

## TEMA CENTRAL DERECHOS SEXUALES

### Entre la reproducción y el cuestionamiento de la concepción heteronormativa de familia. El caso Karen Atala<sup>1</sup>

Judith Salgado Álvarez<sup>2</sup>

#### Resumen / Abstract

En este artículo desarrollo el estudio de un caso de carácter paradigmático, por ser el primero en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos trata sobre la orientación sexual con relación al ejercicio de derechos humanos. Me pregunto ¿en qué medida el discurso jurídico en el caso Karen Atala refuerza y/o cuestiona la heteronormatividad de la concepción tradicional de familia? Para responder esta pregunta analizo la sentencia de la Corte Suprema de Chile, la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ante la Corte Interamericana, la sentencia de la Corte Interamericana y algunos Amicus Curiae presentados ante la CIDH y la Corte Interamericana por diversas personas integrantes de organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas.

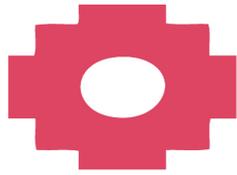
In this paper I develop a case study of paradigmatic character, the first in which the Inter-American Court of Human Rights examines sexual orientation with relation to the exercise of human rights. I address the following question: to what extent does legal discourse in the case of Karen Atala reinforce and/or question heteronormativity of the traditional concept of family? To provide an answer, I analyze the ruling of the Supreme Court of Chile, the lawsuit filed by the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) in the Inter-American Court, the ruling of the Inter-American Court, and various Amicus Curiae filed in the IACHR and the Inter-American Court by members of non-governmental organizations (NGOs) and academic institutions.

*Creo que cuando lo irreal requiere realidad o entra en su dominio, tiene lugar algo más que una simple asimilación a las normas predominantes. Las normas mismas pueden desconcertarse, mostrar su inestabilidad y abrirse a la resignificación.*

Judith Butler

<sup>1</sup> Este artículo es el resultado del proyecto de investigación presentado por la autora y financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

<sup>2</sup> Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); Diplomada Superior en Ciencias Sociales, con mención en Derechos Humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador (FLACSO-E); Magíster en Estudios Latinoamericanos con mención en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Docente de la UASB-E y la PUCE. Integrante del Subcomité de Prevención de la Tortura de la Organización de Naciones Unidas. <salgadojudi@hotmail.com>



## Introducción

Esta investigación se centra en el estudio de un caso concreto que tuvo lugar en Chile a partir del año 2003 y que llegó a ser resuelto por su más alto tribunal en el 2004 en el que a la jueza Karen Atala se le privó de la custodia de sus hijas por haber hecho pública su orientación sexual lesbiana y convivir con su pareja. Este caso fue llevado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Su carácter paradigmático reside en que es el primero en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) trata sobre la orientación sexual con relación al ejercicio de derechos humanos.

La perspectiva teórica que guía este trabajo es la teoría crítica del derecho que si bien muestra una gran variedad de tendencias y énfasis en su interior<sup>3</sup> tiene algunos elementos comunes que, en mi criterio, resultan clave para un análisis jurídico integral.

En contraposición con el concepto reduccionista del derecho entendido como pura norma separada de lo social y lo ideológico, la teoría crítica entiende el derecho como “una práctica discursiva que es social (como todo discurso) y específica (porque produce sentidos propios y diferentes a los de otros discursos), y que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto propios de una formación histórico-social determinada.”<sup>4</sup>

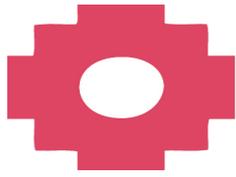
*El derecho es una práctica de los hombres que se expresa en un discurso que es más que palabras, es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Es lo que la ley manda pero también lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican. Y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significados a hechos y palabras. Esta compleja operación social dista de ser neutral, está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas de la distribución efectiva del poder en la sociedad.*<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

<sup>4</sup> Alicia E. Ruiz, “Derecho, democracia y teorías críticas de fin del siglo”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 11.

<sup>5</sup> Carlos María Cárcova, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 34.



Entonces, la teoría crítica del derecho, presta especial atención a la relación entre poder y derecho. A mi juicio, resulta muy pertinente la perspectiva de Michel Foucault respecto al análisis del discurso del derecho para:

*...mostrar no solo cómo el derecho, es en general, el instrumento de esa dominación –lo que es evidente- sino también cómo, hasta dónde y bajo qué formas el derecho (y cuando digo derecho no pienso simplemente en la ley, sino en el conjunto de aparatos, instituciones, reglamentos que se aplican al derecho) transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía sino de dominación.<sup>6</sup>*

Este vínculo entre derecho y poder se expresa también en la heteronormatividad que instituye como norma (la heterosexualidad) excluyendo al mismo tiempo a quienes no calzan en dicha matriz, fijando así los límites entre quienes serán considerados sujetos de derechos y quienes no, qué tipo de asociaciones se considerarán familia y cuáles no y por lo mismo qué familia será protegida por el derecho (la familia nuclear o “tradicional”, léase conformada por una pareja heterosexual y sus hijos/as).

Ahora bien, coincido con Alicia Ruiz quien afirma que el derecho es un discurso que sirve generalmente para legitimar las relaciones de poder existentes pero también en ocasiones para transformarlas.

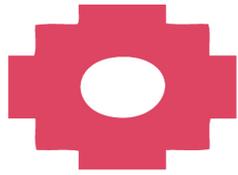
*Es un discurso cargado de historicidad y de ideología, pero que no reproduce en forma mecánica la organización de la sociedad. Un discurso cuya porción más oculta y negada, se juega en el imaginario colectivo, donde las creencias, los mitos y las ficciones forman una red simbólica que da sentido a actos reales de individuos y grupos. Un discurso que instituye a los sujetos y los ordena. Un discurso que remite al poder y en última instancia a la violencia.<sup>7</sup>*

Considero que un acercamiento al derecho desde los estudios críticos, nos permite mantener la difícil tensión entre legitimar las demandas de grupos excluidos desde el discurso de derechos sin dejar de poner en evidencia que el derecho no es neutral y que

---

<sup>6</sup> Michel Foucault, *Microfísica del poder*, Madrid, Ediciones Endymión, tercera edición, 1992, p.141-142.

<sup>7</sup> Alicia E. Ruiz, *Idas y vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires /Editores del Puerto, 2001, p. 30.



tanto la normativa, la actuación judicial como las concepciones culturales expresan relaciones de poder, formas de entender la vida y la convivencia que legitiman unas existencias sobre otras.

Tal como enfatiza Elizabeth Vásquez:

*...es la intención política la que hace de una misma etiqueta una camisa de fuerzas o un acto de emancipación. La institucionalidad, sobretudo la jurídica, opera nombrando o a veces más significativamente aún, no nombrando. [...] contestarle a esa institucionalidad con definiciones propias es una de las formas más poderosas de subversión, sobre todo cuando quienes se autodefinen son personas o colectivos históricamente invisibilizados.<sup>8</sup>*

Dentro de este marco teórico, me pregunto ¿en qué medida el discurso jurídico en el caso Karen Atala refuerza y/o cuestiona la heteronormatividad de la concepción tradicional de familia?

La metodología aplicada en esta investigación es el estudio de caso. Las fuentes de información son la sentencia de la Corte Suprema de Chile, la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ante la Corte Interamericana, la sentencia de la Corte Interamericana y algunos *Amicus Curiae*<sup>9</sup> presentados ante la CIDH y la Corte Interamericana por diversas personas integrantes de organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas.<sup>10</sup>

En la primera parte de este trabajo de investigación se encuentra un resumen del caso de carácter cronológico descriptivo.

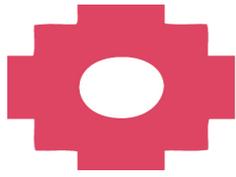
En la segunda parte consta un análisis detallado del discurso jurídico en el caso Atala, que busca responder la pregunta de investigación, a través del desarrollo de cinco unidades de análisis, a saber: La concepción singular o plural de familia; La dicotomía

---

<sup>8</sup> Amy Lind y Sofia Argüello, “Activismo LGBTIQ y ciudadanía sexuales en el Ecuador. Un diálogo con Elizabeth Vásquez”, Iconos No. 35, Quito, septiembre 2009, FLACSO, p. 99.

<sup>9</sup> Amigos de la Corte en latín.

<sup>10</sup> Por límites en la extensión de este trabajo no incluyó un análisis del discurso expresado en la prensa chilena alrededor del caso, sin embargo, incorporó en el Anexo 1 un breve resumen al respecto elaborado por Emilia Egas, asistente de esta investigación.



público/privado; La maternidad de mujeres lesbianas; La contraposición entre la posible discriminación social a las niñas y la efectiva discriminación a la madre por su orientación sexual; y La falsa contraposición entre el interés superior de las niñas y los intereses de la madre.

La tercera parte da cuenta de las principales conclusiones de la investigación.

## Resumen del caso

El caso Atala Riffo y Niñas contra Chile, es el primero en el que la Corte Interamericana, dicta una sentencia en la que la categoría orientación sexual es central respecto de la violación de derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Para iniciar este análisis, me parece pertinente introducir un breve resumen de los principales hechos que configuran el caso, sin entrar todavía en un análisis de fondo al respecto, con el propósito de brindar una primera visión panorámica.<sup>11</sup>

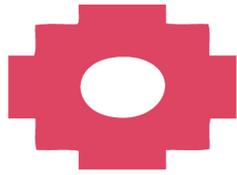
Karen Atala contrajo matrimonio con Ricardo López en 1993. Tuvieron tres hijas nacidas en 1994, 1998, y 1999. En marzo de 2002 decidieron la disolución de su matrimonio y acordaron que la madre mantendría la tuición y cuidado de las niñas en Villarrica con un régimen de visita semanal a la casa del padre en Temuco.

En enero de 2003, el padre de las niñas interpuso una demanda de tuición<sup>12</sup> en el

---

<sup>11</sup> Esta primera parte del resumen se basa en el Acápite VI sobre Fundamentos de Hecho de la Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 12.502 Karen Atala e hijas. En [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org)

<sup>12</sup> El Art. 255 del Código Civil chileno dispone “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. 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. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la manutención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros. Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 31 de mayo de 2004.



Juzgado de Menores de Villarrica por considerar que el desarrollo físico y emocional de sus hijas estaba en peligro dado que Karen Atala estaba conviviendo con otra mujer en una relación de pareja. Dentro de este proceso judicial, solicitó la tuición provisional, la misma que fue concedida el 2 de mayo de 2003. El 29 de octubre de 2003, la Jueza Subrogante del Juzgado de Letras de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición y ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003.

Paralelamente, el 17 de marzo de 2003, el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó al Ministro Lenin Lillo para que efectuara una visita extraordinaria al Juzgado Penal de Villarrica para el desarrollo de una investigación disciplinaria contra la jueza Karen Atala. En el informe el Magistrado señala, entre otros puntos, que las publicaciones en la prensa que dan cuenta de la “peculiar” relación afectiva de la Magistrado Atala dañan tanto la imagen de la Función Judicial como la de la jueza. La Corte de Apelaciones de Temuco aceptó el informe del Ministro y formuló cargos en contra de Karen Atala, sin embargo no le aplicó sanciones disciplinarias.<sup>13</sup>

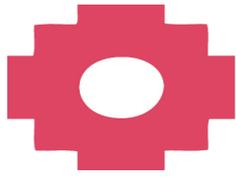
Regresando al proceso judicial sobre la tuición de las niñas, el padre apeló la sentencia de primera instancia y solicitó provisionalmente la orden de no innovar. El 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco concedió la orden de no innovar, manteniéndose la custodia en el padre. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó por unanimidad la sentencia apelada y dejó sin efecto la orden de no innovar.

El 5 de abril de 2004 el padre de las niñas presentó ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado, lo cual fue efectivamente concedido. El 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, en un fallo con tres votos a favor y dos en contra acogió el recurso de queja y concedió la tuición definitiva al padre.

Una vez que los recursos internos se agotaron, Karen Atala, presentó su petición

---

<sup>13</sup> Ibid., párrafo 44-46.



ante la CIDH el 24 de noviembre de 2004. La CIDH aprobó el informe de admisibilidad el 23 de julio de 2008.

En el Informe de Fondo del 18 de diciembre de 2009, la CIDH concluyó que el Estado de Chile violó el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación; incluyó también la violación del derecho a la vida privada, a la protección de la familia, a la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en caso de disolución del matrimonio y la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos; el derecho de todo niño a medidas de protección; y, la garantía judicial de ser oída por un juez imparcial y el derecho a un recurso sencillo en caso de violación de sus derechos. Recomendó al estado chileno reparar integralmente a Karen Atala y las niñas; adoptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual, en toda esfera del poder público, incluyendo la administración de justicia. Para el efecto, dispuso que estas medidas sean acompañadas de recursos humanos y financieros adecuados para garantizar su implementación y programas de capacitación para funcionarios involucrados en garantizar estos derechos.<sup>14</sup>

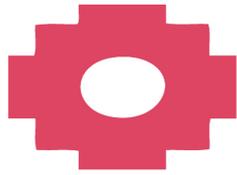
El 17 de septiembre de 2010 la CIDH consideró que el Estado de Chile no había cumplido con las recomendaciones del Informe de Fondo y decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana.<sup>15</sup>

El 24 de febrero de 2012 la Corte Interamericana dictó sentencia declarando al Estado chileno responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho a la vida privada y la protección de la familia en el caso de Karen Atala y sus hijas; el derecho a ser oídas y a la protección especial en el caso de las niñas; y la garantía de imparcialidad en el caso de la investigación disciplinaria iniciada en contra de Karen Atala. Según la Corte Interamericana, el Estado no violó la garantía de imparcialidad en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Chile y el Juzgado de Menores de

---

<sup>14</sup> Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafos 23 y 24.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 1 y 2. En [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)



Villarrica.<sup>16</sup> Dispuso, además, varias medidas de reparación<sup>17</sup>, entre ellas: brindar atención médica y psicológica o psiquiátrica a las víctimas; publicar por una sola vez el resumen oficial de la sentencia en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional y el texto completo de la sentencia en una página web oficial por un periodo de un año; realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; continuar implementando programas y cursos de formación y capacitación a funcionarios públicos, particularmente funcionarios judiciales; pagar las indemnizaciones por daño material e inmaterial, costas y gastos.<sup>18</sup>

En la práctica, Karen Atala ha sido impedida de ejercer la custodia y cuidado de sus hijas desde mayo de 2003 hasta la presente fecha.

## **Discursos de reproducción e interpelación de la concepción heteronormativa de familia**

En este punto, he organizado la información en cinco unidades de análisis en las que podemos encontrar, tanto discursos que refuerzan la concepción heteronormativa de familia, como aquellos que la cuestionan.

### **1. El concepto de familia: Entre la expresión singular y plural**

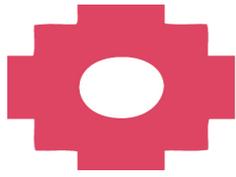
Juan Marco Vaggione ha aportado a la investigación contemporánea de la jurisprudencia latinoamericana respecto del tratamiento de la diversidad sexual. Sostiene que uno de los conflictos centrales de la política actual, a escala nacional y transnacional, se

---

<sup>16</sup> En mi criterio la CIDH había presentado elementos suficientes para demostrar la falta de garantías de imparcialidad en los procesos judiciales nacionales, sin embargo y en consideración a los límites en la extensión de este trabajo, no desarrollo el análisis crítico de esta parte de la sentencia de la Corte Interamericana.

<sup>17</sup> En este trabajo hago solo una breve mención a las medidas de reparación, pues un análisis más profundo excede los límites de este informe y requeriría seguramente el desarrollo de otro proyecto de investigación. De todas maneras, he incorporado en el anexo 2 un cuadro que da cuenta de las diversas formas de reparación, a saber: restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición, ejemplos de estas medidas de conformidad con estándares internacionales y la especificación de aquellas medidas ordenadas por la Corte Interamericana en este caso en concreto.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, VIII Puntos Resolutivos.



da entre aquellos que defienden la familia como institución social única basada esencialmente en la heterosexualidad y la reproducción y quienes abogan por entender la familia como un orden plural. La primera posición es liderada, principalmente, por la Iglesia Católica y la segunda posición tiene como protagonistas a los movimientos feministas y los que defienden la diversidad sexual quienes critican la concepción tradicional /natural de familia por enmascarar regímenes de dominación patriarcal y heteronormativo.<sup>19</sup> Este debate se ha trasladado también a las cortes tanto nacionales como internacionales.

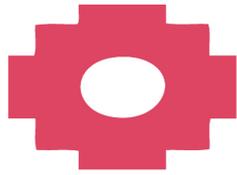
La concepción tradicional de familia se vincula con el concepto de familia nuclear que, de acuerdo a Elizabeth Jelin, suele ligar la sexualidad, la procreación y la convivencia a una unidad fundada a partir del matrimonio monogámico. Este modelo de familia ha pasado por dos procesos que fundamentan su raigambre social. Su naturalización y su normalización, ya que, este modelo particular de familia, es identificado como “natural” y “normal” frente a otros tipos de familia que son considerados desviados. No obstante, en las últimas décadas se han multiplicado y diversificado nuevas formas familiares, poniendo en cuestión aquel tradicional modelo de familia.<sup>20</sup>

Rosario Valpuesta da cuenta de que ese modelo tradicional de familia, no es más que una construcción social que se consolida a principios del siglo XIX: la familia nuclear burguesa en torno a la que se elabora todo un imaginario que acaba por englobar a la familia en sí, reflejando una visión unidimensional de la familia recogida en los códigos civiles decimonónicos. Cita a Gimeno para recordarnos que el desarrollo de los estudios históricos sobre la familia ha demostrado que se trata de una institución en continuo cambio, que cada época conoce sus formas familiares y que sociedad y familia son

---

<sup>19</sup> Juan Marco Vaggione, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Cristina Motta y Macarena Saéz, edit., *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana, Siglo de Hombres Editores/American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, Bogotá, 2008, p.13-16.*

<sup>20</sup> Micaela Libson, “¿Qué creen los y las que opinan sobre homoparentalidad?”, en Mario Pecheny, Carlos Figari y Daniel Jones, comp., *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2008, p. 174.*



productos de fuerzas sociales, económicas y culturales comunes, sin que una sea resultado de otra.<sup>21</sup>

En la sentencia de la Corte Suprema de Chile encontramos varias expresiones que dan cuenta de una concepción única, singular de familia siempre asociada a una pareja heterosexual y sus hijos/as.

En efecto, afirma la Corte que los jueces recurridos han incurrido en falta o abuso grave al “...haber preterido 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 le es propio...”<sup>22</sup>. Esa familia “normal” y “tradicional” no da cabida a parejas homosexuales con hijos/as. Más aún la sola relación de pareja lésbica es asumida en sí misma como un riesgo y potencial daño para las niñas.

*...aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendidas sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona de género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas.*<sup>23</sup>

Estos planteamientos retoman las ideas que de manera quizá más directa fueron planteados por el padre de las niñas en su demanda de tuición, a saber, “la inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo desnaturaliza el sentido de pareja humana, hombre y mujer, y por lo tanto altera el sentido natural de la familia...”<sup>24</sup>

La siguiente interpretación expresada en un amicus curiae, se sintoniza con las afirmaciones previas, restringiendo el concepto de familia a un único modelo.

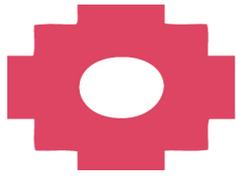
*...la característica principal del término familia natural, es que se relacionen sujetos del sexo opuesto con fines de procreación y posterior cuidado de sus hijos.*

<sup>21</sup>Rosario Valpuesta Fernández, “La protección constitucional de la familia”, en *Foro Revista de Derecho No. 5, I semestre 2006*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, p.128-130.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala: Caso tuición menores López Atala, Santiago 31 de mayo de 2004. Vigésimo Punto.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Décimo Séptimo Punto.

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 31.



*Entonces, ese es el tipo de familia que encomienda la CADH que los estados deben proteger, en virtud del inciso 1, artículo 17 antes citado. Ahora bien, haciendo una interpretación conjunta de los artículos mencionados con lo dispuesto en el artículo 19, deberá entenderse que el niño tendrá derecho a recibir protección, por parte del Estado, de la sociedad y de una familia natural.<sup>25</sup>*

En contraste, los representantes de las víctimas manifestaron ante la Corte Interamericana que “no hay un concepto único de familia y que es indudable que la señora Atala, sus hijas, y la señora De Ramón constituían un núcleo familiar que fue fraccionado por decisiones basadas en prejuicios en contra de la expresión de la orientación sexual de la Jueza Atala.”<sup>26</sup>

La Corte Interamericana señala que diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia. De hecho, para la Corte Interamericana la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada sino también por el impacto en el núcleo familiar.<sup>27</sup>

En el caso concreto, se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la CADH<sup>28</sup>, pues existía una convivencia, un contacto frecuente y una cercanía personal y afectiva entre Karen Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre.<sup>29</sup>

La decisión de tuición provisoria en primera instancia y la decisión de la Corte

---

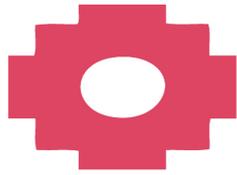
<sup>25</sup> Amicus curiae presentado por Hugo Calienes, Rector de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogovejo de Chiclayo Perú, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de septiembre de 2011, p. 16. En <http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/12/Ang%C3%A9lica-Burga-Amicus-Curiae-Presentado-ante-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-en-el-Caso-Atala-Riffo-e-hijas-contra-el-Estado-de-Chile.pdf>

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 158.

<sup>27</sup> *Ibid.*, párrafos 172 y 175.

<sup>28</sup> Art. 11.2.” Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”  
Art. 17.1 “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 177.



Suprema de Chile de otorgar la tuición definitiva a favor del padre no fueron medidas idóneas para proteger el interés superior del niño y tuvieron como resultado la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas, lo cual constituye, en criterio de la Corte Interamericana, una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar de Karen Atala y sus hijas.<sup>30</sup>

Sin duda, con estos razonamientos, la Corte Interamericana, apuntala una visión plural de la familia, que interpela la concepción heteronormativa de la misma.

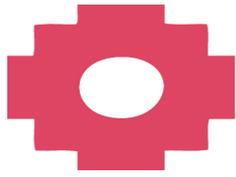
Sin embargo, no hay que soslayar que el único voto parcialmente disidente de la sentencia se relaciona precisamente con la concepción de familia. El Juez Alberto Pérez expresa su criterio en el sentido de que no es necesario ni prudente declarar una violación del artículo 17<sup>31</sup>. Afirma que el hecho incontrovertible de que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia, no quiere decir que necesariamente todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la CADH, incluso interpretada evolutivamente, entiende por familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”. Opina que en este tema resulta necesario reconocer un margen de apreciación nacional y que la declaración de la Corte Interamericana de la violación del artículo 17.1 pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, párrafo 178.

<sup>31</sup> Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.



dicho artículo.<sup>32</sup>

## 2. La dicotomía público/privado

Un aspecto sumamente sensible con relación a las orientaciones sexuales que cuestionan la heteronormatividad se relaciona a la dicotomía público/privado.

La permanencia dentro del ámbito de lo privado de lo repudiado, lo arrojado fuera del contorno de lo *natural*, es uno de los dispositivos de poder que sostiene la heterosexualidad patriarcal y que marca la frontera entre aquellas personas a quienes se reconoce derechos y a quienes se excluye de dicha titularidad.

Tal como afirma Juan Marco Vaggione “A las personas LBGTQ [lesbianas, bisexuales, gays, trans, queer] se las ubica en los márgenes de la definición de familia, y son ‘toleradas’ siempre y cuando mantengan sus vínculos familiares en la invisibilidad e ilegalidad.”<sup>33</sup>

Es por esto que su *exposición*, en el espacio público constituye la verdadera amenaza; en palabras de Butler, *el retorno perturbador que desestabiliza*.<sup>34</sup>

Por lo tanto, las orientaciones sexuales no hegemónicas constituyen concreciones de trasgresión política, cuando traspasan la esfera privada y se muestran en la pública. Varias instituciones se sienten amenazadas por estas presencias: el patriarcado<sup>35</sup>, la heterosexualidad compulsiva, la reproducción como destino único de la sexualidad, la familia nuclear como norma obligatoria.<sup>36</sup>

Se confirmaría, en el caso Karen Atala, que el mayor temor está en la expresión pública de su orientación sexual, que es vista como una amenaza, un peligro o también

---

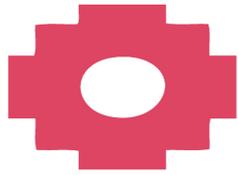
<sup>32</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto parcialmente disidente del Juez Alberto Pérez Pérez, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párrafos 21,23 y 24.

<sup>33</sup> Juan Marco Vaggione, *op. cit.*, p.16.

<sup>34</sup> Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar /Corporación Editora Nacional / ABYA YALA/, Quito, 2008, p. 90.

<sup>35</sup> Entendido como un orden basado en la subordinación, opresión y desvalorización de lo femenino, y la dominación y exaltación de lo masculino.

<sup>36</sup> Judith Salgado, *op. cit.*, p. 88.



como la razón para recibir una sanción o censura.

Un ejemplo evidente de esta censura lo tenemos en el siguiente texto de informe del Ministro Lenin Lillo con relación a la vista extraordinaria que realizó a Karen Atala, dentro de la investigación disciplinaria ordenada por la Corte de Apelaciones de Temuco.

Que no está en el ánimo de este visitador emitir juicios de valor respecto de la inclinación sexual de la Magistrado Atala, sin embargo, no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la Dra. Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el Ilmo. Tribunal.<sup>37</sup>

El Juzgado de Menores de Villarrica que concedió la tuición provisional al padre estableció entre las razones para quitársela a la madre que “la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ello la normalidad de la rutina familiar...”<sup>38</sup>

Resulta evidente la censura a la expresión pública de la homosexualidad en la siguiente opinión emitida en uno de los *amicus curiae* presentados ante la Corte Interamericana, “no cabe duda, que ante la decisión de la madre de las menores de pasar a convivir con otra mujer, **no de comenzar una relación lésbica discreta puertas afuera del hogar**, y recalco la diferencia, sabía que se exponía a esta decisión de quita de la tenencia a favor del padre...”<sup>39</sup>. (El resaltado es mío)

Esta opinión refuerza la idea de que lo que importa son las apariencias, pues si la madre mantiene su orientación sexual y su relación de pareja en el clóset no se expone, no “provoca” la sanción concomitante (perder la custodia de sus hijas).

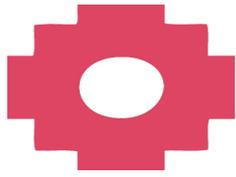
Tal como advierte uno de los *amicus curiae* presentado ante la CIDH, la decisión de

---

<sup>37</sup> Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 45.

<sup>38</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 41.

<sup>39</sup> Amicus Curiae del Profesor Carlos Álvarez Cozzi, catedrático de la Universidad de la República del Uruguay, presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, s/f. En <http://profdrCarlosalvarezcozzi-cac.blogspot.com/2011/09/amicus-curiae-del-prof-dr-carlos.html>



la Corte Suprema de Chile puede también estimular a que padres y madres homosexuales escondan su orientación sexual para mantener la custodia de sus hijos. Esto puede traer un efecto negativo en los niños, pues los estudios demuestran que la relación más saludable entre padres y madres homosexuales y sus hijos es aquella en la que los padres y madres pueden expresarse abiertamente sobre su sexualidad.<sup>40</sup>

Lo que la censura y rechazo a la expresión pública de opciones de vida que no calzan en la matriz heteronormativa divisan es que, efectivamente, esa expresión que cruza la frontera de lo considerado privado, pone bajo el signo de interrogación a las opciones sexuales consideradas naturales, obvias, correctas y muestra otras vidas posibles.

*Lo equívoco de Karen fue creer que podía expresar su amor más allá de la recámara. Que podía hacerlo público: en familia, en el trabajo, en los medios. Que podía demostrar, constantemente, lo que ella creía era un modelo de familia válido. Mandar el mensaje de que existen otras relaciones posibles. Y, ¡transmitírselo a sus hijas! El fallo de la Corte Suprema de Chile funge como un castigo a una expresión disidente. A una idea – sobre la feminidad, sobre la maternidad, sobre la familia, sobre el amor – distinta. Minoritaria. Opera, en la práctica, como una mordaza con un efecto disuasorio perverso: que el amor diferente siga sin atreverse a decir su nombre. Que permanezcan como realidades “ocultas”.*<sup>41</sup>

Indudablemente, en este contexto, resulta un avance que la Corte Interamericana haya determinado que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual incluye su expresión y las consecuencias en su proyecto de vida.<sup>42</sup>

Judith Butler, acertadamente, afirma:

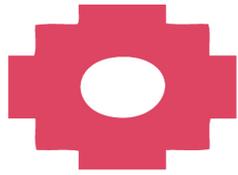
*Discriminar en base a la orientación sexual es privar a los individuos de su derecho a una orientación afectiva y sexual básica, de su derecho a formar asociaciones privadas y a ser protegidos en contra de la discriminación pública en*

---

<sup>40</sup> Amici Curiae Brief presented by the New York City Bar Association et al., before de Inter American Commission on Human Rights, January 19, 2006, p. 19. En <http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/565-1.pdf>

<sup>41</sup> Amicus Curiae presentado por el Área de Derechos Sexuales y Reproductivos, *op. cit.*, p. 14.

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 133.



*base a las afiliaciones que forman. Claramente, es un modo de regular o de negarle a alguien la posibilidad de vivir abierta y honestamente con su deseo y modo de amar. Este tipo de deseo no puede ser ni legislado ni proscrito – es parte de la diversidad y de la compleja gama humana de sexualidad y amor.<sup>43</sup>*

### 3. ¿Madres lesbianas?

Recordemos que la heteronormatividad como estructura de poder asume que las capacidades biológicas, morales y legales de ser padres y madres se convierten en regla en las parejas heterosexuales, mientras que en el caso de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans y queer (LGBTQ) su demanda porque se les reconozcan derechos como progenitores genera reacciones adversas.<sup>44</sup>

En algunos de los textos relacionados con el caso Karen Atala encontramos la afirmación de incompatibilidad entre ser madre o padre y ser homosexual (lesbiana o gay).

En la demanda de tuición el padre de las niñas afirma que Karen Atala no se encuentra capacitada para velar y cuidar de las tres niñas dado que su nueva opción de vida sumada a una convivencia lésbica con otra mujer estaban produciendo consecuencias dañinas en el desarrollo de estas menores de edad. Sostiene que la opción sexual de la madre altera la convivencia sana, justa y normal a la que tendrían derecho las niñas.<sup>45</sup>

En la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica que concedió la tuición provisional al padre aparece como argumento para sustentar la decisión:

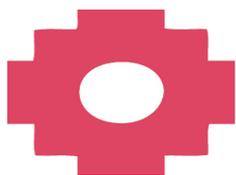
*...que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas,*

---

<sup>43</sup> Amicus Curiae presentado por Judith Butler, Catedrática Maxine Elliot de la Universidad de California, Berkeley, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de agosto de 2011, en *Revista Nómadas*, Julio 2012, Número 15, University of California, p. 179. En <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/NO/article/viewFile/21070/22341>

<sup>44</sup> Juan Marco Vaggione, *op. cit.*, p. 45.

<sup>45</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 31.



*argumentos que en el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional, cobran gran importancia.*<sup>46</sup>

En la misma línea, la Corte Suprema de Chile sostiene:

*...no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual, en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de estas.*<sup>47</sup>

Como podemos evidenciar, expresar públicamente su orientación sexual, haciendo explícita la convivencia con una pareja del mismo sexo es considerado un acto egoísta en el que se prioriza intereses personales por sobre la relación con sus hijas, reforzando el estereotipo de que una madre debe estar siempre dispuesta a dejar de lado sus propios intereses y anhelos, sacrificándose en nombre de sus hijos/as.

Jeanette Llaja afirma que una de las omisiones que presenta la sentencia de la Corte Interamericana es el no haber analizado la interseccionalidad de la discriminación por sexo/género y por orientación sexual en el caso de Karen Atala.

*...la afirmación de que ella antepuso sus intereses sobre los de sus hijas al decidir convivir con otra persona de su mismo sexo es discriminatoria por sexo/género, pues se basa en el estereotipo de que las mujeres son naturalmente abnegadas y tienen como espacio de realización personal la maternidad; por lo tanto la pauta de comportamiento impuesta es el sacrificio, la represión e incluso la distorsión de su sexualidad en aras del beneficio de los hijos.*<sup>48</sup>

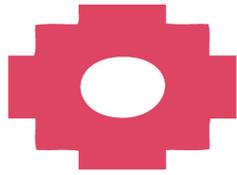
Adicionalmente esta visión reinscribe la incompatibilidad entre la expresión abierta de su orientación sexual y el ejercicio de la maternidad.

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*, párrafo 41.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, párrafo 56.

<sup>48</sup> Jeannette Llaja Villena, *Caso Karen Atala vs. Chile. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Boletín de Programas de Litigio Internacional, Año 2, No. 1, marzo 2012, p.14. En [www.cladem.org](http://www.cladem.org)



Tal como critican los representantes de las víctimas en la jurisdicción de la Corte Interamericana “la Corte Suprema de Chile [...] creó una categoría de personas que por su sola naturaleza, sin importar su comportamiento, no serían hábiles para cuidar a sus propios hijos, equiparándolos con situaciones de maltrato y descuido.”<sup>49</sup>

En la misma línea la CIDH afirma que la Corte Suprema de Chile envió un mensaje equiparando la homosexualidad a una insuficiencia como madre, tal como señalaron los peticionarios el fallo dio el mensaje a las niñas de “que su madre no era apta para cuidarlas, a pesar del amor y seguridad que había en el hogar, que la sociedad no las aceptaría como hijas de una madre lesbiana”.<sup>50</sup>

En este sentido, “el poner a Karen en la posición de elegir entre *uno* u *otro* – ser madre o ser lesbiana -, cuando no hay razón válida para esa disyuntiva, violenta su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Le impiden proseguir el proyecto de vida que ella, *válidamente*, desea: ser una madre lesbiana.”<sup>51</sup>

De otra parte, encontramos también varias expresiones que apoyan la coexistencia entre la maternidad y la homosexualidad, si bien uno de los mecanismos más usados para el efecto sea subrayar su normalidad.

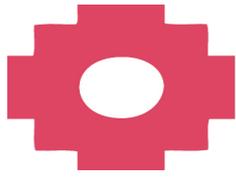
La sentencia de primera instancia de la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica que rechazó la demanda de tuición del padre establece que:

*...la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. [...] tampoco se había acreditado la existencia de hechos concretos que perjudicaran el bienestar*

<sup>49</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 73.

<sup>50</sup> Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 116.

<sup>51</sup> Amicus Curiae presentado por el Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 8 de septiembre de 2011, p. 13. En <http://programadederechoalasalud.cide.edu/ADSyR/wp-content/uploads/2012/02/Amicus-Curiae-Karen-Atala-e-hijas.pdf>



*de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar.*”<sup>52</sup>

Su decisión también se sustenta en informes de entidades cuya opinión se encuentra legitimada, por ejemplo la Organización Panamericana de Salud, la Universidad de Chile (Departamento de Psicología) y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Facultad de Educación) que enfatizaron en dos elementos: “i) la homosexualidad es una conducta normal y no es una manifestación de ninguna patología, y ii) la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida [...] no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres.”<sup>53</sup>

En sintonía con este último punto, la Corte Interamericana asevera que “la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad.”<sup>54</sup> La Corte reitera que en su criterio la orientación sexual hace parte de la vida privada de una persona y que por lo mismo debe estar protegida contra injerencias arbitrarias y que en el presente caso lo que debía estudiarse eran las conductas parentales concretas, sin que el peso para decidir sobre la custodia se centrara en la orientación sexual de la madre. El haberlo hecho significó la violación del derecho a la vida privada de Karen Atala.

La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.<sup>55</sup>

Esta hipervisibilización de la orientación sexual de Karen Atala se sintoniza, en mi opinión, con una de las tecnologías de poder modernas que apuntalan el heterosexismo y que es cuestionada por Guillermo Núñez que consiste en reducir a la persona homosexual a su práctica sexual, esfumándose así su compleja humanidad.<sup>56</sup>

---

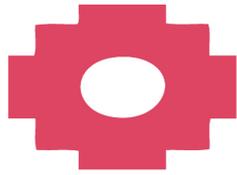
<sup>52</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 44.

<sup>53</sup> *Ibid.*, párrafo 45.

<sup>54</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 167.

<sup>55</sup> *Ibid.*, párrafo 162.

<sup>56</sup> Guillermo Núñez Noriega, *¿Qué es la diversidad sexual? Reflexiones desde la academia y el movimiento ciudadano*, Quito, CIAD / ABYA YALA, 2011, p. 62.



Es importante resaltar que la mayor parte de *amicus curiae* examinados<sup>57</sup> dan cuenta de resultados de investigaciones y estudios que llegan a la conclusión de que no existe una diferencia significativa entre las aptitudes de padres y madres heterosexuales y homosexuales y que no hay diferencias estadísticamente significativas en el desarrollo psicológico, social o de género entre niños criados por padres y madres homosexuales y padres o madres heterosexuales. Ahora bien, algunos *amicus curiae* cuestionan estas investigaciones, sobretodo respecto de la metodología aplicada<sup>58</sup> o niegan que existan estudios científicos que demuestren la idoneidad de los niños criados por parejas homosexuales<sup>59</sup>.

No hay que perder de vista que es común encontrar información científica que legitima posturas divergentes sobre las personas LGBTQ y los vínculos familiares<sup>60</sup>, pero sobretodo que la ciencia y la producción de verdad científica no está desligada de dimensiones de poder que definen lo que se considerara o no científico en un momento dado.

#### 4. ¿Discriminación social vs. discriminación por orientación sexual?

Resulta paradójico constatar que muchas veces la alegada prevención de posibles discriminaciones contra las niñas hijas de una madre lesbiana se torna en el “justificativo” para reforzar la discriminación. Así argumenta la Corte Suprema de Justicia de Chile para

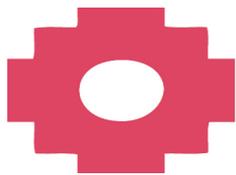
---

<sup>57</sup> Cfr. Informe de Amici Curiae presentado por Amnesty Internacional et al ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de septiembre de 2011; Amicus Curiae presentado por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 de enero de 2006; Amicus Curiae presentado por Judith Butler, Catedrática Maxine Elliot de la Universidad de California, Berkeley, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de agosto de 2011; Brief of Amici Curiae Global Experts in Sexual Orientation, Gender and Family Law, presented before de Inter American Court of Human Rights, August 19,2011.

<sup>58</sup> Amicus Curiae presentado por el Centro de Bioética de la Asociación Civil Nueva Política: Estudio y Proyección Social de Argentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://es.scribd.com/doc/68828419/Amicus-Curiae-del-Centro-de-Bioetica-Persona-y-Familia-en-el-Caso-Atala-contra-Chile>

<sup>59</sup> Amicus Curiae presentado por Hugo Calienes, Rector de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo Perú, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de septiembre de 2011.

<sup>60</sup> Juan Marco Vaggione, *op. cit.*, p. 76.



quitar la tuición de sus hijas a Karen Atala: “es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará su desarrollo personal.”<sup>61</sup>

La siguiente comparación nos permite evidenciar lo absurdo de este razonamiento.

*Separar a una niña de su madre porque sus amigos, conocidos y vecinos rechazan a su progenitora porque es lesbiana y vive como tal, equivale a quitarle la custodia de sus hijos a un hombre negro o a una mujer discapacitada porque sus vecinos se caracterizan por ser racistas o consideran que las discapacidades son un lastre con el que la sociedad no debe cargar.*<sup>62</sup>

Tal como veremos en el siguiente punto, la Corte Interamericana cuestiona frontalmente la legitimación de la discriminación social en nombre de la supuesta protección del interés superior del niño.

Vale precisar que los votos en contra de dos magistrados de la Corte Suprema de Chile, critican la visión del voto mayoritario en los siguientes términos “restarle a la madre, solo por su opción sexual la tuición de sus hijas menores de edad – como lo ha querido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas – involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria.”<sup>63</sup>

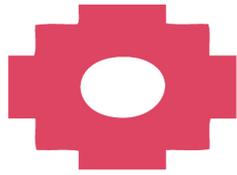
Varios prejuicios y estereotipos se despliegan al tratar la orientación sexual no hegemónica. Por ejemplo, en la demanda de tuición, el padre de las niñas arguyó que habría que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implicaría para las menores vivir junto a una pareja lésbica, pues solo en el plano de enfermedades, por sus prácticas

---

<sup>61</sup> Corte Suprema de Chile, *op. cit.*, Décimo Octavo Punto.

<sup>62</sup> Amicus Curiae presentado por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 de enero de 2006, p. 10. En [www.cladem.org](http://www.cladem.org)

<sup>63</sup> Voto en contra de los Ministros José Benquis C. y Orlando Álvarez H. de la sentencia de la Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala: Caso tuición menores López Atala, Santiago 31 de mayo de 2004, numeral 9.



sexuales estaría expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes y al sida.<sup>64</sup>

La CIDH asevera que el fallo de la Corte Suprema de Chile “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>65</sup>

Un debate muy importante e inédito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es el que, en este caso se desarrolló, respecto de si la orientación sexual está incluida en las categorías respecto de las que la CADH prohíbe la discriminación, si se la considera una categoría sospechosa y por lo mismo si un trato diferente basado en la orientación sexual requiere un escrutinio estricto y revierte la carga de la prueba al Estado.

La CIDH en su demanda sostiene que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la frase “otra condición social” establecida en el artículo 1 (1)<sup>66</sup>, con todas las consecuencias que ello comporta respecto de los demás derechos consagrados en la CADH. Esto implica que toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el test estricto.<sup>67</sup>

La CIDH recuerda que para verificar si estamos frente a una distinción objetiva y razonable o frente a un trato discriminatorio se recurre a la aplicación de un test compuesto por varios elementos. En primer lugar la existencia de un fin legítimo, la idoneidad o relación lógica entre el objetivo que se persigue y la distinción, la existencia de otras alternativas y la proporcionalidad, es decir, el balance de intereses en juego y el grado de

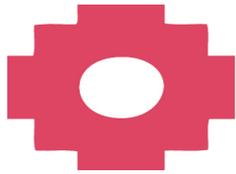
---

<sup>64</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 31.

<sup>65</sup> Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 131.

<sup>66</sup> Art. 1.1 de la CADH “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.”

<sup>67</sup> Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 95.



sacrificio de uno respecto del grado de beneficio del otro.<sup>68</sup>

Añade que, si nos encontramos frente a las denominadas categorías sospechosas, el test es especialmente estricto, precisamente como garantía, de que la distinción no está basada en los prejuicios y estereotipos que habitualmente rodean las categorías sospechosas. En la práctica significa que la carga de la prueba recae sobre el Estado y que los elementos del test se evalúan de manera calificada. Efectivamente, no basta la existencia de un fin legítimo sino que este debe ser un fin particularmente importante o una necesidad social imperiosa; no es suficiente que la medida sea idónea sino que debe ser estrictamente necesaria en el sentido de que no exista otra alternativa menos lesiva; para cumplir con el requisito de proporcionalidad debe argumentarse la existencia de un balance adecuado de intereses en términos de grado de sacrificio y grado de beneficio.<sup>69</sup>

La Corte Interamericana, al abordar este asunto, comienza destacando que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.”<sup>70</sup>

Sostiene que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar según la CADH no son un listado taxativo sino meramente enunciativo. Que la expresión “otra condición social” permite la inclusión de otras categorías sobre la base del principio de la opción más favorable para la persona y la evolución de los derechos en el derecho internacional contemporáneo.<sup>71</sup>

Da cuenta del tratamiento de la discriminación por orientación sexual en el Sistema Interamericano, Europeo y Universal de Derechos Humanos y deja establecido que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención, cualquier norma, acto o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir en modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación

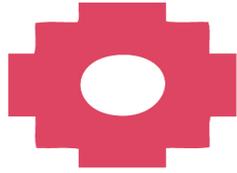
---

<sup>68</sup> *Ibid.*, párrafo 86.

<sup>69</sup> Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafos 88 y 89.

<sup>70</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 83.

<sup>71</sup> *Ibid.*, párrafo 85.



sexual.<sup>72</sup>

Adicionalmente, la Corte Interamericana resalta que la presunta falta de consenso al interior de algunos países (alegada por el Estado chileno) respecto de los derechos de las minorías sexuales no puede ser un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.<sup>73</sup>

Como veremos más en detalle, en el siguiente punto la Corte Interamericana aplica el test estricto llegando a la conclusión de que en el caso de Karen Atala y sus hijas el trato fue discriminatorio.

En cuanto a las niñas, la Corte Interamericana reiteró que la prohibición de discriminación a niños y niñas incluye también aquella derivada de la condición de sus padres, como en este caso la orientación sexual de la madre. Al haber tomado como su fundamento la orientación sexual de la madre, se discriminó a las tres niñas puesto que la decisión tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre padres heterosexuales. El trato discriminatorio contra la madre repercutió en las niñas pues fue la razón para decidir que no continuarían viviendo con ella, separándolas de su madre como consecuencia de su orientación sexual.<sup>74</sup>

Respecto de la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria iniciada en contra de la Jueza Atala por orden de la Corte de Apelaciones de Temuco, la Corte Interamericana concluyó que se violó el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la vida privada y la garantía judicial de imparcialidad.

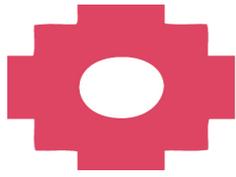
En cuanto a la alegada violación del derecho a la igualdad y no discriminación durante el proceso judicial de tuición, la Corte Interamericana estableció, en primer lugar, que las diversas afirmaciones que sustentaron las decisiones de la tuición provisional concedida en primera instancia al padre de las niñas y la sentencia de la Corte Suprema de Chile que le concedió la tuición definitiva tuvieron, en el primer caso, como fundamento

---

<sup>72</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 91.

<sup>73</sup> *Ibid.*, párrafo 92.

<sup>74</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafos 151 y 154-155.



principal la orientación sexual de Karen Atala y, en el segundo caso, otorgaron relevancia significativa a la orientación sexual de la madre. En este contexto la Corte Interamericana concluyó que se realizó una diferencia de trato basada en la orientación sexual.<sup>75</sup>

A fin de determinar si esta diferencia de trato constituyó o no discriminación, la Corte Interamericana analizó la justificación que dio el Estado, es decir, la alegada protección del interés superior del niño y los presuntos daños sufridos por las niñas en razón de la orientación sexual de su madre que analizaremos en detalle en el siguiente punto.

## **5. Interés superior de las niñas/intereses de la madre: una falsa dicotomía**

El mismo principio, en este caso el interés superior del niño, es invocado tanto por quienes consideran que la tuición es incompatible con una orientación sexual no heterosexual de los padres o madres como de quienes consideran irrelevante esta condición para descalificar el ejercicio de la maternidad o paternidad.

La Corte Suprema de Chile afirma:

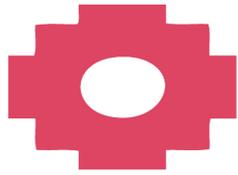
*Que las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de lo hijos al padre en lugar de a la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia.*

La Corte Interamericana, reconoce que el objetivo de proteger el principio del interés superior del niño es un fin no solo legítimo sino imperioso.<sup>76</sup> No obstante, destaca la necesidad de evaluar si los argumentos presentados por el Estado chileno para la protección de este principio son adecuados.

---

<sup>75</sup> Ibid., párrafo 97-98.

<sup>76</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 108.



*...al ser en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. [...] 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.<sup>77</sup>*

Resumiendo, son cuatro los argumentos expresados por el Estado chileno, que en su criterio, permiten proteger el interés superior del niño, a saber: i) La presunta discriminación social que sufrirían las niñas; ii) La alegada confusión de roles sexuales; iii) El alegado privilegio de intereses personales de la madre; y, iv) El alegado derecho a una familia “normal y tradicional”.

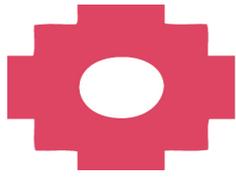
Respecto de los cuatro argumentos, la Corte Interamericana llega a la conclusión de que no son adecuados para proteger el interés superior de las niñas. Revisemos de manera sintética las razones expuestas.

### La presunta discriminación social que sufrirían las niñas

No puede servir de sustento jurídico para justificar la diferencia de trato y la restricción de un derecho la posibilidad de discriminación social probada o no a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Aunque algunas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios, al contrario están obligados a adoptar medidas para

---

<sup>77</sup> Ibid., párrafos 110-111.



hacer efectivos los derechos, propendiendo a enfrentar manifestaciones intolerantes y discriminatorias con el fin de evitar la exclusión o negación de determinada condición.

Los Estados deben ayudar al avance social manifestado en desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos como se evidencia en la aceptación social actual de parejas interraciales, madres o padres solteros o parejas divorciados que en otros momentos no habían sido aceptadas. Es completamente inadmisibles que los jueces, en caso de constatar discriminación social, la legitimen con el argumento de proteger el interés superior del niño.<sup>78</sup>

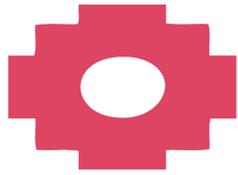
### La alegada confusión de roles sexuales

Tratándose de la discriminación por orientación sexual la eventual restricción de un derecho requiere una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose la carga de la prueba, con lo cual es el Estado el que debe demostrar que su decisión no tuvo un objetivo o efecto discriminatorio. Señala que es indispensable que en las decisiones judiciales sobre custodia se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta del padre o la madre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo, una pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género.

La Corte Interamericana concluyó que la Corte Suprema de Chile no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo. En efecto, no expuso argumentos para desvirtuar la posibilidad que el deterioro no se hubiera producido por la nueva convivencia o como consecuencia de la separación de la madre y el padre y sus posibles efectos negativos, tampoco expuso argumentos específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable, ni presentó razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la

---

<sup>78</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafos 119-122.



orientación sexual y las relaciones del niño o la niña.<sup>79</sup>

Respecto del riesgo de confusión en los roles sexuales que arguye la Corte Suprema de Chile, considero pertinente traer a colación la siguiente opinión, por su capacidad de mostrar claramente las implicaciones que están detrás del discurso más explícito.

*Para la Corte Suprema de Chile existe una forma de ser, sexualmente hablando, que es la correcta. La homosexualidad es, por definición, una confusión sobre lo que es correcto. Y es además una idea de fácil propagación. Casi un virus que se contagia. Un error que se pega. Ese es el daño a las niñas: llevarlas a vivir en el error. Además de exponerlas a que los otros las discriminen por la locura de su madre. Dado que el apedreo está justificado – parece rezar el argumento de la Corte Suprema – hay que salvar a las niñas, salvarlas de la madre que las puso en esa posición vulnerable. No condenar a los que las discriminan, sino a la madre por poner a las hijas en situación de riesgo.<sup>80</sup>*

### El alegado privilegio de intereses personales de la madre

El alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida. La orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, no era razonable exigirle a Karen Atala que pospusiera su proyecto de vida y familia. Esta exigencia implica una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres según la cual se espera que las mujeres lleven la responsabilidad principal de la crianza de los hijos y en pos de esto renuncien, como en este caso, a un aspecto esencial de su identidad.<sup>81</sup>

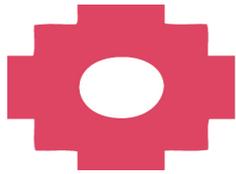
### El alegado derecho a una familia “normal y tradicional”.

En la CADH no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho

<sup>79</sup> Ibid., párrafos 124-125 y 130-131.

<sup>80</sup> Amicus Curiae presentado por el Área de Derechos Sexuales y Reproductivos, *op. cit.*, p. 13.

<sup>81</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafos 133, 136 y 139-140.



menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. “El lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional” refleja una visión limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)”<sup>82</sup>.

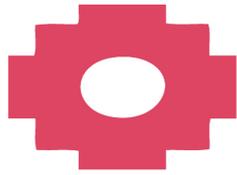
Otro derecho que analiza la Corte Interamericana relacionado con el principio del interés superior del niño, es el derecho de las niñas a ser oídas y ser tomadas en cuenta en decisiones que las afectan. Efectivamente, llega a la conclusión de que este derecho fue violado en el caso de las tres niñas de conformidad con el siguiente razonamiento.

*...la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. [...] la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho de participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño.*<sup>83</sup>

Ya lo había dicho la CIDH en su demanda, “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 a su bienestar.” [...] en el marco de una audiencia ante la CIDH, las niñas catalogan la separación de su madre como “traumática, abrupta e inesperada... toda vez que ellas habían manifestado su deseo de quedarse con la madre [...] sintieron “rabia por no haber sido escuchadas en el proceso de litigio, toda vez que se veían burladas

<sup>82</sup> *Ibid.*, párrafos 142 y 145. En [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

<sup>83</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 208.



desde la decisión de los jueces.”<sup>84</sup>

Un estándar importante a tener en cuenta cuando se evalúa el interés superior del niño o niña, es la consideración de múltiples factores y una investigación individualizada y acorde a las circunstancias concretas del caso. Diversas cortes y legislaciones en América han identificado los siguientes factores: las habilidades de crianza del padre o la madre; la relación entre padre e hija/o o madre/hija; las necesidades particulares del niño/a y las preferencias del niño/a. Estos elementos no fueron considerados en la decisión de la Corte Suprema de Chile.<sup>85</sup>

Considero pertinente cerrar este punto con la siguiente declaración de la American Psychoanalytic Association:

*La evidencia acumulada sugiere que el interés superior del niño exige el apego a padres competentes, educativos y comprometidos. La evaluación, en un individuo o una pareja, de estas cualidades paternas se debe determinar sin prejuicio respecto de su orientación sexual. Las personas y parejas gay y lesbianas son capaces de satisfacer el interés superior del niño, y deberían tener los mismos derechos y aceptar las mismas responsabilidades que los padres heterosexuales.*<sup>86</sup>

## Conclusiones

En este análisis parto de entender el derecho como una práctica discursiva que por lo mismo guarda una íntima relación con el poder de constituir las fronteras entre quienes serán efectivamente considerados sujetos de derechos humanos y quiénes no en un contexto histórico determinado.

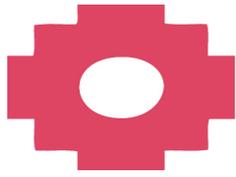
El análisis del discurso jurídico construido alrededor del caso de Karen Atala deja ver, tanto en las diversas instancias del proceso judicial en Chile como en el proceso ante el

---

<sup>84</sup> Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 131.

<sup>85</sup> Brief of Amici Curiae Global Experts in Sexual Orientation, Gender and Family Law, presented before de Inter American Court of Human Rights, August 19, 2011, p. 5-6. En [http://www.law.columbia.edu/null/download?&exclusive=filemgr.download&file\\_id=59712](http://www.law.columbia.edu/null/download?&exclusive=filemgr.download&file_id=59712)

<sup>86</sup> Citado por el Informe de Amici Curiae presentado por Amnesty Internacional et al, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de septiembre de 2011, p. 60.

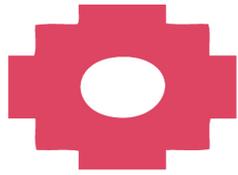


Sistema Interamericano de Derechos Humanos, una disputa respecto de qué es considerado una familia digna de protección, cómo la dicotomía público/privado atraviesa la existencia de familias más allá de la heteronormatividad, qué nexos se construyen entre ser lesbiana y ser madre, cómo se entiende la discriminación social y la discriminación por orientación sexual y la compatibilidad o no del interés superior de las niñas y los intereses de su madre.

Como hemos visto en detalle en los puntos anteriores, esta disputa refleja tanto elementos que reproducen y refuerzan la heteronormatividad como aquellos que la interpelan y la ponen en duda. En el mismo ámbito judicial chileno encontramos dos decisiones que marcan el blindaje de la familia heteronormativa negando la posibilidad de otros vínculos fuera de tal modelo así como dos decisiones que dan cuenta de una apertura para reconocer y dar legitimidad a una familia conformada por una pareja homosexual y los hijos de una de ellas. No obstante, a pesar de esas opiniones antagónicas, en la práctica y a través de diversas decisiones procesales (la tuición provisional, la orden de no innovar y la tuición definitiva) prevaleció la primera posición que concedió la custodia al padre de las niñas.

Encontramos también que ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se presentó muchos *amicus curiae* que abonaron más a esta disputa, la mayor parte de estos insumos abogaban por una visión plural de la familia y la crianza de los hijos más allá del espacio de la familia tradicional aunque también hubo algunos que sustentaban una defensa de la concepción única de familia considerada natural, léase integrada por una pareja heterosexual.

Recordemos que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de carácter vinculante no solo para el Estado implicado (en este caso Chile) sino para todos los Estados que han reconocido su competencia (entre ellos Ecuador). De ahí la importancia de conocer a más de las diversas posiciones y debates reflejados en el caso lo que la Corte decidió, tomando en cuenta los avances que encontramos en la sentencia y que pueden tener un efecto multiplicador en la región al ser invocados y utilizados en procesos

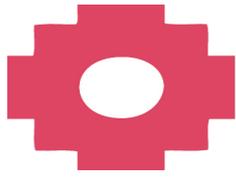


judiciales nacionales y como referente de políticas públicas para proteger los derechos humanos de personas LGBTQ.

Respecto del concepto de familia, la Corte Interamericana asume en este fallo, una visión plural señalando de manera explícita que no existe un modelo único de familia (la “tradicional”). Reconoce en este caso concreto que la unión entre Karen Atala, su pareja y los cuatro hijos de la jueza constituyeron un núcleo familiar, en tanto existía una convivencia, un contacto frecuente y una cercanía personal y afectiva que por lo mismo estaba protegido por la CADH. De esta manera la Corte Interamericana reconoce familias más allá del modelo heteronormativo. Cabe resaltar, de todas maneras, que este es el único punto en el que existe un voto disidente.

Otro elemento clave, es que la Corte Interamericana determinó que la no discriminación por orientación sexual implica no solo ser homosexual sino además poder expresarlo y asumir las consecuencias en su proyecto de vida, sostuvo también que la orientación sexual hace parte de la vida privada y se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. Este reconocimiento, a mi juicio, expresa un resquebrajamiento a la dicotomía público/privado tan presente en el ejercicio o no de los derechos humanos de las personas LGBTQ. Por un lado se exige el respeto de un espacio de intimidad que no debe sufrir injerencias arbitrarias y por el otro se deja claro que su manifestación pública es parte del ejercicio de la propia libertad y el derecho a no sufrir discriminación.

El caso refleja también la contraposición de dos visiones. De una parte aquellas que refuerzan la incompatibilidad del ejercicio de la maternidad (paternidad) con la expresión de una orientación homosexual y su despliegue público, equiparando la homosexualidad con insuficiencia para ser madre o padre. Por otra parte, encontramos aquellas que insisten en que el ejercicio de la maternidad/paternidad no está ligado a la orientación sexual de los progenitores sino a la capacidad de amar, cuidar y proteger a los hijos. La Corte Interamericana, en sintonía con esta última concepción, establece que la orientación sexual



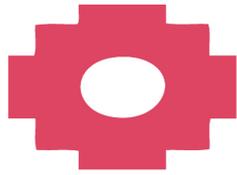
es irrelevante para la determinación de la custodia de los hijos/as, que lo que es indispensable analizar es la conducta parental en su relación con su prole y cómo esto afecta positiva o negativamente en ellos, desvirtuando así la alegada incompatibilidad de ser homosexual y ser madre o padre.

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, a partir de una interpretación evolutiva de los derechos humanos, la Corte Interamericana determina que la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación y que calza en lo que la CADH denomina “otra condición social”. Esto trae como consecuencia que se la considera una categoría sospechosa, por lo mismo todo trato diferente en base a la orientación sexual, deberá pasar un test de escrutinio estricto respecto de su razonabilidad. Adicionalmente, la carga de la prueba se revierte hacia el Estado.

Cabe destacar que la Corte Interamericana estableció que es inadmisibles que los jueces, al constatar la existencia o la posibilidad de discriminación social hacia las niñas por la orientación sexual de su madre, la legitimen y perpetúen con el argumento de proteger el interés superior del niño, cuando al contrario, es su obligación enfrentar las exclusiones y discriminaciones.

La Corte Interamericana destaca que el interés superior del niño es, no solo un fin legítimo sino imperioso, pero que no basta mencionarlo, hace falta demostrar en el caso concreto de qué manera las medidas tomadas permiten proteger el interés superior del niño y por qué se descartan otras medidas. En los casos sobre custodia o tuición es indispensable explicar los elementos de conexidad y causalidad entre las conductas del padre y madre y su afectación en los niños. Por consiguiente, los daños y riesgos a los niños deben ser comprobados y no basarse en especulaciones, pre-concepciones o estereotipos sobre condiciones específicas de los padres.

La Corte Interamericana enfatiza la importancia de que niños y niñas sean escuchados en asuntos que les afecten y que sus opiniones sean tomadas en cuenta al momento de decidir. Por lo mismo, en el caso que las decisiones judiciales no coincidan con tales opiniones, es fundamental la motivación, explicitando las razones que sustentan



tal resolución y cómo se conectan con el interés superior de los niños.

En este caso evidenciamos también que las investigaciones, los estudios e informes científicos ocupan un lugar cada vez más importantes en las discusiones jurídicas. En mi criterio esto puede contribuir a abrir una perspectiva cada vez más interdisciplinaria, que me parece mucho más pertinente para el campo de los derechos humanos. Ahora bien, no hay que perder de vista que la ciencia también está atravesada por dimensiones de poder que, en un lugar y momento histórico específico, califica lo que se considerara real, verdadero y científico.

Me queda la sensación agrídulce, de que la lucha de Karen Atala de casi una década, no se ha visto traducida en respuestas oportunas, pertinentes y efectivas desde el mundo jurídico para ella y sus hijas. Pero que, sin embargo, aún no dimensionamos cuánto habrá que agradecerle por la incidencia, ojala favorable, que podrá tener en las vidas de muchas personas LGBTQ en nuestra región.

Para concluir, considero pertinente reproducir la siguiente cita:

*...la justicia no es un valor inmutable; la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una cierta concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas o transformarlas...cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella...en definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho...(que)...conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.<sup>87</sup>*

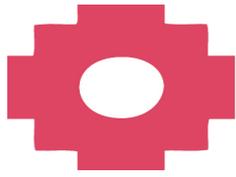
## Bibliografía

Butler Judith, *Deshacer el género*, Barcelona, Editorial Paidós, 2006.

Cárcova Carlos María, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p.19-38.

---

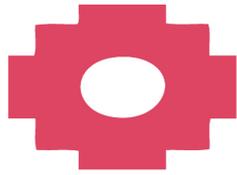
<sup>87</sup> Alicia E. Ruiz, *Idas y vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires /Editores del Puerto, 2001, p. 54.



- Courtis Christian, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala: Caso tuición menores López Atala, Santiago 31 de mayo de 2004.
- Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 12.502 Karen Atala e hijas.
- Michel Foucault, *Microfísica del poder*, Madrid, Ediciones Endymión, tercera edición, 1992.
- Libson Micaela, “¿Qué creen los y las que opinan sobre homoparentalidad?”, en Mario Pecheny, Carlos Figari y Daniel Jones, comp., *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2008.
- Lind Amy y Sofía Argüello, “Activismo LGBTIQ y ciudadanía sexuales en el Ecuador. Un diálogo con Elizabeth Vásquez”, *Iconos* No. 35, Quito, septiembre 2009, FLACSO, p. 97-111.
- LLaja Villena Jeannette, *Caso Karen Atala vs. Chile. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Boletín de Programas de Litigio Internacional, Año 2, No. 1, marzo 2012, CLADEM, p. 1-15.
- Núñez Noriega Guillermo, *¿Qué es la diversidad sexual? Reflexiones desde la academia y el movimiento ciudadano*, Quito, CIAD / ABYA YALA, 2011.
- Ruiz Alicia E., *Idas y vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires /Editores del Puerto, 2001.
- , “Derecho, democracia y teorías críticas de fin del siglo”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 9-17.
- Salgado Judith, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional/ABYA YALA/, Quito, 2008.
- Vaggione Juan Marco, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo 2, Bogotá, Siglo de Hombres Editores / American University Washington College of Law / Center of Reproductive Rights, 2008, p. 13-87.
- Valpuesta Fernández Rosario, “La protección constitucional de la familia”, en *Foro Revista de Derecho* No. 5, 1 semestre 2006, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, p.127-162.

## **Amicus Curiae**

- Amici Curiae Brief presented by the New York City Bar Association et al., before de Inter American Commission on Human Rights, January 19, 2006.



Amicus Curiae presentado por el Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 8 de septiembre de 2011.

Amicus Curiae presentado por Carlos Álvarez Cozzi, catedrático de la Universidad de la República del Uruguay, presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, s/f.

Amicus Curiae presentado por el Centro de Bioética de la Asociación Civil Nueva Política: Estudio y Proyección Social de Argentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, s/f.

Amicus Curiae presentado por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 de enero de 2006.

Amicus curiae presentado por Hugo Calienes, Rector de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo Perú, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de septiembre de 2011.

Amicus Curiae presentado por Judith Butler, Catedrática Maxine Elliot de la Universidad de California, Berkeley, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de agosto de 2011.

Brief of Amici Curiae Global Experts in Sexual Orientation, Gender and Family Law, presented before de Inter American Court of Human Rights, August 19, 2011.

Informe de Amici Curiae presentado por Amnesty Internacional et al ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de septiembre de 2011.

## **Páginas de Internet**

<http://www.emol.com/>

<http://es.scribd.com/doc/68828419/Amicus-Curiae-del-Centro-de-Bioetica-Persona-y-Familia-en-el-Caso-Atala-contra-Chile>

<http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/12/Ang%C3%A9lica-Burga-Amicus-Curiae-Presentado-ante-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-en-el-Caso-Atala-Riffo-e-hijas-contra-el-Estado-de-Chile.pdf>

<http://profdrarlosalvarezcozzi-cac.blogspot.com/2011/09/amicus-curiae-del-prof-dr-carlos.html>

<http://programadederechoalasalud.cide.edu/ADSyR/wp-content/uploads/2012/02/Amicus-Curiae-Karen-Atala-e-hijas.pdf>

<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/NO/article/viewFile/21070/22341>

<http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/565-1.pdf>

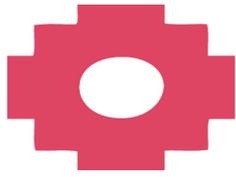
<http://www.lacuarta.com/>

<http://www.lanacion.cl/>

<http://www.latercera.com/>

[http://www.law.columbia.edu/null/download?&exclusive=filemgr.download&file\\_id=59712](http://www.law.columbia.edu/null/download?&exclusive=filemgr.download&file_id=59712)

[www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org)



# APORTES ANDINOS 34

Revista de Derechos Humanos • PADH-UASB • Ecuador • Semestral • Julio 2014

[www.cladem.org](http://www.cladem.org)

[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

[www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)