



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia

EL CASO KAREN ATALA: LA CONJUGACIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y EL PRINCIPIO
DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1271-
1322

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42724584011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL CASO KAREN ATALA: LA CONJUGACIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR*

KAREN ATALA CASE, BETWEEN TWO PARAMETERS: SEXUAL PREFERENCES AND THE BEST INTEREST OF THE CHILD

Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ**

RESUMEN: Las presentes líneas abordan el caso Karen Atala vs. Chile, planteado como un nuevo reto tanto para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al determinar el principio del “interés superior del menor” cuando uno de los progenitores tiene una orientación sexual “diferente”. El caso presenta la necesidad de encontrar el balance adecuado entre tres principios fundamentales: la no discriminación por orientación sexual, la igualdad, y el “interés superior del menor”. El caso Karen Atala ha sido recientemente resuelto en la Corte Interamericana en clave de continuidad con lo recomendado por la Comisión Interamericana. Ambos pronunciamientos demuestran que la capacidad de una persona para desarrollar su papel como padre o madre no depende de su orientación sexual ni se puede construir sobre estereotipos, presunciones o prejuicios, que más responden a la tradición y a la inercia, que a la realidad casuística.

Palabras clave: Karen Atala, interés superior del menor, orientación sexual, no discriminación.

* Artículo recibido el 10 de noviembre de 2011 y aceptado para su publicación el 28 de mayo de 2012.

** Doctora en derecho por la Universidad de Salamanca; investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

ABSTRACT: *The paper discusses the novel case of Karen Atala vs. Chile and the challenge faced by the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights to determine the principle of the “child’s best interest” when the parent has a “different” sexual orientation. The paper discusses the balance of three fundamental principles involved in the issue: no discrimination, equality, and the “child’s best interest”. Recently the Inter-American Court of Human Rights has decided the case abiding by what was determined by the Inter-American Commission on Human Rights. A decision that we agree was correctly based on the reasoning that the capacity of a person to play the role of a parent does not depend on his or hers sexual orientation, nor does it depend on stereotypes, or traditions that ignore the concrete case under judgment.*

Keywords: *Karen Atala, child’s best interest, sexual orientation, no discrimination.*

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLV, núm. 135,
septiembre-diciembre de 2012, pp. 1271-1322.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes interamericanos en el análisis del interés superior del menor*. III. *El concepto de menor en el sistema interamericano*. IV. *El caso Karen Atala e hijas vs. Chile*. V. *El reconocimiento constitucional del principio del interés superior del menor en México como ejemplo a destacar*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El caso Karen Atala e Hijas *vs.* Chile (en adelante, caso Atala) sin duda marca un antes y un después, un punto de inflexión, no sólo en el plano judicial y social nacional chileno, sino también en el sistema interamericano constituido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte).

Si bien son numerosos los casos que ha enfrentado el sistema interamericano respecto a la protección de los menores, y en los que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el principio¹ del interés superior del menor como eje fundamental de todos esos pronunciamientos, la temática y el enfoque que presenta este caso es completamente novedoso, actual y de gran impacto social y jurídico; por primera vez se analiza la

¹ Siguiendo a Dworkin, como no podría ser de otra forma, principio es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, México, Planeta, 1993, p. 72. Estas afirmaciones son seguidas muy de cerca en el Proyecto por el que se adiciona la fracción XXIX-P al artículo 73 y se reforman los párrafos sexto y séptimo del artículo 4, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 27 de abril de 2011 (en adelante, Proyecto del 27 de abril); en este Proyecto se señala que “los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que se llama principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades”.

discusión en la aplicación de un derecho² (a la no discriminación³ de una madre por su orientación sexual⁴ —una condición personalísima— a la hora de ejercer su vocación maternal) y un principio (el interés superior de tres menores).

Estamos ante una temática que más temprano que tarde saltaría a la cancha interamericana por lo que no nos sorprende que en la actualidad estemos estudiando la recomendación de la Comisión así como la sentencia de la Corte, la cual sin duda sienta un “histórico precedente”.⁵

Este caso nos llama la atención pues la conjugación de binomios alegados por el progenitor (y poco controvertidos en las instancias judiciales chilenas) deja entrever que seguimos viviendo de los prejuicios y herencias que antaño caracterizaran a nuestras sociedades “heterosexuadas”. Binomios que arrastran riesgos potenciales, nunca comprobados, ni de aparición automática a la hora de hablar de un ser humano homosexual; ejemplos tales como: homosexualidad-transmisión de enfermedades venéreas, homosexualidad-falta de capacidad para criar y educar menores

² Aunque este derecho a la no discriminación también se puede entender como un principio, voy a dejar esta discusión a un lado porque no es el tema principal de este artículo.

³ Siguiendo a Pérez Contreras: “la discriminación se puede entender como toda distinción, exclusión o restricción basada en la orientación sexual que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, de cualquier homosexual, lesbiana o, inclusive, transexual, sobre la base de igualdad que reconocen los órdenes jurídicos nacional e internacional, de los derechos humanos, las libertades individuales y las garantías constitucionales en las esferas política, económica, social, laboral, cultural, civil o en cualquier otra esfera”; véase Pérez Contreras, M. M., *Derechos de los homosexuales*, Cámara de Diputados, LVII Legislatura-UNAM, 2000, p. 26.

⁴ “Orientación sexual significa tener preferencias sexuales heterosexuales, homosexuales o bisexuales; tener un antecedente personal en la inclinación, o bien ser identificado o identificarse con alguna de ellas”; véase Pérez Contreras, M. M., *Derechos de los homosexuales...*, *cit.*, p. 26.

⁵ Composición de la Corte: Diego García-Sayán (Perú), presidente; Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica), vicepresidente; Leonardo A. Franco (Argentina); Margarette May Macaulay (Jamaica); Rhadys Abreu Blondet (República Dominicana), y Alberto Pérez Pérez (Uruguay). El secretario de la Corte es Pablo Saavedra Alessandri (Chile) y la secretaria adjunta es Emilia Segares Rodríguez (Costa Rica).

y/o homosexualidad-perversión, representan asociaciones falaces que no admiten generalización, y que en la actualidad resultan inconcebibles en sociedades que proclaman el respeto a los derechos humanos. Estos binomios, erróneos cuando se generalizan, reflejan rancios estereotipos⁶ a la par que muestran una dramática desinformación de la sociedad; una combinación de aristas que conlleva un grave daño al derecho elemental de no discriminación por la orientación sexual de una persona. Desde estas líneas animamos a desterrar los viejos estereotipos (sociales, culturales y religiosos) que vienen marcados por la determinación y fijación de papeles tradicionales y añejos, y caminar por una cultura de la tolerancia y el respeto, desde y para la educación, que debe nacer de la familia como primer núcleo de desarrollo y aprendizaje de valores. Una labor que debe venir respaldada por el Estado, a través de la adopción de todas las medidas legislativas (o de cualquier otra índole) que sean necesarias para no caer en generalizaciones tan odiosas como reprochables. No reconocer la diversidad, en este caso sexual, existente en nuestras sociedades, nos lleva a la imposición de un concepto de “moral”, de orden social y jurídico que no protege a todos por igual y que impide el normal desarrollo humano así como una necesaria calidad de vida.

Si bien no es la primera vez que el tema de la orientación sexual se aborda en el seno de un Tribunal de Derechos Humanos (en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, encontramos el caso Sal-

⁶ En el caso del Campo algodónero *vs.* México, párrafo 401, sentencia de 16 de noviembre de 2009, se afirma: “el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o *roles* que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado... es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso”. El concepto de estereotipo también aparece en el caso Servellón García y otros *vs.* Honduras (sentencia de 21 de septiembre de 2006), y en Rosendo Cantú y otras *vs.* México (sentencia de 31 de agosto de 2010 —excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas—).

gueiro da Silva Mouta *vs.* Portugal,⁷ de 21 de diciembre de 1999⁸ —de contenido más dramático—, es cierto que este caso representa el estreno desde el prisma del sistema interamericano.

El análisis del principio rector de la protección de los menores y su conjugación con la orientación sexual de un progenitor no se hace tangencialmente; al contrario, asistimos, en clave de continuación con otros casos interamericanos, a la discusión que de manera más profusa, compleja y clara aborda los límites, implicaciones y consecuencias de la determinación de este principio.

⁷ Se habla también del caso Dudgeon *vs.* Reino Unido, y en este sentido menciona la doctrina que “la primera victoria para el reconocimiento internacional de los derechos humanos de homosexuales y lesbianas fue en 1981, cuando la Corte Europea de Derechos Humanos emitió su resolución en el caso Dudgeon *vs.* El Reino Unido”; Pérez Contreras, M. M., *Derechos de los homosexuales...*, *cit.*, p. 20. Igualmente la citada autora habla del caso Norris *vs.* Irlanda, en 1988, donde se menciona que “a partir de la resolución afirmativa que se emitiera en el caso Dudgeon, las actividades homosexuales fueron despenalizadas en Irlanda del Norte y en otras áreas de la jurisdicción del Parlamento en el Reino Unido. El caso Dudgeon fue un antecedente muy importante para la Corte Europea de Derechos Humanos respecto al caso Norris *vs.* Irlanda en 1988, el que tuvo como consecuencia que la Corte resolviera a favor de Norris lo que, finalmente, provocó que Irlanda reformara sus leyes antihomosexuales en 1993”, p. 21. También se habla del caso Clift *vs.* Reino Unido; Hoffman *vs.* Austria; Toonen *vs.* Australia; Karner *vs.* Austria y P. VS. *vs.* España.

⁸ Un ciudadano portugués, el señor Joo Manuel Salgueiro da Silva Mouta, presenta una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, el 12 de febrero de 1996. Tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 del Convenio el 1 de noviembre de 1998, y en aplicación de su artículo 5.2, se confió el examen del asunto al Tribunal. El 1 de diciembre de 1998 la Sala admitió la demanda, considerando que las quejas del demandante basadas en los artículos 8 y 14 del Convenio debían ser objeto de un examen en cuanto al fondo. En 1983, el demandante se casó con C. D. S. El 2 de noviembre de 1987, tuvieron una hija, M. Separado de su mujer desde abril de 1990, el demandante vive desde entonces con un adulto del sexo masculino, L. G. C. El Tribunal de Familia de Lisboa acordó el divorcio el 30 de septiembre de 1993, tras la solicitud presentada por C. D. S. El 7 de febrero de 1991, el demandante, en el marco del proceso de divorcio, llegó a un acuerdo con C. D. S. acerca de la atribución de la patria potestad de la niña M. Tras el acuerdo, se atribuía la patria potestad a C. D. S., beneficiándose el demandante del derecho de visita. Sin embargo, éste no pudo gozar de su derecho de visita, al incumplir C. D. S. dicho acuerdo. El 16 de marzo de 1992, el demandante interpuso una demanda solicitando la patria potestad. Alegaba que C. D. S. incumplía los términos del acuerdo suscrito el 7 de febrero de 1991, ya que la niña M. estaba al cuidado de sus abuelos maternos. El demandante decía estar en mejores condiciones para ocuparse de su hija. En la contestación a la demanda, C. D. S. acusó a L. G. C. de haber abusado sexualmente de la niña.

No hay duda de que este tema tiene conexiones con lo social, lo legal, lo religioso y lo cultural; un tema multidisciplinar que impone que los comentarios de tinte jurídico, social y cultural se sucedan necesariamente con fluidez. No cabe duda de que este tema no deja indiferente a nadie, sea cual fuere la postura que se adopte frente al mismo; por ello, la discusión y la reflexión están servidas.

II. ANTECEDENTES INTERAMERICANOS EN EL ANÁLISIS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

1. Cabe reconocer que son cuantiosos los casos que a la fecha se han conocido y solucionado por la Corte Interamericana en el plano contencioso y en los que se ha referido al principio del interés superior del menor, destacamos: 1. Caso de los Niños de la Calle —Villagrán Morales y otros— *vs.* Guatemala; 2. Caso Bullacio *vs.* Argentina; 3. Caso Molina Theissen *vs.* Guatemala; 4. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú;⁹ 5. Caso Instituto de Reeducción del Menor *vs.* Paraguay; 6. Caso Carpio Nicolle y otros *vs.* Guatemala; 7. Caso de las Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana; 8. Caso de la Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia; 9. Caso de la Masacre de Ituango *vs.* Colombia; 10. Caso Serveilón García y otros *vs.* Honduras; 11. Tiu Tojín *vs.* Guatemala; 12. Caso González y otras —“Campo Algodonero”— *vs.* México; 13. Caso Masacre de Las Dos Erres *vs.* Guatemala; 14. Chitay Nech *vs.* Guatemala;¹⁰ 15. Comunidad indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay; 16. Contreras y

⁹ Como bien señala Feria Tinta, “el primer caso internacional concerniente a la protección de los derechos humanos del menor en el contexto de un conflicto armado en el mundo en el que un tribunal internacional se pronuncia sobre el derecho sustantivo en cuestión... puso frente a ésta la contención avanzada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que el sistema interamericano de protección de derechos humanos había desarrollado reglas propias distintas a las existentes bajo el derecho internacional general en materia de responsabilidad de los Estados”; Feria Tinta, M., “La responsabilidad internacional del Estado en el sistema interamericano de protección de derechos humanos a veinticinco años del funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: las lecciones del caso Hermanos Gómez Paquiyauri”, en Becerra Ramírez, M. (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 64.

¹⁰ En este caso califican como víctimas no sólo el señor Florencio Chitay Nech sino también sus hijos, párrafo 41 y 129.

otros *vs.* El Salvador; 17. Gelman *vs.* Uruguay; 18. Comunidad Moiwana *vs.* Surinam; 19. Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia; 20. Hermanas Serrano Cruz *vs.* El Salvador; 21. Rosendo Cantú *vs.* México;¹¹ 22. Torres Millacura y otros *vs.* Argentina; 23. Radilla Pacheco *vs.* México y 24. Vargas Areco *vs.* Paraguay.

De la lectura de estos casos se extrae la calidad y cantidad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, donde demuestra la sensibilidad ante los temas y la problemática que afecta a la minoridad latinoamericana. Pronunciamientos que reflejan el compromiso con el cumplimiento y realización efectiva de todo lo que implica y conlleva el principio del interés superior del menor. Son fiel muestra de que la Corte, desde su primer caso relativo a esta temática, tiene en cuenta que este principio no debe flexibilizarse en nombre de otros derechos cuya titularidad ostentan los adultos. Es por ello que el razonamiento y pronunciamiento emitido en este caso no defrauda nuestras expectativas por la claridad y contundencia con la que se adapta y reconoce la existencia de nuevas estructuras familiares; cabe aclarar que estas afirmaciones las lanzamos no sólo por compartir cada una de las palabras emitidas a la hora de interpretar el principio del interés superior de menor, sino por el reconocimiento y respeto que esta sentencia conlleva respecto a las nuevas formas de componer una familia, ciertamente alejadas de la “tradicional”.¹²

¹¹ En este caso se reconocen como víctimas a la madre y a la hija de ésta, de pocos meses de edad en la fecha de comisión de los actos de violación, por haber sufrido como consecuencia de esta conducta ilícita cometida directamente sobre su madre las consecuencias de un destierro como el alejamiento de su comunidad y de su cultura indígena. Párrafos 137-139.

¹² Del análisis de los casos se observa, en su gran mayoría, un mínimo común denominador: cómo la pobreza se convierte en el mejor aliado para potenciar la vulnerabilidad inherente a este sector poblacional y su consiguiente exclusión social. Un tópico que arrasa en la sociedad latinoamericana. Como bien señala Pérez Contreras, “los niños y las niñas forman uno de los grupos denominados vulnerables. Se considera que un grupo vulnerable es aquel que por razón de la edad, sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o posición económica, nacimiento, características físicas o culturales están en mayor riesgo de sufrir de discriminación, disminución o negación de sus derechos fundamentales”; Pérez Contreras, M. M., “Violencia contra menores; un acercamiento al problema en México”, *BMDC*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 96, 1999, p. 903. Igualmente se afirma que “no cabe duda que el niño, como fundamento de la sociedad, es además la parte más sensible de la familia”, <http://www.bibliojuridi>

Si bien nos encontramos con una temática variada en cada uno de estos casos, en ninguno se trata la combinación del principio del interés superior del menor con el derecho a la no discriminación por la orientación sexual de una madre. Es por ello que entendemos necesario abordar este caso al contener tintes de novedad, trasgresión y controversia, tanto social como jurídica.

2. Por otro lado, destacamos que si bien no es cuantiosa, sí admirable la faceta consultiva de la Corte Interamericana en el desarrollo y abordaje del principio del interés superior del menor y, aunque sea de manera tangencial sus pronunciamientos en materia de minoridad, nos atrevemos a señalar en este rubro: a) la opinión consultiva OC-16/1999, Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal; una opinión que afirma, con toda razón, 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”;¹³ señalamientos que cobran relevancia en este caso donde la existencia de una diversa estructura familiar agudiza la necesidad de ponerla en un mismo plano a la hora de reconocer derechos y obligaciones; b) la opinión consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño; una opinión que se centra en el estudio de este principio clave para la protección integral del menor; c) la opinión consultiva OC-18/2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados,¹⁴ reconoce la existencia de un grupo altamente vulne-

ca.org/libros/1/69/tc.pdf (consultada el 23 de abril de 2012) o Jiménez García, J. F., *Derechos de los niños*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 3.

¹³ Párrafo 114; afirmaciones que encontramos en el voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 10: “En el mismo sentido ha apuntado, como no podría dejar de ser, la jurisprudencia de los dos tribunales internacionales de derechos humanos en operación hasta la fecha, por cuanto los tratados de derechos humanos son, efectivamente, instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos”.

¹⁴ Como ejemplos de estas afirmaciones exponemos la intervención de Costa Rica (p. 31); la Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el Centro de Justiça Global-Global Justice Center (p. 49); la Academia de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario de la American University, Washington College of Law y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México (p. 66); véase Bustamante, J. A., *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp.

nable en los trabajadores migrantes indocumentados, una vulnerabilidad que repercute y se agrava necesariamente en los menores que éstos tienen a su cargo, y d) un cuarto “pronunciamiento” que nos atrevemos a encuadrar en este rubro y que trata el tema de los castigos corporales como método de disciplina a los niños, niñas y adolescentes (NNA). Nos detendremos brevemente a explicar el por qué del entrecomillado. El 29 de diciembre de 2008 la Comisión solicitó a la Corte una opinión consultiva, en el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CA, en adelante). La solicitud se refería al castigo corporal como método de disciplina para los NNA. La Corte, mediante una resolución de 27 de enero de 2009, resuelve no responder dicha consulta al considerar que este punto ya había sido resuelto en su jurisprudencia. Como resultado, “si bien la Corte reconoció ciertos estándares internacionales en la materia, la falta de respuesta no permitió abordar ni profundizar en el tema de manera específica, sobre todo lo que respecta a fijar un estándar regional sobre la forma de regular la protección de niños, niñas y adolescentes frente a toda forma de castigo corporal, ya sea mediante medidas legislativas o de otra índole y su eventual prohibición”.¹⁵

Igualmente es admirable la labor contenciosa de la Comisión Interamericana cuando se ha enfrentado a la temática de menores. En este rubro hemos encontrado el caso *Gregoria Herminia Contreras y Otros vs. República de El Salvador* y el caso *Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena vs. República Oriental del Uruguay*. A ambos listados cabe añadir el análisis del caso *Karen Atala*.

3. En otro orden de ideas, señalamos que los Estados que han pasado por el tamiz del sistema interamericano se convierte en un dato interesante, desde que muestra que los problemas que afectan a la minoridad son un patrón que se repite en Latinoamérica, no son problemas aislados

94 y 95; así como los párrafos 114 y 131 del pronunciamiento de la Corte, en el voto concurrente emitido en relación con esta opinión consultiva por el juez Cancado Trindade (párrafos 14, 15, 16, 19, 35 y 51). Sobre este tema se recomienda la lectura de la destacada obra de Ortiz Ahlf, L., *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 59-67.

¹⁵ Véase Calderón Gamboa, J. F., “El castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un desafío internacional”, *Isonomía*, México, ITAM, núm. 31, 2009, p. 73.

o puntuales, no son problemas de unos pocos; encontramos: Guatemala, Argentina, Perú, Paraguay, República Dominicana, Colombia, Honduras, México, El Salvador, Uruguay y Chile.¹⁶ Por ello, todos los Estados deben tomar conciencia de que estamos ante un grupo altamente vulnerable y vulnerado.

¹⁶ *Guatemala* es Estado parte de la CA desde el 25 de mayo de 1978, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 9 de marzo de 1987. *Argentina* es Estado parte de la CA desde el 5 de septiembre de 1984, fecha en la que reconoció la competencia contenciosa de la Corte. Dulitzky, A., “Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”, *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. VI, 2006, pp. 199-249. *Perú* es Estado parte de la CA desde el 28 de julio de 1978, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981. Salgado Osuna, A., “Las sentencias de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos peruanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 37, 2003, p. 135. *Paraguay* es Estado parte de la CA desde el 24 de agosto de 1989, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 26 de marzo de 1993. La *República Dominicana* es Estado parte en la CA desde el 19 de abril de 1978, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 25 de marzo de 1999. Andreu Blondet, R., “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las decisiones de los tribunales de la República Dominicana”, García Ramírez, S. y Castañeda Hernández, M. (coord.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 182. *Colombia* es Estado parte en la CA desde el 31 de julio de 1973, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985. Córdoba Triviño, J., “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, vol. II, 2007, pp. 667-668. *Honduras* es Estado parte de la CA desde el 8 de septiembre de 1977, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 9 de septiembre de 1981. *México* es Estado parte de la CA desde el 24 de marzo de 1981, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 24 de febrero de 1999; Méndez Silva, R., “México, la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 99, 2000, pp. 1285 y 1288; Becerra Ramírez, M., “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *id.* (coord.), *La Corte Interamericana de Derecho...*, *cit.*, p. 318, y García Ramírez, S., “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *id.* (coords.)..., *cit.*, p. 35. *El Salvador* es Estado parte en la CA desde el 23 de junio de 1978, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 6 de junio de 1995. *Uruguay* es Estado parte de la Convención Americana desde el 19 de abril de 1985, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte esa misma fecha. *Chile* ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha.

4. Resta señalar en este rubro que la diversidad de tópicos abordados en cada caso, y aterrizados en el principio del interés superior del menor, vuelve a reafirmarnos que estamos ante un “concepto jurídico indeterminado” caracterizado por la volatilidad material (dependerá de la problemática social que se aborde —en este caso la orientación sexual de un progenitor que no renuncia a los derechos tuitivos sobre tres menores—), territorial¹⁷ o geográfica¹⁸ (dependerá de cada Estado, de su cultura y valores),¹⁹ cultural,²⁰ jurídica —incluso metajurídica—, temporal²¹ (la discusión sobre este tópico era inexistente años atrás) y personal²² (depende de la realidad y contexto familiar que viva cada menor). Si bien hay

¹⁷ Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, 2004, p. 52. A este concepto genérico de relativismo, añade uno más preciso, el “relativismo espacial” y afirma que “el relativismo espacial que preside el contenido de esta noción es fruto de su integración en distintas culturas, que no tienen que estar alejadas geográficamente, sino sencillamente no son partícipes de los mismos elementos e instituciones jurídicas protectoras”, p. 53.

¹⁸ Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 7. Afirma que “se está en presencia de un término vago y subjetivo del que cada país, cada sociedad, puede tener un concepto distinto de lo que al menor le interesa”.

¹⁹ Cárdenas Miranda con atino se pregunta “¿cómo dar consistencia a esta noción para decidir cuál es el interés último del menor sin caer en suposiciones que sólo tienen su origen en el contexto moral de una cultura determinada?”; Cárdenas Miranda, E. L., “El interés superior del niño y la ratificación del Convenio 138 de la OIT”, *Revista Académica*, México, Universidad de La Salle, Facultad de Derecho, año IX, núm. 17, 2011, p. 143.

²⁰ García Cano, S., “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 3a. época, núm. 7, 2004, p. 537. En parecido tenor, Amar Amar, J. et al., *Infancia, familia y derechos humanos*, Barranquilla, Ediciones Uninorte, 2005, p. 1, afirman que “la protección de los derechos humanos no depende únicamente del diseño jurídico de normas, del consenso político favorable, o de las formas de control existentes, sino más bien del sentido que los pueblos les dan a los principios inherentes a cada derecho y cómo éstos se realizan en lo cotidiano”.

²¹ Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Dykinson, 2007, pp. 70 y 71.

²² Herranz Ballesteros, M., *op. cit.*, p. 53. Señala que “al interpretar el *interés del menor* hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. La formación de la decisión en la que se establece dónde se sitúa el *interés del menor* ha de hacerse siempre con la consideración de todos los datos que conforman la situación del menor y donde es imprescindible tener en cuenta las circunstancias concretas de los protagonistas que le rodean”.

precedentes y algunos puntos comunes, cada caso es diferente y la contextualización de este principio se convierte en un requisito *sine qua non*.

No es la primera vez que advertimos que hablar de este principio de forma global supone teorizar en vano,²³ realizar una operación “lindante con la simple especulación intelectual”;²⁴ es por ello que hablar *in abstracto* de este principio en poco ayuda a delimitar sus implicaciones, efectos y aplicación.²⁵ Una operación que poco o nada aporta a la delimitación de los parámetros mínimos, no máximos, sobre los que se debe asentar este principio. Así, al hablar de este principio debe hacerse de forma personalizada, teniendo presente que cada caso “posee nombre y apellidos, y una nacionalidad y un lugar de residencia, y unas circunstancias que moldean al menor”;²⁶ esta operación requiere de un diseño de contornos específicos, sabiendo que “la expresión deviene tan polisémica y sutil que resulta enormemente difícil traducirla no ya en una definición estereotipada sino al lenguaje jurídico corriente”.²⁷

Esta innata volatilidad lleva aparejada una necesaria relatividad²⁸ de soluciones que desemboca en que cada menor tenga diseñado “su” interés superior. Una relatividad de soluciones que descansa en el criterio de cada juez; a éste le corresponde “llenar de contenido efectivo el concepto jurídico indeterminado al juzgar y valorar el supuesto de hecho y sus datos y circunstancias”.²⁹ Lo anterior supone sacar la subjetividad de cada juzgador (no sabemos si es bueno o preocupante) en cada caso concreto.³⁰

²³ Rodríguez Jiménez, S., “El principio del interés superior del menor”, en Eraña Sánchez, M. A., *Los principios judiciales*, México, Universidad Iberoamericana, en prensa.

²⁴ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 23. En parecidos términos se expresa Zumaquero Gil: “ya hemos señalado la dificultad de dar un concepto de interés del menor sobre todo si se pretende elaborar una noción *in abstracto* puesto que no es posible conocer su alcance sin asociarlo a situaciones jurídicas o derechos concretos”, Zumaquero Gil, L., “El interés del menor en los tribunales españoles”, en Aldecoa Luzárraga, F. y Forner Delaygua, J. (dirs.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 41.

²⁵ Véase Rodríguez Jiménez, S., *op. cit.*

²⁶ Durán Ayago, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Madrid, Colex, 2004, p. 169.

²⁷ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 29.

²⁸ *Ibidem*, p. 62.

²⁹ *Ibidem*, p. 72.

³⁰ Como bien señala Vargas Gómez-Urrutia: “queda así puesto de manifiesto que la protección del menor implica un activo papel del juez, teniendo en cuenta de qué forma y

Concluimos que aun cuando en todos los casos se ha abordado el principio del interés superior del menor, en cada uno ha sido necesario tener en cuenta las circunstancias personales y sociales que rodeaban al menor.

III. EL CONCEPTO DE MENOR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Desde hace tiempo se ha desatado una discusión académica en torno a la utilización del término “menor”, sobre su conveniencia o abandono. En esta puntualización, de tinte semántico, afirmamos, una vez más,³¹ que el “concepto jurídico”³² debe ser utilizado sin el ánimo de que éste sea peyorativo, despectivo o comparativo. Al contrario, sostenemos que la utilización del término “menor” se aleja del concepto de “incapaz” y se utiliza como sinónimo de NNA.

Afirmamos que “no hay tanto *menor* sino *menores*”³³ y que por ello, este concepto puede, y debe, graduarse dependiendo de la etapa evolutiva de cada menor; encontramos pocos rasgos comunes entre las problemáticas y necesidades de un recién nacido y las de un quinceañero, y si bien el término “menor” los engloba, no significa, en ningún momento, que no se hagan las necesarias y oportunas distinciones, en función de las diferentes realidades que enfrenta cada etapa de su desarrollo.

Ahora bien, la discusión está abierta y es por ello que encontramos quien señala que:

Niño, joven, menor, el genérico de infancia... son conceptos que se utilizan indistintamente, llegando a emplearse varios de ellos incluso en un mismo documento. Sin embargo, no es bueno introducir la sinonimia entre

con qué medidas se protege mejor ese interés”. Vargas Gómez-Urrutia, M., “El interés del menor como principio inspirado en el derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 10, núm. 28, 1999, p. 111, e *id.*, *La protección internacional de los derechos del niño*, México, 1999, p. 98.

³¹ González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., “Menor o niños, niñas y adolescentes. Un tópico a discutir”, en Macías, M. C. y Pérez Contreras, M. M. (coords.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 55-65.

³² Moya Escudero, M., *op. cit.*, p. 44.

³³ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 21.

conceptos que no tienen por qué gozar de esta concepción. Además, es importante conservar distintas expresiones precisamente porque no se pueden equiparar las cualidades de esas personas durante la larga etapa de su minoría de edad.³⁴

Desde el respeto que merecen todas las posiciones existentes en torno a esta cuestión del *nomen iuris*, entendemos que el término “menor” no tiene connotaciones peyorativas. Ahondando en este punto, la opinión consultiva OC-17/2002 señala que:

para los fines que persigue esta opinión consultiva es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta en gran medida los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental o en su defecto a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derecho, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana. En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.³⁵

En la conclusión alcanzada por la Corte se determina, por seis votos contra uno, que “para los efectos de esta opinión consultiva”, “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42”.³⁶ Observamos que la Corte no está preocupada por la carga peyorativa del término “menor” y lo usa de manera indistinta. Este uso indiferenciado se observa en la sentencia de la Corte en el caso Atala, donde vuelve a demostrar la lejanía de estas discusiones académicas.

La lucha por desterrar el concepto de “menor” y abogar por la utilización de “NNA” viene justificada por el abandono de la llamada doctrina

³⁴ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 33.

³⁵ Véase www.iin.oea.org (revisada el 23 de abril de 2012).

³⁶ *Idem.*

de la “situación irregular”, donde se considera que son “niños” quienes tienen sus necesidades básicas satisfechas, y “menores” quienes se encuentran marginados socialmente y no pueden satisfacer sus necesidades básicas, encontrándose, por lo tanto, en una “situación irregular”.³⁷ Una doctrina que cede el paso, tras el Convenio de los Derechos del Niño (CDN), a la denominada doctrina de la “protección integral”, la cual reconoce al “niño” su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel en la construcción de su propio destino.³⁸ Advertimos un punto de inflexión en la utilización de este concepto a partir de la CDN; una nueva etapa en la que se impone el concepto de NNA como un modo de huir de una situación “irregular”, la cual viene abanderada por el término “menor”. Si bien compartimos la idea de que la doctrina de la “situación irregular” debe ser abandonada a favor de la doctrina de la “protección integral”, no creemos que esta operación pase por cambiar un término y debatir si lo correcto es hablar de “menor” o de “NNA”; lo que a todos nos queda absolutamente claro es que este sector poblacional, cualquiera que sea su denominación, necesita ser reconocido como sujeto de derechos, merecedores de una protección integral, modulando el interés superior de los menores, dependiendo de la etapa evolutiva. Un proceso que pasa por reconocer, como un pilar esencial, el derecho a ser escuchados en aquellos procesos que les afecte directamente, en función del grado de madurez. Por ello, debemos concebir al menor como el protagonista activo en el diseño de su entorno, de su realidad, de sus sueños y necesidades.³⁹ Este derecho del menor no pasa inadvertido para la Corte en el caso Atala.

³⁷ Estas ideas se recogen en la intervención del Instituto Interamericano del Niño en Costa Rica, en esta opinión consultiva 17/2002. Por su parte, el Instituto Universitario de Derechos Humanos, A. C., señaló que “el término “joven” debe ser rechazado, pues abarca tanto a mayores como a menores de 18 años. En esta misma opinión, la Federación coordinada de las ONG que trabajan con la niñez y la adolescencia, Codeni de Nicaragua, señaló que “resulta conveniente emplear la terminología ‘niñas, niños y adolescentes’, para rescatar su condición de sujetos sociales y de derecho, producto de su personalidad jurídica, y dejar atrás la política de la situación irregular, que emplea el vocablo ‘menores en forma peyorativa’”.

³⁸ Véase www.iin.oea.org (revisada el 25 de abril de 2012).

³⁹ Díaz Sierra, M. C., “El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio rector del “interés superior del menor”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, núm. 15, 2000, p. 189.

IV. EL CASO KAREN ATALA E HIJAS *VS.* CHILE

El 29 de marzo de 1993 contraen matrimonio los señores Karen Atala y Ricardo Jaime López Allendes; de este matrimonio nacen M. (1994), V. (1998) y R. (1999). La señora Atala tiene un hijo mayor, Sergio, nacido en un matrimonio anterior. En marzo de 2002 se disuelve el matrimonio y por mutuo acuerdo determinan que la señora Atala se quede con los derechos tuitivos de guarda, y el padre con un régimen de visita semanal, el cual se efectuará en la casa paterna.

En noviembre de 2002 la señora Emma, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir, en formato familiar, en la misma casa con ella, sus tres hijas y el hijo mayor.

1. *La fase nacional*

Del largo *iter* jurídico nacional recorrido, son dos concretamente las decisiones judiciales que se ponen en el punto de mira de la Corte Interamericana: a) la decisión provisional de tuición emitida por el Tribunal de Menores de Villarica, de 2 de mayo de 2003 y, b) el recurso de queja en sede de Corte Suprema de Justicia, de 31 de mayo de 2004.

Ambos pronunciamientos son examinados por la Corte, al motivar la declaración de responsabilidad internacional estatal, al violentar el siguiente catálogo de derechos: a) el derecho a la igualdad y la no discriminación (artículo 24 —igualdad ante la ley—) en perjuicio de Karen Atala y de las tres menores; b) el derecho a la vida privada (artículo 11.2 —protección a la honra y a la dignidad—) en perjuicio de Karen Atala; c) la protección a la honra y a la dignidad (artículos 11.2) y protección a la familia (artículo 17.1) en perjuicio de Karen Atala y de las niñas; d) el derecho a ser oído (artículo 8.1) en perjuicio de las niñas y e) la garantía de imparcialidad (artículo 8.1) en perjuicio de Karen Atala.

A. La decisión provisional de tuición emitida por el Tribunal de Menores de Villarica, de 2 de mayo de 2003

El 15 de enero de 2003 el señor López interpone una demanda de tuición por considerar que: a) el desarrollo íntegro (físico y emocional) de sus

hijas está “en serio peligro” si continúan bajo el cuidado de su madre;⁴⁰ b) que la madre no se encuentra capacitada para velar y cuidar de las hijas desde que su “nueva” opción sexual y la convivencia con otra mujer producen consecuencias dañinas al desarrollo de las menores; c) que la actual corriente de dar normalidad jurídica a parejas del mismo sexo conlleva a desnaturalizar el sentido de pareja, hombre mujer, y altera el sentido natural de la familia al afectar sus valores fundamentales; d) que la opción sexual ejercida por la madre altera la convivencia sana, justa y normal a que tienen derecho las menores;⁴¹ y e) que “por las prácticas sexuales de una ‘pareja lésbica’ las niñas están en constante riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual como herpes y sida.”⁴²

La respuesta de la señora Atala no se hizo esperar y, el 28 de enero de 2003, alegó prejuicios, discriminación, desconocimiento y “desprecio al interés superior de las niñas”, alegando que ni el Código Civil chileno ni la Ley de Menores contempla como causal de “inhabilitación parental” tener una “opción sexual distinta”.⁴³

El 28 de enero de 2003 el Juzgado de Menores decidió fijar como “hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos”: a) “habilidad e inhabilidad de las partes para tener la tuición de las menores”, y b) “medio ambiente que pueden ofrecer las partes a las menores”, y solicita las siguientes pruebas: i) “informe psicológico de ambas partes y de las menores” de edad; ii) “informe psiquiátrico de ambas partes”; iii) oír “a las menores de autos en audiencia privada”; iv) “informe socioeconómico integral de la demandada y menores” de edad, y v) solicitar a la Facultad de Psicología de la Universidad de Chile que informe si hay estudios que revelen si existen diferencias entre los hijos criados por parejas heterosexuales y/o homosexuales.⁴⁴

El 8 de abril de 2003 el Juzgado de Menores escuchó en audiencia privada a las tres niñas y al hijo mayor de la señora Atala. Un aspecto que no pasa inadvertido para la Comisión, para los representantes y para la propia Corte.

⁴⁰ Párrafo 41 de la recomendación de la Comisión y 31 de la sentencia de la Corte, lo firman el 14 de enero de 2003.

⁴¹ Párrafo 41 de la sentencia de la Corte.

⁴² *Idem.*

⁴³ Párrafo 32 de la sentencia de la Corte.

⁴⁴ Párrafo 33 de la sentencia de la Corte.

El 14 de abril de 2003 el Juzgado de Menores recibió cuatro testimonios de personas propuestas por la demandante, especialmente de una psicóloga y una asistente social; esta última señaló que según un estudio realizado en Chile sobre la tolerancia y la discriminación (1997) se llegó a la conclusión de que los chilenos poseen un alto rechazo hacia las minorías homosexuales; por ello, se estaría exponiendo a las menores a situaciones de discriminación social que ellas no han generado.⁴⁵ Igualmente rindieron declaración tres trabajadoras del hogar quienes señalaron que el padre se preocupaba mucho más por sus hijas que la señora Atala.

En este *iter* jurídico resulta fundamental la demanda de tuición provisoria que presenta el padre, el 10 de marzo de 2003, con el fin de obtener la custodia de sus hijas antes de la conclusión del proceso. Alegó que la necesidad de la demandada de ser feliz y de realizarse en todas las esferas de su vida no es compatible con ser madre, una función que ha desplazado egoístamente. Proclamó el derecho de las niñas a vivir en una familia conformada por un padre y una madre, en definitiva, en el seno de una familia “tradicional”.

El 13 de marzo de 2003, la señora Atala respondió a la solicitud de la demanda de tuición provisoria solicitando que se rechazaran todas las pretensiones presentadas por el otro progenitor.

Derivado de esta actuación judicial, el 2 de mayo de 2003, el Juzgado de Menores concede los derechos tuitivos provisionales a favor del padre, estableciéndose un régimen de visitas para la madre; lo anterior a pesar de que se reconoce que “no existen elementos para presumir causales de inhabilidad legal de la madre que justifiquen el cambio”.⁴⁶ En particular, el Juzgado motivó la decisión en los siguientes argumentos: i) la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que sus hijas y con su pareja, alterando la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar por encima del de sus hijas, y ii) la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por encima del cumplimiento de su papel materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores. Por lo que termina señalando que “no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables

⁴⁵ Párrafo 37 de la sentencia de la Corte.

⁴⁶ Párrafo 48 de la recomendación de la Comisión y párrafo 41 de la sentencia de la Corte.

en *pro* del interés superior de las niñas, argumentos que, en el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional, cobra[n] gran importancia”.

Estos tópicos son estudiados por la Corte Interamericana para la configuración del interés superior del menor y la emisión de su sentencia.

El 8 de mayo de 2003, en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado de Menores, la señora Atala entregó las tres menores al padre. La representación de la señora Atala (afirmaciones que compartimos) sostuvo que en la resolución del 2 de mayo de 2003 el juez dio forma y contenido con fuerza de resolución judicial a un determinado modelo de sociedad que resulta discriminador al fundarse en estereotipos y supuestos patriarcales, que no acogen y valoran la diversidad y pluralismo en el seno social.⁴⁷

El 29 de octubre de 2003 se dicta sentencia, dando un giro de 180 grados, otorgando los derechos tuitivos a favor de la madre, alegando la jueza que “la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica”, y que la demandada no presentaba “ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno”.⁴⁸ En dicha sentencia considera que la orientación sexual 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 indicios para presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para el cuidado personal de las menores. Se afirma que tampoco se acreditó la existencia de hechos que perjudicaran el bienestar de las menores como consecuencia de la presencia de la pareja de la madre en el hogar. Para llegar a esta resolución, la jueza acude a diversos informes⁴⁹ de los cuales se desprende que la homosexualidad no es un desorden psicológico ni una manifestación de alguna patología (cuestión obvia para quien suscribe estas líneas); que 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 orientación sexual de los padres y, lo que es más importante, que los menores educados en familias homosexuales no sufren desventajas psicológicas ni sociales, que

⁴⁷ Párrafo 42 de la sentencia de la Corte.

⁴⁸ Párrafo 50 de la recomendación de la Comisión y párrafo 44 de la sentencia de la Corte.

⁴⁹ Organización Panamericana de la Salud, el Departamento de Psicología de la Universidad de Chile y la Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

no sufren diferencias significativas en su desarrollo, si se compara con menores educados en familias heterosexuales y que, no puede decirse que sea discriminados por sus pares.⁵⁰ Se valoraron informes psicológicos de las menores, de la demandada y del demandante, de los que se concluye que la presencia de la pareja de la madre en la casa no configuraba una causal de inhabilidad personal para ejercer el cuidado personal de sus hijas, ni repercutió en daños psicológicos para las menores. En cuanto al aspecto del cuidado se examinó un informe emitido por una enfermera del Hospital de Villarrica e informes educacionales, y se concluye que hay manifestaciones objetivas de una preocupación constante de la madre por la salud y educación de las menores; se arriba a la convicción de que no hay antecedente que acreditara maltrato por parte de la madre. Sobre el argumento del demandante referente al riesgo de las niñas a contraer enfermedades de transmisión sexual, el Juzgado confirmó que no había evidencia de la existencia de dichas enfermedades. Sobre el peligro moral que presuntamente enfrentaban las menores se demostró un ambiente familiar armónico. Se determina que la orientación sexual de la madre no constituye un peligro para la moralidad de las menores, porque al ser una condición o forma normal de la sexualidad humana, no es susceptible de un juicio ético o moral, sino que sólo puede ser considerada como una condición física de una persona, no susceptible por sí sola de un juicio de valor.⁵¹ Por lo que se refiere a la potencial discriminación que podrían sufrir las niñas, concluye que no habían sido objeto de ninguna discriminación y que lo expresado no era más que un temor futuro, hipotético; afirmaciones que son retomadas por la Corte. Finalmente, indicó que las menores fueron oídas y manifestaron su deseo de que sus padres vuelvan a vivir juntos, y en la última de las audiencias, realizada con fecha 8 de octubre de 2003, R. y V. expresaron su deseo de volver a vivir con su madre; en el caso de M. sólo se detectó una leve preferencia por la figura materna. Con justa razón se alega que la opinión de las menores tampoco es el elemento determinante para tomar una decisión desde que ésta debe ser tomada en su justa medida. Esta fase concluye el 18 de diciembre de 2003 con la entrega de las menores a la madre.

⁵⁰ Párrafo 53 de la recomendación de la Comisión.

⁵¹ Párrafo 53 de la recomendación de la Comisión y párrafo 47 de la sentencia de la Corte.

El periplo judicial continúa con la interposición por el padre de un recurso de apelación, el 11 de noviembre de 2003, y posteriormente una solicitud provisional de no innovar, el 24 de noviembre de 2003, argumentando que el cumplimiento de la sentencia implicaría un cambio radical y violento del *statu quo* actual de las menores. La Corte de Apelaciones de Temuco concedió la orden de no innovar manteniendo el padre la custodia.

B. Recurso de queja en sede de Corte Suprema de Justicia, de 31 de mayo de 2004

En sede de Corte Suprema de Justicia se interpone un recurso de queja, el 5 de abril del 2004. El padre argumentó una “falta y un abuso grave y notorio”, por: i) haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas; ii) haber faltado en su deber legal de proteger su vulnerabilidad, y iii) haber trasgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia. Asegura que la exteriorización del comportamiento lésbico produjo en forma directa e inmediata en las menores una confusión en los papeles sexuales e interfirió en el desarrollo de una identidad sexual definida.

El 31 de mayo de 2004 la Corte Suprema emitió su fallo⁵² en el que acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre. Los razonamientos se resumen en los siguientes puntos: i) existe un deterioro en el entorno social, familiar y educacional de las menores, caracterizado por una discriminación social que desemboca en una disminución de las visitas de sus amigas al hogar común;⁵³ ii) que existen actitudes demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que sólo pueden haber aprendido de la convivencia con su madre; iii) que la madre había antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar, y iv) la nueva estructura familiar configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores. Estimó que las menores se encontraban en una “situación de riesgo”, de “vulnerabilidad” en su medio social al ser éste

⁵² Tres votos contra dos.

⁵³ Párrafo 62 de la recomendación de la Comisión y párrafo 56 de la sentencia de la Corte.

diferente del que tienen sus compañeros de colegio y vecinos, exponiéndolas al aislamiento y discriminación que afecta a su desarrollo personal.

Los dos jueces de la Corte Suprema que votaron por rechazar el recurso de queja estimaron que lo establecido en el artículo 225, concretamente la preferencia que establece este artículo por la madre en el cuidado de los hijos en casos de separación, no puede modificarse por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un “indispensable” interés del niño.

Entendemos que la Corte Suprema buscó la concreción del principio del interés superior en el criterio más benéfico para las menores, teniendo presente la presión social y la poca tolerancia frente a estos grupos sociales; analizó la situación menos desventajosa o perjudicial de las opciones que la realidad o su situación personal o familiar ofrecía (“la alternativa menos mala”, *the least detrimental alternative* de la doctrina anglosajona).⁵⁴ Sin embargo, estamos convencidos de que en este caso pudo ser igualmente beneficiosa la convivencia de las menores con cualquiera de los padres, desde que ambos tenían comprobadas capacidades de proteger los derechos tuitivos. Creemos que la sentencia se emite desde un prejuicio (y tensión) social, generalizado, hipotético, basado en un temor futuro de rechazo que podrían sufrir las menores ante la falta de tolerancia y respeto social.

Resta señalar que la impresión que causa la lectura de esta primera fase se resume en incertidumbre jurídica e inestabilidad personal de todos y cada uno de los miembros que componen esta “amplia familia”. Los cambios radicales en las opiniones emitidas en las distintas instancias judiciales repercuten, mayormente, en un daño a las menores al estar sometidas a un vaivén familiar innecesario.

2. *La fase de la Comisión Interamericana*

El 24 de noviembre de 2004 se presenta la petición inicial ante la Comisión Interamericana por la señora Karen Atala y sus abogados.

El 23 de julio de 2008 la Comisión aprueba el Informe de Admisibilidad núm. 42/08 y el 18 de diciembre de 2009 emite el Informe de Fondo

⁵⁴ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, pp. 148 y 149.

núm. 139/09.⁵⁵ De conformidad con la Comisión, este caso justifica el reclamo de la responsabilidad internacional estatal por dos motivos: 1. Trato discriminatorio e interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de la señora Atala debido a su orientación sexual, como consecuencia del proceso judicial que determinó el retiro del cuidado y custodia de sus hijas; 2. Inobservancia del interés superior de las niñas, cuya custodia y cuidado fueron determinados sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios.

La Comisión considera que el Estado tenía presente el interés superior y el deber especial de protección que éste conlleva respecto de las menores, e intentó actuar judicialmente de forma coherente. Una obligación que considera que no sólo es un fin legítimo sino “una necesidad social imperiosa”,⁵⁶ que responde a las obligaciones contenidas en el artículo 19 de la CA. Afirma (como después lo hará la Corte Interamericana) que a pesar de tener claros los puntos anteriores, la Corte Suprema se basa en *presunciones de riesgo*, derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado.⁵⁷ Afirma que si bien el Estado pretendió en todo momento proteger a las menores y el principio del interés superior, no existió una relación lógica de causalidad, o de medio a fin, entre dicha finalidad y el retiro de la custodia a la madre por su orientación sexual. Sostiene que las niñas no fueron protegidas desde que se consideraron prejuicios discriminatorios y no una evaluación objetiva de la capacidad de los padres para ejercer la protección sobre las mismas.

Sostiene que en el marco de la violación al artículo 11.2 de la CA, el fallo de la Corte Suprema envía un mensaje de equiparación de la homosexualidad a una insuficiencia para ser madre.⁵⁸ Destaca que la medida adoptada por la Corte Suprema representa un daño en la relación emocional y afectiva de la madre con sus hijas. Por lo que se refiere al artículo 19, CA, reafirma la jurisprudencia del sistema interamericano al destacar que los menores deben ser protegidos de manera especial por el Estado, con mayor responsabilidad y cuidado debido al principio del interés su-

⁵⁵ Artículo 50 de la CA.

⁵⁶ Párrafo 102 de la recomendación de la Comisión.

⁵⁷ Párrafo 103 de la recomendación de la Comisión.

⁵⁸ Párrafo 116 de la recomendación de la Comisión.

perior. Este deber representa un derecho complementario que el tratado establece para personas que por su desarrollo físico y emocional necesitan protección especial. Refiriéndose a la opinión consultiva OC-17/2002 se reitera que el menor debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por la separación familiar. Se afirma que la separación debe ser excepcional y temporal.⁵⁹ Relacionando el artículo 17 con el 19 de la CA se afirma la necesidad de que se proteja especialmente el bienestar de los menores que se ven inmersos en un proceso de separación de sus progenitores, garantizando el derecho de cada cónyuge a participar en la crianza de los menores, de forma no discriminatoria y conveniente. Por ello, se afirma que se viola el artículo 17 desde que el Estado tenía una obligación de balancear adecuadamente las responsabilidades y derechos de los progenitores, aspecto que fue incumplido por tenerse en cuenta a la hora de emitir su decisión prejuicios y estereotipos de las personas homosexuales.

Se determina la violación a los artículos 8 (no cometer injerencias ilícitas en las relaciones familiares de los menores), 9 (el niño no debe ser separado en contra de su voluntad, salvo que medien casos de maltrato o abandono) y 12 (la obligación de escuchar al menor en los procesos que le afecten directamente) de la CDN.⁶⁰

Concluye que la decisión de la Corte Suprema no protegió el interés superior de las menores al separarlas de “forma arbitraria, permanente e irreparable” de su madre, al no existir evidencias de daños a su bienestar. Por el contrario, señala que existe una estigmatización⁶¹ de las menores

⁵⁹ Párrafo 127 de la recomendación de la Comisión.

⁶⁰ En referencia al artículo 12 y al derecho a ser escuchado del menor, se recuerda que el Comité de los Derechos del Niño sostiene que los Estados no deben partir de la premisa de que el menor es incapaz de expresar sus opiniones, por lo que deben presumir dicha capacidad, ya que no le corresponde al niño probar que la tiene. Párrafo 130.

⁶¹ No es la primera vez que se habla de “estigmatización” en los casos que se someten a la Corte Interamericana. Véanse los casos: *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (sentencia de 8 de julio de 2004); *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (sentencia de 2 de septiembre de 2004); *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (sentencia de 8 de septiembre de 2005); *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (sentencia de 15 de septiembre de 2005); *Servellón García y otros vs. Honduras* (sentencia de 21 de septiembre de 2006); *Chitay Nech vs. Guatemala* (sentencia de 25 de mayo de 2010); *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala* (sentencia de 24 de noviembre de 2009); *Radilla Pacheco vs. México* (sentencia de 23 de noviembre de 2009) y *Rosendo Cantú y Otras vs. México* (sentencia de 31 de agosto de 2010).

al tener una madre con una orientación sexual que no corresponde con el entorno social “tradicional” chileno. Estereotipos y prejuicios que colocan a la madre en una situación de desventaja frente al otro progenitor. En plena concordancia con la Comisión, entendemos que el contenido de estas decisiones donde se dan mensajes “socialmente discriminatorios” puede provocar un fuerte rechazo en las menores por el *modus vivendi* de su madre. Ello deriva en una violación de la tolerancia y pluralismo que deben impregnar toda sociedad democrática e incluyente. En este sentido, la Comisión reafirma que el interés superior no puede ser planteado por el Estado como pretexto para discriminar un grupo determinado de personas, y que la separación de los menores de su entorno familiar debe ser excepcional, ya que el daño que ocasiona en su proyecto de vida es irreparable.⁶² Tras emitir su recomendación, el 17 de septiembre de 2010, la Comisión consideró que el Estado había dado incumplimiento a las recomendaciones del Informe de Fondo, por lo que decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana.

La Comisión (en términos coincidentes con los representantes) solicitó a la Corte que declarara la violación de los artículos: 11 (Protección de la honra y de la dignidad), 17.1 y 17.4 (Protección a la familia), 19 (Derechos del niño), 24 (Igualdad ante la ley), 8 (Garantías judiciales), 25.1 y 25.2 (Protección judicial) de la CA, en relación con el artículo 1.1 de la misma Convención. Solicita que ordene la adopción de medidas de reparación. Con los mencionados antecedentes judiciales nacionales, la Comisión afirma que quiere demostrar la responsabilidad estatal por comprometer estándares reflejados en la CA. Afirma que el interés superior pasa por examinar en los procesos de atribución de custodia diversos factores para determinar la capacidad de los padres, entre los que no se debe incluir, *a priori*, su vida privada, sexual y afectiva.

3. *La fase de la Corte Interamericana*

La Corte asegura que no le corresponde determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, ni valorar prueba con ese fin, pues se encuentra fuera del objeto del presente caso, cuyo propósito es definir si las autoridades judiciales han afectado o

⁶² Párrafo 135 de la recomendación de la Comisión.

no obligaciones estipuladas en la CA; asegura que no es competente para resolver respecto a la custodia de las niñas, por cuanto es materia del derecho interno chileno.

Con estas afirmaciones, la sentencia de la Corte se divide en dos grandes rubros: a) derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, derecho a la vida privada, derecho a la vida familiar, derechos del niño, derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos respecto al proceso de tuición; y b) el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, derecho a la vida privada y derecho a las garantías judiciales en relación con la obligación de respetar y garantizar el respeto a la investigación disciplinaria.⁶³

Por cuanto hace a las presentes líneas, nos interesa el primer rubro y, dentro del mismo, los siguientes tópicos:

1. Con carácter general, el Estado argumenta que la razón por la que los tribunales chilenos resolvieron remover la tuición de la madre no fue, de manea exclusiva y principal, la orientación sexual de la madre (aun cuando su expresión tuvo puntuales efectos adversos al bienestar de las niñas), sino las mejores condiciones del padre para asegurar el bienestar de las niñas, teniendo como norte su interés superior; en este sentido el padre tenía acreditado: i) su dedicación y esmero en el cuidado de sus hijas; ii) sus aptitudes para el ejercicio de la crianza; iii) el ambiente favorable

⁶³ En esta segunda parte se entra a discutir el alcance de la visita del ministro Lenin Lillo, así como las entrevistas que éste hace al personal del Juzgado donde la señora Atala trabajaba. El punto medular estaba en las publicaciones aparecidas en el diario *La Cuarta* (28 de febrero de 2003) y en *Las Últimas Noticias* (1 de marzo de 2003), por medio de las cuales la opinión pública conoce el contenido de la demanda de tuición entablada por el señor López en contra de su esposa, por sostener una relación lésbica con otra mujer. La Corte constata un trato diferenciado en perjuicio de la señora Atala al incorporar como materia investigable en el proceso disciplinario su orientación sexual, por lo que sostiene que el Estado vulneró el artículo 24 y el 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la CA, en perjuicio de Karen Atala, por cuanto no existía relación alguna con su desempeño profesional. La Corte considera que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes lo realizaron y aprobaron no fueron objetivos en este punto. Al contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico. La Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria, por lo que el Estado vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la CA en perjuicio de Karen Atala.

que ofrecía al bienestar de sus hijas, y iv) la positiva relación que existía entre las niñas y la pareja del demandante.

2. Con carácter más concreto, ya desde el primer tópico, el *derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación*,⁶⁴ planea el concepto de las “categorías sospechosas” así como la necesidad de comprobar con datos objetivos lo que en realidad eran miedos futuros, conjeturas e hipótesis;⁶⁵ en este caso, las solicitudes (tanto en el proceso de tuición provisional como en el recurso de queja) fueron interpuestas bajo el argumento de que la madre no estaba capacitada para velar y cuidar de las menores por su convivencia lésbica, lo que producía consecuencias dañinas al desarrollo de las menores, al desproteger su desarrollo integral. Los argumentos que se esgrimen para emitir las decisiones (deterioro del entorno social, familiar y educacional; existencia de una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores; existencia de “un estado de vulnerabilidad en su medio social”; estigmatización, mejores condiciones paternas en una sociedad “heterosexuada y tradicional”, y priorización de los intereses de la madre) revelan la existencia de un vínculo entre las sentencias y la condición lésbica de la madre, realizándose una diferencia de trato basada en esta categoría.

3. Un punto fundamental es el pronunciamiento que se hace respecto al *principio del interés superior del menor y las presunciones de riesgo*. El Estado indicó que en la decisión de tuición provisoria se analizó la totalidad del causal probatorio, de donde se concluía que: i) las niñas presentaban perturbaciones de orden psicológico y carencias afectivas; ii) el padre daba certeza de ofrecer un entorno adecuado, con un mayor grado de com-

⁶⁴ El Estado si bien concede que la interpretación jurídica de la CA debe ser flexible, y que el lenguaje de los derechos humanos debe atender a un desarrollo progresivo, señaló que la orientación sexual no era una “categoría sospechosa” de la cual hubiera un consenso en la fecha que se emite la sentencia de la Corte Suprema (2004). Afirmaciones que son desvirtuadas por la Corte al señalar que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.

⁶⁵ Afirma la Corte que para comprobar la existencia de una diferencia de trato en una decisión no es necesario que la totalidad de la misma esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, basta con constatar que, de manera explícita o implícita, se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar la decisión.

promiso y atención a las niñas, mientras que la madre daba muestras de actitudes egocentristas; iii) existían efectos concretos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la madre en el bienestar de sus hijas.

La Corte Interamericana no contraría el hecho de que tanto la Corte Suprema como el Juzgado de Menores tenían presente que en todas las medidas que se adoptaran respecto de las menores sería primordial atender a su interés superior, en detrimento de otros derechos relativos a sus progenitores, y que es importante realizar un análisis preventivo en aras de su máximo bienestar. Ideas que son compatibles con la Corte Interamericana quien tiene claro que el objetivo de proteger el principio del interés superior del niño es un fin legítimo e imperioso; afirma que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los menores y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Estas afirmaciones las ubica en un concreto marco normativo: el Preámbulo de la CDN al requerir “cuidados especiales”, y en el artículo 19 de la CA al señalar “medidas especiales de protección”.

De manera más concreta constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño, según cada caso; siempre sobre la base de daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. Determina 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 los menores. Observa que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación por la orientación sexual de cualquiera de los progenitores.

La Corte sólo toma en cuenta aquellas pruebas y argumentación que fueron explícitamente utilizadas para la motivación de las decisiones de la Corte Suprema y del Juzgado de Menores. Constata que la Corte Suprema mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la madre (a) la presunta discriminación social; b) la alegada confusión de *roles*; c) la supuesta prevalencia que la madre le ha-

bría dado a su vida personal y d) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre) y que la decisión de tuición provisoria utilizó dos (a) la supuesta prevalencia de intereses y b) el alegado derecho de las niñas a vivir en una familia tradicional).

La Corte procede a analizar si estos argumentos eran adecuados para la protección del interés superior de las niñas.

a) Por lo que se refiere a la *presunta discriminación social*, la Corte Interamericana constata que la Corte Suprema, a partir de la existencia de testimonios contradictorios,⁶⁶ recurre a un tono condicional, abstracto y futuro al hablar de la posible discriminación social de las menores, y sostiene que estos *tiempos verbales* no puede servir de sustento jurídico. Afirma, con justa razón, que si bien determinadas sociedades pueden ser intolerantes a ciertas condiciones, los Estados no pueden escudarse en ello para materializar tratos discriminatorios; efectivamente en las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, madres o padres solteros, parejas divorciadas, las cuales en otro momento sufrieron las mismas estigmatizaciones, prejuicios y rechazos. Sostiene que el derecho y los Estados deben ayudar al avance social; de lo contrario, se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

En cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de la exclusión social, considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de un progenitor no puede considerarse un “daño” válido para los efectos de la determinación de este principio. Afirma que si los jueces constatan la existencia de discriminación social, es inadmisibles legitimarla con el argumento de proteger el interés superior del menor. Concluye que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas.

b) Por lo que se refiere a la alegada *confusión de roles*, la Corte Suprema motivó su decisión señalando que hay testimonios cercanos que hacen

⁶⁶ Por un lado, aseguran que las niñas van a ser discriminadas en sus relaciones sociales y situadas en una situación de exclusión social; por otro lado, existen declaraciones juradas donde se expresa un amplio sentido de la tolerancia, respeto e interacción social.

referencia a juegos y actitudes demostrativas de confusión ante la sexualidad materna, lo que configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores.

La Corte Interamericana señala que tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Es el Estado el que tiene la carga para demostrar que la decisión judicial se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. Es necesario que en las decisiones judiciales se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta del progenitor y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir *roles* de género o sexuales. Concluye que en decisiones judiciales de custodia de menores la consideración de la conducta parental sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de ésta en el bienestar y desarrollo del menor.

Para la Corte Interamericana, la Corte Suprema se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un *test de daño especulativo*, en detrimento de un *test estricto de análisis y sustentación* de un daño concreto y específico, limitándose a hacer referencia a la “eventual confusión de *roles* sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas. La Corte Suprema, al afirmar la existencia de un deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional como consecuencia de la convivencia de la madre con su pareja, no especificó en qué consistía la relación de causalidad entre la convivencia y el supuesto deterioro. No expuso argumentos para desvirtuar la posibilidad de que el supuesto deterioro no se hubiera producido con ocasión de la nueva convivencia, sino como consecuencia de la separación anterior de los padres y los posibles efectos negativos que se podrían generar para las menores. La Corte Suprema tampoco se ocupó de exponer argumentos específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable; determinó que el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del papel paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas. La motivación de la Corte Suprema se centró en los

posibles daños psicológicos que podrían producirse en las niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del menor.

c) Por lo que se refiere al alegado *privilegio de intereses*, la Corte Suprema indicó en su sentencia que:

no es posible desconocer que la madre de las menores de [edad], 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[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas.

En igual sentido se pronunció el Juzgado de Menores.

La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Afirma que la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse, de escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones.

La Corte Interamericana observa que tanto la Corte Suprema como el Juzgado de Menores afirmaron que la madre podía declararse lesbiana, pero que esa reafirmación privilegió sus intereses, desplazando los de sus hijas. La Corte considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad, por lo que no era razonable exigir que pospusiera su proyecto de vida y familia. Sostiene que no resulta “reprochable o reprobable jurídicamente” que la señora Atala decidiera rehacer su vida, máxime cuando no se probó un daño real y efectivo a las niñas. La Corte considera que exigir a la madre que condicione su opción de vida, implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el papel social de las mujeres como madres, donde se espera que las

mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos, en claro detrimento de un aspecto esencial de su identidad.

d) Por lo que se refiere al derecho a una familia “normal y tradicional”, la Corte Suprema señaló que se desconoció “el derecho preferente de las menores [de edad] 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”. Por su parte, el Juzgado de Menores indicó que “el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos que, en el contexto de una sociedad heterosexual y tradicional, cobran gran importancia”.

La Corte constata que la CA no ofrece un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional”, por lo que el concepto de vida familiar no se reduce al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho. Constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema respecto a 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 percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la CA, al no existir un modelo único de familia.

Concluye que si bien los pronunciamientos judiciales pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que las motivaciones esgrimidas fueran adecuadas para alcanzar dicho fin, dado que no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores; por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio.

4. Por lo que se refiere al tópico del *trato discriminatorio* en perjuicio de las tres menores, la Corte Interamericana se enfrenta a determinar si se vulnera el interés superior por la falta de evidencias concretas y hechos probados, a la hora de ser separadas de su familia.

El Estado indicó que las presuntas violaciones en relación con las tres niñas “resultan refutadas desde el momento en que se ha demostrado que dicha sentencia no nace de una discriminación en razón de la orientación sexual, sino del análisis de los hechos concretos que se acreditaron en el juicio de custodia”.

La Corte considera que los menores no pueden ser discriminados ni por razón de sus propias condiciones ni por las de sus padres o familiares.⁶⁷ Comprobado que la madre sufrió discriminación en las decisiones judiciales nacionales, ésta es extensible a las menores. Esta discriminación se acrecentó al decidir que las menores no continuarían viviendo con su madre por lo que la decisión de la Suprema Corte irradió sus efectos al ser las menores separadas de su madre como consecuencia de su orientación sexual.

5. Por lo que se refiere al derecho a la *vida privada* y a la *vida familiar*, el Estado argumentó que:

en un juicio de tuición, que tiene por objeto estimar qué padre tendrá el cuidado personal de los hijos, el juez no sólo tiene la facultad sino la obligación de evaluar todas y cada una de las condiciones y circunstancias concretas que determinen el interés superior del niño... Resulta por tanto inherente al juicio de tuición... que el juez pueda, de acuerdo a la ley, investigar aspectos íntimos de la vida de las personas.

Alegó “que la búsqueda del mejor interés para el menor [de edad] debe primar frente a una concepción pétrea del derecho a la intimidad, ya que el ámbito de la vida privada no puede quedar fuera del conocimiento y ponderación del juez”.

La Corte determina que el ámbito de la privacidad queda exento e inune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Dado que los tribunales internos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la madre al momento de decidir sobre la tuición, expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso. Observa que si bien la razón esgrimida para interferir en la esfera de la vida privada de la madre se repite (el interés superior de las niñas), considera que la medida era inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin desde que el límite estaba en el estudio de las conductas parentales, sin exponer ni escrutar la orientación sexual de ellos. Afirma que la orientación sexual de una persona no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad.

⁶⁷ La Corte Interamericana señala que la prohibición de discriminación de menores debe ser interpretada a la luz del artículo 2 de la CDN.

Por lo que se refiere a la presunta violación a la vida familiar, la Corte señala la relación entre el artículo 11.2 y 17 de la CA,⁶⁸ y establece que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales sólo pueden proceder si están debidamente justificadas. Observa que desde noviembre de 2002 hasta la decisión de tuición provisoria, en mayo de 2003, existía un núcleo familiar entre la señora Atala, la señora De Ramón, el hijo mayor de la señora Atala y las tres niñas.⁶⁹ Reitera que las medidas tomadas por las autoridades judiciales nacionales no fueron idóneas para proteger el interés superior del menor, al separarlas de su entorno familiar; ello constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar. Esta discusión será retomada por el voto parcialmente disidente del juez Pérez Pérez.

6. Por lo que se refiere a las *garantías judiciales y la protección judicial* se alegaba la presunta violación de la garantía judicial de imparcialidad por la “aproximación estereotipada de los jueces al caso”, alegando la violación a los artículos 8.1 y 25 de la CA.

El Estado alegó que “la Corte Suprema de Justicia no se extralimitó en el ejercicio de sus facultades, ni abusó de las mismas, cuando tras declarar la efectividad de la falta o abuso grave, acogiendo el recurso de queja, resolvió invalidar la resolución impugnada dictando en su lugar una sentencia de reemplazo”. Negó una violación al artículo 25.1 de la CA con el argumento que la madre “hubiera podido y aún puede intentar revocar la decisión de la Corte Suprema interponiendo... una nueva petición de tuición sobre las niñas, con el único requisito de demostrar que alguna de las circunstancias que motivaron el fallo se ha modificado”; lo anterior desde que la resolución que otorgó la tuición al padre sólo posee cosa juzgada formal.

La Corte Interamericana, siguiendo un peritaje, determinó que el recurso de queja provocó *de facto* la creación de una tercera instancia, desde que la Corte Suprema alteró los hechos probados en la respectiva instancia y por la forma de los jueces de valorar dicha prueba. Basándose en las afirmaciones del perito, aprecia que dicho recurso no se interpone en contra

⁶⁸ Marca así una gran diferencia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁹ Afirma la Corte que existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva.

de una resolución, sino contra el juez o los jueces que dictaron la resolución con falta o abuso grave, para que ésta sea modificada, enmendada o dejada sin efecto.

Respecto a la presunta imparcialidad de la Corte Suprema al adoptar su decisión sobre el recurso de queja, la Corte Interamericana recuerda que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte constata que ni la Comisión ni los representantes han aportado elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces, ni han aportado elementos convincentes que permitan cuestionar la imparcialidad objetiva de los jueces de la Corte Suprema. Una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la CA en materia del ejercicio de la custodia de menores por una persona homosexual, no es suficiente para declarar una falta de la imparcialidad objetiva.

7. El otro punto esencial de esta decisión se refiere al derecho de las niñas a ser escuchadas y a que se tenga en cuenta sus opiniones; estamos convencidos de que este derecho coadyuva en el diseño del principio del interés superior del menor y se convierte en requisito imprescindible. El punto de partida de la discusión radica en las afirmaciones de la Comisión Interamericana al apuntar que la Corte Suprema no emprendió esfuerzos para escuchar a las niñas; por su parte, los representantes alegan que a pesar de la existencia de mecanismos procesales para la materialización de este derecho, éstos fueron ignorados.

El Estado manifestó que en un recurso de queja no existe la oportunidad procesal para reiterar las declaraciones de las niñas al tiempo que ello resulta innecesario para el debido proceso y que ello sería contraproducente para las menores. Agregó que “las niñas sí fueron oídas por los jueces de la instancia, y la Corte Suprema tuvo a la vista dichos antecedentes”. Afirmó que cuando entra en colisión la opinión y los deseos del menor con su interés superior debe necesariamente privilegiarse su interés sobre sus deseos; lo contrario dejaría sin sustento el régimen especial de protección del que gozan.

La Corte observa que el artículo 8.1 de la CA consagra el derecho de un menor a ser oído en aquellos procesos en que se determinen sus derechos.⁷⁰ Apoyándose en la observación general núm. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, afirma que los menores ejercen sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal; estos aspectos deben ser tomados en consideración por el aplicador del derecho, quien debe observar las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el acceso del menor al examen de su propio caso. Sostiene que cuando se presenten conflictos de intereses entre los progenitores es necesario que el Estado garantice que los intereses del menor serán representados por alguien ajeno al conflicto. Es importante dar cumplimiento a este derecho cuando se está ante procesos de separación y divorcio, cuando de ellos deriva una decisión de custodia.

La Corte comprueba que el 8 de abril de 2003 el Juzgado de Menores escuchó en audiencia privada a las menores, constatando así que en el proceso de tuición se cumplió con el derecho de las menores al igual que se tuvo en cuenta sus opiniones, en función de su madurez y capacidad.

De otra suerte, la Corte nota que no obra prueba de que las niñas fueran escuchadas nuevamente por la Corte Suprema en el marco del recurso de queja, ni tampoco hay motivación alguna en la sentencia de la Corte Suprema respecto a la decisión de apartarse de la voluntad que las niñas habían manifestado dentro del proceso.

La Corte, teniendo en cuenta la naturaleza particular del recurso de queja (recurso disciplinario en contra de los jueces de instancia y en la cual no se recauda más prueba de la que ya ha sido aportada durante todo el proceso de tuición), advierte con atino que un menor no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos, pues pueden ocasionar efectos traumáticos. La Corte Interamericana no considera que la Corte Suprema tuviera que realizar una nueva audiencia en el marco del recurso de queja, si dentro del expediente de tuición existían varias pruebas en las que constaba la voluntad de las mismas.

⁷⁰ Este derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN.

Ahora bien, llegados a este punto, la distinción que realiza la Corte Interamericana nos parece esencial desde que afirma que una cosa es no tener que volver a ejercitar el derecho de las menores a ser escuchadas (por los efectos negativos que ello pudiera conllevar) y, otra muy diferente, es que no deba tener en cuenta y valorar, junto con el resto del causal probatorio, las opiniones expresadas en instancias inferiores, máxime cuando la voluntad expresada por las menores no coincide con el sentido de la sentencia emitida. No sólo se debe reconocer el derecho del menor a expresar su opinión en los asuntos que le afectan, sino el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio, de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta sus opiniones como factor destacado en la resolución. Constata que la Corte Suprema falló al no explicar en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias expresadas por las menores; al contrario, se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las menores, sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición.

En sentido convergente se pronuncia la doctrina al señalar que el derecho del niño comprende no sólo el expresar una opinión sino de que ésta sea tenida en cuenta en los asuntos que le conciernen.⁷¹ Lo anterior siempre teniendo como medida la edad, su grado de madurez (e incluso el posible grado de alienación parental). Resta afirmar que si bien partimos de que “el interés del menor no siempre coincide con los deseos y opiniones de éste”,⁷² es fundamental escucharle, tomar en cuenta sus opiniones y razonar, en su caso, por qué la instancia judicial se aparta de la voluntad expresada por los menores.

⁷¹ López Echeverry, O., “Situación, naturaleza y perspectivas del proyecto de convención sobre los derechos del niño”, en varios autores, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 18. Señala que “es un reconocimiento muy significativo de la necesidad de dar la palabra al niño”.

⁷² Rivero Hernández, F., *op. cit.*, pp. 149 y 150.

A. *La sentencia*

La sentencia de la Corte (fondo, reparaciones y costas) se emite el 24 de febrero de 2012⁷³ y en ella:

DECLARA

Por unanimidad, que:

1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 94 a 99, 107 a 146 y 218 a 222 de esta sentencia.

Por unanimidad, que:

2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación, consagrado en el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 150 a 155 de esta sentencia.

Por unanimidad, que:

3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 161 a 167 y 225 a 230 de esta sentencia.

4. El juez Diego García-Sayán y las juezas Margarette May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet votaron a favor del siguiente punto resolutivo. Los jueces Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco y Alberto Pérez Pérez votaron en contra. En consecuencia, en aplicación de los artículos 23.3 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 16.4 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declara que:

5. El Estado es responsable de la violación de los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 168 a 178 de esta sentencia.

Por unanimidad, que:

6. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Con-

⁷³ Considera necesario resaltar que el objeto del presente caso no es dirimir si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, sino que la controversia entre las partes se relaciona con dos aspectos: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala.

vención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 196 a 208 de esta sentencia.

Por unanimidad, que:

7. El Estado es responsable por la violación de la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 234 a 237 de esta sentencia.

Por cinco votos a favor y uno en contra, que:

8. El Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica, en los términos de los párrafos 187 a 192 de la presente sentencia.

Disiente la jueza Margarette May Macaulay.

Y DISPONE

Por unanimidad, que:

1. Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

2. El Estado debe brindar la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten, de conformidad con lo establecido en los párrafos 254 y 255 de la presente sentencia.

3. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 259 de la presente sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

4. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en los párrafos 263 y 264 de la presente sentencia.

5. El Estado debe continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en los párrafos 271 y 272 de la presente sentencia.

6. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 294 y 299 de la presente sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, en los términos del párrafo 306 de la misma.

7. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

8. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

B. El voto parcialmente disidente del juez Pérez Pérez y el concepto de familia en el sistema interamericano

El voto se centra en el punto resolutivo 4 en el que se declara la responsabilidad del Estado de la violación de los artículos 11.2 y 17.1 de la CA. Para el juez Pérez únicamente se debía haber mencionado la violación al artículo 11.2, y no ser necesario ni prudente declarar una violación del artículo 17.

Teniendo como punto de partida el marco normativo que se refiere a la familia en el CA (11.2, 17, 19, 27.2 y 32.1) y sus correlativos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (8 y 12), así como su jurisprudencia (caso *Schalk y Kopf vs. Austria* y el caso *X, Y y Z vs. Reino Unido*), afirma su conformidad con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la CA como un instrumento vivo que debe entenderse de conformidad con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en este terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes.

Contextualizado al presente caso señala que si bien existe un reconocimiento unánime de que debe prohibirse la discriminación por la orientación sexual, no puede decirse que ocurra lo mismo en relación con la evolución de la noción de “familia y su calidad de base o elemento esencial o natural de la sociedad, que sigue estando presente incluso en las Constituciones de numerosos Estados partes”. Afirma que el hecho de que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia no quiere decir que todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la CA, incluso interpretada evolutivamente, entiende por familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, o a lo que los Estados partes que tienen disposiciones análogas entienden por tal. Tampoco quiere

decir que todos los Estados partes deban reconocer todos los modelos de familia.

No estamos muy convencidos del razonamiento de este voto, y en este sentido señalamos que la familia es el primigenio y más importante centro de vida de todo NNA, el primer núcleo de donde se nutre de los valores que como ciudadano debe tener.⁷⁴ En la OC-17/2002 se determinó que la CDN enfatiza la protección a la familia por ser “el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes cuyas opiniones deben ser priorizadas para la toma de decisiones familiares”. La familia se convierte en el puente natural entre el menor y la sociedad, y en este sentido “es la familia la principal responsable de que los niños crezcan y se desarrollen en armonía en sus dimensiones íntimas, privadas y públicas”.⁷⁵ Entendemos que la protección a la familia se justifica en los siguientes dos apartados: a) ser el centro de crianza y principal núcleo de socialización y aprendizaje de valores del niño; b) por el derecho del niño a tener una familia y a convivir con ella, de manera que se *evite la desvinculación de sus padres biológicos o de su familia extendida*.

Enlazando con el voto particular, no cabe ignorar que asistimos a una auténtica revolución y mezcla en las estructuras familiares (homoparentales, homosexuales, etcétera), en el origen de éstas (por nacimiento, por adopción, por acogida, etcétera), en sus comportamientos (superación del autoritarismo,⁷⁶ de los métodos de corrección⁷⁷ y enseñanza⁷⁸),

⁷⁴ “Psicológicamente es en el contexto familiar, en esas relaciones primarias, en donde nuestras niñas y niños reciben los condicionamientos que más adelante van a caracterizar su respuesta en sociedad. Es en el interior de nuestras familias en donde ellos (as) adquieren conciencia de sí mismos, de su ser presente, de su devenir y de su origen”. Pérez Duarte, A. E., “La Declaración de los Derechos del Niño y el proyecto de convención ante la procreación asistida”, en varios autores, *Derechos...*, *cit.*, p. 80.

⁷⁵ Amar Amar, J. *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁶ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 40.

⁷⁷ Costa Rica, en la OC-17/2002, señala que “siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía. Por ello, el ejercicio de autoridad debe disminuir conforme avanza la edad del niño”. *www.iin.oea.org* (revisada el 23 de abril de 2012).

⁷⁸ La doctrina ha señalado que “tanto el autoritarismo como la permisividad son contrarios a este principio. La familia no debe negarle al niño o a la niña el goce y ejercicio de

así como en las problemáticas que enfrentan, entre otros factores; esta situación ha obligado a rediseñar la originaria, tradicional e inercial atribución de funciones y papeles existentes entre los diversos miembros que la componían. Hoy sabemos que los padres deben compartir de manera responsable las “obligaciones comunes” a la hora de la crianza de sus hijos, lo cual comporta necesariamente “un principio más amplio, el de la igualdad del hombre y la mujer”.⁷⁹ Hablar hoy de igualdad en la distribución de las cargas familiares, de igualdad en la atribución de los derechos tuitivos, y del consecuente derecho a la no discriminación en el seno de una familia, no resulta ni llamativo ni novedoso.

Ahora bien, entendemos que el reconocimiento de esta “revolución familiar”⁸⁰ no debe quedarse en un papel o en el aire por falta de convicción, sino que debe completarse con la previsión, regularización y normalización de las nuevas estructuras familiares. El concepto de “familia” no corresponde con el de antaño debido a los fenómenos de globalización, de incorporación progresiva (y a veces silenciosa) en los Estados de modelos culturales y familiares hasta ese entonces lejanos.

Es aquí donde situamos a la familia Atala, en una “revolución familiar” que debe comprender el respeto, la igualdad y la no discriminación como factores e ingredientes necesarios.

Como segunda idea, concatenada con la anterior, entendemos que el papel del Estado en relación con la familia es de “vigilante”, de “guardián”, del respeto de los derechos de los NNA. Si los padres tienen capacidad, actitudes razonables y protegen los derechos de sus hijos, el Estado debe respetar en todo momento, sin pretextos, ese círculo familiar, sea éste homo o heterosexual, homoparental o no. Ahora bien, en su papel de garante, en la medida en que los padres se desmarcan de ese razonable cumplimiento, bien por falta de conocimiento, de capacidad o de aptitud, debe intervenir en aras de proteger al menor. No cabe desconocer que

sus derechos legítimos, ni fomentar la falsa idea que los derechos no conllevan límites y responsabilidades. Hay que buscar el medio justo entre los dos extremos, tomando en cuenta la edad y madurez del niño”, O'Donnell, D., “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia”, en varios autores, *Memorias del Seminario Internacional “Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes”*, México, SRE-Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, p. 127.

⁷⁹ O'Donnell, D., *op. cit.*, pp. 132 y 133.

⁸⁰ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 40.

cuando existen casos extremos donde los padres no tienen las cualidades necesarias para garantizarles a sus hijos “condiciones adecuadas para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”,⁸¹ el Estado debe actuar inmediatamente y tener como norte el interés superior del menor.

Mezclando las ideas anteriores entendemos que existe un régimen de corresponsabilidad⁸² entre la familia y el Estado de velar por el interés superior del menor; aspectos que son los que se dilucidan en el caso Atala. Es así que mientras la familia tiene la responsabilidad de proteger los derechos del NNA, el Estado tiene la obligación de ayudar a la familia en la consecución de ese objetivo, sin escudarse en normas de origen constitucional o infra-constitucional, en la costumbre o en cualquier otro asidero igualmente cuestionable.

Entendemos que es en esta coadyuvancia donde situamos la discusión del caso Atala desde que, por un lado, es indiscutible que existía una familia conformada por Karen Atala, sus cuatro hijos y su pareja; un concepto de familia que si bien está lejos del “modelo tradicional” no implica que el Estado, desde una posición rancia y obsoleta, e invocando miedos futuros, intente proteger a las menores para que no sufran represalias sociales, exclusiones y discriminaciones y tome como medida para ello la separación de las niñas de su núcleo familiar. En este caso el Estado, ante esta estructura familiar, asume que la protección familiar de las menores no es suficiente ni positiva y, por ende, estaba obligado al intervencionismo⁸³ *con el fin de evitar disfunciones en su protección*.⁸⁴

⁸¹ O'Donnell, D., *op. cit.*, pp. 127 y 128.

⁸² *Ibidem*, pp. 125-127.

⁸³ En este sentido, García Cano señala que “desde una primera fase de protección del menor en el seno del núcleo familiar, sin posible intervención del Estado en dicho ámbito, y en la que no existían derechos del menor, se pasaría a una segunda etapa, aun al derecho internacional privado concebido en su sentido tradicional y actualmente, dicha intervención pública es precisamente la causa que justifica la evolución en la reglamentación del menor, desde el prisma del derecho internacional privado, hacia la instauración de estructuras de cooperación internacional entre autoridades”, García Cano, S., “La obligación estatal...”, *op. cit.*, pp. 529-530.

⁸⁴ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 117. Por su parte, la OC 17/2002 afirma que “en principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Sostiene “el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad”, con derecho a la “pro-

Resta señalar que no podemos estar a merced de los criterios que cada Estado tenga del concepto de familia, pues ello genera una relatividad de soluciones que resulta inadmisibile ante la posibilidad de que casos parecidos puedan ser solucionados de manera diametralmente opuesta. Entendemos que el reto no está en justificar la posición (más o menos tradicional) de cada Estado a la hora de definir el concepto de familia, sino que el reto está en el deber estatal de coadyuvar, desde la tolerancia y el respeto, a que todos los menores tengan una familia, y que en el seno de la misma se ofrezca un ambiente de estabilidad, cariño y protección, cualquiera que sea la conformación de ésta, alejados de prejuicios o decisiones tomadas en función de un riesgo futuro o de presiones sociales. En este caso, era evidente que estábamos ante una familia la cual se desestructura en nombre de miedos y conjeturas.

V. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL
DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
EN MÉXICO COMO EJEMPLO A DESTACAR

Por último, creemos que la mención destacada que la Corte Interamericana hace en su sentencia al contexto normativo México, merece un apartado breve pero específico.

Dos son los momentos y las afirmaciones concretas que se realizan en la sentencia de la Corte y que ponen a México en un buen lugar, en una posición de referencia, como ejemplo de tolerancia.⁸⁵

Uno:⁸⁶

La jurisprudencia de algunos países, así como numerosos informes científicos, se han referido a esta temática con claridad. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su sentencia de 2010 sobre el

tección de la sociedad y el Estado”, constituye un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana”.

⁸⁵ En un plano puramente jurídico, estas afirmaciones son impecables; ahora bien, podríamos llevarnos una sorpresa si preguntamos a la población mexicana acerca de esta tolerancia y respeto.

⁸⁶ Párrafo 126 de la sentencia de la Corte.

derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, consideró relevante que los demandantes no sustentaron empíricamente, con base en documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño en estos casos. Por el contrario, la Suprema Corte tomó en cuenta los estudios existentes sobre el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales.⁸⁷

Además, la Suprema Corte indicó, por ejemplo, que: “La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”.⁸⁸

Dos:⁸⁹

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que: de la dignidad humana... deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones... su libre opción sexual. [L]a orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal [es] un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo.⁹⁰

La posición destacada de México no sólo radica en la mención que realiza la Corte Interamericana sino también en las recientes reformas constitucionales. Una incorporación que a nuestro entender se produjo

⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 336.

⁸⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 338.

⁸⁹ Párrafo 137 de la sentencia de la Corte.

⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párrs. 263 y 264.

“de refilón” al reformarse los artículos 1,⁹¹ 2,⁹² 3⁹³ y 123⁹⁴ y, de forma explícita al adicionar al artículo 73 la fracción XXIX-P, y reformar los párrafos sexto y séptimo del artículo 4.

Mientras que el primer bloque ya fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, las dos últimas acaban de publicarse; concretamente encontramos su nueva redacción en el *DOF* de 12 de octubre de 2011.⁹⁵ Este paso coadyuva en la materialización del denominado siglo del “puerocentrismo”.⁹⁶

*Por cuanto hace a la adición de la fracción XXIX-P del artículo 73*⁹⁷ faculta directa y expresamente al Congreso de la Unión para legislar en esta materia, señalando las bases y cimientos generales de coordinación entre la Federación, las entidades, el Distrito Federal y los municipios. Esta atribución debe entenderse en el marco del modelo de federalismo sobre el que se estructura la República mexicana. Ahora bien, lo anterior no quita que, coincidiendo con Carbonell, señalemos que esta “tradicional” práctica “pone de manifiesto la mala técnica legislativa de nuestros reformadores de la Constitución, que en vez de hacer las adecuaciones pertinentes a las

⁹¹ Se prohíbe toda discriminación motivada por... la edad (*DOF* de 14 de agosto de 2001).

⁹² Apartado B, fracciones III y VIII, al dar apoyo nutricional a los indígenas y protección a los migrantes indígenas, especialmente a la población infantil (*DOF* de 14 de agosto de 2001).

⁹³ Se refiere a la necesidad de contar con educación básica obligatoria, preescolar, primaria y secundaria (*DOF* de 12 de noviembre de 2002).

⁹⁴ Al prohibir las labores insalubres y/o peligrosas, el trabajo nocturno industrial, así como aquél que se desarrolle después de las 10 pm, de los menores de 16 años; queda prohibido la utilización del trabajo de los menores de 14 años, y los mayores de 14 y menores de 16 tendrán como jornada máxima 6 horas; queda excluido el trabajo extraordinario.

⁹⁵ “En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la ciudad de México, Distrito Federal, a diez de octubre de dos mil once”.

⁹⁶ Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho de familia internacional*, 4a. ed., Madrid, Colex, 2008, p. 326. Señalan: “esta afirmación significa que, hoy día, las normas de DIPr. relativas a los menores están construidas sobre el principio del ‘interés del menor’ y que se interpretan también con arreglo a dicho principio del ‘interés del menor’”.

⁹⁷ “Expedir leyes que establezcan la *concurrency de la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios*, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el *interés superior de los mismos* y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte”.

fracciones del artículo 73 insisten en irle agregando incisos a la de por sí ya ininteligible y extremadamente extensa fracción XXIX”.⁹⁸

Esta adición da cabida a los cuatro diferentes niveles de gobierno a través de la previsión de la “conurrencia” de facultades, que sitúa a México en el modelo de “federalismo cooperativo”.⁹⁹ Un modelo que resulta “plausible”¹⁰⁰ desde que deja atrás el modelo de federalismo “dual”. Entendemos que con esta adición los cuatro niveles de gobierno deben actuar en esta materia a partir de una “regulación-marco” que dicte el Congreso de la Unión, el cual tendrá una participación destacada, aunque no única.

Esta opción entendemos que viene marcada, como las demás materias contenidas en la fracción XXIX de este artículo 73, por el impacto e importancia que tienen en la sociedad. Los estados tienen, derivado de una lectura conjunta de los artículos constitucionales 73 y 124, una capacidad limitada de autorregularse en algunas materias.¹⁰¹

Por lo que se refiere al artículo 4, en la reforma al párrafo sexto y séptimo,¹⁰² representa el paso de la ignorancia al más absoluto respeto y visualización de los derechos que se proclaman de los NNA. El hecho

⁹⁸ Carbonell, M., “La reforma constitucional a artículo 73 en materia de turismo”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, julio-diciembre de 2004, p. 247.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ Señala Trigueros Saravia: “la autonomía del Estado de la Federación puede tener diverso contenido según la Constitución, ya que de ella depende la fijación de las materias que competen al poder local, pero hay una exigencia indispensable para que el Estado federal conserve ese carácter, que consiste en la posibilidad constitucional de los estados que lo integran, para autodeterminarse en las materias que les están reservadas, ya que, de suponer esta facultad de autodeterminación coartada por la intervención del poder federal, en virtud de normas constitucionales, vendríamos a estar en presencia, no de una Federación, sino de un estado unitario en el que la descentralización tenga un mayor o menor grado”; Trigueros Saravia, E., “Los conflictos de leyes entre los estados de la Federación”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, 1996, p. 12. Afirma que “efectivamente siempre debe notarse como carácter necesario para la existencia del sistema federal la autonomía del Estado de la Federación para legislar y administrar justicia, en las materias que la Constitución le reserva”.

¹⁰² “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el *principio del interés superior de la niñez*, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de *alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral*. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes,

de reflejarlo en la Constitución supone rescatar “al niño no sólo del anonimato normativo, sino que lo han catapultado a un primer plano, proponiendo como eje básico, artífice e inspirador de toda la legislación sobre la infancia, el principio del interés superior del menor (*tout pour l'enfant*)”.¹⁰³ Es así que una consecuencia es poder hablar de derechos de los NNA en una esfera “jurídico pública” (derecho a su salud, a su educación) y en una esfera “jurídico privada” (derecho a convivir de forma armónica con sus padres)¹⁰⁴ orquestados todos ellos por el interés superior del menor. Esta reforma constitucional representa elevarlo al rango de principio general informante de nuestro sistema jurídico, con múltiples y siempre benéficas consecuencias.

Ahora bien, no debemos confiarnos y escudarnos en la reforma constitucional para pensar que ya todo está hecho; debemos pensar que este es el pretexto para capacitar a todos los operadores jurídicos que se enfrentan con situaciones jurídicas —nacionales e internacionales— que involucran a la minoridad; no somos los únicos que lo reivindicamos y así se ha afirmado que:

indudablemente los procesos de reforma legal deben estar acompañados de una readecuación institucional, de los programas y de los servicios destinados a la infancia, que permita a los niños ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados *ex ante* en las leyes de protección integral... Sin estos mecanismos legales de exigibilidad de los derechos contenidos en las nuevas leyes, la protección a la infancia permanece en el nivel de las buenas intenciones.¹⁰⁵

No es suficiente con hacer reformas constitucionales, sino que es necesario llevar a cabo medidas de implementación, dando a conocer a la ciudadanía los derechos que se incorporan. Como atinadamente afirma Valadés, “las mejores leyes son inútiles si no van acompañadas de su co-

tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios”.

¹⁰³ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁴ Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *op. cit.*, pp. 327 y 328.

¹⁰⁵ Bellof, M., “Protección integral de derechos del niño *vs.* derechos en situación irregular”, en varios autores, *Memorias del Seminario Internacional...*, *cit.*, p. 117.

nocimiento general... la publicidad de las leyes es uno de los más importantes derechos de la sociedad”.¹⁰⁶

Así, nos alegra que la Corte ponga a México como un ejemplo a seguir, ahora resta que la sociedad esté convencida de las atinadas palabras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una brecha que a la fecha parece irreparable.

VI. CONCLUSIONES

1. El principio del interés superior del menor centra hoy más que nunca la atención de todos; lejos de representar un debate cerrado y aburrido, está adquiriendo un nuevo protagonismo que hace que aparezca resaltado en todos los casos que afectan a la minoridad. Si creíamos que el debate de este principio presentaba siempre los mismos parámetros, ingredientes y vértices, estábamos equivocados. Ahora más que nunca cobra la importancia y la presencia necesaria que amerita que pongamos nuestros ojos sobre él. Así, no todo está dicho a la hora de afirmar que es un concepto jurídico indeterminado, de contornos borrosos y que orilla a una relatividad de soluciones marcada por la subjetividad del juez en turno; en la actualidad tenemos una nueva labor, a saber, perfilar este principio en función del otorgamiento de parámetros mínimos sobre los que debe asentarse, teniendo como norte interpretativo las nuevas necesidades y realidades de nuestros menores y las nuevas estructuras familiares en las que puede verse inmerso.

En este caso cabe destacar que para entender la estructura de este concepto jurídico indeterminado deben analizarse los siguientes elementos:

a) “un núcleo fijo o ‘zona de certeza’ positiva; configurado por unos datos seguros a modo de presupuesto o condicionamiento inicial mínimo”;¹⁰⁷

b) “una ‘zona de certeza negativa’, igualmente segura en el sentido de que a partir de ahí desaparece el valor implícito en el concepto (aquí deja de haber ‘interés del menor’)”;¹⁰⁸

¹⁰⁶ Valadés, D., “Introducción”, en Pérez Contreras, M. M., *Derechos de los homosexuales...*, cit., p. XV.

¹⁰⁷ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 268.

¹⁰⁸ *Idem.*

c) “una zona intermedia, de variación o de incertidumbre (‘halo conceptual’), donde caben opciones varias dentro de márgenes relativos e imprecisos”.¹⁰⁹

Por lo que se refiere a la “zona de certeza positiva” se concreta en el derecho de las menores a convivir, a crecer, a educarse y tener un sano esparcimiento con ambos progenitores de forma regular y armónica, con absoluta independencia de la orientación sexual de los adultos. Como afirman los representantes en las audiencias de 23 y 24 de agosto de 2011 ante la Corte,¹¹⁰ el fin legítimo es la protección de las menores y su derecho a convivir con su madre; en este caso la zona de certeza se asienta en el derecho de las menores a convivir con su madre; una zona que se dibuja con mayor firmeza tras el ejercicio del derecho de las menores a ser escuchadas, quienes por su madurez manifiestan que su interés se sitúa viviendo con su madre; por lo anterior no hay colisión entre el interés de las niñas y el de su madre, siendo ambos “intereses alineados”.

La “zona de certeza negativa” se concreta en la eliminación de ciertas notas en el ejercicio del derecho de convivencia. En este sentido, los límites al ejercicio de este derecho tuitivo deben venir marcados por la capacidad de los padres de ejercerlos de manera regular, eficiente, con calidad, asegurando en todo momento mantener la indemnidad sexual del menor. Sin duda, la capacidad debe medirse a través de ciertos parámetros objetivos (tales como la atención proferida, el tiempo dedicado, la protección extendida, el cuidado que se brinda, los valores de tolerancia y respeto que se transmiten, etcétera), entre este listado de parámetros, *numerus apertus*, no se puede contar la orientación sexual. Afirmamos que la capacidad de una persona para convivir con sus hijos menores de edad, ejerciendo el papel de padre o madre, no depende de su orientación sexual.

La “zona intermedia” vendría diseñada por la concesión de los derechos tuitivos a favor de uno de los progenitores en función de su mejor aptitud y capacidad; radica en la mejor posición de una persona, hetero u homosexual, de cuidar menores, de educarlas, de garantizar su derecho a un sano esparcimiento, el derecho a la felicidad, el derecho a los alimentos, al cariño, el derecho a su indemnidad sexual, etcétera. En el diseño de esta zona hay que tener presente que las orientaciones sexuales personales

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ Véase <http://www.corteidh.or.cr/Colombia/videos/Atala/videos.html>.

deben ser un factor subjetivo desdeñable, siempre que no consten datos objetivos y comprobados que puedan dañar al menor.

2. La diferente orientación sexual de una persona, así como sus repercusiones sociales y jurídicas, no pueden ser concebidas como un problema social y legal de “algunos Estados”; al contrario, ni es un problema ni es una realidad de unos pocos, es una realidad que necesita una respuesta (principalmente normativa) por parte de todos los Estados. No cabe escudarse en la normativa existente para justificar diferencias de trato.

3. La vieja idea de que el homosexual es un delincuente (pederasta) debe ser desterrada de una vez por todas. Esta asociación tan perniciosa como equívoca es lo que ha generado, mantenido y potenciado la estigmatización de estos grupos sociales que se han catalogado como “categorías sospechosas” de violaciones a sus derechos. Ver de esta manera a los homosexuales representa retroceder lamentablemente a la denominada Ley de Vagos y Maleantes de la época franquista,¹¹¹ en cuyo artículo 2 y 6 se establece la aplicación de esta Ley a los homosexuales (junto con otras finas personas consideradas antisociales, como rufianes, proxenetas, mendigos profesionales y a los que viven de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos o lisiados).¹¹² La asociación homosexual-pederasta refleja tanto peligro como ignorancia. El caso Atala ayuda a dar el necesario y justo reconocimiento a estos grupos sociales, a dar mayores argumentos en la consolidación de sus derechos, así como a alejarse de viejos estereotipos y binomios que en nada ayudan en el avance del camino hacia el reconocimiento de derechos a aquellas personas que han tenido una elección de vida y una preferencia sexual diferente.

4. Afirmamos, en el sentido que lo hace la Comisión y la Corte, que la orientación sexual no es un parámetro objetivo para determinar la ca-

¹¹¹ La Ley denominada “La Gandula” data del 4 de agosto de 1933 pero fue modificada en la época franquista, el 15 de julio de 1954, para incluir también la represión a los homosexuales.

¹¹² La inclusión en esta Ley suponía la aplicación de medidas tales como: a) Internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Con la puntualización de que los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás; b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio, y c) Sumisión a la vigilancia de los delegados. En este rubro cabe aclarar que una cosa es ser homosexual (una cuestión de mera orientación sexual) y otra es ser un delincuente (pederasta) cuya conducta debe ser sancionada duramente por los diferentes sistemas penales estatales.

pacidad de una persona para cuidar menores. Las concepciones estereotipadas de la homosexualidad de una persona, las hipótesis y posibles consecuencias sociales (eje central para determinar los derechos de custodia) deben necesariamente superarse. Entendemos que las menores fueron discriminadas como consecuencia de la orientación sexual de su madre. Los jueces chilenos no entendieron el alcance, implicaciones y efectos del principio del interés superior del menor, un principio que fue contextualizado a una sociedad “heterosexuada” y en función de miedos no comprobados, lo que penosamente se traduce en la violación a varios artículos de la CA y los derechos reconocidos por la CDN.

5. El último punto a destacar es el derecho del menor a ser escuchado en aquel proceso que le afecta; tópico que no pasa inadvertido. Destacamos las siguientes notas: Una. Se hace referencia al ejercicio progresivo de los derechos de los menores, el cual refleja el grado de autonomía personal y que está directamente vinculado con el grado de desarrollo físico e intelectual, con la madurez, que posee cada menor. Dos. Es necesario que en el ejercicio de este derecho esté presente personal capacitado (psiquiatra) que propicie un ambiente propicio y de confianza, y que estén ausentes los padres y las partes. Tres. Es preciso mantener la confidencialidad de la identidad de las niñas, así como su intimidad. Cuatro. El derecho de las menores a ser escuchadas necesariamente debe venir acompañado del derecho a que su voluntad sea debida y cautelosamente tomada en cuenta, junto con el resto del caudal probatorio, a la hora de emitir una decisión que le afecte.