goldberg explica cómo la metodología de la comparación utilizada por el Poder Judicial en Estados Unidos no es un buen parámetro para abordar la amplia gama de discriminaciones estructurales, sistémicas y por identidad en el ámbito laboral, especialmente las que se dan por razón de orientación sexual y sexo.

nacionales toleran (y refrendan) esta discriminación, por lo que los grupos marginados, como las minorías sexuales, enfrentan la discriminación no sólo en sus efectos sociales, sino también estatales.

Ante esta problemática, la jurisprudencia del sistema interamericano se ha ocupado cada vez más de atender las demandas de igualdad realizadas por grupos y minorías marginadas, afectadas por patrones institucionales de discriminación y violencia (Abramovich 2009: 7-37). La Corte Interamericana ha establecido como incompatible a la igualdad "toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos".<sup>33</sup> Así, el principio de igualdad y no discriminación constituye un eje fundamental de los instrumentos y del sistema interamericano.

La CADH establece tanto el derecho de igualdad ante la ley de todas las personas (artículo 24), como la obligación de los Estados de no discriminar en el ejercicio y aplicación de los derechos humanos (artículo 1.1). Particularmente, el artículo 1.1 de la Convención establece que se debe garantizar que las personas no sean discriminadas "por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social".

En su jurisprudencia, la Corte Interamericana, con base en *las categorías*<sup>34</sup> establecidas por el artículo 1.1, define la discriminación como:

[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en diversos motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con al Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, (1984), párr. 55.

<sup>34</sup> Cabe anotar que la Corte Interamericana no se ha pronunciado en ningún momento respecto de que estas *categorías* sean *sospechosas*.

<sup>35</sup> Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18, 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 92. La definición de la Corte está basada en la definición de discriminación de la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como en las interpretaciones del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



Sin embargo, la Corte ha considerado que no todas las diferencias de trato están vedadas. Si se realizan sin contar con bases *objetivas y razonables*, es decir, bajo parámetros arbitrarios, entonces constituyen discriminación.<sup>36</sup> El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha pronunciado en el mismo sentido.<sup>37</sup>

Partiendo de estos principios, la Comisión estableció en el caso de Karen Atala que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de las cláusulas prohibidas de discriminación del artículo 1.1 de la CADH, incluida dentro de la frase "otra condición social".<sup>38</sup> Resulta relevante que, a pesar de no estar *expresamente* mencionada en los tratados internacionales de derechos humanos, la Comisión haya considerado que la orientación sexual es una *categoría sospechosa* prohibida por la Convención:

En ese sentido, toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado respectivo se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el examen o el *test* estricto establecido anteriormente.<sup>39</sup>

La doctrina de las categorías sospechosas sostiene que hay clasificaciones en la ley que ponen en desventaja a los grupos que históricamente han sufrido discriminación, exclusión social y política; por lo tanto, los tribunales deben examinarlas bajo un *escrutinio estricto* (Bichler 2008). Se aplica un escrutinio estricto porque se presume que las diferenciaciones legales están creadas con base en intenciones o prejuicios discriminatorios que soslayan los intereses de ciertas minorías. Las categorías consideradas *sospechosas* por antonomasia son la raza y el sexo. Como lo apunta John Hart Ely, el propósito de esta doctrina es identificar los casos en los que el proceso democrático ha fracasado al tratar de proteger los derechos e intereses de las minorías desaventajadas sometiénolas al maltrato de la mayoría (Hart 1980: 152-153).

Bajo esta lupa, el principio de no discriminación significa entonces que el "gobierno no debe clasificar a las personas de forma abierta o subterfugio con

<sup>36</sup> Corte. I.D.H. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 84.

<sup>37</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, "No discriminación", 37º periodo de sesiones, 1989, párr. 13.

<sup>38</sup> CIDH, Demanda de la Comisión, párr. 91.

<sup>39</sup> *Ibid.* 95.

base en alguna categoría prohibida" (Balkin y Siegel 2009: 2).<sup>40</sup> Para hacerlo, se aplica un *test* cualitativo, y se exige que el Estado dé argumentos, objetivos y razonables, si realiza diferencias de trato por los motivos presuntamente sospechosos. En otras palabras, el Estado tiene la carga de la prueba.

En este sentido, la Comisión estableció que los Estados deben dar "razones de mucho peso"<sup>41</sup> cuando realicen diferencias de trato basadas en la orientación sexual de las personas, y demostrar que no hubo intención de discriminar. Por lo tanto, no es suficiente que un Estado argumente la existencia de un fin legítimo, sino que: a) el objetivo que se persigue sea importante o cumpla una necesidad social imperiosa; b) la medida sea idónea o exista una relación de causalidad con el objetivo perseguido, siendo estrictamente necesaria, y c) sea proporcional, realizándose un balance de intereses.<sup>42</sup>

Bajo estos parámetros, la Comisión determinó que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Chile que le negó la custodia de sus hijas a Karen Atala estuvo basada en su orientación sexual y no en criterios objetivos sobre su desempeño como madre, por lo que no cumplió con los requisitos del *test* impuesto por las normas internacionales. Al respecto señaló que:

[...] el lenguaje discriminatorio utilizado por las autoridades judiciales es una evidencia clara de que el tratamiento otorgado a la señora Karen Atala estuvo sustentado en una expresión de su orientación sexual, aspecto que como fue explicado en las secciones anteriores constituye una categoría sospechosa lo cual es incompatible con la Convención Americana y debe ser sometida a un escrutinio estricto.<sup>43</sup>

Los estereotipos y prejuicios sobre la identidad sexual de las personas homosexuales constituyen un fuente primigenia de la discriminación de la que son objeto. Por ello, entre las razones para aplicar un escrutinio estricto

<sup>40</sup> La teoría de las clasificaciones sospechosas (o anticlasificación) fue desarrollada por la Suprema Corte de Estados Unidos en los años cincuenta con base en el texto de la Enmienda Constitucional 14 (cláusula de igualdad), en virtud de la segregación racial que experimentaba el país. Casos emblemáticos de la Suprema Corte de Justicia de los años cincuenta y sesenta contienen lenguaje que condena las clasificaciones raciales. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S., 483 (1954), que consideró inconstitucional la segregación racial en las escuelas, argumentando que la separación de los niños por su raza era injustificada y generaba sentimientos de inferioridad en los niños de color; *Loving vs. Virginia*, 388 U.S., (1967), sostiene que la prohibición estatal de matrimonios interraciales demostraba que las clasificaciones raciales eran medidas para mantener la supremacía blanca.

<sup>41</sup> CIDH, Demanda de la Comisión, párr. 88.

<sup>42</sup> *Ibid.* párr. 89.

<sup>43</sup> *Ibid.*, párr. 100.

en estos casos, se han argumentado el proceso histórico, que ha construido socialmente la identidad homosexual basada en estereotipos que devalúan su sexualidad considerándola *desviada* o *perversa*; y la inevitable influencia de dichos estereotipos en las leyes y en la represión social que mantiene a muchas personas homosexuales en el *closet* y las convierte en una minoría insular (*vid.* Bichler 2008).

Por lo tanto, es sin duda importante que se analice el lenguaje de las sentencias judiciales que contenga estereotipos discriminatorios y se impongan criterios rigurosos para los Estados tanto, en la creación como en la aplicación de leyes que hagan diferencias de trato basadas en la identidad sexual.

Al imponer el *test* de escrutinio estricto a la actuación del Estado, la Comisión observó que la decisión de la Corte Suprema de Chile tomó en el caso no fue idónea puesto que:

a) No se presentó información alguna que demostrara que la orientación sexual de Karen Atala y su manifestación en su proyecto de vida constituyera un riesgo para sus hijas, ya que existió prueba de que las niñas querían continuar viviendo con su madre y el ambiente familiar era adecuado para ellas.

b) Las actuaciones y decisiones de las autoridades judiciales se basaron en prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características de un grupo social determinado (léase las personas homosexuales).

c) En la pretensión del Estado de proteger el interés superior de las niñas, no existió una relación lógica de causalidad o medio justificado entre dicha finalidad y el retiro de la custodia.

Las consideraciones de la Comisión respecto de la aplicación del escrutinio estricto en el caso de Karen Atala se encuentran en sintonía con los desarrollos jurisprudenciales nacionales e internacionales, que sujetan toda diferenciación con base en la orientación sexual a un *test* riguroso. En los últimos años, las Cortes Constitucionales de Colombia, Sudáfrica y recientemente México han considerado que la orientación sexual es una categoría sospechosa, al aplicar un escrutinio estricto y analizar leyes que diferencian parejas heterosexuales de homosexuales, o que niegan los derechos de estas últimas.<sup>44</sup> Las

<sup>44</sup> Corte Constitucional de Colombia, Suprema Corte de Justicia de México y Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/98, *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another vs. Minister of Justice and Others* (1998).

cortes estatales estadounidenses en años recientes también han aplicado un examen estricto a diferenciaciones por orientación sexual.<sup>45</sup>

Aunque la orientación sexual no ha sido considerada expresamente como categoría sospechosa, la evolución de la jurisprudencia internacional de derechos humanos también ilustra un consenso en la aplicación del escrutinio estricto a los Estados cuando la distinción se basa en la orientación sexual. En sus últimas observaciones, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció que la *orientación sexual* es una prohibición de discriminación implícita en la categoría de "cualquier otra condición social" del Pacto.<sup>46</sup> De igual forma, en el análisis de casos de denegación de pensiones a personas homosexuales, el Comité de Derechos Humanos ha entendido que la prohibición de discriminación protegida en los tratados internacionales de derechos humanos incluye la orientación sexual.<sup>47</sup>

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos, en un caso de custodia de un padre homosexual, consideró que el trato diferenciado que sufrió el peticionario por razón de su orientación sexual es un concepto cubierto por la prohibición de discriminar del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la frase "cualquier otro motivo".<sup>48</sup> Asimismo, concluyó que la negación de la custodia al padre fue discriminatoria por haberse realizado con base en su orientación sexual y no guardaba relación con la protección de los menores. Citando este caso, la Comisión resaltó que, a pesar del fin legítimo del Estado para proteger el interés superior de las niñas, "el actuar de las autoridades judiciales en el presente caso no fue idóneo para lograr el fin perseguido, sino que pudo causar efectos nocivos en las niñas".<sup>49</sup>

<sup>45</sup> La Corte Suprema de Iowa, *Katherine Varnum y otros vs. Thomas Brien*, 763 N.W. 2d 862 (2009) y Suprema Corte de Connecticut, *Elizabeth Keerigan vs. Commissioner of Public Health et al.*, 289 Conn. 135 (2008).

<sup>46</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (2009).

<sup>47</sup> Comité de Derechos Humanos, caso *Edward Young vs. Australia*, comunicación núm. 941/2000, UN Doc. CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, el cual considera que el Estado violó el artículo 26 del Pacto por negar la pensión con base en el sexo o la orientación sexual; caso *X vs. Colombia*, Comunicación núm. 1361/2005, UN Doc. CCPR/C/89/D/13261/2005, 14 de mayo de 2007, al considerar que la prohibición del artículo 26 del Pacto también comprende la discriminación basada en la orientación sexual.

<sup>48</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Salgueiro de Silva Mouta vs. Portugal*, Aplicación núm. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 28.

<sup>49</sup> CIDH, *Demanda de la Comisión*, párr. 107.

Cabe destacar que, a través de conceptualizar la discriminación por orientación sexual como una categoría sospechosa, la Comisión ha establecido criterios más rigurosos de los que la Corte Interamericana contempla en su jurisprudencia, y ha establecido requisitos específicos en términos de la legitimidad, proporcionalidad y objetividad de las justificaciones estatales. Una de las desventajas de conceptualizar así este tipo de discriminación es que exige a las víctimas probar que pertenecen a grupos históricamente desaventajados, y podría suponer una mayor carga de prueba en la argumentación de sus peticiones y casos ante el sistema interamericano. En casos donde encuentran violaciones al principio de no discriminación, la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos por lo regular aplican un *test* de escrutinio riguroso —equiparable al escrutinio estricto de las clasificaciones sospechosas—, pero sin establecer que son categorías de esta naturaleza.

Sin embargo, la Comisión presenta fuertes argumentos a la Corte para que declare al Estado responsable de la violación del principio de igualdad y no discriminación establecido en los artículos 24 y 1.1 de la CADH, en perjuicio de la señora Atala y sus hijas. Sin embargo, pareciera que el análisis que realiza la Comisión de estas violaciones está centrado más que nada en la prohibición de no discriminar del artículo 1.1 (conocida como *cláusula subordinada de igualdad*), y no en las violaciones al artículo 24 (*cláusula autónoma*). La Comisión distingue entre ambas cláusulas, aludiendo que la primera está relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria y la segunda con la obligación de crear condiciones de igualdad real entre los grupos históricamente excluidos.<sup>50</sup> No obstante, no se establece con claridad cuáles fueron las violaciones del Estado en el segundo caso.

### **El derecho a la privacidad y la identidad sexual**

El derecho a la vida privada es un derecho fundamental que tiene que ver con tres aspectos esenciales de la persona: sus decisiones íntimas, el desarrollo de su personalidad y su identidad, y su esfera de relaciones en su familia y su casa. Es una zona donde nadie puede entrometerse, una zona de actividad personal (Hanna 2009).<sup>51</sup> Por tanto, los instrumentos internacionales de

<sup>50</sup> *Ibid.*, párr. 80.

<sup>51</sup> Cabe señalar que la relación entre el derecho a la privacidad y la esfera de intervención estatal ha sido tensa. Por la dicotomía de lo público/privado que se ha asumido en casos de

derechos humanos protegen esa zona.<sup>52</sup> En este sentido, la jurisprudencia internacional ha señalado que la noción de privacidad incluye aspectos de la identidad física y social de la persona, como por ejemplo su orientación y vida sexuales, así como el derecho a manifestar libremente su identidad.<sup>53</sup>

Uno de los aspectos más destacables de las consideraciones de la Comisión en el caso Karen Atala es que establece la orientación como un elemento esencial del derecho a la vida privada:

[...] la orientación sexual es un componente fundamental de la vida privada de un individuo, debiendo estar libre de injerencias arbitrarias y abusivas estatales, a menos de que los Estados justifiquen su intervención con razones de peso y convincentes.<sup>54</sup>

Asimismo, la Comisión resalta el nexo que existe entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y proyecto de vida de una persona.

Por lo tanto, destaca que el objetivo principal del artículo 11.2 de la CADH es "proteger a las personas de la acción arbitraria de las autoridades del Estado que interfieran en su vida privada",<sup>55</sup> garantizando esferas de intimidad que nadie puede invadir, como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y determinar su propia identidad, lo cual incluye sus decisiones sobre su vida sexual, y relaciones personales y familiares.

Esta interpretación de la Comisión se encuentra en sintonía con la jurisprudencia de la Corte Europea que, en cuanto a las interferencias con base a la orientación sexual, ha requerido que los Estados presenten razones convincentes y de mucho peso para intervenir en este ámbito.<sup>56</sup> A la luz de estas consideraciones, la Comisión concluyó que la interferencia del Estado

violencia doméstica por el derecho, la concepción de la privacidad como una zona vetada de injerencia estatal ha traído consecuencias desfavorables para los derechos de las mujeres afectadas por la violencia.

<sup>52</sup> CIDH, Informe núm. 38/96, caso X y Y (Argentina), 1996, párr. 91, donde establece que la Convención Americana protege a la persona y garantiza zonas de privacidad exentas de injerencia estatal.

<sup>53</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, caso de *Pretty vs. Reino Unido*, aplicación núm. 13710/88, 29 de abril de 2002, y Comité de Derechos Humanos, caso de *A.R. Coeriel y M.A.R. Aurik vs. The Netherlands*, Comunicación núm. 453/1991, 31 de octubre de 1994.

<sup>54</sup> CIDH, Demanda de la Comisión, párr. 111.

<sup>55</sup> *Ibid*, párr. 110.

<sup>56</sup> Entre estas razones se encuentran el interés público, fines legítimos y necesarios en las sociedades democráticas. Corte Europea de Derechos Humanos, caso de *Campbell y Fell vs. Reino Unido*, resolución de 29 de abril de 2002; caso *Kamer vs. Austria*, aplicación núm. 40016/98, 24 de julio de 2003; *E.B. vs. Francia*, aplicación núm. 43546/02, 22 de enero de 2008.

en la vida privada de Karen Atala fue arbitraria porque se basó "en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual, y no en una evaluación objetiva de la capacidad de ambos padres de ejercer la tuición de sus hijas".<sup>57</sup> Y, por tanto, el Estado vulneró el derecho a la privacidad de Karen Atala, establecido en el artículo 11.2 en relación con el 1.1 de la CADH.

### Más allá de la heteronormatividad judicial

El caso de Karen Atala demuestra cómo la heteronormatividad permea el razonamiento judicial, fortaleciendo el modelo de familia clásico heterosexual en las decisiones de los tribunales. El argumento de la defensa de los menores o de la familia es usualmente utilizado por los jueces en perjuicio de las personas con orientación sexual diversa, con lo cual, "las decisiones judiciales contribuyen en muy buen grado a institucionalizar el sistema cultural que construye y naturaliza la heterosexualidad como posibilidad única" (Vaggione 2008: 22).

Sin embargo, la Comisión dejó claro que si bien los Estados tienen una obligación de protección especial hacia los niños y niñas de acuerdo con el principio de interés superior del/la niño/a establecido en el artículo 19 de la CADH, estos también deben garantizar los derechos de los cónyuges de forma *no discriminatoria* en la crianza de sus hijos después de la disolución del vínculo matrimonial, como se establece en el artículo 17.4 del mismo instrumento. Mediante el análisis conjunto de estos derechos —que resulta novedoso—, la Comisión concluyó que los Estados tienen una obligación de balancear adecuadamente las responsabilidades y los derechos respectivos (de los cónyuges). Esta obligación fue incumplida por el Estado de Chile al fundar su decisión en prejuicios y estereotipos de las personas homosexuales.<sup>58</sup> Asimismo, la Comisión reiteró que:

[...] la sentencia de tuición de la Corte Suprema de Justicia de Chile no persiguió ni resultó en proteger el interés superior de M.V. y R, al separarlas de forma arbitraria, permanente e irreparable de su madre, sin existir evidencia cierta de daños en su bienestar. El fallo asimismo, estigmatizó a las niñas por tener una madre homosexual y vivir en una familia no aceptada en el entorno social chileno, cobijando y legitimando los prejuicios y estereotipos presentados en la demanda de tuición de su padre hacia las parejas homosexuales, y los niños que se crían con dichas parejas.

<sup>57</sup> Demanda de la Comisión, párr. 115.

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 128.

Respecto a los derechos de las niñas, cabe destacar la obligación de los Estados de garantizar que los niños y las niñas sean debidamente escuchados por las autoridades judiciales en casos de custodia. De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, fundándose en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados deben garantizar que los niños expresen sus opiniones y que sean escuchados en juicio, presumiendo su capacidad para manifestar su opinión.<sup>59</sup> De igual forma, los niños y las niñas deben poder expresar sus opiniones libres de violencia y de presión por parte de las autoridades.

En este sentido, el Estado de Chile no garantizó los derechos de las hijas de la señora Atala, ya que no fueron debidamente escuchadas en el proceso seguido ante la Suprema Corte de Justicia, puesto que los jueces basaron su decisión en prejuicios discriminatorios sobre la orientación sexual de la madre, y pasaron por alto la opinión y voluntad de las niñas que sí habían manifestado en el juicio de tuición querer permanecer con su madre. Por lo tanto, la Comisión consideró "particularmente grave"<sup>60</sup> y contrario a los intereses de la niñas el que la Suprema Corte de Justicia no haya tomado en cuenta sus preferencias y necesidades.

En suma, los estándares internacionales dictan que las autoridades judiciales deben escuchar las opiniones de los niños y niñas en juicios de custodia, y no fundar sus decisiones en ciertos modelos de familia o prejuicios discriminatorios sobre la identidad sexual de los cónyuges. Asimismo, los estándares internacionales dictan que si bien el interés superior de los niños es un fin legítimo que deben proteger las autoridades judiciales en casos de custodia, tiene que ser valorado y balanceado con los derechos de ambos cónyuges de forma *imparcial*.

La imparcialidad judicial es un elemento fundamental para asegurar la efectividad de los procesos judiciales. El derecho a ser oído por autoridades judiciales imparciales y a contar con los recursos efectivos ante tribunales competentes son las principales garantías del debido proceso, como se establece en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH y ha refrendado la jurisprudencia de la Corte Interamericana.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Comité sobre Derechos del Niño, Observación General 12, "El derecho del niño a ser escuchado", 20 de julio de 2009, párrs. 28 y 32.

<sup>60</sup> CIDH, Demanda de la Comisión, párr. 132.

<sup>61</sup> Corte I.D.H., Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987,



El caso de Karen Atala ejemplifica el nexo que existe entre la garantía de imparcialidad que debe primar en todos los procesos judiciales (artículo 8.1) y la garantía de igualdad ante la ley (artículo 24) que exige que la tutela judicial efectiva deba ser otorgada de manera no discriminatoria. En este sentido, los jueces de un país deben aplicar la ley con base en criterios objetivos,<sup>62</sup> y no en prejuicios o estereotipos discriminatorios sobre la orientación sexual o el sexo de las personas.

La utilización de prejuicios discriminatorios por parte de las autoridades judiciales representa un fuerte obstáculo en el acceso a la justicia y vulnera las garantías de debido proceso y protección judicial consagradas en la CADH, como lo consideró la Comisión en el caso de Karen Atala.<sup>63</sup> Como la Comisión ha observado en casos previos de violencia contra las mujeres, la apropiación de prejuicios discriminatorios por parte del Poder Judicial fomenta la cultura de la discriminación y la impunidad en la sociedad.<sup>64</sup> Asimismo, la Corte Interamericana ha determinado que las condiciones de subordinación se agravan cuando los estereotipos discriminatorios se reflejan, implícita o explícitamente, en las políticas y prácticas estatales, en particular en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades judiciales.<sup>65</sup> Por lo tanto, ha encontrado violaciones a las obligaciones de garantizar la igualdad y el acceso a la justicia de las mujeres cuando las actitudes judiciales están basadas en estereotipos de género discriminatorios.<sup>66</sup>

En consecuencia, la jurisprudencia del sistema interamericano es cada vez más enfática en la obligación de los Estados de erradicar estereotipos

Serie A. No. 9, y caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo"). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 agosto de 2008, serie C, núm. 182.

<sup>62</sup> Corte I.D.H, caso *Apitz Barbera y otros*, párr. 56, que establece que la imparcialidad de la autoridad judicial supone que se aproxime a los hechos "de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda de que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad".

<sup>63</sup> Demanda de la Comisión, párr. 149.

<sup>64</sup> CIDH, "Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser. L/V.II, doc. 68, 2007, documenta cómo la falta de investigación e ineficiencia de los sistemas de justicia para procesar y sancionar los casos de violencia contra las mujeres se ve afectada por patrones socioculturales discriminatorios.

<sup>65</sup> Corte I.D.H, caso *González y otras vs. México*, ("Campo Algodonero"), sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 401.

<sup>66</sup> *Ibid*, párr. 402.

discriminatorios basados en la identidad sexual o el género en las esferas de los poderes públicos, particularmente de las instancias de justicia. Los jueces tienen un papel fundamental en el reconocimiento de la discriminación, violencia y marginación que han vivido las personas con orientación sexual diferente. Las resoluciones que dictan pueden legitimar distintos modelos de familia y manifestaciones de la sexualidad de las sociedades democráticas actuales. En este sentido, el caso Atala representa una muy valiosa oportunidad para la Corte Interamericana de establecer criterios internacionales que ayuden a superar la heteronormatividad judicial que impera en la actualidad en los tribunales de familia latinoamericanos.

### Posibles desenlaces

Si la Corte absuelve al Estado de Chile en el presente caso, habrá dejado pasar una oportunidad significativa para examinar las prácticas de los Estados relacionadas con la identidad sexual de las personas y su compatibilidad con la CADH. Sin embargo, las probabilidades de que esto ocurra son muy bajas, tomando en cuenta las tendencias jurisprudenciales, los hechos del caso y el carácter emblemático del mismo.

Por otro lado, si la Corte Interamericana, al igual que la Comisión, concluye que el Estado de Chile ha violado sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en el caso examinado, el Estado tendría la obligación de reparar dichos hechos ilícitos. De acuerdo con los principios de derecho internacional,<sup>67</sup> esta obligación supone que el Estado debe adoptar las medidas de reparación necesarias tanto para remediar los daños a la señora Atala y sus hijas, como para evitar la repetición de violaciones futuras en casos similares ("garantías de no repetición").

El artículo 63 de la CADH faculta a la Corte Interamericana para exigir que se reparen las consecuencias de la violación de derechos humanos y se otorgue una justa indemnización a las víctimas. La Corte ha entendido que la obligación de reparación de los Estados debe estar orientada a la restitución plena de los derechos humanos, es decir, al restablecimiento

<sup>67</sup> Naciones Unidas, Informe definitivo presentado por Theo Van Boven, Relator Especial para la Restitución, Compensación y Rehabilitación de las Víctimas de Graves Violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario, UN. Doc. E/CN.4/Sub 2/1990/10, 26 de julio de 1990.

de la situación anterior.<sup>68</sup> De no ser posible, los Estados tienen el deber de implementar medidas adecuadas y efectivas para resarcir los daños producidos por dichas violaciones.

Si la Corte Interamericana determina que el Estado es responsable, es posible que ordene la implementación de medidas integrales para la reparación del daño, entre las cuales se encuentran: medidas económicas compensatorias para reparar los daños materiales e inmateriales a las víctimas; el reconocimiento público de su responsabilidad internacional; investigación y sanción a la actuación de las autoridades estatales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida de Karen Atala y no protegieron debidamente a sus hijas; así como la adopción de legislación, políticas públicas y programas para garantizar que estos hechos no vuelvan a ocurrir.<sup>69</sup>

Cabe destacar que las sentencias de la Corte Interamericana son vinculatorias para los Estados, definitivas e inapelables.<sup>70</sup> Aunque el cumplimiento de las decisiones de los órganos del sistema interamericano no se puede exigir mediante medidas coactivas por la Corte en el ámbito doméstico, la Corte dispone de un procedimiento de seguimiento de casos, cuando un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.<sup>71</sup> Asimismo, la Corte en su jurisprudencia ha señalado que las resoluciones deben acatarse de forma inmediata e integral.<sup>72</sup>

Quizá dos de las principales problemáticas para implementar la sentencia de la Corte en el caso Atala serán el amplio margen de discrecionalidad que, en la práctica, tienen los Estados para dar cumplimiento a las sentencias internacionales de derechos humanos y la falta de un procedimiento interno establecido en la legislación de Chile para la ejecución de las mismas (Santelices y Feddersen 2010).<sup>73</sup> Por lo tanto, la Corte Interamericana tendrá que

<sup>68</sup> Corte. I.D.H. Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4.

<sup>69</sup> La Comisión ha solicitado a la Corte que ordene al Estado la implementación de las medidas necesarias para reparar de forma integral el daño. CIDH, Demanda de la Comisión, párrs. 162-168.

<sup>70</sup> Cfr. artículo 67 de la Convención Americana.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, artículo 65.

<sup>72</sup> Corte I.D.H., caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 17 de noviembre de 1999, serie C, núm. 5, párr. 4.g; Corte I.D.H. Caso Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, núm. 160, párr. 414.

<sup>73</sup> Donde analiza cómo la falta de este procedimiento ha traído demoras y falta de certeza en el cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana en el país.

dar lineamientos específicos para la implementación del fallo y establecer plazos para el cumplimiento del mismo, como lo ha hecho en sus últimas sentencias sobre casos de violencia contra las mujeres en México.<sup>74</sup>

En virtud de que la Corte Interamericana tiene una amplia facultad para determinar medidas de reparación, una de las implicaciones más importantes de la sentencia en el caso Atala es que puede ordenar al Estado la adopción de legislación, políticas públicas y programas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en las esferas del poder público, incluidos los órganos de justicia, como se lo ha solicitado la Comisión.

Además de la relevancia del fallo para la reparación adecuada por discriminación que sufrió Karen Atala por su orientación sexual durante el juicio de tuición, la implementación de estas medidas por parte del Estado serán cruciales para promover la eliminación de prejuicios históricos que han marginado a las personas con orientación sexual diferente, excluyendo modelos de familia encabezados por madres o padres homosexuales. Este sería uno de los desenlaces más favorables del caso.

### Conclusiones

Con la recepción del caso de Karen Atala, la Corte Interamericana tiene en sus manos la posibilidad de fijar estándares internacionales a los Estados en un tema de fundamental importancia en el continente americano: la discriminación por orientación sexual. La Corte puede pronunciarse sobre la incompatibilidad de las diferencias de trato y prácticas de los Estados basadas en la orientación sexual respecto de la CADH. Siguiendo las tendencias de la jurisprudencia internacional y del derecho comparado, la Corte puede determinar que la orientación sexual no es un criterio relevante en la creación y aplicación de las leyes por parte de los poderes públicos de un Estado, y ponderar si es un criterio "sospechoso" de albergar discriminación contra un grupo de personas históricamente marginadas por su (homo)sexualidad, con las ventajas y desventajas que conceptualizar así esta forma de discriminación conlleva. Asimismo, la Corte puede establecer los límites de la intervención estatal en la vida privada de las personas, considerando que la identidad sexual y sus manifestaciones representan

<sup>74</sup> Corte I.D.H., caso González y otras ("Campo Algodonero"), reparaciones, nota 73.

una esfera íntima protegida de las injerencias arbitrarias por la CADH.

En virtud de la oportunidad invaluable que la Corte tiene con este caso para pronunciarse sobre el contenido y alcance de los derechos a la igualdad y no discriminación comprendidos en la Convención Americana, sería lamentable que la resolución se basará en el interés superior de la infancia y los derechos de las hijas de la señora Atala, sin discutir a profundidad los vínculos entre los derechos humanos a la no discriminación, la identidad sexual y la vida privada en el ámbito familiar y los procesos judiciales.

Más allá de establecer si las diferencias de trato basadas en la orientación sexual por parte de los Estados son prácticas presumiblemente discriminatorias e invasivas de la privacidad de las personas (e incompatibles con las normas internacionales de derechos humanos), la Corte Interamericana con este pronunciamiento estará fijando un criterio internacional sobre si el modelo clásico de familia heterosexual que las autoridades judiciales de los Estados suelen legitimar con su fallos debe prevalecer sobre los principios de pluralismo y tolerancia de la democracia. En otras palabras, ¿deben ser las madres homosexuales, como Karen Atala, aceptadas por las sociedades democráticas y plurales del siglo XXI? ¿O los jueces, que consideran que la identidad homosexual de una persona es un criterio suficiente para negar custodias, deben actuar conforme a los parámetros internacionales de igualdad e impartición de justicia?

El debate sobre la diversidad sexual y su regulación por el Estado es cultural y jurídico, nacional e internacional. Este caso sin duda ha visibilizado, y seguirá visibilizando, la discriminación que viven las personas homosexuales en Chile, una realidad muy cercana a la de muchas personas con sexualidades diversas en toda América Latina. Si la Corte declara al Estado de Chile responsable de violaciones a los derechos humanos de Karen Atala y sus hijas, además de reparar el daño particular, tendrá la oportunidad de implementar legislación y políticas públicas encaminadas a erradicar la discriminación por orientación sexual en el país. Por supuesto, esto presentará grandes desafíos para el Estado y para la sociedad chilena. El primero será pensar más allá de la heteronormatividad instalada en los clósets culturales y jurídicos del país.

## Bibliografía

- Abramovich, Víctor, 2009, "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", *Sur*, pp. 7-37.
- Balkin M., Jack y Siegel Reva, 2009, "The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?", *Public Law & Legal Theory Research Papers*, Research Paper 34.
- Bichler, Margaret, 2008, "Note: Suspicious Closets: Strengthening the Claim to Suspect Classification and Same Sex Marriage Rights", *Boston Third World Journal*.
- Casas, Lidia, 2009, "Reformas de género en familia", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Temas de Derecho Civil*, año XIII, núm. 13.
- Corrales, Javier y Mario Pecheny (eds.), 2010, *The Politics of Sexuality in Latin America*, University of Pittsburg Press, Pittsburg.
- Cook, Rebeca y Simone Cusack, 2010, *Estereotipos de género y perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá.
- Fraser, Nancy, 1997, *Iustitia Interrupta, Reflexiones críticas desde la posición "post-socialista"*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- Goldberg, Suzanne, 2010, *Discrimination by Comparison*, Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper no. 10-231.
- Hanna, Cheryl, 2009, "Behind the Castle Walls: Balancing Privacy and Security in Domestic Abuse Cases", *Thomas Jefferson Law Review*.
- Hart Ely, John, 1980, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press.
- International Council on Human Rights Policy, 2009, *Sexuality and Human Rights*, pp. 8-11.
- Lemaitre Ripoll, Julieta, 2009, "Anticlericales de nuevo. La Iglesia católica como un actor político en materia de sexualidad y reproducción en América Latina", *Derecho y Sexualidades*, SELA.
- Olsen, Frances, 1990, "El sexo del derecho", en *The Politics of Law*, Pantheon, Nueva York.
- Ottinson, Daniel (comp.), 2006, *With the Government in Our Bedrooms, A survey on the Laws over the World Prohibiting Consenting Adult Sexual Same Sex Acts, International Lesbian and Gay Association (IGLA)*, en: [http://typo3.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Homosexualitaet/With\\_the\\_government\\_in\\_our\\_bedrooms\\_-\\_November\\_2006.pdf](http://typo3.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Homosexualitaet/With_the_government_in_our_bedrooms_-_November_2006.pdf).
- Santelices, Tábata y Mayra Feddersen, 2010, "Ejecución de sentencias internacionales sobre derechos humanos en Chile", *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales.

- Vaggione, Juan Marco, 2008, "Las familias más allá de la heteronormatividad", en Cristina Motta y Macarena Sáez (eds.), *La mirada de los jueces*, tomo 2, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- Valenzuela, Carolina, 2004, "Jueza lesbiana pierde custodia de sus hijas", *El Mercurio*, 31, en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=149113>.
- Vivanco Martínez, Angela, 2002, *Curso de derecho constitucional*, tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.