



# UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública,

bajo acuerdo número 2006205 del 13 de junio de 2006

---

“Atala Riffo e hijas vs Chile: Análisis de la sentencia”

Tesis que para obtener el grado de

**Maestra en Ciencias Jurídicas**

Presenta

María Emilia Montejano Hilton

Director de Tesis

Dr. Emilio Maus Ratz

# ÍNDICE

ÍNDICE .....	2
INTRODUCCIÓN .....	6
Capítulo I Hechos.....	10
Capítulo II Itinerario procesal.....	13
1. Instancias nacionales .....	13
1.1. Demanda en primera instancia (promueve: Sr. López) .....	13
1.2. Investigación disciplinaria (Comité de Jueces) .....	15
1.3. Audiencia de pruebas en 1ª instancia (juez escucha a menores).....	15
1.4. Tuición provisional (a favor del Sr. López).....	16
1.5. Investigación disciplinaria (llamado de atención a juez Atala) .....	17
1.6. Inhibición por implicancia de juez de 1ª instancia (promueve: Sra. Atala) .	17
1.7. Sentencia de juez subrogante a favor de Sra. Atala.....	17
1.8. Apelación de la sentencia de 1ª instancia (promueve: Sr. López) .....	18
1.9. Fallo con orden de no innovar en 2ª instancia a favor de Sr. López (Corte de Apelaciones de Temuco) .....	18
1.10. Queja disciplinaria contra ministros del fallo anterior (promueve: Sra. Atala)	19
1.11. Confirmación de sentencia de juez subrogante (a favor de Sra. Atala) ....	19
1.12. Queja contra ministros de Corte de Apelaciones (promueve: Sr. López) .	19
1.13. Corte Suprema resuelve recurso de queja y falla a favor del Sr. López ...	19
1.14. Resolución de la Queja interpuesta por Sra. Atala .....	19
2. Instancias internacionales .....	20
2.1. Procedimiento ante la CIDH (promueve: Sra. Atala) .....	20
2.2. Procedimiento ante la CoIDH .....	21
2.2.1. Pretensiones de las Partes .....	23
2.2.2. Alegatos.....	25
2.2.3. Sentencia del TEDH como criterio orientador.....	32
2.2.4. Puntos resolutivos de la sentencia .....	37
2.2.5. Supervisión de sentencia.....	39
3. Problemas jurídicos encontrados .....	42
3.1. La presunta discriminación por parte de jueces chilenos, sufrida por la Sra. Atala debido a su orientación sexual, durante el juicio de tuición. ....	42
3.2. La introducción en la CADH de la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación a través de una interpretación de la CoIDH. ....	42
3.3. La supuesta violación al debido proceso por parte de la Corte Suprema de Chile. ....	42
3.4. La supuesta falta de protección a la familia por parte del Estado chileno y la postura de la CoIDH sobre el concepto de familia. ....	42
3.5. La presunta intromisión de las autoridades chilenas en la vida privada y familiar de la Sra. Atala.....	42
3.6. La supuesta vulneración del derecho de las niñas a ser oídas en juicio (en violación del principio del interés superior de los menores por parte de Chile). 42	
3.7. La falta de aplicación de la figura del Margen de Apreciación Nacional por parte de la CoIDH. ....	42
3.8. La interpretación evolutiva que hace la CoIDH de la CADH.....	42
4. Motivos en que se funda el tribunal para su resolución .....	42
4.1. Violación del derecho a la igualdad y no discriminación en perjuicio de la Sra. Atala .....	43

4.1.1.	Hubo diferencia de trato basada en la orientación sexual .....	43
4.1.2.	Diferencia de trato constituyó discriminación .....	44
4.1.3.	Informes periciales.....	45
4.1.4.	Que no existe un modelo específico de familia.....	47
4.1.5.	Que la investigación disciplinaria fue discriminatoria.....	48
4.2.	Violación del derecho a la igualdad y no discriminación en perjuicio de las niñas López Atala .....	49
4.2.1.	Trato discriminatorio tuvo repercusión en las niñas.....	49
4.3.	Violación del derecho a la vida privada .....	49
4.3.1.	CADH protege la vida privada .....	49
4.3.2.	Orientación sexual es parte de la vida privada .....	50
4.3.3.	Injerencia en la vida privada .....	50
4.4.	Violación al derecho a vivir en familia .....	51
4.4.1.	Protección de la familia y a vivir en ella .....	51
4.5.	Violación del derecho a ser oído en juicio .....	51
4.5.1.	Menores no fueron oídas.....	51
4.5.2.	Autoridades no evaluaron declaración de las niñas.....	52
4.6.	Violación de la garantía de imparcialidad durante la investigación disciplinaria.....	53
4.6.1.	Orientación sexual no interfiere con desempeño laboral .....	53
4.6.2.	Estereotipos y prejuicios en la investigación .....	54
4.6.3.	Informe e imputación de cargos.....	54
4.6.4.	Sanción.....	55
4.7.	No violación de garantía de imparcialidad .....	55
4.7.1.	Imparcialidad del juez .....	55
CAPÍTULO III Análisis crítico del caso .....		57
1.	Consideraciones .....	57
1.1.	Interés Superior del Menor .....	57
1.2.	Dignidad de la persona.....	68
1.2.1.	Alcances del derecho a la igualdad y no discriminación.....	72
1.3.	Orientación sexual.....	77
1.3.1.	Sexo .....	77
1.3.2.	Orientación sexual.....	77
1.3.3.	Trastornos de la orientación sexual .....	79
1.3.4.	Orientación sexual homosexual.....	80
1.3.5.	Desclasificación de la homosexualidad del DSM.....	85
1.3.6.	¿Se puede cambiar de orientación sexual?.....	90
1.4.	Identidad personal .....	97
1.4.1.	Identidad biológica.....	98
1.4.2.	Identidad sexual.....	98
1.4.3.	Identidad de género.....	100
1.5.	Orientación sexual como categoría protegida por la CADH .....	101
2.	Contexto jurídico del caso .....	110
2.1.	Soft law.....	110
2.2.	Tratados internacionales .....	114
2.2.1.	Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.....	114
3.	Congruencia entre los hechos y soluciones adoptadas .....	116
3.1.	Presunta discriminación sufrida por la Sra. Atala .....	116

3.2.	La introducción de la orientación sexual como causa de discriminación en la CADH.....	122
3.3.	Alcance de la facultad de interpretación de la CoIDH.....	125
3.4.	La violación al debido proceso por parte de la Corte Suprema de Chile	130
3.5.	La falta de protección de la familia por parte del Estado chileno .....	131
3.6.	Injerencia en la vida privada .....	136
3.7.	La vulneración al derecho de las niñas a ser oídas en un juicio (en violación del principio del interés superior de los menores por parte de Chile)	138
4.	Omisión de fuentes relevantes en la argumentación .....	139
4.1.	Sobre la confusión de roles sexuales .....	139
4.2.	Sobre la homosexualidad ego-distónica .....	140
4.3.	Sobre el Código Orgánico de Tribunales de Chile.....	141
4.4.	Sobre las Observaciones 16 y 19 del CDHNU .....	141
4.5.	Sobre el interés superior del menor.....	141
4.6.	Sobre el consenso regional .....	142
4.7.	Sobre el margen de apreciación nacional.....	143
5.	Innovaciones jurídicas.....	145
5.1.	Nueva categoría sospechosa: Orientación sexual.....	145
5.2.	Excesos en la supervisión de sentencia .....	146
5.3.	Polinización cruzada.....	147
5.4.	Se introduce terminología y postulados de género.....	148
5.5.	Margen de apreciación nacional no opera para grupos LGBT .....	149
6.	Relevancia de la Sentencia.....	150
	CONCLUSIONES.....	152
1.	Síntesis .....	152
2.	A modo de reflexión .....	157
3.	Conclusiones.....	161
3.1.	Sentencia novedosa .....	161
3.2.	Se intenta demostrar que hubo discriminación por orientación sexual ...	162
3.3.	Prima una categoría sospechosa de discriminación sobre el principio de protección de los niños .....	162
3.4.	Se debe probar que se ha oído en juicio a los menores.....	164
3.5.	Se socava la soberanía de los Estados Parte .....	164
3.6.	Descontextualización de textos .....	166
3.7.	Incongruencia entre los hechos y la sentencia .....	166
3.8.	Litigio estratégico.....	167
	PROPUESTAS.....	168
1.	Revisión del sistema interamericano de protección de los derechos humanos .....	168
2.	Revisión estricta de perfiles de los jueces de la Corte .....	168
3.	Respeto de la soberanía y la cultura de los Estados Parte.....	169
4.	Asesoría especializada y objetiva .....	169
	BIBLIOGRAFÍA .....	170
1.	Libros y Artículos.....	170
2.	Documentos del Caso Atala Riffo e Hijas vs Chile.....	174
3.	Normativa Internacional .....	174
4.	Instrumentos Internacionales No Vinculantes .....	175
5.	Casos Internacionales.....	176
6.	Manuales Médicos .....	176
7.	Tesis y Protocolos SCJN.....	177

8. Otros Documentos .....	178
9. Páginas <i>WEB</i> .....	179

## INTRODUCCIÓN

El caso Atala e hijas contra Chile fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en medio del debate político y el desconcierto social que inició hace algunos años ante la promoción de la diversidad sexual en medios de comunicación y gobiernos como el de México y algunos países de América Latina.

Por eso, y porque los representantes de la Sra. Atala eran integrantes de asociaciones civiles o agrupaciones de defensa y promoción de la diversidad sexual, a primera vista, este caso da la impresión de ser uno más de los llamados litigios estratégicos que la autodenominada comunidad LGBT<sup>1</sup> ha llevado a cabo.

Muestra de ello son los casos sobre diversidad sexual que ha tenido que resolver el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Algunos de ellos son, Fretté vs Francia (2002), Gas y Dubois vs Francia (2012), y X y otros vs Austria, que versan sobre la adopción de un niño, por una persona homosexual; Chapin y Charpentier vs Francia, y Schalk et Kopf vs Austria (2010), ambos sobre el matrimonio de dos hombres; y Salgueiro Da Silva Mouta vs Portugal (1999) por tratar sobre el derecho de custodia compartida retirado por el Estado a un padre debido a su homosexualidad. De hecho, la Corte Interamericana tomó esta sentencia como criterio orientador para el caso Atala vs Chile. Pareciera, como diría Robert Wintemute, ser un claro ejemplo de la llamada polinización cruzada entre las cortes internacionales.<sup>2</sup>

Cada uno de esos asuntos se ha resuelto de diferente forma, debido a que las circunstancias de cada caso varían, sin embargo, la constante en la mayoría de ellos fue la aplicación por parte del TEDH, del llamado Margen de Apreciación Nacional, que se encuentra en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Lésbico, Gay, Bisexual y Transexual.

<sup>2</sup> El profesor y activista LGBTI, Robert Wintemute del King's College London fue perito en el caso Atala, propuesto por los representantes de la Sra. Atala; y ha declarado que lleva y trae información sobre los derechos LGBTI entre ambas Cortes, disponible en: <https://www.kcl.ac.uk/archive/news/law/newsrecords/2017/professor-robert-wintemute-speaks-on-lgbti-human-rights-in-latin-america>, consulta: 10 de septiembre de 2018.

<sup>3</sup> Art. 15. Derogación en caso de estado de excepción. 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes

Esta figura jurídica internacional funciona de dos formas, por un lado es una pequeña válvula de escape que permite dar elasticidad a la aplicación del Convenio Europeo (que de otra forma sería una camisa de fuerza para los países), y por otro, es un criterio de limitación a la actuación judicial del TEDH para evitar una injerencia excesiva en los países, obligándole al reconocimiento de la soberanía estatal y la capacidad y autonomía de los congresos nacionales para legislar. Sobre todo cuando se discuten cuestiones que aún en Europa no han sido aceptadas ni por todos los gobiernos, ni por todos sus ciudadanos, ni tampoco en el mismo sentido.

Como señalan algunos autores sobre esta figura, se “sigue reconociendo en Europa su valor por cuanto permite la coexistencia de un núcleo universal y culturalmente trascendente de derechos humanos y la diversidad de su protección por las diferentes sociedades.”<sup>4</sup>

Es por esta limitación que tampoco el TEDH se había extralimitado en sus facultades de interpretación, ya sea forzando el sentido de algún artículo del Convenio, o inventando derechos que los Estados Parte no acordaron al momento de la firma y que no están contenidos en el tratado, so pretexto de considerar a los tratados vivos y por lo tanto actuar en exceso de sus facultades de interpretación en aras de una supuesta interpretación evolutiva de los mismos.

El TEDH aclara lo anterior constantemente en sus resoluciones, cuando señala que su obligación es proteger el articulado del Convenio contra las violaciones al mismo que puedan cometer los Estados Parte.<sup>5</sup>

Al igual que en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la cláusula de igualdad del Convenio Europeo se redactó con la posibilidad de agregar otras causas de discriminación, pero el TEDH tiene muy claro que no es su función modificar el Pacto, pues para ello existen los protocolos de adición de derechos que votan los países cuando se quieren obligar por ellos<sup>6</sup>.

---

obligaciones que dimanen del derecho internacional. Disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

<sup>4</sup> Gómez García, Iván, El margen de apreciación nacional. Reflexiones críticas en torno a su utilización por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista Jurídicas, UNAM (PDF en posesión de la autora).

<sup>5</sup> Además de que los artículos 19, 32 y 35 del Convenio sobre su competencia así se lo exigen.

<sup>6</sup> Protocolos 2 y 3 (del año 1970), 5 (1971), 8 (1990), 9 (1994), quedaron subsumidos en los protocolos 11 (1998) y 14 (2010). También se han integrado al texto del Convenio los protocolos 4 (1963), 6 (1983), 7 (1984), 12 (2000), 13 (2002) y 16 (2013). Estos últimos consultables al final del propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

Hasta ahora, el TEDH ha actuado con más prudencia y no como un organismo activista de alguna ideología o causa de moda, sin embargo, en algunas ocasiones también ha decidido dar cabida como categoría protegida por el artículo 14 del Convenio, a la orientación sexual como causa de discriminación.

La importancia de analizar el caso Atala no es sólo por el tema controversial que trata, sino para saber si la CoIDH (como parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos), trata con respeto tanto al denunciante, como al Estado denunciado, a su pueblo y a sus costumbres, porque tiene la obligación de respetar la soberanía de los países.<sup>7</sup>

Es pertinente recordar que también la CADH contiene un artículo que le otorga a los Estados Parte un Margen de Apreciación Nacional, el artículo 27, redactado en el mismo sentido que el del Convenio Europeo. No menos importante es señalar, que la CADH posee un articulado<sup>8</sup> expreso que contiene el procedimiento para agregar derechos u obligaciones, o hacer cualquier otra adición a la Convención, que no se haya contemplado al momento de su redacción. Prueba de ello es el Protocolo de San Salvador que en su preámbulo señala: "...considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que pueden someterse a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales a esa Convención **con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.**"<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Carta de la OEA, Artículo 1 Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional. La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, **ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros.** Artículo 3 b) El **orden internacional** está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional (las negritas son nuestras). Consultada el 20 de agosto de 2018, disponible en:

[http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes\\_manual\\_formacion\\_lideres\\_anexos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf)

<sup>8</sup> Cfr. Arts. 32, 76 y 77 de la CADH, y art. 22 del Protocolo de San Salvador que adiciona a la CADH en cuestiones de derechos económicos, sociales y culturales, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

<sup>9</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", consultado el 19 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>

Siendo así, aunque la CoIDH ha declarado en varias ocasiones que la CADH es un tratado vivo, efectivamente lo es si los Estados Parte deciden actualizarlo mediante el procedimiento arriba señalado, pero de ninguna forma aplicando lo que le ha dado a la Corte por llamar interpretación evolutiva de los derechos.

Tanto en el continente europeo como en América, existen presiones, del Consejo de Europa, y por parte del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, así como de muchos mecanismos de seguimiento de los tratados como por ejemplo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con su Observación General número 20<sup>10</sup>, y del movimiento mundial LGBT, para considerar la orientación sexual como una causa de discriminación.

Por ello, y toda vez que parece ser la razón por la que la Sra. Atala interpone una denuncia contra su país, se iniciará este trabajo con la exposición de los hechos del caso y la ruta procesal seguida, después se analizará la introducción de la orientación sexual como causa de discriminación y posteriormente se entrará al análisis de la resolución de la Corte Interamericana en el caso Atala Riffo e hijas contra el Estado de Chile.

---

<sup>10</sup> Que interpreta (sin tener facultades para ello), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales a través de sus observaciones.

## CAPÍTULO I HECHOS

Los sucesos que dieron origen al caso se han tomado de varios documentos y se han acomodado de manera cronológica, tratando de entender lo ocurrido y las razones por las que se decidió denunciar a Chile ante la CoIDH.

En 1993, la Sra. Jacqueline Karen Atala Riffo, abogada y juez chilena, contrajo matrimonio en Santiago de Chile con el Sr. Ricardo Jaime López Allendes, y de dicha unión matrimonial nacieron sus tres hijas, M. (nació en 1994), V. (en 1998) y R. (en 1999). De un matrimonio de la señora Atala, anterior a éste, había nacido su hijo Sergio Ignacio Javier Vera Atala.

En marzo de 2002, el Sr. López y la Sra. Atala decidieron separarse definitivamente mediante una “separación de hecho”,<sup>11</sup> y “de mutuo acuerdo resolvieron que la madre mantendría la tuición<sup>12</sup> de las menores con un régimen de visita semanal a la casa del padre en Temuco. Después de la “separación de hecho”, la Sra. Atala continuó con ayuda psiquiátrica y psicológica para superar los dolores del fracaso del matrimonio y para asumir su “calidad de lesbiana”, con el fin de disponer de las mejores herramientas para relacionarse con sus hijas en esta nueva realidad.”<sup>13</sup>

A los tres meses de haberse separado, en junio de 2002, la Sra. Atala inició una relación de pareja con una persona de su mismo sexo, la Sra. Emma Zelmira María De Ramón Acevedo, y cinco meses después, en noviembre de 2002, ésta se trasladó a vivir a casa de la Sra. Atala y sus hijas M., V. y R., quienes contaban con 8, 4 y 3 años respectivamente. “La Sra. Atala aduce que en el proceso de adaptación de las niñas a la nueva situación, su pareja y ella asumieron todo el cuidado y delicadeza necesarios, y siguieron las orientaciones aportadas por una psiquiatra y psicóloga que atendía tanto a la madre como a las niñas. La relación

---

<sup>11</sup> El término “separación de hecho” es utilizado por la CoIDH en el punto 30 de su sentencia. El divorcio en Chile fue establecido hasta el año 2004 por la Nueva Ley de Matrimonio Civil, lo que implica que la Sra. Atala tal vez había llevado un juicio de nulidad por fallas en el registro civil (como era la costumbre antes de que se aceptara el divorcio en ese país), pero es poco probable que en pocos meses hubiera obtenido una sentencia de nulidad, por lo que presumiblemente seguía casada con el señor López Allendes y sólo estaban separados, de ser así, en estricto sentido estaría cometiendo adulterio, pero en ninguno de los documentos consultados se hace referencia a este asunto.

<sup>12</sup> Custodia.

<sup>13</sup> CIDH, Informe de admisibilidad N° 42/08, Petición 1271-04, Karen Atala e Hijas, denuncia contra Chile, 23 de julio de 2008, párr. 14.

de su pareja con las niñas fue alegadamente muy positiva desde el principio.”<sup>14</sup> A raíz de esta convivencia, el padre de las menores solicitó judicialmente la custodia, por considerar que esta nueva situación afectaba el normal desarrollo de sus hijas.

Una serie de medios de comunicación, incluyendo diarios de circulación nacional como “Las Últimas Noticias” y “La Cuarta”, dieron cobertura al juicio de custodia y al presunto uso indebido de recursos del tribunal penal de Villarrica en el que la señora Atala tenía el cargo de juez, situación que dio pie a una investigación disciplinaria sobre su actuación, ordenada por el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco.<sup>15</sup> Cabe adelantar que la investigación se hizo a raíz de una queja interpuesta por una subalterna de la juez Atala que también trascendió a los medios. La visita extraordinaria al juzgado se llevó a cabo por el ministro Lenin Lillo, por lo que la Sra. Atala declaró ante los organismos internacionales que fue “exhibida y humillada” por haberse indagado (durante la investigación disciplinaria), sobre su orientación sexual.

Tanto en la orden de visita como en el informe del ministro que la ejecutó, sí se hizo alusión a la trascendencia que hubo en los medios sobre la orientación sexual de la juez. No obstante lo anterior, como resultado de esa investigación, la juez fue amonestada por disponer indebidamente de los recursos del juzgado, no por su orientación sexual, de hecho, en la resolución no se hizo mención alguna de su orientación sexual.

En 2004 la Corte Suprema de Chile falló la custodia de sus hijas a favor del Sr. López, ese mismo año la Sra. Atala denunció a su país ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por haber sido discriminada por su orientación sexual. Así, el 24 de noviembre de 2004, la CIDH recibió una denuncia en la que se alegaba la responsabilidad internacional del Estado chileno por violaciones cometidas mediante una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que le había revocado a la Sra. Karen Atala la tuición de sus tres hijas (de 5, 6 y 10 años de edad en ese momento) fundándose exclusivamente en prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual. La petición fue presentada por la Sra. Karen Atala, abogada y juez chilena, y los abogados Verónica Undurraga

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, párr. 15.

<sup>15</sup> CoIDH, Caso Atala Ríffo y Niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 34, Disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

Valdés, Claudio Moraga Klenner, Felipe González Morales y Domingo Lovera Parmo, todos representantes de la Asociación Gremial, Libertades Públicas, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y la Fundación Ideas (“los peticionarios”).<sup>16</sup>

Después del procedimiento ante la CIDH, ésta consideró que Chile vulneró los derechos de la Sra. Atala y sus hijas, por lo que remitió su informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en septiembre de 2010.

La CoIDH emitió su resolución en febrero de 2012, en la que señaló a Chile como responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación (voto por unanimidad<sup>17</sup>); por la violación del derecho a la vida privada (art. 11.2 de la CADH<sup>18</sup>) y de la violación del artículo 17.1 (protección a la familia)<sup>19</sup>, ambos en perjuicio de Karen Atala Riffo y de sus hijas (voto dividido)<sup>20</sup>; por la violación del derecho a ser oído (arts. 8.1, 19 y 1.1 de la CADH) en perjuicio de las niñas M., V. y R. (voto por unanimidad); y por la violación de la garantía de imparcialidad (art. 8.1, y 1.1 de la CADH), respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo (voto por unanimidad).<sup>21</sup>

En cambio, la Corte no encontró culpable a Chile de violar la garantía judicial de imparcialidad (art. 8.1 de la CADH) por las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica sobre el juicio de custodia (cinco votos a favor y uno en contra<sup>22</sup>).

---

<sup>16</sup> Informe de Admisibilidad N° 42/08, Atala Riffo vs Chile, 2008, Resumen, inciso 1.

<sup>17</sup> La Corte se integra por siete jueces, pero el quórum para deliberar es de cinco y las resoluciones se toman por mayoría de los presentes. Cfr. con Arts. 4 y 23 del Estatuto de la Corte Interamericana, Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/estatuto>

<sup>18</sup> Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>19</sup> Sobre este punto, el juez Alberto Pérez Pérez emitió un voto parcialmente disidente, por considerar que no era “necesario ni prudente declarar una violación del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo.” Cfr. con su voto disidente, inserto al final de la sentencia.

<sup>20</sup> Este resolutivo de la CoIDH no fue unánime, sino que hubo un empate pues el voto se dividió en tres a favor y tres en contra, por lo que se aplicó el art. 16.4 del Reglamento de la Corte que señala que “En caso de empate decidirá el voto de la Presidencia”. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/reglamento/reglamento-vigente>

<sup>21</sup> *Ibidem*, Puntos resolutivos, p. 89.

<sup>22</sup> La juez Margarette May Macaulay votó en contra.

## CAPÍTULO II ITINERARIO PROCESAL

Como se adelantó en el rubro anterior, la actuación judicial chilena, específicamente el Juzgado de Letras de Menores de Villarrica, la Corte de Apelaciones de Temuco y la Corte Suprema de Chile, son las autoridades que presuntamente violentaron los derechos humanos de la Sra. Karen Atala, por lo que ésta interpuso una denuncia ante la CIDH.

A continuación se narra de forma cronológica la ruta procesal del asunto, desde su inicio en primera instancia y hasta la resolución de la Corte Suprema de Chile. Incluye el juicio de tuición (custodia) interpuesto por el padre de las menores, los recursos interpuestos por ambas partes, y el procedimiento de investigación disciplinaria contra la juez Atala.

### 1. Instancias nacionales

#### 1.1. Demanda en primera instancia (promueve: Sr. López)

El 30 de enero de 2003, el Sr. López Allendes, ex cónyuge de la Sra. Atala y padre de las menores Matilde, Victoria y Regina López Atala, (M., V. y R. de 8, 4 y 3 años de edad respectivamente), interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica, debido a que “las consecuencias y estragos ante esta nueva posición de la demandada, se comienzan rápidamente a sentir, el hijo mayor, Sergio, fue sacado del seno maternal, por su padre, don Sergio Vera Aparicio, quien se lo llevó a vivir con él. Expresa que, otro tanto se evidenció con la conducta de las menores, Matilde, Regina y Victoria, quienes no sólo afectadas por la separación de sus padres, y la ausencia de éste último en la casa familiar, han sido espectadoras directas de esta nueva imagen asumida por la demandada, en la cual ejerciendo un rol absolutamente marital, trajo consigo a su pareja, doña Emma de Ramón Acevedo, instalándola en el hogar común, asumiendo ésta última el rol maternal con respecto a estas menores.”, y que “no están siendo protegidas en su fin último que significa la protección a desarrollarse en un ambiente normal, que importe un equilibrio para su desarrollo emocional”. Señalando que, a esto apunta la presente demanda, ya que la opción sexual

ejercida por la madre altera esta convivencia sana, justa y normal a la que tienen derecho Victoria, Regina y Matilde.<sup>23</sup>

La CIDH afirmó que lo hizo “aduciendo que el descuido y desamparo de la madre a través de su opción sexual distinta alejaba y afectaba a las menores de su normal y verdadero desarrollo, y destacaba el riesgo de las niñas de contraer enfermedades de transmisión sexual como el herpes y el SIDA.”<sup>24</sup>, mientras que la CoIDH indicó que el Sr. López argumentó en su demanda que el «“desarrollo físico y emocional [de las niñas estaría] en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre. En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala “no se enc[ontraba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, dado que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s”». Sobre las enfermedades, la CoIDH sostuvo que en la demanda de tuición, «“el señor López arguyó que “habr[ía] que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implica[ría] para las menores [de edad] vivir junto a una pareja lésbica[, pues e]n efecto sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales est[arían] expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes [y al] sida”».<sup>25</sup>

Durante el procedimiento ante la CIDH, ésta señaló que “Debido al juicio de tuición, se publicaron una serie de artículos sobre el caso en diarios de circulación nacional y sensacionalistas en Chile, como La Cuarta y Las Últimas Noticias”<sup>26</sup>, en donde se hizo referencia a la condición de lesbiana de la juez Atala. En la sentencia, la CoIDH hace referencia a las notas de prensa: «Nota de prensa aparecida en el periódico “La Cuarta” el 28 de febrero de 2003 titulada “Abogado exige tuición de sus hijas porque esposa juez sería lesbiana” y Nota de prensa aparecida en el Diario “Las últimas noticias” de 1 de marzo de 2003 titulada “Abogado exige tuición de hijas porque su ex mujer es lesbiana”».<sup>27</sup> Pero en ningún momento se menciona quién o quiénes filtraron esa información a los diarios.

---

<sup>23</sup> Juzgado de Letras de Villarrica, Sentencia de 1ª instancia del 29 de octubre de 2003, Dictada por doña Viviana Cárdenas Beltrán, Juez Subrogante, pp. 1 y 2.

<sup>24</sup> CIDH, Informe de admisibilidad, *Op. cit.*, párr. 16.

<sup>25</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 31.

<sup>26</sup> CIDH, Informe de admisibilidad, *Op. cit.*, párr. 16.

<sup>27</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, nota a pie de página N° 42.

## 1.2. Investigación disciplinaria (Comité de Jueces)

El 12 de marzo de 2003 la juez Atala le pidió a una subalterna que elaborara oficios a nombre del Juzgado de Letras de Menores de Villarrica, en donde se estaba llevando el juicio de custodia en el que ella era parte, por lo que la subalterna avisó de esta situación irregular al Comité de Jueces.

El día 17 de ese mismo mes se inició un procedimiento de investigación disciplinaria<sup>28</sup> contra la juez Atala, en el que además se hizo alusión a las publicaciones en los periódicos sensacionalistas, por lo que tanto la Presidente del Comité de Jueces como el Ministro encargado de realizar la visita, consideraron que debía investigarse qué estaba sucediendo en el juzgado a cargo de la juez Atala. El Ministro Lenin Lillo realizó una visita extraordinaria al tribunal de la juez Atala para investigar la denuncia interpuesta por la Presidente del Comité de Jueces (a su vez basada en la denuncia de la subalterna de la juez Atala), y emitió su informe el 2 de abril, mismo que entregó a la Corte de Apelaciones de Temuco.

## 1.3. Audiencia de pruebas en 1ª instancia (juez escucha a menores)

El 8 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica escuchó en audiencia privada a las niñas M., V. y R., y “se guardó registro de la audiencia privada en sobre cerrado en la caja de fondos del Tribunal”. El Juzgado también escuchó en audiencia privada al hijo mayor de la señora Atala.<sup>29</sup>

El 10 de abril de 2003 se llevó a cabo la audiencia para presentar prueba testimonial. El 14 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica recibió testimonios de personas propuestas por la parte demandante, tres trabajadoras del hogar y especialmente de una psicóloga y asistente social. Al preguntársele si “los menores que se crían bajo parejas homosexuales sufren consecuencias adversas”, respondió que “s[í] hay consecuencias sociales, como modelos paternos y maternos confusos que afectan la conformación de la identidad sexual”. Además, agregó que “otra de las consecuencias que hace, es que en Chile según estudio [...] sobre la tolerancia y la discriminación [del] año 1997, se llegó a la conclusión que los chilenos poseen un alto rechazo hacia las minorías homosexuales[,] un 60.2% fue la carga valórica de este rechazo. [Con] base [en]

---

<sup>28</sup> Este procedimiento se encuentra regulado en el Código Orgánico de Tribunales de Chile, en los artículos 553 a 561.

<sup>29</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile, *Op. cit.*, párr. 36.

lo anterior, y en conocimiento de esta alta discriminación[,] se estaría exponiendo a estas menores [de edad] a situaciones de discriminación social que ellas no se han buscado”. Por su parte, las trabajadoras domésticas que laboraban en casa de la Sra. Atala señalaron “que el padre se preocupaba mucho más por sus hijas que la señora Atala. Una de ellas describió, además, algunos comportamientos de las niñas.”<sup>30</sup>

#### 1.4. Tuición provisional (a favor del Sr. López)

Después de escuchar a los cuatro niños y a los testigos ofrecidos, el 2 de mayo de 2003, el Juez Titular de Menores de Villarrica concedió, al Sr. López, la tuición provisional de sus hijas y reguló las visitas de la madre; y aunque el juez reconoció expresamente que no existían elementos que permitieran presumir “causales de inhabilidad legal de la madre” que ameritaran el cambio de la tuición existente, no obstante motivó su resolución con los siguientes argumentos<sup>31</sup>:

- «“que[...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”;
- “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia”.»

El 8 de mayo de 2003, en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado de Menores de Villarrica, la señora Atala entregó a sus tres hijas al padre de las mismas.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, párr. 37 y 38.

<sup>31</sup> *Ibidem*, párr. 41.

<sup>32</sup> *Ibidem*, párr. 42.

### 1.5. Investigación disciplinaria (llamado de atención a juez Atala)

El 9 de mayo de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco emitió “un severo llamado de atención” a la juez Atala “por usar elementos y personal” del juzgado para cuestiones personales, pero no hizo referencia a su homosexualidad.<sup>33</sup>

Posteriormente, durante el procedimiento ante la CoIDH, el Estado indicó que la visita “no generó ninguna sanción administrativa en contra de la [señora] Atala, ya que la Corte de Apelaciones de Temuco consideró que sus actividades privadas y vida familiar no entorpecían su labor judicial”.<sup>34</sup>

De hecho, las medidas disciplinarias que podía imponer la Corte de Apelaciones conforme al Código Orgánico de Tribunales eran amonestación privada, censura por escrito, pago de costas, multa y suspensión de funciones, y sólo le llamaron la atención.<sup>35</sup>

### 1.6. Inhibición por implicancia de juez de 1ª instancia (promueve: Sra. Atala)

El 13 de mayo de 2003, la Sra. Atala solicitó la inhibición del Juez Titular de Menores de Villarrica con base en la causal de implicancia<sup>36</sup> contenida en el art. 195, fracción 8 del Código Orgánico de Tribunales<sup>37</sup>, misma que se consideró procedente al día siguiente con fundamento en el artículo 120 del Código de Procesamiento Civil.

### 1.7. Sentencia de juez subrogante a favor de Sra. Atala

Posteriormente, el 29 de octubre de 2003, “la Juez Subrogante del Juzgado de Letras de Villarrica rechazó la demanda de tuición del Sr. López al considerar que la orientación sexual de la madre no afectaba la maternidad responsable, ni estimaba que hubieran malos ejemplos o peligros para la moralidad de las menores.

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, párr. 215 y 217.

<sup>34</sup> *Ibidem*, párr. 224.

<sup>35</sup> Cfr. Código Orgánico de Tribunales, art. 537.

<sup>36</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 42. La Sra. Atala alegó que en su resolución del 2 de mayo de 2003, al conceder la custodia provisional de las niñas al Sr. López, el Juez dio “forma y contenido con fuerza de resolución judicial a un determinado modelo de sociedad, visión que a no dudarlo es materia de fondo de la cuestión planteada, y que resulta discriminador por fundarse en estereotipos y supuestos patriarcales que no acogen y valoran la diversidad y pluralismo en el seno social”

<sup>37</sup> Al respecto, el Código Orgánico de Tribunales dispone que los jueces pueden perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o por recusación declaradas: Art. 195. Son causas de implicancia: [...] 8. Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia. Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/spanish/chi\\_res9.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf)

Sobre el temor de una posible discriminación hacia las niñas, señaló que su resolución no podía fundarse en suposiciones o temores:

- “la orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable... la demandada no presenta ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno...tampoco se han acreditado la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar...analizada la prueba rendida no se encuentran antecedentes para estimar la existencia de malos ejemplos o peligros para la moralidad de las menores ...se concluye que las menores no han sido objeto de ninguna discriminación a la fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiestan es un temor a una posible discriminación futura. Con respecto a este punto es conveniente señalar que este tribunal debe fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores”.

En consecuencia, el Tribunal ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003.<sup>38</sup>

#### 1.8. Apelación de la sentencia de 1ª instancia (promueve: Sr. López)

Sin embargo, en el ínterin, el 11 de noviembre de 2003, el padre de las menores interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia del 29 de octubre y una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la sentencia implicaría un cambio radical y violento del *status quo* en ese momento de las menores.

#### 1.9. Fallo con orden de no innovar en 2ª instancia a favor de Sr. López (Corte de Apelaciones de Temuco)

El 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones concedió la orden de no innovar (uno de los ministros era Lenin Lillo, quien había realizado la visita extraordinaria al tribunal de la juez Atala).

---

<sup>38</sup> CIDH, Informe de admisibilidad, *Op. cit.* párr. 17 y 18.

#### 1.10. Queja disciplinaria contra ministros del fallo anterior (promueve: Sra. Atala)

En marzo 7 de 2004, dos ministros de la Corte de Apelaciones, quienes participaron en el fallo, se excusaron de seguir conociendo del asunto, por lo que la Sra. Atala presentó una queja disciplinaria. Por ello, se suspendió la sentencia de devolución de las niñas.<sup>39</sup>

#### 1.11. Confirmación de sentencia de juez subrogante (a favor de Sra. Atala)

El 30 de marzo de 2004, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó por unanimidad la sentencia apelada, compartiendo las consideraciones de la juez de primera instancia.<sup>40</sup> Es decir, que se concedió la tuición de las niñas a la Sra. Atala.

#### 1.12. Queja contra ministros de Corte de Apelaciones (promueve: Sr. López)

El 5 de abril de 2004, el Sr. López presentó recurso de queja ante la Corte Suprema contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco. El recurrente argumentó que a través de la sentencia de apelación los jueces recurridos habían cometido una falta y un abuso grave y notorio. En este escrito solicitó provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. Alegó que la decisión adoptada por la madre de hacer pública su orientación sexual provocaba daños en el desarrollo integral y psíquico y en el ambiente social de las niñas. Dicha solicitud fue acogida por la Corte al dictar una orden de no innovar el 7 de abril de 2004.<sup>41</sup>

#### 1.13. Corte Suprema resuelve recurso de queja y falla a favor del Sr. López

El 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre.<sup>42</sup> Esta sentencia revocó en definitiva la custodia de la Sra. Atala sobre sus hijas.

#### 1.14. Resolución de la Queja interpuesta por Sra. Atala

El 2 de julio de 2004, la Corte Suprema de Justicia de Chile resolvió el recurso que había interpuesto la Sra. Atala (queja disciplinaria contra los dos ministros),

---

<sup>39</sup> Comisión de Derechos Humanos del D.F., Presentación de *Amicus Curiae*, p. 6.

<sup>40</sup> CIDH, Informe de admisibilidad, *Op. cit.* párr. 18.

<sup>41</sup> *Ibidem*, párr. 19.

<sup>42</sup> *Ibidem*, párr. 20.

indicando que se les había hecho un “severo llamado de atención a los ministros.”<sup>43</sup>

## 2. Instancias internacionales

### 2.1. Procedimiento ante la CIDH (promueve: Sra. Atala)

El 24 de noviembre de 2004, la Sra. Karen Atala presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la que alegó la responsabilidad internacional del Estado chileno por violaciones cometidas mediante una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile que le revocó la custodia de sus tres hijas (en ese momento de 5, 6 y 10 años de edad) fundándose exclusivamente en prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual.<sup>44</sup>

El asunto ante la CIDH es un procedimiento que busca llegar a una solución amistosa, por lo que este organismo debe procurar por todos los medios a su alcance lograr la conciliación entre las partes. No obstante, es el único facultado para remitir el asunto a la Corte Interamericana, ya sea porque no hubo acuerdo amistoso, o porque aún cuando las partes hayan convenido algo, no se cumplieron sus recomendaciones, o la Comisión consideró que el acuerdo no se fundaba en el respeto de los derechos humanos.<sup>45</sup>

En este caso, durante la conciliación, “las partes participaron en tres reuniones de trabajo convocadas por la CIDH en el marco de sus 126° (25 de octubre de 2006), 128° (5 de marzo de 2007) y 129° (19 de julio de 2007) periodos de sesiones, para discutir posibles puntos de acuerdo para una eventual solución amistosa”.<sup>46</sup>

El Estado chileno expresó que buscó alcanzar un acuerdo amistoso pero “que no logró concretarse debido a los elevados montos solicitados por la presunta víctima”, pues no correspondían con la magnitud del daño alegado.<sup>47</sup>

El 11 de octubre de 2007, los peticionarios enviaron una comunicación a la CIDH confirmando la conclusión del proceso de negociación que pretendía llegar

---

<sup>43</sup> Comisión de Derechos Humanos del D.F., Presentación de *Amicus Curiae*, p. 7.

<sup>44</sup> CIDH, Informe de admisibilidad, *Op. cit.* párr. 1.

<sup>45</sup> Cfr. art. 40.4 y 40.6 del Reglamento de la CIDH, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>

<sup>46</sup> CIDH, Informe de admisibilidad, *Op. cit.* párr. 9.

<sup>47</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 288.

a una solución amistosa, y solicitaron a la CIDH que avanzara con la tramitación de la petición y la aprobación del informe de admisibilidad.<sup>48</sup>

El 23 de julio de 2008 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No. 42/08 sobre la Petición 1271-04 de Karen Atala e hijas.

Se llevó el procedimiento ante la CIDH y el 18 de diciembre de 2009, ésta emitió el Informe de Fondo No. 139/09 con observaciones y recomendaciones para cumplimiento por parte del Estado chileno.

Tiempo después, la Comisión Interamericana consideró que la República de Chile no había dado cumplimiento a las recomendaciones hechas en el Informe de Fondo.

## 2.2. Procedimiento ante la CoIDH

El 17 de septiembre de 2010, la CIDH decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana. Presentó, una demanda contra el Estado de Chile en relación con el caso 12.5023, por considerar que la República de Chile había vulnerado derechos de la Sra. Atala y de sus hijas.

La demanda anterior fue notificada al Estado y a los representantes de la Sra. Atala el 19 de octubre de 2010.

El 25 de diciembre de 2010 los representantes de la señora Atala y de las niñas M. (16 años), V. (12 años) y R. (11 años), presentaron ante la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.

El 11 de marzo de 2011 Chile presentó ante la Corte su escrito de contestación al escrito de demanda, y de observaciones al escrito de solicitudes y argumentos.

Mediante Resolución del 7 de julio de 2011, el Presidente de la Corte ordenó recibir diversas declaraciones en el presente caso. Asimismo, convocó a las partes a una audiencia pública que fue celebrada los días 23 y 24 de agosto de 2011.

El 18 de agosto, 6 de septiembre y 18 de octubre de 2011 el representante del Sr. Jaime López Allendes (padre de las niñas López Atala) solicitó intervenir en el procedimiento como tercero interviniente, pero el 30 de noviembre de 2011 fue remitida a su representante una nota de la Secretaría de la Corte, señalando que “debido a que el señor López no es parte dentro del presente caso y no se ha

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, párr. 10.

aceptado su participación como tercero interviniente, éste no se encuentra legitimado para presentar argumentos de fondo o evidencia.”<sup>49</sup>

Por otra parte, el Tribunal recibió escritos en calidad de *amici curiae* de diferentes organismos como la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, organizaciones LGBT, algunas Universidades, y varios particulares, entre ellos Judith Butler<sup>50</sup>, quien sostiene una teoría muy particular sobre la “performatividad de género, como uno de los fundamentos básicos de la política de la democracia radical, fundamentalmente, en su relación con el debate por el reconocimiento de la diversidad sexual y de expresiones de género. O lo que se ha denominado, como el reconocimiento del sector poblacional LGTBIQ.”<sup>51</sup> (Lésbico, Gay, Transexual, Bisexual, Intersexual, Queer).

Para Butler no hay una identidad preexistente, sexo y género no son naturales, no se puede hablar de una identidad de género como verdadera, la autora la denomina una “ficción reguladora”: una ficción en términos culturales que se encarga de mantener el dominio social hetero-normativo y patriarcal.<sup>52</sup>

Sobre este pensamiento, Agustín Laje cita el libro *El género en disputa* de Butler: «La pérdida de las reglas de género multiplicaría diversas configuraciones de género, desestabilizaría la identidad sustantiva y privaría a las narraciones naturalizadoras de la heterosexualidad obligatoria de sus protagonistas esenciales: hombre y mujer.» “En otras palabras” –explica Laje-, “el objetivo consiste en la destrucción sexual del hombre y la mujer como productos de la heterosexualidad, la cual es, curiosamente, la forma de vinculación sexual que permite la conservación de nuestra especie”<sup>53</sup>.

Aunque la CoIDH menciona haber recibido un escrito de Judith Butler, se desconocen sus términos y el peso que le dio para resolver el asunto.

El 24 de septiembre de 2011 los representantes y el Estado remitieron sus alegatos finales escritos y la CIDH presentó sus observaciones finales. Asimismo,

---

<sup>49</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 9.

<sup>50</sup> *Ibidem*, párr. 10.

<sup>51</sup> Duque Carlos, *Judith Butler y la teoría de la performatividad de género*, Revista de Educación & Pensamiento, Colegio Hispanoamericano, 2010, p. 85. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4040396.pdf>, el 6 de septiembre de 2018.

<sup>52</sup> Saxe, Facundo Nazareno, La noción de performatividad en el pensamiento de Judith Butler: queerness, precariedad y sus proyecciones, *Estudios Avanzados*, N°. 24, 2015, Universidad Santiago de Chile, Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4355/435543383002/html/index.html>, el 10 de junio de 2018.

<sup>53</sup> Márquez Nicolás, y Laje Agustín, *El libro negro de la nueva izquierda: Ideología de género o subversión cultural*, Coordinación editorial Rodolfo Distel, México, 2017, p. 99.

las partes dieron respuesta a preguntas formuladas por los jueces, así como a solicitudes de prueba para mejor resolver.

El 29 de noviembre de 2011 la Corte emitió una Resolución en la que ordenó, como prueba para mejor resolver, que las tres niñas M., V. y R. fueran informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implicaba, con el objetivo de que las tres niñas manifestaran lo que desearan al respecto.

El 8 de febrero de 2012 se llevó a cabo una diligencia en la que las niñas M (17 años) y R (12 años) participaron. Por motivos de fuerza mayor, la niña V. (13 años) no estuvo presente. En ella, las niñas manifestaron diversas observaciones en relación con el caso, las cuales poseen carácter de reservado<sup>54</sup>.

## 2.2.1. Pretensiones de las Partes

### 2.2.1.1. Pretensiones de la CIDH

En el informe de remisión y como parte en el proceso, la Comisión solicitó a la Corte que concluyera y declarara que el Estado chileno violó, en perjuicio de Karen Atala, los derechos a las garantías judiciales y protección judicial consagrados en los artículos 8(1) y 25(1) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1(1) del mismo instrumento<sup>55</sup>. Así mismo, que declarara que Chile incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la igualdad y no discriminación, vida privada y familiar, familia, protección especial de las niñas, establecidos en los artículos 24, 11.2, 17.1, 17.4 y 19 de la CADH, en relación con las obligaciones generales de respeto y garantía consagradas en el artículo 1(1) del mismo tratado.<sup>56</sup>

Aun cuando la Comisión reconoció que no tenía como facultad el solicitar la reparación del daño, sino que corresponde a las víctimas, pidió a la Corte que fijara un monto de indemnización “correspondiente al daño material e inmaterial causado como consecuencia de las violaciones alegadas” en la demanda, y que la Corte “ordene al Estado de Chile” investigar y castigar a los funcionarios judiciales “que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y

---

<sup>54</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 13.

<sup>55</sup> CIDH, Informe de Fondo, del 17 de septiembre de 2010, párr. 150, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf>

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 153.

familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de M., V. y R.”<sup>57</sup>

Además, la CIDH solicitó a la Corte que ordenara a Chile que tomara medidas de satisfacción, rehabilitación y no repetición, conforme a los “deseos y necesidades individuales de las víctimas.” Dentro de las medidas de satisfacción solicitó el reconocimiento público de responsabilidad internacional y la publicación de las “partes pertinentes” de la sentencia de la Corte. Y sobre las medidas de no repetición, la CIDH solicitó que la Corte ordenara a Chile la adopción de medidas correctivas “como legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual”; y sobre los gastos y costas originados por este caso, que ordenara a Chile su pago, tanto en el ámbito interno como ante la CIDH y la CoIDH.<sup>58</sup>

#### 2.2.1.2. Pretensiones de Peticionarios

Los peticionarios no solicitaron directamente las medidas de rehabilitación (asistencia médica y psicológica a las víctimas), sino que hicieron mención de ellas en su solicitud de indemnización por daño material.<sup>59</sup>

Sobre publicar la sentencia, pidieron se publicara «un extracto de los hechos probados y la parte resolutive completa [...] por dos veces, en días domingos sucesivos, en los diarios ‘El Mercurio’, ‘La Tercera’, ‘Las Últimas Noticias’ y ‘La Cuarta’». Además, solicitaron a la Corte que ordenara al Estado la publicación del texto completo de la Sentencia en la página web inicial del Poder Judicial de Chile “por un término no inferior a 6 meses”.<sup>60</sup>

En similar sentido, solicitaron la realización de un acto público de “desagravio”, “en forma verbal y escrita”, con la presencia de las más altas autoridades del Estado, incluyendo “al Presidente de la República y al Presidente de la Corte Suprema”.<sup>61</sup>

Los representantes instaron a la Corte a “que dictamine que el Estado debe incorporar cursos obligatorios sobre derechos humanos con especial énfasis en

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 162 y 163.

<sup>58</sup> *Ibidem*, párr. 168 y 170.

<sup>59</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Ríffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 252.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párr. 257.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 261.

temas de género<sup>62</sup> relacionados con la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género”.<sup>63</sup>

También solicitaron el pago de daños emergentes que la señora Atala había tenido o tendría que sufragar en el futuro, así como la pérdida de legítimas ganancias o utilidades que había dejado y dejaría de percibir, como gastos relacionados con la asistencia psiquiátrica y terapéutica, numerosos medicamentos y los que se estimaba se generarían en el futuro, mismos que ascenderían a US\$62,205 dólares; y gastos de transporte erogados y por erogar, que ascenderían a US\$38,752 dólares.<sup>64</sup>

Sobre el lucro cesante, alegaron que la señora Atala no pudo disponer adecuadamente de un bien inmueble, ubicado en Villarrica, debido al tiempo que había mantenido el régimen periódico de visitas. Argumentaron que la víctima no pudo arrendar dicho inmueble ni obtener una utilidad de ello, calculada en US\$96,600 dólares.<sup>65</sup>

Por daño inmaterial solicitaron a la Corte que ordenara a Chile el pago de “una indemnización pecuniaria” por el “sufrimiento y las aflicciones que ha causado la vulneración de los derechos fundamentales”, el “detrimento ostensible en el proyecto de vida” y el “doloroso distanciamiento y la pérdida recíproca de madre e hijas”, por un total de US\$100,000 dólares para cada una de las víctimas.<sup>66</sup>

Por costas y gastos del litigio a nivel nacional e internacional solicitaron US\$80,200 dólares en el escrito de solicitudes argumentos y pruebas, pero en los alegatos finales escritos pidieron una suma mayor.<sup>67</sup>

## 2.2.2. Alegatos

### 2.2.2.1. Alegatos de la CIDH

Alegó que “existe un amplio reconocimiento en los Estados americanos en el sentido de que la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra

---

<sup>62</sup> La ideología de género busca la deconstrucción de lo social y del sexo. Propone la autoconstrucción del género. Afirma que la maternidad es impuesta por el sistema patriarcal. Busca la construcción de otras formas familiares. Sus dos vertientes activistas son la promoción del aborto y de la diversidad sexual.

<sup>63</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 269.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párr. 287.

<sup>65</sup> *Idem*.

<sup>66</sup> *Ibidem*, párr. 296.

<sup>67</sup> *Ibidem*, párr. 302.

prohibida”, cuando en 2010 sólo 9 países en el mundo tenían una prohibición de rango constitucional de discriminación basada en la orientación sexual, y sólo tres eran latinoamericanos<sup>68</sup>. Que la orientación sexual fue el sustento de la decisión de la Corte Suprema de Justicia” debido a que presuntamente se determinó que la señora Atala “no debía conservar la custodia de sus hijas[, por cuanto] convivía con una persona de su mismo sexo”. Y que por tanto, se “efectuó una distinción en perjuicio de [la señora] Atala en la aplicación de la ley relevante para la determinación de asuntos de familia, con base en una expresión de su orientación sexual, como lo es la decisión de conformar una pareja y establecer una vida con ella”.<sup>69</sup>

#### 2.2.2.2. Alegatos de Peticionarios

Adujeron “que varios derechos de la Sra. Karen Atala y sus tres hijas fueron conculcados arbitraria y abusivamente cuando la Corte Suprema de Justicia de Chile revocó a la Sra. Atala la custodia de sus tres hijas, fundándose exclusivamente en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual, y resaltaron que el fallo había sido dividido, de sólo tres votos contra dos.

Que la Corte Suprema aplicó discriminatoriamente las normas sustantivas que regulan la tuición en Chile, las cuales se basan en el interés superior de los niños<sup>70</sup>, al hacer una distinción arbitraria e injustificada entre la habilidad de padres heterosexuales y homosexuales para cuidar a sus hijos adecuadamente. Que la Corte se enfocó exclusivamente en la orientación sexual de la señora Atala, y no en otros fundamentos de inhabilidad legal, lo cual contraviene el principio de igualdad ante la ley, al ser una aplicación discriminatoria de las normas sustantivas de la tuición. La peticionaria alegó que la homosexualidad no puede constituir una causa calificada para declarar su inhabilidad como madre, a

---

<sup>68</sup> Ottosson, Daniel, Homofobia de Estado: Un informe mundial sobre las leyes que prohíben la actividad homosexual con consentimiento entre personas adultas, ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex), 2010, pp. 50-53, disponible en: [https://ilga.org/downloads/ILGA\\_Homofobia\\_de\\_Estado\\_2010.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_Homofobia_de_Estado_2010.pdf) Sobre lo afirmado por la CIDH, cabe considerar que en 2010 había 49 países en el mundo que prohibían la discriminación en el empleo basada en la orientación sexual, de los cuáles solo 5 lo hacían en América Latina; y los actos entre personas homosexuales todavía eran ilegales en 76 países de los adscritos a Naciones Unidas, 13 de los cuales estaban en América Latina y el Caribe.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 72.

<sup>70</sup> En el código civil chileno, en sus artículos 225 a 227 se señala que en caso de separación de los padres, a la madre toca el cuidado personal de los hijos y sólo cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro padre.

menos que pudiera probarse concretamente que provocara daños a sus hijas, lo que la Corte no hizo. Según los peticionarios, la Corte Suprema redujo el interés superior de las niñas, a vivir en una familia tradicional heterosexual y “estructurada normalmente”.<sup>71</sup>

La representación de la señora Atala 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, visión que a no dudarlo es materia de fondo de la cuestión planteada, y que resulta discriminatorio por fundarse en estereotipos y supuestos patriarcales que no acogen y valoran la diversidad y pluralismo en el seno social»” La Sra. Atala afirmó a través de su representante que “si no se acogen y valoran la diversidad y pluralismo en el seno social, resulta discriminatorio”.

Los peticionarios alegaron que la sentencia de la Corte Suprema determinó que la Sra. Karen Atala antepuso sus intereses a los de sus hijas al tomar la decisión de manifestar su orientación sexual e iniciar una convivencia con una pareja del mismo sexo, y consideró en el fallo testimonios que indicaban que las niñas podían desarrollar confusión sobre sus roles sexuales y ser discriminadas socialmente en el futuro.<sup>72</sup>

Al respecto, los peticionarios señalaron que la sentencia de la Corte Suprema adujo que en el juicio de tuición de las menores López Atala se había considerado la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trataba de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, no se había considerado la prueba testimonial (producida tanto en el expediente de tuición definitiva como en el cuaderno de tuición provisoria y que se tuvo a la vista), sobre el deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en el que se desarrollaba la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común habían disminuido y casi habían cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de las personas cercanas a las menores, como eran

---

<sup>71</sup> CIDH, Informe de admisibilidad, *Op. cit.* párr. 26.

<sup>72</sup> *Ibidem*, párr. 20.

las empleadas de la casa, hacían referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna, que no habían podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja.<sup>73</sup>

Que la Corte Suprema consideró que además de los efectos que esa convivencia podía causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, debido a sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que podía producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configuraba una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual debían ser protegidas.<sup>74</sup>

Que hubo violaciones relacionadas al debido proceso porque mediante un recurso de queja, el cual en su naturaleza es disciplinario y destinado a corregir las faltas o abusos graves cometidos en el dictamen de una resolución judicial, la Corte Suprema lo aplicó erróneamente para resolver cuestiones de hecho y de derecho planteadas en el juicio y los jueces tomaron una decisión definitiva sobre el fondo del caso sin escuchar adecuadamente a las partes y sin nuevos peritajes que le permitieran tener bases sólidas para reconsiderar la decisión de custodia de dos tribunales inferiores, abriendo una tercera instancia que no existe en el sistema procesal chileno.<sup>75</sup>

Contra la resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco del 24 de noviembre de 2003 (orden de no innovar), alegaron que en ella participaron el ministro Lenin Lillo (que había realizado la visita extraordinaria a la juez Atala), y el ministro Loyola López, que la había exhortado previamente a renunciar a sus hijas y se había manifestado en desacuerdo con las decisiones personales y familiares de la Sra. Atala), y por tanto, ambos se encontraban inhabilitados para fallar la sentencia porque no eran imparciales.<sup>76</sup>

También sostuvieron que durante el proceso de tuición, el 17 de marzo de 2003, el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó al Ministro Lenin Lillo, a fin de que efectuara una visita extraordinaria en el tribunal penal de Villarrica en el que la Sra. Atala servía como juez, para investigar discretamente los hechos que habían sido puestos en conocimiento por la opinión pública sobre

---

<sup>73</sup> *Idem.*

<sup>74</sup> *Ibidem*, párr. 21.

<sup>75</sup> *Ibidem*, párrs.13 y 22.

<sup>76</sup> *Ibidem*, párr. 24.

su vida privada. La peticionaria alegó que el informe dictado por el ministro Lenin Lillo y aceptado por la Corte de Apelaciones de Temuco, invadió sus derechos a la intimidad y privacidad porque el mismo establecía la incompatibilidad entre la imagen de la profesión legal y la orientación sexual de la víctima, aunque al final la Corte de Temuco resolvió no aplicarle a la Sra. Atala sanciones disciplinarias, no obstante que el ministro visitador Lenin Lillo, las había recomendado.<sup>77</sup>

### 2.2.2.3. Alegatos de la República de Chile

En la etapa ante la CIDH, solicitó la inadmisibilidad de la denuncia, debido a que los hechos en ella descritos no constituían violaciones a los derechos protegidos por la Convención y acusó que los peticionarios recurrieron al sistema interamericano como si fuera una cuarta instancia con competencia para revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales. Señaló que tanto la Corte como la Comisión sólo podían revisar decisiones judiciales internas cuando la petición se fundara en una sentencia dictada al margen del debido proceso, o que hubiera violado otro derecho garantizado en la Convención.<sup>78</sup>

Chile adujo que no se configuraba la violación del derecho a vivir libre de injerencias arbitrarias y abusivas en la vida privada y familiar de la denunciante, toda vez que el fallo tomó lugar en el contexto de un juicio de tuición iniciado por el ex cónyuge de la Sra. Atala, y por tanto, los tribunales chilenos debían por ley conocer y resolver. Tampoco se vulneró su integridad psíquica y mental, o su honra y dignidad al tener que considerar su condición de homosexual y su convivencia con una persona del mismo sexo, toda vez que estos argumentos fueron fundamento tanto de la demanda como de la contestación de la misma y por tanto debían ser analizados y ponderados en el juicio.<sup>79</sup>

Se debe considerar que “las decisiones de la vida privada de los padres no son moralmente irrelevantes respecto del bienestar de sus hijos. (...) Por ello, de tenerse duda sobre si determinada circunstancia afecta o no el interés de los menores, debe optarse por aquella que presenta las mayores ventajas para su interés superior en el caso concreto.”<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, párr. 23.

<sup>78</sup> *Ibidem*, párr. 33.

<sup>79</sup> *Ibidem*, párrs. 37 y 38.

<sup>80</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 209.

Sobre la inspección disciplinaria indicó que la visita “no generó ninguna sanción administrativa en contra de la [señora] Atala, ya que la Corte de Apelaciones de Temuco consideró que sus actividades privadas y vida familiar no entorpecían su labor judicial”.<sup>81</sup>

Sobre los supuestos derechos conculcados a las niñas, afirmó que en materia de custodia no es el derecho de los padres el que se ventila, sino el de los hijos, por ello tiene preeminencia el interés superior del niño sobre cualquier otro derecho de los padres. Por tanto, alegó que la sentencia se basó en el imperativo de proteger el interés superior de las menores, “amagado, según los elementos de convicción allegados al juicio por el comportamiento de la madre que optó por iniciar una convivencia con una pareja de su mismo sexo con quien pretendía criar a sus hijas, lo que se estimó inconveniente para la formación y riesgoso para el desarrollo de las menores en el actual contexto de la sociedad chilena.” La Corte Suprema se basó en una variedad de elementos incluyendo las circunstancias de las niñas, el mérito de la prueba considerada en el proceso, el deterioro social, familiar y educacional que experimentaron, y la discriminación que sufrieron por parte de sus propias amistades, por ello se determinó la radicación de la crianza y cuidado de las tres niñas en su padre, y no en el simple hecho de su opción sexual, en la cual ella pone el acento como marco de una supuesta discriminación y trato desigual.<sup>82</sup>

Que el fallo a favor del padre no fue producto de una discriminación proscrita por la Convención Americana, y no fue motivado por la homosexualidad de la Sra. Atala, sino por los efectos que su convivencia con otra persona de su mismo sexo pudieran causar en el bienestar y el desarrollo psíquico y emocional de sus hijas. Dichas consideraciones fueron determinantes en el fallo cuestionado y no la decisión de la Sra. Atala de explicitar su condición de homosexual “cuya legitimidad en el plano del ejercicio de sus derechos personalísimos fue expresamente reconocida en la misma sentencia”. Fue la situación de las menores “que al menos, puede considerarse peculiar en el ámbito de la sociedad chilena presente, la que estimó causa calificada para la entrega de su tuición al padre, porque el interés superior de las menores lo hacía indispensable”.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> CIDH, Informe de admisibilidad, *Op. cit.*, párr. 224.

<sup>82</sup> *Ibidem*, párrs. 35 y 36.

<sup>83</sup> *Ibidem*, párr. 39.

Ahondando, el Estado alegó que “el objeto del juicio de custodia [...] no fue la declaración de inhabilitación de la madre, sino la determinación del padre o madre que en ese momento ofrecía mejores condiciones para asegurar el bienestar de las tres niñas”. En sus alegatos ante la CoIDH, reiteró que “existía evidencia contundente que daba cuenta que la demandada demostraba una intensa actitud centrada en sí misma y características personales que dificultaban el ejercicio adecuado de su rol maternal, circunstancias que llevaron a concluir que la madre no ofrecía un medio ambiente idóneo para el desarrollo de sus hijas”, no obstante, que su fundamento fue el interés superior del niño, dicho y que en ese contexto, la orientación sexual de la Sra. Atala fue considerada, entre otras circunstancias, en la medida que su expresión tuvo efectos concretos adversos al bienestar de las niñas”.<sup>84</sup>

“Desde un examen de razonabilidad de la decisión de la Corte Suprema Chilena, encontramos que la finalidad perseguida por la misma, fue el interés superior de las menores, el que constituye un fin legítimo y además imperioso.”<sup>85</sup> “Fue una medida idónea para el logro del fin pues, después de haberse valorado las características y circunstancias de ambos padres, la Corte Suprema juzgó que bajo la custodia de su padre las menores contarían con un hogar y una familia lo más semejante posible a la suya original, en la que se vele por ellas y se les asegure su desarrollo, sin perder contacto con su madre”.<sup>86</sup>

Ante la CIDH, el Estado declaró que “la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se fija, al resolver, en el interés superior del niño. En uno de sus argumentos, la Corte Suprema señala que el contexto cultural de Chile es conservador. Por ejemplo, sólo hasta hace dos años se cuenta con la posibilidad de divorcio. Si a ello se suma la ventilación pública de la opción sexual de la madre, el Estado señala las dificultades que para las niñas generaba el caso.”<sup>87</sup>

El Estado alegó que “al suscribir la Convención Americana, los Estados miembros consintieron en obligarse por sus disposiciones. Si bien la interpretación jurídica puede ser flexible y el lenguaje de los derechos humanos reconoce su desarrollo progresivo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no

---

<sup>84</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párrs. 60, 61 y 62.

<sup>85</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 210.

<sup>86</sup> *Idem.*

<sup>87</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 40.

otras que en su momento no existían. De ser necesario ampliar el alcance del tratado, en materias en que no existe un consenso mínimo, la misma [Convención Americana] establece un procedimiento para la incorporación de protocolos que protejan otros derechos”. Recordó que la orientación sexual no era una categoría sospechosa de la cual hubiera un consenso durante el año 2004, en el que fue emitida la sentencia de la Corte Suprema en el presente caso. Y señaló que la CoIDH debería tomar en cuenta que un rol demasiado regulador podía dañar la confianza entre los países, y ella.<sup>88</sup>

El Estado informó a la CIDH que había tenido reuniones de trabajo sobre políticas públicas y medidas contra la discriminación iniciadas por este caso, y que se habían discutido cambios que se estaban experimentando en las instituciones públicas, mostrando una disposición a trabajar conjuntamente para superar visiones más tradicionales o prejuiciadas.

También recordó que la peticionaria contaba todavía con recursos para revertir la decisión de la Corte Suprema en el ámbito interno, por lo que aún no se agotaban los recursos internos.<sup>89</sup>

### 2.2.3. Sentencia del TEDH como criterio orientador

La jurisprudencia del TEDH sobre personas homosexuales inició con el caso *Dudgeon vs Reino Unido*<sup>90</sup>, en 1981. Mientras que en el sistema interamericano, hasta este caso no existía jurisprudencia previa que tratara el asunto de discriminación por orientación sexual, así que la Corte interamericana buscó jurisprudencia del TEDH y encontró un caso parecido para justificar su resolución, *Salgueiro Da Silva vs Portugal* (1999).

En el caso mencionado, después de divorciados, la madre de una niña dejó de cumplir con las visitas acordadas con el exesposo, toda vez que éste vivía con otro hombre, y ella sostuvo que la pareja del padre había abusado de su hija.

El padre de la menor demandó la custodia y se la otorgaron en primera instancia, pero la madre apeló y la Corte portuguesa decidió que no había razón

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, párrs. 74 y 75.

<sup>89</sup> *Ibidem*, párr. 43.

<sup>90</sup> En este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableció que las leyes que penalizaban las prácticas homosexuales masculinas en Reino Unido, estaban en contra del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este caso dio pie para que se presentara el caso *Norris vs Irlanda* y posteriormente sirvió de precedente legal para que finalmente el Consejo de Europa exigiera como requisito para ingresar a sus miembros que no tuvieran legislación que penara la homosexualidad masculina o femenina.

de peso para que se le retirara la custodia de la niña a la madre, pero ésta tenía que permitir las visitas.

Durante el juicio en Portugal no se cuestionó el amor del padre hacia su hija, ni su capacidad para ocuparse de ella en los períodos en los que se le confiaba, y se había afirmado que era indispensable que la niña viera a su padre para lograr el equilibrio y la formación de la personalidad de la niña.

El examen psicológico de la niña y de quienes le rodeaban fue determinante para desechar la acusación de abuso sexual que había hecho la madre contra la pareja del padre, pues el tribunal de primera instancia le concedió la custodia al padre, toda vez que la psicóloga consideró “que la forma como la menor contó aquel episodio le dejó algunas dudas sobre su veracidad” pues podría haber sido influenciada por alguien más. Un médico-psiquiatra, después de entrevistar al compañero del padre de la menor, consideró que no tenía ningún tipo de patología individual o de pareja, por lo que era “improbable que los hechos verbalizados por la menor, tal como se ha descrito anteriormente” fueran ciertos. La acusación sobre abuso fue considerada con mucha precaución por la Corte portuguesa durante el recurso de apelación.<sup>91</sup>

En un informe de enero de 1994, la psicóloga concluyó que "aunque en sus convivencias con el padre, la niña había constatado que éste vivía con otro hombre, las figuras parentales, no habían presentado ningún problema relacionado con su identidad psico-sexual", y la inestabilidad y ansiedad que presentaba se debía en parte al propio conflicto entre su padre y la familia de su madre, y al fanatismo religioso de su abuela.<sup>92</sup> En abril del mismo año, el Departamento de psiquiatría infantil del Hospital de D. Estefanía, consideró justificado seguir un tratamiento para la niña, debido a su ansiedad porque podría perturbar su desarrollo psico-afectivo.<sup>93</sup> La niña contaba con 6 años.

En su sentencia la Corte portuguesa consideró que para definir el interés superior del menor, debía, en cada caso, atender a los valores familiares, educativos y sociales dominantes en la comunidad en que el menor se hallaba

---

<sup>91</sup> Sentencia Caso Salgueiro Da Silva Mouta vs Portugal, párr. 23 y 26, consultado el 15 de agosto de 2018, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2233290/96%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-163701%22%5D%7D>

<sup>92</sup> *Ibidem*, párrs. 25 y 27.

<sup>93</sup> *Ibidem*, párr. 30.

inserto.<sup>94</sup> También confirmó que no se trataba de devaluar el hecho de que el padre de la niña asumiera su sexualidad, sino de tomar una decisión, porque no consideraba que un niño pudiera, sin riesgo de perder sus modelos de referencia, asumir la homosexualidad de su padre.<sup>95</sup> La Corte portuguesa consideró que eventualmente se irían aceptando las parejas homosexuales, pero aclaró que no debía defenderse que un ambiente de esta naturaleza fuera el más saludable y adecuado al normal desarrollo moral, social y mental de un niño, en particular, “dentro del modelo dominante en nuestra sociedad, como bien observa la demandante. El niño debe vivir dentro de una familia, una familia tradicional portuguesa, y esto no es sin duda uno que su padre decidió establecer, ya que vive con otro hombre, como si fueran marido y mujer. No es éste el lugar propio para averiguar si la homosexualidad es o no una enfermedad o si es una orientación sexual que prefiere a las personas del mismo sexo. En cualquiera de los casos estamos ante una anomalía y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales.”<sup>96</sup>

Durante el procedimiento ante el TEDH, Portugal alegó que en materia de responsabilidad parental, los Estados contratantes disponen de un amplio margen de apreciación en la prosecución de los fines legítimos previstos en el apartado 2 del artículo 8 del Convenio. Sobre todo en esta materia, en la que el interés del niño debe estar en primer lugar, las autoridades nacionales están mejor colocadas que el TEDH.<sup>97</sup> Consideró que el Tribunal internacional no debería imponer su propio criterio a las instancias nacionales, salvo que la decisión careciera de un fundamento razonable o fuera arbitraria, y en este caso sólo se tuvieron en cuenta los intereses de la menor y la protección de sus derechos. Recordó que el artículo 14 prohíbe tratar de manera diferente a personas colocadas en situaciones iguales, salvo justificación objetiva y razonable, y dio a entender que el interés superior de la niña era esa justificación objetiva y razonable.<sup>98</sup>

El Gobierno de Portugal concluyó que su tribunal sólo se basó para pronunciarse, en el interés de la menor y no en la orientación sexual del

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 23.

solicitante; por consiguiente, el solicitante no había sido objeto de ninguna discriminación.

El TEDH señaló que era innegable que la decisión del Tribunal portugués persiguió un fin legítimo (proteger la salud y los derechos de la menor), pero quedaba por determinar si había sido proporcional. El Tribunal consideró que el texto de la sentencia mostraba que el atribuir la custodia a la madre se basó esencialmente en la orientación sexual del padre, lo que llevó inevitablemente a un trato discriminatorio de éste en relación con el otro progenitor. En opinión del TEDH, la homosexualidad del demandante fue fundamental en la decisión final, y se hizo una distinción por consideraciones en torno a la orientación sexual del Sr. Da Silva, por lo que no hubo proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido; con este razonamiento consideró que se había infringido el artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio y que no era necesario determinar si se había infringido el artículo 8 del Convenio de manera aislada.<sup>99</sup>

Llama la atención esta resolución, pues el planteamiento deja ver que los derechos de un menor están entrelazados con el derecho de sus padres a tener su custodia y educarlos. Si no existiera la posibilidad de que hubiera repercusiones en el menor, en los juicios sobre custodia no se habrían considerado diferentes posibilidades para que un juez pudiera decidir cuál situación es más benéfica para el niño.

Luego entonces, cuando hay un conflicto por custodia, tiene que hacerse una valoración por parte del juez nacional para decidir qué es lo que más le conviene al niño. Siendo así, el supuesto derecho de los padres a tener la custodia no es absoluto y además pasa a segundo plano, y sólo puede servir para alegar las bondades y merecimientos de ambos. Si no se le permitiera mostrar a algunos de ellos ese merecimiento de la custodia, estaríamos ante un caso patente de discriminación.

Sin embargo, si a ambos se les permite, pero el juez considera que alguna característica o circunstancia de uno de los padres le impide dar una mejor vida al menor, el juez tendrá que decantarse por aquel que pueda dar una mejor vida. Además de la cuestión económica, el juez deberá buscar cuál de los padres tiene

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 26 y 27.

más posibilidades de aportar, con sus características, conducta y forma de ser, elementos para un sano desarrollo del menor.

Así, tendrá que valorar no sólo las características personales del padre al que va a otorgar la custodia, sino las mejores circunstancias de la custodia, es decir, considerar el lugar donde va a vivir el menor, su contexto familiar y social, que en óptimas condiciones será aquél que le aporte mayor estabilidad y tranquilidad, que le permita lograr un sano desarrollo psicológico y social.

En el asunto Da Silva, el juez nacional decidió que el cambio de orientación sexual no era benéfico para la niña, tanto para su desarrollo psicológico como para su desarrollo social, toda vez que en el ámbito en el que se movía la niña (familia y amistades), constituía una situación anormal, o muy poco común el que su padre viviera con su novio, y por tanto le negó la custodia al padre (no así el poder ver y convivir con su hija bajo un régimen de visitas). Debido al interés superior de la menor se realizó un acto de diferenciación, que a simple vista constituye discriminación jurídica porque se le negó la custodia de su hija, pero la realidad es que se buscó proteger el desarrollo psicológico y social de la menor, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, y el Manual de legislación europea sobre los derechos del niño, que sin ser vinculante para el TEDH, puede orientar sus resoluciones; así, el Manual señala que en el ejercicio de todas las responsabilidades parentales se atenderá como criterio prevalente al interés superior del niño, y que constituye un derecho para ellos el que su interés superior sea una consideración primordial para las personas que han de tomar decisiones en todo acto que les concierna (artículo 24, apartado 2).<sup>100</sup> En este Manual se ponen varios ejemplos en donde el TEDH ha dado prioridad al interés superior de los menores, aún en contravención de los derechos de los padres o de instituciones gubernamentales, un ejemplo fue el caso Handyside vs Reino Unido, donde el TEDH resolvió que los jueces ingleses tenían derecho a considerar, en el ejercicio de su discrecionalidad, que un libro podía tener efectos

---

<sup>100</sup> Manual de legislación europea sobre los derechos del niño, elaborado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y el Consejo de Europa, junto con la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pp. 17, 18, 21, 26 2015, consultado el 16 de septiembre de 2018, disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_rights\\_child\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_SPA.pdf).PDF

perjudiciales sobre la moral de muchos de los niños y adolescentes que lo leyeran.<sup>101</sup>

Sin embargo, en los razonamientos del TEDH en el caso Da Silva, no parece importar el desarrollo de la menor, de hecho, no se toma en cuenta y se analiza la posible discriminación por una razón en la que ni siquiera hay consenso en los países. En realidad al Tribunal sólo le interesó analizar si a la víctima (el padre), estando en un mismo plano de igualdad, le fue negado su derecho a la custodia. Para solamente considerar este punto, fue necesario que el Tribunal partiera de una premisa: que la orientación sexual de un padre o de una madre es inocua para el desarrollo psicosexual del niño. No se sabe si indagó al respecto, o sólo lo dio por sentado. La pregunta que surge de inmediato es si fundamentó su resolución en estudios, estadística o consideraciones de algún tipo. En la sentencia del Tribunal no aparece alguna referencia al respecto, salvo la afirmación de que la orientación sexual es una categoría de discriminación que cabe en el artículo 14.

#### 2.2.4. Puntos resolutiveos de la sentencia

Con el supuesto de una premisa única y el respaldo de los razonamientos del asunto Salgueiro Da Silva antes citado, el 24 de febrero de 2012, la CoIDH emitió los puntos resolutiveos del caso Atala Riffo y Niñas vs Chile en el mismo sentido.

##### 2.2.4.1. Violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1

Por unanimidad los jueces encontraron a Chile como 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 CADH, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

##### 2.2.4.2. Violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1

También por unanimidad consideraron que Chile fue 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 CADH, en perjuicio de las niñas M., V. y R.

---

<sup>101</sup> *Ibidem*, pp. 42, 44 y 45.

2.2.4.3. Violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1

Por unanimidad encontraron que Chile fue 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 CADH, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

2.2.4.4. Violación de los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1

Mediante voto dividido decidieron que el Estado chileno fue responsable de la violación de los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.

2.2.4.5. Violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1

Por unanimidad decidieron que el Estado fue 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 CADH en perjuicio de las niñas M., V. y R.

2.2.4.6. Violación de la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 (investigación disciplinaria)

Unánimemente decidieron que Chile fue responsable por la violación de la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

2.2.4.7. No violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (decisiones judiciales)

Por cinco votos a favor y uno en contra, decidieron que el Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 de la CADH, en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica.

2.2.4.8. Reparación económica

En el aspecto económico, sentenció a Chile a pagar las siguientes cantidades: Por tratamiento médico y compra de medicamentos US\$ 10,000; por concepto de indemnización por daño inmaterial (daños en su cotidianidad, diversos niveles de estigmatización y desasosiego) US\$ 20,000 para la señora Atala y US\$ 10,000

para cada una de las niñas M., V. y R.; y por el reintegro de costas y gastos US\$12,000.

#### 2.2.4.9. Publicación de sentencia

Los jueces de la Corte resolvieron que la propia Sentencia constituía *per se* una forma de reparación, ya que debía estar disponible por un período de un año, en un sitio web oficial de Chile; y publicarse en el plazo de seis meses, a partir de la notificación, un resumen oficial de la Sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional.

#### 2.2.4.10. Reconocimiento de responsabilidad internacional

Además consideraron que Chile debía realizar un acto público de desagravio, reconociendo su responsabilidad internacional, y debía brindar, atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita, de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas que así lo solicitaran.

#### 2.2.5. Supervisión de sentencia

##### 2.2.5.1. Informe 2012

Con posterioridad, el 14 de diciembre de 2012, Chile informó que había celebrado un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en el Ministerio de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile. Que tuvo amplia cobertura en medios de información, que estuvieron presentes autoridades de alto rango (Ministros de Estado, el Presidente de la Corte Suprema y Ministros representantes del cuerpo diplomático de países pertenecientes a la OEA, representantes de las ONGes LGBTI, e invitados personales de la Sra. Atala).<sup>102</sup>

La Corte dispuso que Chile debía seguir 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, sobre: “i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los

---

<sup>102</sup> CoIDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, Resolución del 26 de noviembre de 2013, párr. 24, consultada el: 13 de agosto de 2018, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/atala\\_26\\_11\\_13.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/atala_26_11_13.pdf)

derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI.”<sup>103</sup>

#### 2.2.5.2. Informe 2013

En el informe de 2013, Chile señaló todos los cursos que estaba dando y los que ya había dado, pero los representantes de la Sra. Atala y la CIDH hicieron observaciones al respecto en el sentido de que no se estaba cumpliendo correctamente, y así lo consideró la Corte, por lo que decidió mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento del punto resolutivo correspondiente.<sup>104</sup>

#### 2.2.5.3. Resolutivo 2017

En 2017 la CoIDH emitió otro resolutivo de la supervisión de sentencia, en el que consta que los representantes de la Sra. Atala destacaron “como prioritario comenzar los programas de capacitación por las dependencias más relevantes para la comunidad LGBTI” (el Ministerios de salud, el de educación y en los servicios hospitalarios). Adicionalmente, manifestaron su “voluntad de colaborar con el Estado en la elaboración de capacitaciones para funcionarios públicos en relación con los derechos de las personas LGBTI”. La CoIDH consideró «necesario, para valorar si estos cursos se ajustan a lo dispuesto en la Sentencia, que Chile remita información que permita evaluar si dentro del contenido de dichos cursos se aborda la temática relativa a la “superación de estereotipos de género en contra de la población LGBTI”...»<sup>105</sup> Y en el punto 34 del documento de supervisión, la Corte agregó que los cursos deberían contener “derechos de la comunidad LGBTI”, y de nuevo dejó abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de este tema.

A la fecha, la supervisión sigue, pues los peticionarios y la CIDH han estado al pendiente de los cursos propuestos y la Corte ha llegado al grado de querer revisar el contenido de los cursos que está impartiendo Chile sobre orientación sexual y además ahora le exige que incluya, no discriminación de

---

<sup>103</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párrs. 271 y 272.

<sup>104</sup> CoIDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia 26 de noviembre de 2013, *Op. cit.*, Resolutivo 2.

<sup>105</sup> CoIDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del caso Atala Riffo vs Chile, del 10 de febrero de 2017, párrs. 22 y 29, consultado el 13 de agosto de 2018, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/atala\\_10\\_02\\_17.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/atala_10_02_17.pdf)

personas por su orientación sexual, sino “derechos de la comunidad LGBTI”, como si de otro grupo de seres humanos se tratara.

Cuando se habla de grupos y comunidades, da la impresión de que en el fondo existe una especie de auto discriminación, para después exigir una normativa especial que otorga beneficios por encima de las demás personas, es decir, **normas** afirmativas que obligan a dar un trato especial en favor de estos seres humanos diferentes por voluntad, en vez de **acciones** afirmativas como señalan algunos tratados internacionales.

Pareciera que no se trata de integrar a todos los seres humanos y protegerlos por igual, sino crear estructuras y derechos especiales para algunos grupos, así como obligar a los Estados y a su población mayoritaria para que adopte la ideología en turno, a través de las estrategias que sus promotores han aplicado. Una de ellas, que específicamente atañe a las cortes nacionales e internacionales, es considerar que los efectos de una sentencia no son sólo entre las partes, sino que se extienden a todos aunque estén ajenos al juicio.

Esta parece ser la tendencia de la Corte Interamericana, pues además de las consideraciones que toma al respecto para estructurar esta sentencia, usa la victimización de “minorías sexuales”<sup>106</sup> y el léxico generista que sirve para desestimar a priori y sin mayor análisis cualquier situación que contradiga o ponga en entredicho las preferencias sexuales de la “población LGBTI”. Así, ataca el modelo de familia biológica, o la pareja binaria, calificando cualquier idea al respecto como “estereotipo discriminatorio”, “reproducción de estereotipos asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales”<sup>107</sup>, etc.

---

<sup>106</sup> Cuando no es “preciso el significado del término “minorías sexuales”, ni se trata de una categoría que tenga aceptación oficial en el Sistema de Naciones Unidas.” Por un lado, porque no queda claro a qué poblaciones protege, pues dentro de los grupos LGTBI pueden identificarse diversas identidades sexuales, y por otro lado, porque no todos estos grupos son protegidos solo por la categoría “orientación sexual.” Cfr. Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 169.

<sup>107</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 92,109, 237, y 267.

### 3. Problemas jurídicos encontrados

En este rubro sólo se enumeran los problemas jurídicos que se fueron encontrando a lo largo de la sentencia, planteados por la Sra. Atala, la CIDH y la propia CoIDH.

- 3.1. La presunta discriminación por parte de jueces chilenos, sufrida por la Sra. Atala debido a su orientación sexual, durante el juicio de tuición.
- 3.2. La introducción en la CADH de la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación a través de una interpretación de la CoIDH.
- 3.3. La supuesta violación al debido proceso por parte de la Corte Suprema de Chile.
- 3.4. La supuesta falta de protección a la familia por parte del Estado chileno y la postura de la CoIDH sobre el concepto de familia.
- 3.5. La presunta intromisión de las autoridades chilenas en la vida privada y familiar de la Sra. Atala.
- 3.6. La supuesta vulneración del derecho de las niñas a ser oídas en juicio (en violación del principio del interés superior de los menores por parte de Chile).
- 3.7. La falta de aplicación de la figura del Margen de Apreciación Nacional por parte de la CoIDH.
- 3.8. La interpretación evolutiva que hace la CoIDH de la CADH.

### 4. Motivos en que se funda el tribunal para su resolución

La Corte afirmó que su propósito en este caso era definir si las autoridades judiciales afectaron o no obligaciones estipuladas en la Convención. Asimismo, y en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte señaló que no es competente para resolver respecto de la custodia de las tres niñas M., V. y R., por ser materia del derecho interno chileno. De manera que la custodia de las menores no fue materia del caso.

Lo que sí señaló que se debatieron, fueron, entre otros, los siguientes aspectos: i) la orientación sexual de la señora Atala; ii) la personalidad de la

señora Atala; iii) los presuntos daños que se habrían ocasionado a las niñas, y iv) la alegada prevalencia que daría la señora Atala a sus intereses personales.

Señaló que para resolver estas cuestiones analizaría los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana; si existió en el presente caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual dijo, “se evaluarán en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas”.

#### 4.1. Violación del derecho a la igualdad y no discriminación en perjuicio de la Sra. Atala

Por unanimidad encontraron a Chile como responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, en perjuicio de Karen Atala Riffo. Los motivos están en los párrafos 94 a 99, 107 a 146, y 218 a 222 de la Sentencia.

##### 4.1.1. Hubo diferencia de trato basada en la orientación sexual

La CoIDH consideró que hubo diferencia de trato basada en la orientación sexual porque la demanda de tuición se interpuso bajo el supuesto de la orientación sexual de la Sra. Atala, y señaló que para comprobar que en una decisión judicial ha sido utilizada la diferenciación de trato por orientación sexual, basta constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado. Aquí es necesario señalar que la demanda la interpuso un particular (el Sr. López) y que el juez resolvió una tuición “provisional” por el supuesto riesgo que corrían las niñas, de conformidad con la demanda y la contestación de ésta.

Más adelante en el párrafo 94 de la sentencia, la Corte Interamericana cita al TEDH y dice que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”. Sin embargo al leer la resolución del TEDH, hay una pequeña diferencia, pues éste afirma que (en su asunto), la orientación sexual –

se entiende que *per se* estuvo constantemente en el centro de las deliberaciones de los jueces nacionales y en cada etapa de los procedimientos judiciales, por ello considera que la referencia a la homosexualidad era, si no explícita, al menos implícita y la homosexualidad declarada del demandante **fue un factor decisivo en la resolución del juez nacional**. Aquí es necesario reiterar que el asunto de la Sra. Atala no giró en torno a su orientación sexual *per se*, sino al posible daño en el desarrollo de las hijas si éstas seguían conviviendo en el hogar de la Sra. Atala dentro de una dinámica en la que el padre de las niñas había sido sustituido por una mujer, pero hacía el rol de una nueva madre.<sup>108</sup>

#### 4.1.2. Diferencia de trato constituyó discriminación

La Corte Interamericana consideró que la diferencia de trato constituyó discriminación, porque aunque se alegó que se basaba en la protección del interés superior de las niñas, afirmó que no se demostró que el comportamiento parental tuvo impacto negativo en el bienestar y desarrollo de las niñas, y que los daños o riesgos reales tampoco se probaron.

Cabe señalar que por las edades de las niñas, era difícil determinar los daños reales en su desarrollo, pero sí los posibles daños que se harían patentes o visibles a futuro, debido a que (según declaraciones de sus cuidadoras) ya se estaban manifestando. Esto fue lo que quiso prever la Corte Suprema de Chile (según señaló), basándose en el testimonio de las personas que cuidaban a las niñas sobre la confusión de roles que estaban manifestando en sus juegos y el rechazo y posible marginación hacia ellas que se estaba gestando en su escuela.

La CoIDH consideró que no podía servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar las menores de edad, aunque hubiera discriminación en Chile contra las “minorías homosexuales” (62% de los encuestados según la asistente social).

Una mamá del colegio de las niñas declaró que ya había pláticas entre los padres de familia para no permitir que sus hijos fueran a casa de las niñas López Riffo, mientras que ocho padres de familia habían declarado que ellos no discriminaban a las niñas por la orientación sexual de la madre.

Si se recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño establece como obligación general para los Estados Parte la protección de los niños, y una

---

<sup>108</sup> Juzgado de Letras de Villarrica, Sentencia de 1ª instancia, *Op. Cit.*, pp. 1 y 2.

de las formas es prevenir posibles daños a los niños, y el Comité de seguimiento de este tratado también ha sostenido la importancia de la prevención, sorprende que la Corte Interamericana no haya querido tomar en cuenta este tratado y a su Comité, en lo relativo a la prevención.

Al respecto, el Comité de los derechos del niño, en su observación N° 14 ha señalado que al aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña, efectivamente evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento, sin embargo, existe el principio de precaución que exige valorar también la posibilidad de **riesgos, daños futuros** y otras consecuencias para el niño,<sup>109</sup> y considerando que la integridad del niño implica también su desarrollo emocional y psicosexual, la Corte Suprema de Chile, de manera intuitiva (porque su sentencia fue antes de esta observación) y conforme a lo mandatado por la Convención que protege a los niños, obró correctamente y por el bienestar de las niñas López Atala.

#### 4.1.3. Informes periciales

En la sentencia no aparece que la CoIDH haya considerado otros informes o estudios sobre el tema de los efectos en los niños criados por parejas homosexuales, salvo los informes de los peritos Uprimny y Jernow (propuestos por la CIDH), señalando que eran científicos y válidos. En ellos se afirmó que:

- A. La convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico;
- B. El desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres *gays* o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales;
- C. La orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual;

---

<sup>109</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12 y 45; Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 CDN), Párr. 74, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11)

- D. Las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales;
- E. Los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños.

Sin embargo, y como se dijo antes, para cuando se llevó a cabo la audiencia y se presentaron los peritos, ya existían estudios que contradecían lo dicho por ellos, como por ejemplo el *Review Of Research On Homosexual Parenting, Adoption, And Foster Parenting* del Dr. George A. Rekers,<sup>110</sup> Profesor de Neuropsiquiatría y Ciencias de la Conducta, de la Escuela de Medicina de la Universidad de Carolina del Sur, que señala grandes desventajas y conductas negativas en niños que crecieron con padres homosexuales; o el informe español *No es Igual: Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo*, de las psicólogas Patricia Martínez Peroni, Mónica Fontana Abad y el investigador Pablo Romeu, con el prólogo del médico cirujano y filósofo especializado en psiquiatría y psicología clínica Aquilino Polaino Lorente.<sup>111</sup> El informe español muestra cómo,

---

<sup>110</sup> Fontana Mónica, Martínez Patricia y Romeu Pablo, *No es Igual, Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo*, HazteOir.org., 2005, p. 20, consultado el 21 de agosto de 2018, disponible en: [https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2014/07/rekers\\_adoption\\_gay.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2014/07/rekers_adoption_gay.pdf)

El estudio ahora está disponible en una página web de bioética (antes en <http://www.noesigual.org/manifestacion/documentos/noesigual3.pdf>), y existe una versión en francés en <http://www.hazteoir.org/documento/no-es-igual-informe-sobre-el-desarrollo-infantil-en-parejas-del-mismo-sexo>

En él se señala que a los niños que viven en hogares donde los adultos tienen un comportamiento homosexual, se les expone a tensiones que están por encima de los niveles de estrés habituales en hogares heterosexuales, y las tasas de incidencia en trastornos afectivos como la depresión, ideación suicida, intento de suicidio, suicidio y trastornos de conducta, es mayor. Además, la investigación indica que el comportamiento homosexual es ampliamente desaprobado (en ese entonces por la población norteamericana), por lo que se le crearía un estigma social al vivir con adultos con comportamiento homosexual. Explica que los niños en edad escolar generalmente sufren estrés asociado con vergüenza de sí mismos, y se agregaría el temor a que sus compañeros descubrieran la homosexualidad de sus familiares, y con ello a ser rechazados. Otro argumento en contra de la adopción por parte de parejas homosexuales es porque las relaciones de parejas homosexuales son significativa y sustancialmente menos estables en comparación con el matrimonio de un hombre y una mujer. Los hogares de padres adoptivos homosexuales carecen de un modelo de una madre y un padre, así como de un modelo de relación marido/mujer, que en opinión del autor son mejores para la crianza de los hijos, más saludable y con más estabilidad psicológica y social.

<sup>111</sup> Patricia Martínez Peroni es profesora de la Facultad de Psicología de la Universidad San Pablo-CEU y de la Universidad Francisco de Vitoria. Imparte las asignaturas de Antropología psicológica, Historia de la psicología y Psicología de la personalidad, y las diferencias individuales, con un Máster en Filosofía. Mónica Fontana Abad es profesora de la Facultad de Psicología de la Universidad San Pablo-CEU. Imparte las asignaturas de Evaluación familiar y Terapia familiar. Autora de numerosos artículos y libros sobre la adopción, como Instrumentos de evaluación en la adopción, Programas de intervención psicopedagógica en el proceso adoptivo o La adopción: evaluación psicológica del niño y selección de los padres adoptantes, entre otras publicaciones.

desde el punto de vista metodológico, muchos de los estudios que se citan para apoyar la adopción por uniones homosexuales carecen del mínimo rigor exigible para ser calificados de científicos. Al mismo tiempo, aporta información y documentación muy relevante sobre los riesgos para los niños que plantea la adopción por parte de parejas homosexuales.

#### 4.1.4. Que no existe un modelo específico de familia

La CoIDH, consideró “que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”). La Corte afirmó que los comités de derechos humanos han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar.

Pero esta es una aseveración a medias, y para sostenerla, la CoIDH citó fragmentos de las Observaciones Generales 16 y 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, pues al consultar los documentos que citó la Corte se encontró que habían sido copiados parcialmente y de forma selectiva, sin mencionar la siguiente parte.

##### 4.1.4.1. Observación General N° 16

“En cuanto al término "familia", los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate. (...) A ese respecto, el Comité invita a los Estados a indicar en sus informes la acepción que se da en sus respectivas sociedades a los términos "familia" y "domicilio".

---

Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española para el Estudio y la Investigación de la Terapia Familiar. Aquilino Polaino Lorente es médico cirujano por la Universidad de Granada. Licenciado en Filosofía por la Universidad de Navarra, se especializó en el campo de la Psiquiatría y de la Psicología Clínica. Catedrático de Psicopatología en la Universidad Complutense. Director del Departamento de Psicología de la USP-CEU. Presidente de la Sección de Educación Especial de la Sociedad Española de Pedagogía y autor prolífico de artículos y libros.

#### 4.1.4.2. Observación General N° 19

“El concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro del mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el art. 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos”, que dispone que la familia es “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado.

De lo anterior se desprende, que si la CoIDH toma las interpretaciones que hacen los comités de los tratados que les dieron origen, como si fueran vinculantes, entonces tiene que reconocer que si Chile considera que una familia está conformada por el padre, la madre y los hijos, la Corte no tiene facultades para determinar otra cosa y mucho menos para hacer una calificación despectiva hacia el concepto de familia chilena.

#### 4.1.5. Que la investigación disciplinaria fue discriminatoria

La CoIDH consideró que aunque la orientación sexual de la Sra. Atala no fue determinante para la investigación, ni fue tomada en cuenta para imponer la sanción, y como parte del objetivo del procedimiento fue la protección de la “imagen del poder judicial”, no se puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual.

Lo anterior resulta confuso pues si la misma CoIDH reconoció que no se tomó en cuenta la orientación sexual para efectos de la investigación disciplinaria, entonces ¿en qué radica la diferencia de trato que menciona?

La CoIDH tampoco consideró válido el que la Corte Suprema de Chile con fundamento en el principio del interés superior del menor buscara prevenir el impacto psicológico que la convivencia de la madre con una pareja lesbiana podía causar en el bienestar de las niñas, en su desarrollo psíquico y emocional, en su entorno social, familiar y educacional y la eventual confusión de roles sexuales y el riesgo de una estigmatización social; ni el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional, y que por todo ello se consideraba que el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas.

Sobre la discriminación social que habían sufrido las tres niñas en su escuela, la Corte concluyó 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.

#### 4.2. Violación del derecho a la igualdad y no discriminación en perjuicio de las niñas López Atala

También por unanimidad consideraron que Chile fue 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 la Sentencia).

##### 4.2.1. Trato discriminatorio tuvo repercusión en las niñas

La CoIDH consideró que el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión “irradió sus efectos” al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de su orientación sexual.

#### 4.3. Violación del derecho a la vida privada

Por unanimidad encontraron que Chile fue 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 la Sentencia). Para llegar a este resultado, la Corte sostuvo lo siguiente:

##### 4.3.1. CADH protege la vida privada

Consideró que aunque el art. 11 de la CADH se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, incluye la protección de la vida privada, y este derecho a la vida privada “abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares, en este sentido, la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo.”

#### 4.3.2. Orientación sexual es parte de la vida privada

La Corte Interamericana señaló que la orientación sexual es parte de la vida privada de una persona y que no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad. Que la medida fue inadecuada y desproporcionada para proteger el interés superior de las niñas, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala.

#### 4.3.3. Injerencia en la vida privada

Para determinar si existió una injerencia arbitraria en la vida privada se deben analizar, entre otros requisitos, la legalidad y la finalidad de la medida. La CoIDH consideró que la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, pero que durante la investigación se indagó de manera arbitraria sobre la misma, porque la vida privada abarca la vida laboral. Chile refutó “que la investigación haya girado únicamente en torno a la orientación sexual de la Sra. Atala, sino sobre aquellas conductas que configuraran una falta disciplinaria susceptible de sanción. En este cometido, tanto su pretendido comportamiento de mala fe en el proceso de tuición de sus menores hijas, así como su comportamiento sexual, eran susceptibles de ser valorados, pues resultaban relevantes para determinar si la Sra. Atala había cometido una falta disciplinaria en relación con el cumplimiento de los deberes que la ley imponía a su cargo, deberes que le impedían tener un comportamiento inmoral que comprometiera el decoro de su ministerio públicamente”<sup>112</sup>. “La norma disciplinaria chilena exigía una valoración moral lo más objetiva posible de la conducta pública de la Sra. Atala y, desde luego, no una valoración con pretensiones de neutralidad moral, la que —al parecer— exige la Corte IDH al calificar de discriminatoria a una diligencia de investigación legal y razonable”<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, p. 213.

<sup>113</sup> *Idem*.

#### 4.4. Violación al derecho a vivir en familia

Mediante voto dividido decidieron que el Estado chileno fue 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 la Sentencia).

##### 4.4.1. Protección de la familia y a vivir en ella

La CoIDH señaló que se debe proteger la familia y a vivir en ella, (artículo 17 de la Convención), por ello, el Estado está obligado a disponer y ejecutar medidas de protección para los niños y para el medio familiar; favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo, por tanto, 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.

Cabe señalar que el cambio de custodia de la madre al padre, en estricto sentido no priva al menor de su familia, ni de la vida familiar. Por ello, no puede considerarse que se haya violentado el derecho a una vida familiar de las niñas. Ahora bien, si se afirma que al cambiar la custodia se le privó a la Sra. Atala de una vida familiar, entonces tendríamos que considerar que antes se le había privado de lo mismo al Sr. López, sin embargo, al no haberse prohibido las visitas de las niñas con su mamá, tampoco se puede afirmar que se le haya privado de una vida familiar. En última instancia, la posibilidad de decidir a favor del padre o de la madre implica igualdad de condiciones de ambos padres frente a la ley.

#### 4.5. Violación del derecho a ser oído en juicio

Por unanimidad, los jueces decidieron que el Estado fue 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 Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R. (de conformidad con lo establecido en los párrafos 196 a 208 de la Sentencia).

##### 4.5.1. Menores no fueron oídas

La CoIDH consideró que las menores no fueron oídas en juicio, no obstante que el juez de primera instancia así lo hizo en el juicio de tuición, y la juez subrogante menciona la consideración que hizo de las declaraciones de las niñas.

Aunque el Estado chileno alegó que no procedía en otras etapas procesales (recursos), la Corte señaló que no había quedado expresa la consideración que hizo el Juzgado de Villarrica de las declaraciones de las niñas y que esa actuación violentaba el derecho de las niñas a ser oídas conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la propia CADH. También consideró que la autoridad judicial respectiva debía argumentar específicamente por qué no se tomaría en cuenta la opción del niño o la niña.<sup>114</sup>

Lo que parece ignorar el tribunal interamericano es que no existe ninguna normativa que obligue al Estado Parte a dar esos argumentos, ni a hacerlo como la CoIDH quiera, ni existía en ese momento algún documento que explicara cómo debían considerarse las declaraciones de los niños.

Fue hasta 2009 que el Comité de los derechos del niño consideró que no bastaba con escuchar la opinión de un menor durante un procedimiento para decidir su custodia, sino que instaba a los tribunales de los Estados Parte a que explicaran cómo habían considerado lo dicho por los menores.<sup>115</sup> De lo anterior se desprende que la CoIDH aplicó a Chile en este caso, una recomendación (no vinculante) del Comité de la CDN, como si fuera obligatoria y de manera retroactiva.

#### 4.5.2. Autoridades no evaluaron declaración de las niñas

La CoIDH consideró que como la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad “que constaban en el expediente”, y como fundamentó su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad, debió motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición.<sup>116</sup>

Como se dijo antes, ni la Convención sobre los Derechos del Niño ni la CADH señalan algún procedimiento a seguir en esta cuestión, y tampoco el TEDH

---

<sup>114</sup> La CoIDH repitió lo que un perito de apellidos García Méndez dijo en una de las audiencias durante el procedimiento internacional: que la opinión de los niños no puede ser descartada automáticamente sin una argumentación seria y profunda.

<sup>115</sup> Comité de los derechos del niño, Observación General N° 12, párrs. 33, 44, 45, 51 y 52.

<sup>116</sup> Cabe aclarar que en la documentación pública del caso no se especifica con exactitud qué declararon las niñas, por lo que la CoIDH parece afirmar que los jueces nacionales contravinieron la voluntad de las niñas.

escucha siempre a los menores en juicio, o exige que sean escuchados sin excepción.<sup>117</sup>

Considerando que fue hasta 2009 que hubo recomendaciones al respecto por parte del Comité de los derechos del niño, y que además no son obligatorias para los Estados Parte, la CoLDH argumentó la responsabilidad de Chile en este tema sin que existiera un fundamento legal o un criterio orientador cuando sucedieron los hechos.

#### 4.6. Violación de la garantía de imparcialidad durante la investigación disciplinaria

Unánimemente decidieron que Chile fue 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 la Sentencia).

##### 4.6.1. Orientación sexual no interfiere con desempeño laboral

La Corte Interamericana consideró discriminatorio que se hubiera incorporado en la investigación disciplinaria la orientación sexual o la relación de pareja de la Sra. Atala, asegurando que no existía relación alguna con su desempeño profesional. Es conveniente señalar que eso no lo podía saber en ese momento el Comité de Jueces, ni la Corte de Apelaciones de Temuco, considerando que había habido una denuncia contra la juez hecha por una subalterna suya, por disponer de recursos del juzgado a su cargo para otros fines. Sin embargo, al entrevistar a sus compañeros del juzgado habían declarado que la juez había recibido en varias ocasiones a los padres de su pareja; y todo ello había coincidido con las publicaciones en los diarios sobre la orientación sexual de la juez, por ello no resulta extraño que se investigara cualquier situación fuera de lo común que sucediera alrededor de la juez Atala. Ahora bien, si sólo su sexualidad hubiera

---

<sup>117</sup> Manual de legislación europea sobre los derechos del niño, *Op. cit.*, p. 44. “En virtud del Derecho del Convenio Europeo, el TEDH no interpreta el derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 del CEDH) como una exigencia sistemática de que el niño sea oído ante los tribunales. Como regla general, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales evaluar las pruebas que se les presentan, incluidos los medios empleados para determinar los hechos relevantes. Los órganos jurisdiccionales nacionales no están siempre obligados a escuchar al niño en juicios sobre la cuestión del derecho de visita de un padre que no tiene derechos de custodia. Esta cuestión debe evaluarse a la luz de las circunstancias concretas del caso, con la debida consideración de la edad y la madurez del niño.”

motivado la inspección, y se le hubiese llamado la atención por su orientación sexual, pues sí se estaría ante un acto de autoridad discriminatorio por esa causa.

#### 4.6.2. Estereotipos y prejuicios en la investigación

La Corte Interamericana consideró que existieron prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe por quien lo elaboró (el Magistrado Lillo) porque dejó plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala, y que también los tuvieron los magistrados porque aceptaron el informe. En consecuencia, señaló que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad necesaria.

#### 4.6.3. Informe e imputación de cargos

En su informe el Magistrado Lillo apuntó: “no está en el ánimo de este visitador emitir juicios de valor respecto de la inclinación sexual de la Magistrada Atala, sin embargo no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el Ilmo. Tribunal.”

Al respecto es conveniente precisar que la opinión personal del juez Lillo, hasta donde se sabe por la documentación que existe, no fue la de los Magistrados que decidieron sobre la investigación. De hecho, la CoIDH interpretó el que se dijera que se “aprobaba” en lo general el informe del Magistrado Lillo como trámite para pasar a la Corte de Apelaciones, como si se tratara de una imputación de cargos disciplinarios por su orientación sexual, y por parte de todos los Magistrados, cuando en realidad aun no se revisaba el informe por ellos y sólo se estaba aceptando para su análisis.

Tan es así, que después de analizarlo, los Magistrados ni siquiera consideraron la orientación sexual para efectos de la llamada de atención a la juez, ni tuvo alguna repercusión específica, ni fue publicitado, sencillamente no se mencionó. Pero la CoIDH consideró que fue discriminatorio porque los comentarios del Magistrado Lillo y sus actuaciones no fueron expresamente “desautorizadas ni cuestionadas por la Corte de Temuco”<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 220.

De nuevo la Corte parece señalar cómo debió actuar el Poder Judicial chileno en un procedimiento interno.

#### 4.6.4. Sanción

Por su resolución, todo parece indicar que la Corte de Temuco ni siquiera consideró la orientación sexual de la Sra. Atala, o habiendo considerado la situación, constató que nada tenía que ver su orientación sexual con la denuncia de su subalterna, y por ello no se le castigó, ni se le llamó la atención por su situación afectiva, sino sólo por haber dispuesto de recursos del juzgado para su beneficio personal.

De haber sido lo contrario, sí se habría dado un acto de autoridad abiertamente discriminatorio.

#### 4.7. No violación de garantía de imparcialidad

Por cinco votos a favor y uno en contra, decidieron que 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 Sentencia.

##### 4.7.1. Imparcialidad del juez

En el derecho internacional de los derechos humanos la imparcialidad del juez es un presupuesto del derecho humano al debido proceso. El juez que resuelve un conflicto no debe tener ningún interés, y debe aplicar el derecho y la justicia, como juzgador debe ser objetivo y neutral.

##### 4.7.1.1. Imparcialidad subjetiva y objetiva

La imparcialidad subjetiva hace alusión a la convicción personal de un juez y siempre se presume la imparcialidad, salvo prueba en contrario. Para probar que no hubo imparcialidad subjetiva se debe demostrar que el juez tiene una postura a favor de alguno de los intereses en conflicto.

La imparcialidad objetiva, hace referencia a la corrección en el actuar del juez y se pone en entredicho cuando existen hechos ciertos sobre su conducta que llevan a pensar que no es imparcial, no es necesario comprobar que actuó a favor de alguno de los intereses en conflicto.

#### 4.7.1.2. Parcialidad debe ser probada

La CoIDH resaltó que la presunta parcialidad de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales.

#### 4.7.1.3. Falta de elementos probatorios

La Corte consideró que en este caso no existieron suficientes elementos probatorios que permitieran inferir la existencia de presiones externas contra los jueces que conocieron de la causa, dirigidas a fallar en contra de la señora Atala, pues una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana, en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual, no es suficiente en sí misma, para declarar por este Tribunal una falta de imparcialidad objetiva.

No obstante que la CoIDH se abstuvo de acusar a los jueces chilenos de parcialidad, reafirmó en su razonamiento que los jueces interpretaron el Código Civil chileno en forma contraria a la CADH por razón de homosexualidad, cuando en realidad fue la CoIDH la que por primera vez adicionó una nueva categoría sospechosa a la CADH (vía interpretación, y no conforme a lo señalado en la propia Convención)<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> CADH, arts. 31, 76 y 77.

# CAPÍTULO III ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO

## 1. Consideraciones

Antes de seguir con el análisis de la sentencia, es necesario precisar algunos conceptos como el interés superior del menor por un lado y la dignidad humana por otro, para entender la alegada discriminación específicamente por orientación sexual.

La dignidad humana es un valor fundamental e inalterable que a todo ser humano le corresponde. Implica que debemos considerar siempre al ser humano como un fin en sí mismo, y nunca como un medio que permita satisfacer bienes ajenos. Además nos conmina a juzgar las acciones (voluntarias)<sup>120</sup> o conductas de nuestros semejantes y no a estos, ni diferenciarlos con menosprecio por sus características inherentes e inmodificables como por ejemplo el sexo, la edad o la raza.

En cuanto a la orientación sexual como categoría de discriminación, es importante conocer cual ha sido su evolución en las últimas décadas y cómo se relaciona en este caso con el interés superior de las niñas López Atala.

### 1.1. Interés Superior del Menor

En su observación N° 14 el Comité de los derechos del niño ha subrayado que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo, porque debe ser una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. El artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo establece como una obligación intrínseca para los Estados y señala que es de aplicación directa y puede invocarse ante los tribunales; b) Un principio jurídico interpretativo fundamental. Si un asunto admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; y c) Una norma de procedimiento, pues siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños o a los niños en general, el proceso de

---

<sup>120</sup> García González, Aristeo, La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos, Universidad Latina de América, Revista Jurídica IUS, N° 28, versión PDF p.14, disponible en: <https://www2.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm#:~:text=A%20partir%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n,y%20constituye%20la%20base%20de>, consulta el: 28 de julio de 2020.

adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños<sup>121</sup>.

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente el interés superior del menor. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este interés en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos<sup>122</sup>.

La CoIDH menciona en su sentencia que si bien la Corte Suprema de Chile pretendía la protección del interés superior de las niñas M. V. y R., no alcanzó a probar que su decisión fuera adecuada para alcanzar la protección del interés superior y que sus argumentos no demostraron un daño directo y actual en las menores (la discriminación social sufrida por las niñas, la confusión de roles que se estaba generando en las niñas, y el impedimento para que las niñas vivieran en el seno de una familia “normal y tradicional” con un padre y una madre), y en cambio eran estereotipados en cuanto a lo que se consideraba como familia y sobre lo que se esperaba que fuera e hiciera una madre y por tanto discriminatorios en contra de la Sra. Atala.

Sobre la crítica que hizo en este caso la CoIDH a Chile, en el sentido de que la idea de que una familia debía tener un padre y una madre era un concepto “estereotipado” de familia, se contrapone con la idea de la SCJN de la necesidad de que haya un padre y una madre para un mejor desarrollo del niño. Esta última idea está contenida en una jurisprudencia de la Corte mexicana de 2014 (aunque desde 2012 ya existía una tesis aislada en el mismo sentido), que dice: “señalan los expertos, pasado cierto periodo de tiempo, se opera un progresivo proceso de individuación del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores”<sup>123</sup>. Se señala esta contraposición debido a que en este asunto la

---

<sup>121</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de la CDN), párr. 6, disponible en:

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11)

<sup>122</sup> *Idem*.

<sup>123</sup> SCJN, Jurisprudencia, GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. Tesis: 1a./J. 52/2014 (10a.) Página: 215. En esta tesis de 2014, sobre la necesidad de la presencia del padre y de la madre, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana señala que: Es innegable que en

CoIDH citó jurisprudencia de nuestra Corte, y puso de manifiesto las diferentes concepciones de familia que existen en los países.

Para la CoIDH, ninguno de los argumentos anteriores (salvo la mención del precedente de 2014 de la Corte mexicana porque aun no existía), fueron suficientes para que Chile le retirara la custodia a la Sra. Atala, porque según la Corte Interamericana no fueron probados<sup>124</sup>. Para la CoIDH implicó que no hubo una relación razonable entre los medios empleados y el objetivo perseguido, y por tanto consideró discriminatoria la resolución de la Corte Suprema de Chile.

Este razonamiento lo tomó del TEDH, específicamente del caso de *Salgueiro Da Silva M. vs Portugal*, que versó sobre una cuestión similar a ésta<sup>125</sup>. En el asunto mencionado, la Corte portuguesa se había referido a la vida entre dos homosexuales como una situación anormal, pero no cuestionó el derecho de cada persona de expresar su orientación sexual, igual que en el caso Atala, el poder judicial chileno no cuestionó la homosexualidad *per se* de la Sra. Atala, sino las posibles afectaciones en el desarrollo de sus hijas por la convivencia con otra mujer en sustitución de la figura paterna, razonamiento que a la CoIDH le pareció insuficiente y no probado.

Al respecto, la CoIDH afirmó en su sentencia que el juzgador nacional «se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo de las niñas”», es decir, que la Corte Interamericana desconoció una acción estatal de previsión de un daño, toda vez que las niñas estaban en una edad temprana (3, 4 y 8 años) en la que es indiscutible la importancia de la presencia de la figura

---

los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre. Y no sólo nos referimos a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino, y como lo han desarrollado diversos especialistas en la materia a nivel internacional, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro. (...) como también señalan los expertos, pasado cierto periodo de tiempo, se opera un progresivo proceso de individuación del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores. El menor necesita tanto de su madre como de su padre, aunque de modo diferente, en función de la edad; ambos progenitores deben hacer posible y propiciar la presencia efectiva de esas funciones simbólicas en el proceso de maduración personal de los hijos.

<sup>124</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párrs. 110 y 111.

<sup>125</sup> *Ibidem*, párr. 95.

paterna y la materna para lograr un buen desarrollo psicosexual a futuro<sup>126</sup>, tan es así, que según el testimonio de las empleadas domésticas, las niñas ya mostraban signos de confusión de roles (no posibles, sino reales). Esta llamada previsión de daño o principio de precaución, sirve cuando no existen pruebas contundentes sobre el posible daño psicológico o emocional que puede sufrir o no un niño. Relacionado con lo anterior, la Corte Interamericana consideró los estudios presentados durante el juicio de tuición que afirmaban que no hay ninguna repercusión en los niños ante la convivencia como pareja de su madre con otra mujer, no obstante ya existían otros estudios que señalaban lo contrario pero no fueron considerados por la Corte Interamericana. "...llama la atención que no considere otros estudios que aconsejan una familia formada por padre y madre para la crianza de los niños, o que proponen la necesidad de la estabilidad de la pareja para el adecuado desarrollo de los menores"<sup>127</sup>.

Uno de ellos es sobre las etapas de desarrollo del ser humano del psicólogo Erick Erickson. En éste se señala que en la edad de 2 a 3 años de vida "La presencia de los padres (padre y madre) es fundamental en esta etapa para el ejercicio del aprendizaje de la autonomía y de la auto-expresión para la superación de la vergüenza, de la duda y del legalismo, en la formación de la deseo y del sentido de la ley y del orden." Y en la de 3 a 5 años "La dimensión psicosexual de la edad preescolar corresponde al descubrimiento y al aprendizaje sexual (masculino y femenino), la mayor capacidad locomotora y el perfeccionamiento del lenguaje. Estas capacidades predisponen al niño para iniciarse en la realidad o en la fantasía, en el aprendizaje psicosexual (identidad de género y respectivas funciones sociales y complejo de Edipo), en el aprendizaje cognitivo (forma lógica preoperacional y comportamental) y afectivo (expresión de sentimientos). La fuerza distónica de esta etapa es el sentimiento de culpa que nace del fracaso en el aprendizaje psicosexual, cognitivo y comportamental; y el miedo de enfrentarse a los otros en el aprendizaje psicosexual, psicomotor, escolar o en otra actividad. El justo equilibrio entre la fuerza sintónica de la iniciativa y la culpa y el miedo es significativo para la

---

<sup>126</sup> La propia SCJN lo señala así: "(...) como también señalan los expertos, pasado cierto periodo de tiempo, se opera un progresivo proceso de individuación del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores." SCJN, Jurisprudencia, GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. Tesis: 1a./J. 52/2014 (10a.) Página: 215.

<sup>127</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 208.

formación de la consciencia moral, a partir de los principios y valores internalizados en los procesos de aprendizaje, en la iniciación del aprendizaje escolar, de la inserción social, a través de los prototipos ideales representados por sus padres, adultos significativos y la sociedad”<sup>128</sup>.

Este y otros estudios en el mismo sentido estaban disponibles en la Internet y se sabía de su existencia en el medio judicial, porque ya se habían dado testimonios y peritajes (en un sentido y en otro), sobre la adopción y custodia de menores por parte de parejas homosexuales, tanto en España como en Estados Unidos de Norteamérica.

Apartándose de la ideología de género, con independencia de los estudios habidos o no, quienes han sido padres y han visto el desarrollo de sus hijos, saben que los niños pequeños imitan a las personas mayores que les rodean dentro de la vida familiar, se van comparando con su padre o con su madre, lo que les facilita el reconocimiento de la diferencia sexual, y el desarrollo armónico de su propia identidad personal (que incluye su identidad psicosexual).

Al respecto, en un estudio de 2012 del Dr. Fernando Pliego Carrasco<sup>129</sup>, se señala que algunos autores consideran que las familias diferentes a las encabezadas por parejas casadas y con hijos comunes, son iguales o mejores para el bienestar de la población, sin embargo el autor considera que esta visión no tiene fundamento alguno porque no ofrece pruebas empíricas, en cambio, y “de acuerdo con la información disponible, basada en censos o encuestas nacionales elaboradas a partir de 1995, se advierte que las ventajas se presentan de manera más notoria y frecuente en los matrimonios estables y en las familias donde los hijos cuentan con la presencia de sus dos padres biológicos. En este tipo de familia –al compararlo con las demás estructuras familiares- se observa que hay menos violencia contra las mujeres y los niños; los indicadores de salud física son mejores; los problemas de salud mental ocurren en menor medida; los ingresos son mayores y el empleo más frecuente; las condiciones de la vivienda son más favorables; hay más cooperación en las relaciones de pareja; los vínculos entre padres e hijos son más positivos; el consumo de drogas, alcohol y

---

<sup>128</sup> Bordignon, Nelso Antonio, El desarrollo psicosocial de Eric Erikson. El diagrama epigenético del adulto, Revista Lasallista de Investigación, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre, Corporación Universitaria Lasallista Antioquia, Colombia, 2005, p. 55, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/695/69520210.pdf>, consulta: 16 de junio de 2020.

<sup>129</sup> Pliego Carrasco, Fernando, Familias y bienestar en sociedades democráticas: El debate cultural del siglo XXI, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2012, pp. 11, 12 y 13.

tabaco se presenta en cantidades menores; la conducta social de los hijos es más cooperativa y hay menos índices de delincuencia; y el desempeño escolar de los menores de edad es mejor.” Sin dejar de reconocer los problemas y limitaciones que suelen ocurrir en las familias encabezadas por matrimonios heterosexuales y con hijos comunes, “la evidencia empírica disponible muestra con claridad que la línea creciente del bienestar social cruza de manera más fácil por ellas, y por lo mismo, son el tipo de familia que contribuye de manera más frecuente a la protección y respeto de los derechos humanos.”

Sigue señalando el autor que en las familias con padres solos, y en las que habita un padre biológico con otro tipo de adulto, hay menor rendimiento escolar, mayor consumo de drogas y mayor cantidad de violencia en los hijos. En la población adulta no casada, y en las familias diferentes a las conformadas por ambos padres biológicos, se da mayor cantidad de enfermedades como depresión, ansiedad y falta de satisfacción respecto de la vida, entre otros problemas<sup>130</sup>.

La CoIDH señaló que la Corte Suprema de Justicia de Chile había sostenido que existía un “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las menores” como consecuencia de la convivencia de la madre con su pareja, sin especificar en qué consistía la relación de causalidad entre dicha convivencia y el supuesto deterioro<sup>131</sup>. Sugirió la CoIDH que el deterioro pudo ser por el impacto que causó la separación de los padres, y afirmó que la Corte Suprema no se ocupó de exponer los argumentos que probaran que la convivencia con el padre era más benéfica para las niñas<sup>132</sup>. Cabe aclarar que los argumentos a favor de la tuición del padre lo había hecho el juez de primera instancia que había otorgado la tuición al Sr. López.

De cualquier modo, se puede afirmar que es obvio que la separación de los padres impacta en el desarrollo de los hijos, sus sentimientos y conductas, de hecho existen infinidad de estudios al respecto, pero no es común que en esos casos los niños presenten confusión de roles. En la resolución de la Corte Interamericana no aparece si cuestionó en algún momento esta situación o si

---

<sup>130</sup> *Idem.*

<sup>131</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr.130.

<sup>132</sup> *Idem.*

indagó algo más al respecto. Lo que sí afirma es que los informes que citaron los peritos Uprimny y Jernow eran “informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico”<sup>133</sup>.

En otro Informe intitulado No es Igual (de 2005) sobre la adopción de niños por personas homosexuales, los autores señalan que “...después de una revisión extensa de todo tipo de informes relativos a adopción por parejas homosexuales, observamos que no existe un acuerdo entre los distintos investigadores si bien, puede argumentarse que existe una duda razonable sobre la idoneidad, debido a que tanto aquellos estudios que son contrarios a la adopción como muchos de los que son favorables, indican diferencias en los niños criados por parejas homosexuales. Basándose posiblemente en ciertas ideologías en vez de en las evidencias, ciertos autores tratan de ocultar sus hallazgos o de matizarlos como si las diferencias halladas fuesen beneficiosas”<sup>134</sup>.

Por poner un par de ejemplos, los autores del Informe No es Igual incluyen el estudio de Daily (2001), en el que el autor del mismo “hace una aproximación al problema de los estudios de adopción homosexual muy buena. Realiza una revisión sobre la promiscuidad sexual y salud de las parejas homosexuales, así como una revisión de los problemas de identidad sexual en los niños, haciendo especial incidencia en los distintos roles que el padre y la madre representan, indicando que no pueden ser asumidos por parejas del mismo sexo.”; en otro estudio citado, Morgan (2001) que revisa 144 informes sobre el tema, se concluye que muchos estudios tienen graves fallos y carencias, que muchos —incluidos los favorables a la adopción homosexual— muestran una tendencia a la homosexualidad de los niños, y la confusión de género es habitual entre hijas de mujeres lesbianas, también son habituales problemas psicológicos en los hijos, etc. Además, el Informe No es Igual recoge informes de EEUU, Gran Bretaña, Holanda y Nueva Zelanda donde se indica que “el matrimonio en el sentido tradicional de la palabra es el mejor entorno para criar a los hijos.”; también menciona la discusión que sostuvieron Karen Saakvitne (1998) y Bárbara Eisold (1998) acerca del caso de estudio presentado por esta última; se trata de un caso

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, párr. 128.

<sup>134</sup> Fontana Mónica, Martínez Patricia y Romeu Pablo, *Op. cit.* p. 20.

que muestra un hijo de padres *gays* que identifica a la empleada del hogar como su madre y por ello el niño cree que las madres se “contratan y despiden”. El niño sufre psicológicamente debido a que la asistente es despedida al involucrarse emocionalmente con el niño, y además llega a casa otro hermano adoptado. Vista la situación, la pareja homosexual decide llevarlo a terapia. El terapeuta descubre que el niño llevaba tiempo recogiendo dinero, pensado que si reunía el suficiente, podría, en sus propias palabras, “comprar otra mamá”. Argumenta Eisold que, “a la vista del caso, los niños se desarrollan mejor en hogares con un padre y una madre, y que tal necesidad no se trata de una imposición social, sino un imperativo biológico, ya que al niño nadie le ha enseñado a necesitar una madre —más bien al contrario— y sin embargo, él la identifica en la asistente y siente la necesidad de tener una”<sup>135</sup>.

Entre los estudios que consideró la CoIDH para el caso Atala, se encuentra el de Tasker y Colombok<sup>136</sup>, que si bien los peritos Uprimny y Jernow los usan para justificar su dicho de que la convivencia de niños con parejas homosexuales no les afecta, según el análisis que hacen de él en el Informe No es Igual, “se trata de un interesantísimo estudio debido a que, pese a lo reducido de su muestra (20 varones y 26 mujeres) es el único conocido que ha realizado un seguimiento de los niños biológicos de lesbianas desde su infancia hasta la edad adulta. La edad media de los hijos al final de la muestra es de 23.5 años. En este estudio los hijos de lesbianas demostraron tener una predisposición muy superior a la homosexualidad”<sup>137</sup>. A continuación se copia la tabla que está en el estudio, y que refleja la incidencia de predisposición a tener prácticas homosexuales en los niños criados por una madre lesbiana:

Variable	Madre Lesbiana	Madre heterosexual
Algún tipo de atracción sexual por el mismo sexo	36%	22%
Consideración de posible relación homosexual	56%	14%
Relaciones sexuales con el mismo sexo	24%	0%
Identidad homo o bisexual	8%	0%
Número de la muestra	25	21

<sup>135</sup> *Ibidem*, pp. 18 y 19.

<sup>136</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr.128 y nota a pie de página N°148.

<sup>137</sup> Fontana Mónica, Martínez Patricia y Romeu Pablo, *Op. cit.*, p. 11.

Este estudio fue revisado por el Dr. Williams en el año 2000 y encontró que de los resultados, además, se desprendía una autoestima significativamente baja, así como problemas sociales y emocionales en hijos de padres homosexuales.
---

Los autores del Informe No es Igual mencionan una serie de estudios en los que predomina la opinión de que sí hay consecuencias negativas en la convivencia de los niños con parejas homosexuales, ya sea que alguno de los dos sea su madre o su padre biológico, o que sean adoptados por la pareja. Cabe aclarar que estos estudios fueron realizados, unos por personas a favor de la adopción por parejas del mismo sexo, y otros en contra, sin embargo la mayoría encuentra estas diferencias en los niños. De lo anterior se desprende que efectivamente no existe acuerdo entre los estudios, no obstante los peritos Uprimny y Jernow opinaron lo contrario en el caso Atala, y la CoIDH se limitó a dar por buenas sus opiniones.

Entre estos peritos y los documentos de *amicus curiae* que recibió de asociaciones LGBT, activistas insertos en universidades, y el de la Asociación Psicológica Americana, se entiende, aunque no se justifica, que la CoIDH no haya cuestionado nada acerca de las consecuencias en los niños por la convivencia con parejas homosexuales y haya partido de una premisa aun no comprobada, ni unánime.

Cabe recordar que al inicio de la sentencia, la CoIDH señaló que no era su función verificar si la Corte Suprema de Chile hizo bien o no su trabajo, sin embargo en este punto criticó su actuación porque dijo que la Corte Suprema “se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual”, y no sólo eso, consideró que la Corte Suprema tendría que haber dado “razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña”<sup>138</sup>.

En este punto cabe considerar lo que ha dicho al respecto Isaac Ravetllat Ballesté de la Universidad de Barcelona sobre el interés superior del menor y su delimitación. Porque como señala, es un término tan general que en realidad se delimita cuando es aplicado a un caso concreto, pero no puede ser de manera tan

---

<sup>138</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 66.

libre, pues la interpretación personal, “puede acarrear desviaciones notables sobre aquello que la conciencia social considera aceptable en un momento determinado”<sup>139</sup>. A lo largo de su trabajo Ravetllat menciona diversas resoluciones sobre la concepción que tiene los jueces del tema, tanto de tribunales españoles como extranjeros y la constante es que el interés superior del menor, debe buscar esencialmente, aquello que convenga a la estabilidad emocional y al desarrollo de la personalidad del menor de la manera más equilibrada posible, cuando un juez decida en los casos de custodia<sup>140</sup>. Hablar del interés superior es hablar del bienestar, así es que tanto los padres como el juez han de buscar, considerando la edad y la capacidad de raciocinio del menor, la satisfacción de sus necesidades físicas, emocionales y educativas; cuidar **los posibles efectos negativos de un cambio de circunstancias y un buen entorno para el menor**<sup>141</sup>.

Miguel Cillero Bruñol, quien además fue perito en este caso, señala en un texto suyo sobre el interés superior del menor, que la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, afirma que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo<sup>142</sup>. Más adelante apunta que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, es obligación de cualquier autoridad adoptar aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen<sup>143</sup>.

Cillero dice que el concepto de interés superior del niño, alude a la protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art. 27.1 de la Convención). Por ello una correcta aplicación en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados **y de los que se puedan afectar** por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la

---

<sup>139</sup> Ravetllat Ballesté, Isaac, El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, Universidad de Barcelona, Educatio Siglo XXI, Vol. 30, Nº 2, 2012, p. 106.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>141</sup> *Ibidem*, pp. 89 y 90. Las negritas son mías.

<sup>142</sup> Cillero Bruñol, Miguel, El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, consultado el 13 de septiembre de 2018, p. 4, Disponible en: [http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf)

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 8.

menor restricción de ellos<sup>144</sup>. Lo anterior es importante, porque en el caso Atala, la Corte Interamericana se desentendió del bienestar de las niñas, porque dijo, no era su función revisar el juicio de tuición (aunque finalmente sí lo hizo), sólo que olvidó que la base de la alegada discriminación por orientación sexual era justo determinar si era benéfico o no que las niñas se desarrollaran en el hogar materno con un referente masculino alejado de la convivencia diaria y un referente femenino desdibujado por la relación lésbica de la madre. Para los psicólogos y los educadores, cuando analizan la conducta de un niño estudian los referentes que tiene al interior del hogar, quiénes le cuidan y cuáles son las prácticas de crianza, porque cada uno de estos elementos repercuten en su comportamiento y en la conformación de su identidad personal<sup>145</sup>.

En vez de buscar información exhaustiva al respecto, la CoIDH se enfocó en demostrar que Chile había vulnerado el interés superior de las menores al no haberlas escuchado durante el juicio y puso como ejemplo que no fueron oídas en el recurso de queja por la Corte Suprema de Chile. De la lectura de la sentencia se desprende que sí fueron escuchadas por el juez de primera instancia, sin embargo la CoIDH decidió que éste no había hecho las consideraciones expresas sobre las declaraciones de las niñas<sup>146</sup>, sobre todo porque las dos niñas más pequeñas habían externado que querían que sus papás vivieran otra vez junto con ellas, y que preferían quedarse a vivir con su mamá. Cabe recordar que en el momento de la audiencia las niñas tenían 4, 5 y 9 años. Ésta última no expresó mayor interés por vivir en el hogar materno, según consta.

Conforme a los autores antes citados, Ravettlat y Cillero, la Corte chilena sí atendió las obligaciones que le impone el interés superior del menor, y probablemente se hizo de información sobre la evolución del ser humano que explica que se necesita de la presencia y la imagen del padre y de la madre para

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>145</sup> Heerlein, Andrés, Formación de identidad en esquizofrenia y trastorno bipolar, *Vertex, Revista argentina de psiquiatría*, 2005, Vol. XVI, N° 60, pp. 95-102. En el aspecto psicológico, la identidad personal es el reconocimiento de sí mismo con los rasgos personales como un ser único y diferenciado de acuerdo a varios elementos, entre los que se encuentran el sentimiento de pertenencia al grupo familiar y cultural de origen y la identificación psicosexual definida. El núcleo de la identidad psicosexual se tiene desde la infancia y se afirma en la adolescencia, alrededor de los 17 años se consolida y se asume el rol correspondiente en la interacción social. A partir de entonces se cuenta con los elementos de autoconocimiento para las elecciones a futuro, si antes se confunde al niño, puede presentar una falla de identidad. Erikson; Marcia; Akhtar y Samuel, 1996.

<sup>146</sup> La CDN en su artículo 12.2 no exige un procedimiento especial, sino que expresamente señala que se les escuche “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

que los niños desarrollen su identidad personal<sup>147</sup>, y por ello tomó la decisión de dar la custodia al padre de las menores. Esto lleva a reflexionar si el Poder Judicial actuó en beneficio de las menores como lo mandatan las leyes internas y la Convención sobre los Derechos del Niño, previendo que la nueva orientación sexual de la Sra. Atala pudiera afectar a las niñas, basados no sólo en estudios sino también en su experiencia, y no en prejuicios y estereotipos como señaló la CoIDH; o si los jueces que no le otorgaron la custodia a la madre actuaron exclusivamente con un ánimo discriminatorio por su orientación sexual.

## 1.2. Dignidad de la persona

Se nos ha dicho que el ser humano es la sustancia individual de naturaleza racional, es decir, un ser de naturaleza racional, cuya función propia es una actividad del alma según la razón. El alma racional es lo que distingue al hombre de otros seres con alma animal y alma vegetal. Pero lo que le hace ser y que comparte con los demás seres humanos es su naturaleza<sup>148</sup>.

Otra idea que hemos aprendido es que hay infinidad de cosas que el ser humano puede cambiar, pero la naturaleza de las cosas no puede modificarse con la costumbre. El alma racional del ser humano (su esencia y existencia no dependen del mismo ni puede ser transformada por él), en cambio, su conducta sí.

Ahora bien, cuando se dice que “la persona es un ser de naturaleza racional”, ello sugiere que la nota constitutiva de su ser, de su esencia, lo que le hace ser persona y no otra cosa, es su alma racional; su naturaleza racional está en su alma racional. Así, lo natural para el hombre es poseer alma racional. Es decir, que lo que le hace ser persona y no otra cosa es su naturaleza, y esto es lo que comparte con los demás seres humanos. De este modo, aunque no se hayan

---

<sup>147</sup> González Herrera, Alejandra, La familia en la construcción de identidad de niños de 7 y 8 años de edad en condiciones de vulnerabilidad social, Tesis de Maestría para obtener título de Magíster en Educación, Universidad de San Buenaventura Colombia, 2017, pp. 46 a 49, consultada: 16 de agosto de 2018, disponible en: [https://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/4177/1/Familia\\_Construccion\\_Identidad\\_Gonzalez\\_2017.pdf](https://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/4177/1/Familia_Construccion_Identidad_Gonzalez_2017.pdf)

<sup>148</sup> Sánchez Barroso, José A., La dignidad humana y derechos humanos, en Artavia Murillo vs Costa Rica, Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro, CISAV, 2017, pp. 180-182.

desarrollado las potencialidades racionales o éstas se hayan interrumpido o perdido indefinidamente, se sigue siendo persona<sup>149</sup>.

Actualmente, estamos inmersos en debates postmodernos, en donde los hechos y las razones no parecen ser suficientes para que algunos consideren a otras personas como tales, en ciertas etapas de la vida. Para sostener sus ideas se han apartado del concepto de naturaleza humana.

Para los nuevos ideólogos, la naturaleza ha dejado de ser un límite para la libertad, y es en ésta, a ultranza y sin límite alguno, en la que fundamentan todo el actuar postmoderno.

No obstante que desde la antigüedad se sabe que naturaleza es aquello primero e inmanente a partir de lo cual se cree en lo que se cree, y aquello por lo que el ente actúa, la raíz de todo su dinamismo es su propia perfección. Pero el ser humano no es un ente, es un ser racional y ahí entra la libertad como principio de autodeterminación de la naturaleza racional, y por ella, la realidad de la libertad requiere que no se olvide de la naturaleza, es decir, que debe actuar según su naturaleza<sup>150</sup>. “Ninguna de las virtudes éticas se produce en nosotros por naturaleza”, es decir, no somos buenos o malos por naturaleza, sino por nuestro actuar, “practicando la justicia nos hacemos justos; practicando la moderación, moderados; y practicando la virilidad, viriles”<sup>151</sup>. Con la *praxis* se desarrolla el aspecto intelectual y moral del hombre, pues aunque tiene una tendencia natural a la verdad y al bien, necesita practicarla, además, cada persona actúa distinto frente a la verdad y frente al bien<sup>152</sup>. Los actos del ser humano son individuales, y para que éstos sean considerados buenos, deben respetar un orden, el orden de la naturaleza. Para Santo Tomás, el comportamiento según la naturaleza es el comportamiento de acuerdo con la recta razón, esto es, el comportamiento virtuoso. “No existe respeto a la persona sin respeto a su naturaleza”, por tanto “la persona es vulnerada en su dignidad cuando es vulnerada su naturaleza”<sup>153</sup>.

La naturaleza humana tiene dos momentos: el de la individualidad, de la razón o bien particular y, el de la comunidad, de la naturaleza o bien común. Se afirma que el hombre no puede ser suficientemente bueno más que integrado en

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, pp. 184 y 185.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>151</sup> *Ibidem*, pp. 182 y 183.

<sup>152</sup> *Ibidem*, pp. 184 y 185.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 188.

el seno de una comunidad civil o política; que conserva su individualidad en el ejercicio de su razón –de su logos, en su praxis-, lo cual es siempre *por convención*, y es eso lo que lo distingue de los demás. Tampoco es dable la separación entre naturaleza y convención, entre bien común y bien individual, y para llegar a la felicidad como función propia del hombre (según Aristóteles), no se llega exclusivamente por naturaleza ni únicamente por convención. La persona se ubica tanto en lo que existe por naturaleza (naturaleza racional), como en lo que existe por convención (sustancia individual).

Como puede apreciarse, la dignidad humana no es un concepto jurídico sino filosófico, “ha entrado al sistema jurídico por medio de los derechos humanos a modo de premisa o principio que recuerda que toda disposición legal o actuación político-jurídica debe estar encaminada a la protección de la integridad física, espiritual, emocional, intelectual, etc. de la persona humana. La función del derecho es la de garantizar el respeto de la dignidad de la persona por la actuación del Estado o de otras personas, en tanto que la función de la bioética es la de promover el respeto a esta dignidad ya sea por parte del Estado, de las otras personas, y de la misma persona”<sup>154</sup>.

La función jurídica de la dignidad humana consiste en fijar los límites del derecho positivo al ser la columna vertebral del sistema jurídico y, por tanto, de la función legislativa, de igual forma ha de ser el fin supra jurídico de las resoluciones judiciales. De esta manera, la función de la dignidad es doble ético-jurídica y jurídico-constitucional<sup>155</sup>.

La dignidad humana se refiere directamente al ser de la persona, e independientemente de la forma que pueda adoptar, el ser humano es digno de respeto y honor. Define al ser humano tanto en su ser como en su valer, el ser humano vale por lo que es, y es por lo que vale, un fin en sí mismo y nunca un medio o instrumento<sup>156</sup>.

Como se dijo antes, “el ser persona implica, entre otras, la capacidad de poder relacionarse e interactuar con los demás individuos. Ello en virtud de que la sociedad ha sido creada por el mismo hombre, quien ha su vez a contribuido a organizarla conforme sus intereses, es decir, procurando alcanzar su felicidad. En

---

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 199 y 201.

esa búsqueda de felicidad, el ser humano ha diseñado mecanismos de defensa que le permiten salvaguardar uno de sus atributos más preciados: su dignidad. En este contexto, la idea de protección a la dignidad humana se introdujo en el Derecho positivo, tanto a nivel internacional como nacional”<sup>157</sup>.

Aunque desde la antigüedad existen algunos precedentes, el concepto de dignidad humana tuvo su conformación inicial en el cristianismo, y “su sentido actual, arranca con el tránsito a la modernidad, donde se le ha vinculado con otros conceptos, como la autonomía, la libertad y la igualdad, que en su conjunto han constituido “valores básicos superiores”, que sirven como referente a la hora de inspirar normas básicas de Derecho, en específico, aquellas que van a reconocer derechos esenciales de la persona”<sup>158</sup>.

“A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los dos Pactos de Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, en sus respectivos preámbulos se reconoce que la dignidad es inherente a todas las personas y constituye la base de los derechos fundamentales, por lo que se ha convertido en el valor básico que fundamenta los derechos de la persona como sujeto libre y partícipe de una sociedad”<sup>159</sup>.

El vocablo dignidad, proviene del latín *dignitas*, cuya raíz es *dignus*, que significa “excelencia”, “grandeza”, “donde cabe agregar que la dignidad que posee cada individuo es un valor intrínseco, puesto que no depende de factores externos” (...), y “denota un merecimiento a un cierto tipo de trato” (...), por lo que “todos los seres humanos somos iguales en la medida en que todos somos portadores de una dignidad común, y por encima de todas las diferencias que nos individualizan y nos distinguen unos de los otros, es decir, todo ser humano posee dignidad sin importar la condición en que se encuentre”<sup>160</sup>.

“La dignidad, en el contexto de los Derechos Humanos, es la que posee el hombre al momento en que inicia su desarrollo vital, consolidándose al convertirse en persona.”<sup>161</sup>; para su protección, “requiere que el hombre actúe según su conciencia y su libre elección; por lo que los hombres siendo más conscientes de

---

<sup>157</sup> García González, Aristeo, La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos, *Op. cit.*, p. 1.

<sup>158</sup> *Ibidem*, pp. 1 y 2.

<sup>159</sup> *Idem*.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 3.

su propia dignidad, podrán respetarse unos a otros (...). Cuando se hace la reflexión de la dignidad dentro de un ámbito que corresponde a una sociedad bien ordenada, no se describe la realidad, sino el deber ser de la misma. De ahí que la dignidad humana sirva como un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada, por lo que podría llamarse un derecho positivo justo. (...) Siguiendo a Peces-Barba, la dignidad humana será un fundamento de la ética pública de la modernidad, siendo el *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que se derivan de esos valores<sup>162</sup>. “En palabras de Kant, la dignidad constituye un valor para el que no se puede ofrecer ningún equivalente, esto es, la dignidad posee un carácter absoluto porque no permite la negociación”.

“Al convertirse la dignidad en un valor fundamental, no sólo para el individuo sino también para la sociedad, los juristas la han consideran (sic) como el pilar principal de toda convivencia gregaria, siendo en el ámbito de la doctrina donde se puede comprender lo que significa ser persona, portadora de dignidad. Ello en virtud de que la dignidad humana “[...] constituye una expresión del máximo respeto y valor que debe otorgarse al ser humano en virtud de su condición humana”<sup>163</sup>.

Por lo anterior, la dignidad, debe serle reconocida de manera igualitaria a todos los individuos como sujetos partícipes de la misma y que cuentan con derechos y obligaciones al interior del Estado<sup>164</sup>.

#### 1.2.1. Alcances del derecho a la igualdad y no discriminación

“La noción de igualdad se ha considerado a lo largo de la historia de Occidente como vinculada a la noción de justicia. En ese sentido, afirmó Aristóteles: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. Esta fórmula ha sido desarrollada y estudiada en los siglos posteriores en especial por Tomás de Aquino, y profundizada en nuestros días por el Iusnaturalismo Clásico”<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> *Ibidem*, pp. 3 y 4.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>165</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, Orientación sexual y discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una valoración crítica de la sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile, Universidad Católica San Pablo, Perú, 2015, pp. 84-86.

“Precisamente, esta estrecha relación con la justicia, reviste al principio de igualdad de obligatoriedad, razón por la cual, la igualdad de trato se presenta como una exigencia impuesta por la misma justicia. Esta exigencia se ha universalizado y ha quedado plasmada en los principales documentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sirva de ejemplo, la Convención Americana”<sup>166</sup>.

Para Pérez Luño, la igualdad ante la ley o igualdad de *iure*, es “la exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales, [...] significa también, igualdad de procedimientos, es decir como “[...] exigencia de sometimiento a las mismas reglas procedimentales para todos los ciudadanos”<sup>167</sup>.

De lo anterior se desprende que “el “principio de igualdad ante la ley y no discriminación” ha ingresado al dominio del *jus cogens*, y ello implica que “[...] es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. (...) La igualdad jurídica es, entonces, un principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conforme al que se interpretan y aplican los demás derechos fundamentales”<sup>168</sup>.

En su sentencia, la CoIDH señaló que el artículo 1.1 de la Convención Americana es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera que sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.

La CoIDH reconoció que la noción de igualdad se desprende directamente de la esencia de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes

---

<sup>166</sup> *Idem*.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 86.

no se consideran incursos en tal situación. Dijo que el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, y que sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico<sup>169</sup>. En el Sistema Interamericano, la igualdad también es un derecho subjetivo autónomo, que puede ser violentado por cualquier autoridad e incluso por particulares, aunque tenga aplicaciones y alcances distintos en cada caso, “y se puede violar independientemente de que se viole o no, conjuntamente o en relación con otros derechos o libertades del mismo rango constitucional o internacional”<sup>170</sup>.

Por tanto, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias<sup>171</sup>.

“Lo decisivo es entonces “[...] distinguir entre las diferencias de trato justificadas y aquellas otras que son arbitrarias, injustificadas o irrazonables. A las primeras, la Corte IDH las llama “distinción” y a las últimas, “discriminación”<sup>172</sup>.

La ColDH reconoce que la CADH no da una definición de la discriminación y adopta la que da el Comité de Derechos Civiles y Políticos en su Observación General N° 18, a saber, “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”<sup>173</sup>. Ahora, al leer lo que dice el Comité, éste aclara que la

---

<sup>169</sup> ColDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párrs. 78, 79 y 80.

<sup>170</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op.cit.*, pp. 86 y 87.

<sup>171</sup> ColDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párrs. 78, 79 y 80.

<sup>172</sup> Valdivia, Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 93.

<sup>173</sup> Se basa en la CEDAW y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1963.

igualdad no significa identidad de trato en toda circunstancia<sup>174</sup>. Y que no toda diferenciación de trato implica discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto<sup>175</sup>.

Javier Hervada, citado por Trilce Valdivia, señala, “La discriminación justa será aquella distinción o diferenciación en los derechos y deberes que obedezca a razones de justicia: v.gr. estará legitimado para el ejercicio de la medicina quien haya realizado los estudios y superado las pruebas legalmente establecidas y no lo estará quien no se encuentre en esas circunstancias; esta diferenciación de trato es justa, porque existe una diferencia real de saber y de aptitud en una materia en la que esta diferencia atañe al interés colectivo de la salud de los ciudadanos. (...) La discriminación injusta consiste en aquella diferencia de trato dado a diversos sujetos que tiene por causa algún motivo que no es una diferencia real que afecte al fundamento y a la razón del derecho o del deber respecto del cual se establece la distinción de trato”<sup>176</sup>.

En la sentencia en comento, precisa la Corte el alcance de los artículos 1 y 24 de la CADH, al señalar que la obligación general del 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención, mientras que el 24 protege el derecho a “igual protección de la ley. Es decir, el artículo 24 “prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”<sup>177</sup>.

Pedro Salazar y Rodrigo Gutiérrez, autores de una publicación conjunta de CONAPRED y UNAM, señalan que dentro de la concepción tradicional del derecho internacional, discriminar a una persona no significa sólo diferenciarla de otra en el trato, sino colocarla en una situación jurídica de inferioridad utilizando como base de la descalificación un rasgo o una característica que es innata e inmodificable. Es decir, que para que exista una categoría de discriminación de un derecho humano, la diferencia que se hace entre una y las demás personas debe responder a una característica inherente, innata e inmodificable del ser humano,

---

<sup>174</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación N° 18, párr. 8, p. 182.

<sup>175</sup> *Ibidem*, punto 13, p. 183.

<sup>176</sup> Valdivia, Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 94.

<sup>177</sup> CIDH, Sentencia Caso Atala Ríffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 82.

que se basa en la dignidad humana<sup>178</sup>. No se trata de una diferencia de trato entre las personas por cualquier razón, se trata de una diferencia injusta contra las personas, basada en un prejuicio negativo que anula o restringe el ejercicio de derechos. De lo anterior se desprende que son tres elementos relacionados entre sí los que constituyen un acto discriminatorio, a saber: a) una distinción injustificada; b) basada en un rasgo innato e inmodificable; c) que anula o menoscaba derechos existentes.

En el mismo sentido, para Encarnación Fernández, una de las características de la discriminación es que “el criterio de distinción utilizado se basa en factores no imputables al individuo”, es decir, de caracteres innatos como la raza, el sexo, o el nacimiento, o a su pertenencia a una categoría o grupo social específico por su lengua, religión u origen social, sobre los que la persona no tiene posibilidad de elección, o es mínima, o no puede modificar a su voluntad, o que en todo caso constituyen opciones legítimas en todo ser humano”<sup>179</sup>.

En su escrito, Salazar y Gutiérrez, afirman que el concepto de discriminación sufrirá importantes transformaciones de tal suerte que los tribunales formularán categorías sospechosas, es decir, criterios “odiosos” prohibidos por la ley que en consecuencia no necesariamente estarán basadas en un rasgo innato e inmodificable<sup>180</sup>. Esta aseveración casi premonitória (porque la hicieron antes de que la CoIDH resolviera el asunto), es muy delicada y merece una mayor reflexión, toda vez que prevé la creación de categorías sospechosas consideradas así por consenso, o ni siquiera consenso sino por mayoría, o por opinión de algunos.

Para el análisis del caso Atala e hijas contra Chile, es necesario saber qué es la orientación sexual y qué la identidad de género pues es lo que la CoIDH se avoca a proteger, y si estas categorías son innatas, inherentes, e inmodificables, o si pueden variar a voluntad de la persona.

---

<sup>178</sup> Salazar Ugarte, Pedro, y Gutiérrez Rivas Rodrigo. El derecho a la Libertad de Expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Primera Ed., México, D.F., 2008, pág. 40.

<sup>179</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, 97.

<sup>180</sup> Salazar U., Pedro, y Gutiérrez R., Rodrigo. *Op. cit.*, pp. 40 y 50.

### 1.3. Orientación sexual

#### 1.3.1. Sexo

Antes de hablar de orientación sexual, debemos recordar que el sexo biológico es el conjunto de características que diferencian a los individuos de una especie en dos, macho y hembra. En la humana, hombre (sexo masculino) y mujer (sexo femenino). Gracias a estas características diferentes que son complementarias entre sí se posibilita la reproducción sexual. Todo individuo se constituye a partir de un material informativo llamado ADN que conforma los cromosomas, esa información genética es la base de la identidad biológica (propia de la especie y del sexo de cada individuo).

Esa identidad biológica es sexuada desde la concepción de un ser humano dependiendo del genotipo masculino o femenino, y no cambia a lo largo de la vida<sup>181</sup>. “Desde hace un par de decenios sabemos que la estructura general del cerebro, las dimensiones relativas de sus diversas áreas permiten saber si pertenecen a un varón o a una mujer”<sup>182</sup>. Tampoco cambian después de la muerte, de hecho, a través de estudios de antropología forense se sabe con bastante exactitud (97%), si los restos óseos (cráneo y pelvis), eran de varón o de mujer<sup>183</sup>.

#### 1.3.2. Orientación sexual

La tendencia o inclinación sexual en varones y mujeres hacia las personas del sexo opuesto se conoce como orientación sexual<sup>184</sup>. López Moratalla señala que se siguen buscando datos que contradigan esta tendencia, y que puedan apoyar la idea de que la orientación sexual hacia las personas del mismo sexo es opcional. “La hipótesis más sólida, por ahora, propone que son los genes de los

---

<sup>181</sup> López Moratalla, Natalia, *Cerebro de Mujer y Cerebro de Varón*, Ediciones RIALP, España, 2009, p. 21. La autora es catedrática de bioquímica y biología molecular y varias de sus líneas de investigación se relacionan con la neurociencia.

<sup>182</sup> *Ibidem*, pp. 16 y 17.

<sup>183</sup> Krenzer, Udo, *Compendio de métodos antropológico forenses para la reconstrucción del perfil osteo-biológico*, Tomo II, Métodos para la determinación del sexo, Centro de Análisis Forense y Ciencias Aplicadas, Guatemala, 2006, p.1, disponible en: [https://www.ziviler-friedensdienst.org/sites/ziviler-friedensdienst.org/files/anhang/publikation/zfd-compendio-de-metodos-antropologico-forenses-para-la-reconstruccion-del-perfil-osteo-biologico\\_0.pdf](https://www.ziviler-friedensdienst.org/sites/ziviler-friedensdienst.org/files/anhang/publikation/zfd-compendio-de-metodos-antropologico-forenses-para-la-reconstruccion-del-perfil-osteo-biologico_0.pdf), consultado el: 11 de junio de 2019.

<sup>184</sup> Es importante hacer notar que en ocasiones la CoLDH usa el término orientación sexual como sinónimo de homosexualidad, cuando la ciencia distingue entre la orientación sexual y los trastornos de la orientación sexual.

cromosomas sexuales los que controlan de forma directa la determinación sexual y que, al menos en parte, predisponen la tendencia sexual de cada sexo”<sup>185</sup>.

De lo anterior se desprende que los seres humanos tienen una orientación sexual definida básicamente por el sexo biológico. Hasta la primera mitad del siglo XX, si lo anterior no correspondía, se consideraba una desviación sexual, a la par de la pedofilia, el travestismo, la zoofilia y demás parafilias. Poco antes de 1973, cuando una persona se sentía atraída por otra de su mismo sexo, se consideraba que tenía un trastorno mental, es decir, un trastorno de la orientación sexual, y se le llamaba homosexual<sup>186</sup>.

López Moratalla señala en el texto citado, que todavía no se sabe a ciencia cierta qué ocasiona la homosexualidad o la bisexualidad, pues si se han hecho estudios al respecto, no se dan a conocer con facilidad, porque actualmente se ha afirmado (sin comprobar), que la homosexualidad es tan natural como la heterosexualidad y cuestionar este tema pasó de ser políticamente incorrecto, a discriminatorio y ya se tiene el andamiaje legal (nacional e internacional), para perseguir legalmente a quien ose tocar el tema. En el rubro siguiente se explica cómo se dieron los cambios mencionados.

Cabe aquí señalar que una de las aspiraciones del movimiento LGBT desde hace muchos años es lograr que la orientación sexual diversa a la heterosexual sea considerada como categoría de discriminación. Ya se logró en los documentos no vinculantes que se señalaron antes, como las observaciones generales, en este caso las del Comité de seguimiento del PIDESC<sup>187</sup>. Al lograrlo con las sentencias Salgueiro en Europa y Atala en América, se blinda la orientación sexual diversa en el ámbito judicial y ya no puede ser cuestionada por nada ni por nadie, so pena de ser considerado discriminador. Al grado que como se desprende de la sentencia Atala vs Chile, la protección de la orientación sexual diversa está incluso por encima del principio del interés superior del menor<sup>188</sup>.

Pero no sólo sobre este principio, pues “de aplicarse una presunción a priori de la orientación sexual como criterio discriminatorio, podría afectarse el

---

<sup>185</sup> López Moratalla, *Cerebro de Mujer y Cerebro de Varón*, *Op. cit.*, p. 38.

<sup>186</sup> Fernández R., María, y García V., Elena, Surgimiento, Evolución y Dificultades del Diagnóstico del Transexualismo, *Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2012; 32, p. 106, disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v32n113/original7.pdf>, consultada el: 11 de junio de 2019.

<sup>187</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>188</sup> Sentencia Atala Riffo vs Chile, *Op. cit.*, párr. 110.

contenido esencial de otros derechos convencionales como la libertad religiosa y la libertad de expresión. (...) Algunos ejemplos de ello los encontramos en aquellas “legislaciones que han reconocido la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación”, y a raíz de ello “se ha obligado a instituciones religiosas a no diferenciar en los procesos de adopción entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales, o a obligar a una persona a prestar servicios de fotografía en matrimonios civiles homosexuales” aunque no quiera hacerlo debido a sus creencias, “y se ha calificado como *hate speech* u homofobia, expresiones que manifiestan una desaprobación moral de la conducta homosexual”<sup>189</sup>.

Para Valdivia, “la penalización de las relaciones homosexuales, su censura moral o la consideración de la homosexualidad como enfermedad psíquica no pueden valorarse de igual modo y ser catalogadas, de suyo, como conductas igualmente discriminatorias. Ello, en primer lugar, porque hasta 1974, la homosexualidad era considerada una enfermedad psíquica por la APA, y hasta 1991 por la OMS, ello sobre la base de consideraciones científicas y no de prejuicios”<sup>190</sup>.

### 1.3.3. Trastornos de la orientación sexual

Como se explicará más adelante, para la Asociación Psiquiátrica Americana (APA), los trastornos de la orientación sexual eran la homosexualidad y la bisexualidad, al desclasificarlos del DSM (Manual Diagnóstico de Trastornos Mentales) en 2013, desaparecieron como tales y quedaron como “opciones” de la orientación sexual, a la par de la heterosexualidad.

Sin embargo, en la Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud (OMS) (vigente hasta que en el año 2022 “entre en vigor” la CIE-11), subsisten trastornos que los son para la OMS, pero no para la APA.

Por un lado, la orientación sexual ego-distónica<sup>191</sup> (homosexualidad), que desapareció del DSM-5 en 2013, sigue clasificada como un trastorno mental, ya no de la personalidad sino del comportamiento, con la clave F66.1, bajo el rubro “(F66) Trastornos psicológicos y de comportamiento asociados con el desarrollo y

---

<sup>189</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, pp. 202 y 203.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>191</sup> DSM-III, “*Other Psychosexual Disorders that has two categories: Ego-dystonic Homosexuality and a final residual category, Psychosexual Disorders Not Elsewhere Classified*”, p. 261.

la orientación sexual” en la CIE-10, hasta el 2022. Además, lo que se conoce en la APA como parafilias (fetichismo, fetichismo travestista, exhibicionismo, voyeurismo, pedofilia, sadismo, masoquismo, múltiples trastornos de preferencia sexual, y otros trastornos de preferencia sexual), en la CIE-10 son Trastornos de orientación sexual con número de clasificación F65.

#### 1.3.4. Orientación sexual homosexual

En los años 70 surgieron propuestas para desclasificar la homosexualidad como trastorno mental, que en ese entonces los psiquiatras llamaban desviación sexual. Para ello, se argumentó que era una preferencia sexual y no un trastorno; la Asociación Psiquiátrica Americana (APA) la subdividió en homosexualidad ego-sintónica y ego-distónica; la primera, implicaba que la persona que la tenía estaba conforme con esa condición y era funcional, por ello se desclasificó en 1973 del Manual Diagnóstico de Trastornos Mentales (DSM-III), mientras que la homosexualidad ego-distónica subsistió como “orientación sexual ego-distónica”, un trastorno mental hasta 2013, en que desapareció totalmente del DMS en su quinta versión (no así en el CIE-10 de la OMS). A continuación se describe en qué consiste, conforme al diagnóstico que aparecía en el DSM-III:

“302.00 Ego-dystonic Homosexuality”: La característica principal es un deseo de adquirir o aumentar la excitación heterosexual, para iniciar o mantener relaciones heterosexuales. No obstante mantiene un patrón de excitación homosexual no deseado y persistente, que es fuente de angustia. Esta categoría está reservada para aquellos homosexuales para quienes el cambio de orientación sexual es una preocupación constante, y debe evitarse en los casos en que el deseo de cambiar las orientación sexual puede ser una manifestación breve y temporal de la dificultad de un individuo para ajustarse a una nueva conciencia de su impulso homosexual. Las personas con este trastorno pueden tener excitación heterosexual muy débil. Por lo general, hay un historial de intentos infructuosos de iniciar o mantener relaciones heterosexuales. (...) En otros casos, el individuo ha podido vivir poco tiempo relaciones heterosexuales, pero se queja de que los impulsos heterosexuales son demasiado débiles para

mantener tales relaciones. Cuando el trastorno está presente en un adulto, generalmente hay un fuerte deseo de poder tener hijos y vida familiar<sup>192</sup>.

A partir de esa primera desclasificación existe un constante ataque de asociaciones civiles que se autodenominan LGBT (Lésbico, Gay, Bisexual, Transexual), ahora LGBTTIQ (Lésbico, Gay, Bisexual, Transexual, Travesti, Intersexual, Queer), contra cualquier clasificación médica al respecto. De tal forma que la transexualidad o disforia de género acaba de ser desclasificada del proyecto de Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11) que se encuentra en revisión por la Organización Mundial de la Salud (aunque sigue clasificada en el DSM-5 de la APA como Disforia de Género). La razón que dio la OMS para proponer su desclasificación es que es estigmatizante el considerarla un trastorno mental, pero no descartó que lo era, y afirmó que se le puede tratar a quien la padece sin necesidad de estar clasificada como trastorno mental.

En cuanto a las parafilias como necrofilia, zoofilia y pedofilia, se intenta por estas asociaciones civiles “normalizarlas” como si de una orientación sexual se tratara. De hecho, en algunos ámbitos ya se habla de estas parafilias como orientaciones sexuales. Debido a la reforma del 2013, la pedofilia ya quedó clasificada así en el DSM-5 antes mencionado. De tal forma que según esta versión del Manual, ahora existen por un lado personas que tienen trastorno pedófilo, y otras que tienen orientación sexual pedófila (“*then these individuals have pedophilic sexual orientation but not pedophilic disorder*”); ambos sienten atracción sexual por los niños, pero los primeros sienten vergüenza, culpa o ansiedad acerca de estos impulsos y están funcionalmente limitados por sus impulsos parafílicos, mientras que los segundos no, siempre que no hayan todavía abusado sexualmente de un niño<sup>193</sup>. Es decir, que se sujeta el diagnóstico a la comisión de un delito.

---

<sup>192</sup> DSM-III, p. 281.

<sup>193</sup> “El criterio diagnóstico para el trastorno pedófilo se aplica tanto a individuos que reconocen abiertamente esta parafilia como a las personas que niegan cualquier atracción sexual por niños en la prepubertad (generalmente menores de 13 años), a pesar de la evidencia objetiva en contrario. Los primeros reconocen sentir un intenso interés sexual en los niños e indican que el interés sexual en los niños es mayor o igual al interés sexual en individuos físicamente maduros. Si además se quejan de que su atracciones sexual o preferencias por los niños les están causando dificultades psicosociales, pueden ser diagnosticadas con trastorno pedófilo. Sin embargo, si informan una ausencia de sentimientos de culpa, vergüenza o ansiedad acerca de estos impulsos y no están funcionalmente limitados por sus impulsos parafílicos (de acuerdo con el autoinforme, evaluación objetiva, o ambos), y su autoinforme y su record legal indican que

Como antecedente de esta reclasificación, Nicolás Márquez menciona una conferencia celebrada el 31 de agosto de 2011, organizada por el grupo B4U-ACT y la Universidad John Hopkins, en la que se dijo: “los pedófilos son injustamente estigmatizados por la sociedad”, “los niños no son incapaces de decidir con quién quieren tener sexo”, “el deseo sexual de un adulto por un niño es normal” y “los pedófilos sienten deseos amorosos por los niños de la misma manera que los adultos lo sienten por otros adultos”<sup>194</sup>. Mismas ideas que desde hace años la asociación norteamericana pedófila NAMBLA sostiene en su página web. Pero este no es el tema que nos ocupa, sino que sirve para ver la forma en que se están tratando de normalizar algunas conductas sexuales que hasta hace poco o incluso ahora no han sido aceptadas por el grueso de la población mundial.

Desde los años 50 a la fecha, ha surgido una ideología conocida ahora como Ideología de Género, que no considera determinante el sexo biológico con el que se nace, aunque éste es genético y por tanto no modificable. Pero esto último no conviene decirlo para poder sostener que cualquier persona, a cualquier edad y en cualquier momento, puede asumirse con diferentes identidades de género (ahora también se les llaman orientaciones sexuales para ir reafirmando lo que en rubros anteriores se explicó). En palabras de Agustín Laje, “La Ideología de género refiere a un conjunto de ideas anticientíficas que, con propósitos políticos autoritarios, desarraiga a la sexualidad humana de su naturaleza y la explica monopólicamente por la cultura”<sup>195</sup>.

Ya no se es hombre o mujer, puesto que esta ideología trata de minimizar y hasta desaparecer las características biológicas y genéticas que diferencian al ser humano en dos grandes grupos, hombres y mujeres, sino que ahora la clasificación se da a partir del ejercicio de la sexualidad y dependiendo de cómo se ejerza o no, cada persona puede decidir asumir un género o varios; así, puede ser heterosexual, transexual, bisexual, homosexual, pansexual, intersexual, alosexual, asexual o combinaciones de estas expresiones de sexualidad como las llamadas sexualidades periféricas que sostiene uno de estos grupos que se autodenomina queer, es decir, que se puede ser transgay, transromántico, bigay, antrosexual, demisexual, y graysexual por mencionar algunos, y en cualquier

---

nunca han actuado por sus impulsos, entonces estas personas tienen una **orientación sexual pedófila** pero no un trastorno.” APA, DSM-5, 2013, p. 698.

<sup>194</sup> Márquez Nicolás, y Laje Agustín, *Op. cit.*, p.197.

<sup>195</sup> Márquez Nicolás, y Laje Agustín, *Op. cit.*, p. 9.

momento asumirse como algo diferente. Gayle Rubin, creadora del sistema sexo-género del feminismo radical, sobre el tema señala que “no es que las perversiones estén proliferando sino más bien están intentando adquirir espacio social”<sup>196</sup>.

En realidad, estos supuestos géneros no son terminología nacida de la psicología o la psiquiatría (salvo heterosexual como la orientación sexual predominante, y homosexual y transexual –hasta hace algunos años trastornos mentales-), ni tampoco tienen algún sustento científico, sino que se lanzan en páginas de internet, radio, TV y medios de información para tener repercusión social, para “sensibilizar” a las personas y “normalizar” lo que en algún momento se consideró depravación.

Ante esta variedad, sin mencionar a los trans-especie<sup>197</sup> y trans-edad<sup>198</sup>, han surgido una serie de retos no sólo para la sociedad, sino para la medicina y el derecho.

“Ciertamente los estudios de la orientación sexual no son estudios fáciles. Hasta recientemente, con los mismos datos, para unos las diferencias sexuales en el cerebro, porque son biológicas, son necesariamente innatas y determinadas hasta el punto de constituir una condición personal. Para otros, el género es un concepto socialmente «construido» que no tiene presupuestos ni en la realidad biológica ni en la psicológica. Se nace así, afirman los primeros; se hace, afirman los segundos. Las conclusiones que se derivan de una orientación sexual opcional, y variable o no a lo largo de la vida, o determinada desde el nacimiento, ejercen, obviamente, una fuerte influencia en la forma de vernos los hombres, en la cultura, y ha hecho interminables los debates ideológicos de las últimas décadas. Al mismo tiempo que la respuesta tiene consecuencias de gran calado

---

<sup>196</sup> Rubin, Gayle, Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad, pp. 149, y 183 a 186 disponible en: <http://www.museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/150121gaylerubin.pdf>

<sup>197</sup> Ahora mismo en la internet se pueden encontrar noticias sobre Tom Peters, un británico que se viste, juega, camina y duerme como perro, por lo que piensa debería ser considerado como el primer hombre transespecie de la historia. Este reconocimiento implicaría que fuese visto y tratado como un perro por las personas de su entorno. Disponible en: <https://lafavoritaradionetwork.com/entretenimiento/hombre-quiere-que-se-le-reconozca-como-transespecie-por-sentirse-y-vivir-como-perro/>, consultado el: 17 de junio de 2019.

<sup>198</sup> Cfr. Noticia del Crónica Global, del 11/12/2015, que da a conocer el caso de Stefanknee Wolscht, que de ser un hombre de 46 años, casado y con hijos, decidió volverse transexual y después una niña pequeña (transedad), que ya fue adoptada. [https://cronicaglobal.espanol.com/vida/un-hombre-de-52-anos-se-transforma-en-una-nina-de-seis\\_29521\\_102.html](https://cronicaglobal.espanol.com/vida/un-hombre-de-52-anos-se-transforma-en-una-nina-de-seis_29521_102.html)

en la política social y familiar. Sin embargo, los avances de la neurobiología permiten contestar a las preguntas hechas desde hace tiempo sobre la orientación homosexual. La gran cantidad de estudios de diferente calidad tienen más concordancias que disparidad, desde el momento en que se puede conocer más de la actividad y los circuitos del cerebro sexual”<sup>199</sup>.

López Moratalla señala después de dar una explicación científica, que “dicho de otra forma, la homosexualidad humana supone una disfunción en la organización cerebral, por la que el placer sexual se sitúa en ámbitos ajenos a la transmisión de la vida”<sup>200</sup>. Esta información, como se dijo antes, no llega al público en general.

No obstante, los padres en diferentes partes del mundo se están organizando para exigir a las autoridades que les ayuden a proteger a sus hijos de este movimiento que ha introducido su ideología cambiante, contraintuitiva y confusa en las aulas; los médicos, psicólogos y psiquiatras son presionados, exhibidos e incluso demandados judicialmente para que no cuestionen la falta de pruebas y sustento científico de los postulados de esta ideología<sup>201</sup>.

En México, autoridades y programas de salud y educación parten de los postulados de esta ideología como si de verdades científicas e irrefutables se tratara<sup>202</sup>. Ante este panorama, el impartidor de justicia se encuentra desarmado, se le entregan leyes, programas, estudios, textos y estadísticas a modo, con las

---

<sup>199</sup> López Moratalla, Natalia, *Dinámica Cerebral y Orientación Sexual se nace, o se hace, Homosexual: Una Cuestión Mal Planteada*, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Cuadernos de Bioética, Vol. XXIII, N° 2, Murcia, España, 2012, p. 377.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 382.

<sup>201</sup> Cfr. Padres de familia vs Diversidad sexual: tus hijos el objetivo de los LGTBI – Madrid, entrevista al Sr. Gabriel Araujo, padre de familia madrileño contra el adoctrinamiento de los niños. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QTWmtnZwdIY>; La Ideología de Género está destruyendo a Alemania –Alemania-, entrevista a escritora Birgit Kelle en la que explica cómo la ideología de género se ha introducido en la política de estado en Alemania, disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=1wZaYtkTg\\_k](https://www.youtube.com/watch?v=1wZaYtkTg_k); Padres se manifiestan contra introducción de ideología de género en colegios de Chile, video de grupo de padres de familia de la comuna de San Ramón, en Santiago de Chile, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Tbghn0FMIrY>; La Gaceta, 16/10/2016, Francia sale a la calle contra la ideología de género, disponible en: <https://gaceta.es/noticias/francia-sale-calle-ideologia-genero-16102016-1545/>

<sup>202</sup> Programa Sectorial de Salud 2013-2018, que define género como el conjunto de atributos sociales que se le asignan a las personas según haya sido identificado como hombre o como mujer. Dichos atributos son socialmente construidos, por lo que cada cultura, según la época y el grupo social, le da un sentido diferente a lo que significa ser hombre y ser mujer. Cfr. p. 103, disponible en: <http://www.salud.gob.mx/indicadores1318/pdf/programa.pdf>. Cfr. Libros de Equidad de género de preescolar, primaria y secundaria.

que tiene que trabajar y así resolver casos, además de la presión de los organismos internacionales que han adoptado esta ideología.

Como no existe sustento científico alrededor de este movimiento, puesto que ni la biología, ni la medicina ni la psiquiatría pueden explicar satisfactoriamente estas “identidades de género”, quienes las promueven han dividido sus esfuerzos en la promoción social, la presión académica, el cabildeo legislativo que ordena la política pública generista, y de unos años a la fecha lo que se conoce como litigio estratégico, tanto nacional como internacional.

No es motivo de este trabajo analizar las causas de este movimiento, por lo que sólo se menciona para ayudar a entender el punto de partida de la Corte Interamericana en el caso que nos ocupa, toda vez que la CIDH, la parte denunciante y la CoIDH, dieron por hecho que la diversidad sexual antes mencionada era común, y normal, y por tanto inocua para el desarrollo psico-emocional infantil, incluso antes de que la APA desclasificara la homosexualidad del catálogo de trastornos mentales, y aun cuando la OMS continúa con la clasificación de la homosexualidad ego-distónica.

#### 1.3.5. Desclasificación de la homosexualidad del DSM<sup>203</sup>

Como ya se ha dicho, la homosexualidad estaba clasificada como un trastorno de la personalidad, sin embargo, dejó de estarlo en la década de los 70s, debido más a presiones sociales que a estudios científicos. En las siguientes líneas se explica cómo se desclasificó, según se desprende de la documentación de la propia APA.

Sobre el tema cabe señalar que a nivel mundial, existen dos organizaciones que hasta hace algunos años eran referencia obligada para tratar cuestiones psiquiátricas, las antes mencionadas Asociación Psiquiátrica Americana (APA), y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Ambas publican una guía en donde señalan las principales características, diagnósticos y posibles tratamientos de enfermedades, la APA exclusivamente sobre trastornos mentales, y la OMS sobre toda clase de enfermedades, pero con un capítulo específico para trastornos mentales. La guía de la APA es el Manual Diagnóstico de Trastornos Mentales (DSM), que en 2013 hizo su quinta actualización DSM-5, y el de la OMS

---

<sup>203</sup> Manual Diagnóstico de Trastornos Mentales (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* -DSM por sus siglas en inglés-).

que es la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), que a fines del 2018 publicó su onceava actualización CIE-11, para “entrar en vigor” hasta 2022.

A últimas fechas es común escuchar críticas de psicólogos y psiquiatras contra estas dos organizaciones, porque afirman que las mismas han permitido presiones de agrupaciones e incluso de organismos internacionales para desclasificar trastornos por votación y sin haber presentado estudios científicos que avalaran sus decisiones, perdiendo así gran parte de su credibilidad.

Portero Lazcano en su artículo menciona algunas de las críticas al DSM-5, como que los nuevos diagnósticos pueden suponer una medicalización de conductas normales (como el caso de los fumadores que ahora son adictos y por tanto quedan clasificados como trastornados); que no establece límites claros entre lo normal y lo patológico (“los pacientes psiquiátricos no son más que personas un poco *menos normales* que los otros” -Demazeux, 2013-); y que “La publicación del DSM-5 ha estado inmersa en importantes debates y críticas.” Artigas Pallarés y Paula-Pérez citan como fuentes críticas al NIMH (Instituto Nacional de Salud Mental), que declaró que no serían financiados los proyectos de investigación basados exclusivamente en los criterios del DSM, ya que el punto débil es la falta de validez de los diagnósticos por carecer del soporte de pruebas biológicas objetivas<sup>204</sup>.

Algunos críticos y especialistas suponen que el retiro de la homosexualidad del Manual Diagnóstico de Trastornos Mentales en 1973 por la APA, se debió en su mayor parte a la presión de los grupos lésbico-gay y no a estudios psiquiátricos concluyentes<sup>205</sup>. Esto deriva de los textos de la llamada División 44, conformada por psicólogos y terapeutas que se ostentan como homosexuales (antes *Society for the Psychological Study of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Issues*). Esta División es parte de la Asociación Psicológica Americana desde 1985. En sus textos se relatan las acciones que ejercieron en los años 70 contra la APA psiquiátrica para lograr la desclasificación de la homosexualidad como trastorno mental<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> Portero Lazcano, G., DSM-5. Trastornos por consumo de sustancias. ¿Son problemáticos los nuevos cambios en el ámbito forense?, Cuadernos de Medicina Forense, versión On-line, 2015, p. 98, disponible en: [http://scielo.isciii.es/pdf/cmfv21n3-4/02\\_original01.pdf](http://scielo.isciii.es/pdf/cmfv21n3-4/02_original01.pdf)

<sup>205</sup> Fontana Mónica, Martínez Patricia y Romeu Pablo, *Op. cit.*, p. 9; y también Márquez Nicolás, Laje Agustín, *Op. cit.*, p. 196.

<sup>206</sup> Pope, Marck, *American Psychological Association, Division 44 (Society for the Psychological Study of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Issues), Newsletter, President's Column, Who*

#### 1.3.5.1. DSM-II<sup>207</sup>

En 1968 se publicó el DSM-II, en él se clasificaba la homosexualidad como una desviación sexual, dentro de los trastornos mentales: “302 Sexual deviations; 0 Homosexuality; 1 Fetishism; 2 Pedophilia; 3 Transvestitism; 4 Exhibitionism; 5 Voyeurism; 6 Sadism; 7 Masochism; 8 Other sexual deviation; 9 Unspecified sexual deviation”.

Según se explica en el texto, la categoría desviación sexual, era para individuos cuyos intereses sexuales estaban dirigidos principalmente hacia objetos que no fueran personas del sexo opuesto, hacia actos sexuales generalmente no asociados con el coito, o hacia el coito realizado bajo circunstancias extrañas como en la necrofilia, pedofilia, sadismo sexual y fetichismo. La definición señalaba que aunque muchos encontraban sus prácticas desagradable, eran incapaces de tener un “comportamiento sexual normal”. Aclaraba que este diagnóstico no se aplicaba a las personas que realizaban actos sexuales desviados cuando los objetos sexuales normales no estaban disponible para ellos, como por ejemplo personas en cárceles o lugares solitarios<sup>208</sup>.

No obstante que estaba clasificada la homosexualidad como un trastorno de la personalidad, parece ser que no hubo consenso mundial sobre su clasificación, de hecho, ésta había sido el resultado de varias reuniones internacionales y de las propuestas años atrás, de Estados Unidos y de Reino Unido, principalmente<sup>209</sup>.

Sobre los cambios de este manual a su siguiente versión, “No se observan diferencias significativas entre la primera y la segunda versión del manual salvo por la desaparición del término «reacción» que estructuraba el modo de pensar la enfermedad mental en el DSM-I” (...) “El cambio significativo se produjo en la séptima edición del DSM-II y en la versión DSM-III del manual en 1980. En el que hubo “demandas externas al campo psiquiátrico al tiempo que transformaciones importantes en la profesión en términos de objetivos, métodos e intereses. Entre las demandas de grupos sociales podemos mencionar la presión de la comunidad

---

*Are We?*, Vol. 27, N° 3, 2011, p. 13, consultada el 2 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.apadivisions.org/division-44/publications/newsletters/division/2011/issue-10.pdf>

<sup>207</sup> APA, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, versión 2, (DSM-II), 1968, pp. 10, 58, 63 y 79, consultado 21 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.madinamerica.com/wp-content/uploads/2015/08/DSM-II.pdf>

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>209</sup> *Ibidem*, Introducción, p. XIII.

de activistas gays y lesbianas protestando contra la inclusión de la homosexualidad como un trastorno mental dentro de la categoría de desviaciones sexuales junto a la pedofilia, el travestismo y el masoquismo entre otras. En la definición que proporciona el DSM-II se observa con claridad el modelo de una sexualidad normal basada en la genitalidad y la relación con el sexo opuesto<sup>210</sup>.

La dirección de grupo que revisó el cuestionado DSM-II le fue encomendada al Dr. Robert Spitzer en 1974. Sobre el DSM-III, la Dra. Marcela Borinsky ha señalado que el abordaje fue científico pero ateórico y aclaró en la introducción de su libro que para gran parte de los trastornos listados se desconocía la etiología que los provocaba y el proceso patofisiológico que podría explicar su mecanismo de acción<sup>211</sup>.

En 1980, al publicarse el DSM versión 3, casi al final, en su anexo C, apareció un rubro comparativo entre la nueva versión y el DSM-II, en donde el Director de entonces de la APA, Robert Spitzer explicó que la consideración de la homosexualidad como un trastorno mental se había convertido en un problema, por lo que en 1973, en la revisión del DSM-II, se decidió cambiar el término “desviaciones sexuales” por el de “parafilias”, porque éste vocablo enfatizaba correctamente que la desviación (para) junto con atracción por (philia), mostraba mejor aquello por lo que se sentía atraído el individuo, como por ejemplo la zoofilia y la pedofilia. Sin embargo, no explicó razones científicas por las que se retiró el homosexualismo<sup>212</sup>.

Lo que sí dijo el Dr. Spitzer, fue que se introdujo un nuevo concepto denominado trastorno de la orientación sexual, para poder incluir en él la homosexualidad ego-distónica, es decir, que las personas homosexuales que estaban “perturbadas por, en conflicto con, o deseaban cambiar su orientación sexual”, o sea, a disgusto con su homosexualidad, seguirían clasificadas dentro de los trastornos mentales como homosexuales ego-distónicos, mientras que los homosexuales ego-sintónicos, es decir, aquellos que “aparentemente” estaban satisfechos con su orientación sexual y no mostraban “signos significativos de

---

<sup>210</sup> Borinsky Marcela, Clasificar, diagnosticar, tratar. Del DSM-I al DSM-5: historia de los sistemas de clasificación en psiquiatría, Cátedra I Historia de la Psicología, Universidad de Buenos Aires, 2013, p. 2, consultado el 21 de agosto de 2018, disponible en:

[http://www.elseminario.com.ar/biblioteca/Clasificar\\_Diagnosticar\\_Tratar\\_DSM.pdf](http://www.elseminario.com.ar/biblioteca/Clasificar_Diagnosticar_Tratar_DSM.pdf)

<sup>211</sup> *Ibidem*, pp. 2 y 3.

<sup>212</sup> APA, Guía de consulta de los Criterios Diagnósticos del DSM-5, 2013, pp. 373-380, consultado el 21 de agosto de 2018, disponible en: <http://www.psicoragon.es/wp-content/uploads/2017/06/DSM-5.pdf>

psicopatología manifiesta” y eran funcionales en sus ocupaciones y socialmente, debían ser desclasificados. Con esta justificación el *Board of Trustees* de la Asociación Psiquiátrica Americana votó para dejar de considerar la homosexualidad *per se* como una desviación sexual, y reclasificarla parcialmente en una nueva categoría, el Trastorno de la Orientación Sexual, en donde sólo se incluyó la homosexualidad ego-distónica. Este cambio apareció en la séptima y subsecuentes impresiones del DSM-II.

#### 1.3.5.2. DSM-III

En 1980, se publicó el DSM-III, sin el “trastorno de orientación sexual” que incluía la homosexualidad ego-distónica y pasaron este trastorno a otra clasificación, como “Otros desórdenes psicosexuales”; en 1987 el Comité 44 de la Asociación Psicológica (diferente de la APA psiquiátrica), publicó un comunicado para los psicólogos, recomendando que no usaran el diagnóstico de homosexualidad ego-distónica del DSM-III de la APA, ni el de homosexualidad que aun subsistía en el CIE-9 de la OMS, y así la comunidad psiquiátrica y psicológica pensó que había desaparecido definitivamente la homosexualidad como trastorno, no obstante la homosexualidad ego-distónica siguió clasificada (con poca claridad y bajo otra clasificación, como un desorden o trastorno psicosexual) hasta el 2013, año en que se publicó la quinta revisión del DSM. En esta revisión desapareció la homosexualidad ego-distónica, en esta segunda ocasión, también sin ninguna explicación o estudio al respecto<sup>213</sup>.

Robert Spitzer ha dicho que “Para considerar a un trastorno mental como tal, debe causar de manera regular angustia y estrés, o debe asociarse de manera regular con una conducta generalizada impar al funcionamiento social o también llamado *“generalized impariment in social efectivness or functioning”*”.

Afirmó que con la excepción de la homosexualidad todos los demás trastornos cumplían tales criterios, y era claro que la homosexualidad no cumplía con la clasificación de trastorno, pues muchos homosexuales se encontraban satisfechos con su orientación y no demostraban una conducta generalizada impar al funcionamiento social o también llamado *generalized impariment in social efectiveness or functioning*.

---

<sup>213</sup> APA, *Diagnostic and Statical Manual of Mental Disorders*, versión III, 1980, pp. 379 y 380, consultado el 21 de agosto de 2018, disponible en: <http://displus.sk/DSM/subory/dsm3.pdf>

### 1.3.5.3. CIE-10 y CIE-11

En 1994, la OMS también desclasificó la homosexualidad de su clasificador de enfermedades, no obstante, en ambos clasificadores subsistió como trastorno de la orientación sexual ego-distónica, en la APA hasta 2013 y para la OMS desaparecerá en 2022, cuando “entre en vigor” la nueva versión, CIE-11, que se dio a conocer en junio del 2018. Esta nueva edición, que viene a sustituir a la CIE-10, cuya publicación se remonta a 28 años atrás, se ha publicado con el objetivo de que los proveedores y profesionales sanitarios se vayan familiarizando con los cambios, de manera que en mayo de 2019 se presentó ante la Asamblea Mundial de la Salud para su adopción formal por los Estados miembros, estando establecida la fecha para su “entrada en vigor” el 1 de enero de 2022<sup>214</sup>, como si fuese un documento vinculante.

En lo que respecta a la revisión del capítulo sobre Trastornos Mentales y Conductuales, se incorporan en la CIE-11 numerosas novedades.”... “Otros de los cambios que presenta esta versión, y que han sido objeto de atención mediática, tienen que ver con la inclusión de la transexualidad en el apartado de comportamientos sexuales y, por tanto, su eliminación como trastorno mental o desorden de la identidad de género”<sup>215</sup>.

Al desclasificar la homosexualidad de las guías psiquiátricas, inició el desconcierto entre las comunidad psicológica y psiquiátrica. En diferentes consultas y páginas de internet se nota la confusión que se ha provocado.

Portero Lazcano señala que los cambios introducidos en el DSM-5 suponen una modificación en la mentalidad de los operadores jurídicos, incluidos los peritos médicos, los psiquiatras y los psicólogos que han de evaluar a las personas<sup>216</sup>, y aunque en esta caso se refiere específicamente al tema de las adicciones, este comentario puede aplicarse también al tema que nos ocupa.

### 1.3.6. ¿Se puede cambiar de orientación sexual?

Algunos psicólogos afirman que la orientación sexual es cambiante, y otros que es inamovible, sólo se citará (por razones de espacio) un ejemplo de una página

---

<sup>214</sup> OMS, CIE-11, desórdenes mentales, consultada el 21 de agosto de 2018, disponible en: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2fid%2fentity%2f334423054>

<sup>215</sup> Consejo General de la Psicología en España, revista electrónica INFOCOP ONLINE, septiembre de 2018, consultada el 10 de septiembre de 2018, disponible en: [http://www.infocop.es/view\\_article.asp?id=7548](http://www.infocop.es/view_article.asp?id=7548)

<sup>216</sup> Portero Lazcano, *Op. cit.*, p. 96.

WEB tomada al azar, que afirma que se puede cambiar. También se menciona la página de la *NARTH Research* que afirma que la terapia de la conversión funciona en aquellas personas que así lo quieren. Sobre los grupos LGBTTIQ, cabe recordar que promocionan la homosexualidad como una preferencia sexual porque pueden cambiar de gusto sexual en cualquier momento, y ahora señalan infinidad de identidades sexuales, como si fueran orientaciones sexuales<sup>217</sup>.

La Asociación Psicológica Americana (en la que se gestó la llamada División 44, conformada por psicólogos gays y lesbianas y que aún subsiste), señala que la orientación sexual no cambia, y la define como: “una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y el rol social del sexo (respecto de las normas culturales de conducta femenina y masculina). La orientación sexual existe a lo largo del continuo que va desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva e incluye diversas formas de bisexualidad. Las personas bisexuales pueden experimentar una atracción sexual, emocional y afectiva hacia personas de su mismo sexo y del sexo opuesto... La orientación sexual es diferente de la conducta sexual porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas”<sup>218</sup>.

Esta asociación americana de psicólogos señala que “**los seres humanos no pueden elegir ser gay o heterosexuales**. Para la mayoría de las personas, la orientación sexual surge a principios de la adolescencia sin ninguna experiencia sexual previa. Si bien podemos elegir actuar de acuerdo con nuestros sentimientos, los psicólogos no consideran la orientación sexual una elección consciente que pueda cambiarse voluntariamente.” Por tanto, esta asociación no acepta que exista alguna terapia reparativa y afirma que “aun cuando la mayoría de los homosexuales viven vidas felices y exitosas, algunas personas homosexuales o bisexuales pueden buscar un cambio en su orientación sexual a través de la terapia, a menudo como resultado de coacción por parte de miembros de su familia o grupos religiosos. La realidad es que la homosexualidad no es una

---

<sup>217</sup> Márquez Nicolás y Laje Agustín, *Op. cit.*, p. 196.

<sup>218</sup> *American Psychological Association*, Orientación sexual y (sic) identidad de género ¿Qué es la orientación sexual?, disponible en: <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>

enfermedad. No requiere tratamiento y no puede cambiarse. Sin embargo, no todas las personas gay, lesbianas y bisexuales que buscan la ayuda de un profesional de salud mental desean cambiar su orientación sexual. Las personas gay, lesbianas y bisexuales pueden buscar ayuda psicológica con el proceso de la revelación de su orientación sexual o el desarrollo de estrategias para lidiar con el prejuicio, pero la mayoría opta por la terapia por los mismos motivos y problemas de la vida que conducen a las personas heterosexuales a la consulta de los profesionales de la salud mental”.

Sobre las llamadas "terapias de conversión" la APA psicológica afirma que “Algunos terapeutas que siguen la denominada terapia de conversión informan que fueron capaces de cambiar la orientación sexual de sus clientes de homosexual a heterosexual.” Pero que “el examen detallado de estos informes, sin embargo, muestra varios factores que ponen en duda sus afirmaciones. Por ejemplo, muchas de estas afirmaciones provienen de organizaciones con una perspectiva ideológica que condena la homosexualidad. Asimismo, sus afirmaciones están mal documentadas; por ejemplo, no hay seguimiento al resultado del tratamiento ni informes al respecto, lo cual sería el estándar para probar la validez de cualquier intervención de salud mental”<sup>219</sup>.

También opinan sobre la adopción de los niños por parte de personas homosexuales y afirman que éstos pueden ser buenos padres. Sin mencionar cuáles, señalan que “Existen estudios que comparan grupos de niños criados por padres homosexuales y heterosexuales y descubren que no hay diferencias en el desarrollo entre los dos grupos de niños en cuatro áreas críticas: su inteligencia, su adaptación psicológica, adaptación social y popularidad con sus amigos. También es importante darse cuenta de que la orientación sexual de un padre no indica la de sus hijos. Otro mito acerca de la homosexualidad es la creencia equivocada de que hay una mayor tendencia entre los hombres gay, que entre los hombres heterosexuales, a abusar sexualmente de los niños. No hay pruebas para sugerir que los homosexuales abusen de los niños”<sup>220</sup>. Esta asociación, con esta postura, fue la que aportó informes a la CoIDH en el juicio Atala e hijas contra Chile, en lugar de la APA psiquiátrica que es la que publica el DSM. En

---

<sup>219</sup> *American Psychological Association*, ¿Qué sucede con las denominadas "terapias de conversión"?, disponible en: <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>

<sup>220</sup> *American Psychological Association*, disponible en: <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>

contrario a lo sostenido por la APA psicológica sobre la adopción de niños por parte de parejas homosexuales, desde 2005 existe un informe que fue presentado en España<sup>221</sup>.

En la internet se encontró una página llamada Psicología y Coaching PsicoArea. Guía de Autoayuda, cuyo director es Jordi Vallejo, él señala que su objetivo es ayudar a conseguir soluciones eficaces a los problemas que se presentan en la vida de quienes les consultan. Para ello tienen un equipo de psicoterapeutas que generosamente aportan sus orientaciones (licenciados y doctores en psicología), cuya formación “corresponde con un marco teórico Cognitivo Conductual, Constructivista, Sistémico y Humanista, impartidos por *Blanquerna, Universitat Ramon LLull*”. Y en la sección de su página llamada “identidad sexual”, afirman que “la orientación sexual hace referencia a las preferencias sexuales del individuo, que los homosexuales solamente se relacionan sexualmente con sujetos del mismo sexo, que los heterosexuales sólo con el sexo contrario y que los bisexuales mantienen relaciones tanto con individuos de su sexo como del sexo contrario, pero que **“La orientación sexual puede cambiar a lo largo de la vida de un mismo sujeto**, por ejemplo tener una orientación homosexual, pasar a una orientación bisexual, y después volver a la orientación homosexual”<sup>222</sup>.

Y la confusión puede seguir según la página que se visite, pues la página web de Planned Parenthood, al tratar de explicar qué es la orientación sexual, afirma que “tiene que ver con quiénes te atraen y con quiénes quieres tener una relación romántica, emocional y sexual”, es decir, depende de la atracción y la voluntad.

Más adelante explica que la orientación sexual es diferente de la identidad de género, que “la identidad de género no se relaciona con quién te atrae, sino con quién ERES: hombre, mujer, intergénero, etcétera. Esto significa que ser transgénero (sentir que tu sexo asignado es muy diferente del género con el que te identificas) no es lo mismo que ser *gay*, lesbiana o bisexual. La orientación

---

<sup>221</sup> De Irala, Jokin, y López del Burgos, Cristina Los Estudios de Adopción en Parejas Homosexuales: Mitos y Falacias, estudio en contra, Cuadernos de Bioética XVII, 2006/3ª, Universidad de Navarra, consultado el 2 de septiembre de 2018, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87506106>

<sup>222</sup> Psicología y Coaching Psicoarea, consultada el 10 de septiembre de 2018, disponible en: [http://www.psicocarea.org/identidad\\_sexual.htm](http://www.psicocarea.org/identidad_sexual.htm)

sexual tiene que ver con quién quieres estar, mientras que la identidad de género se relaciona con quién eres.”

Después señala que “Hay varios tipos de identidad relacionados con la orientación sexual” y coincide con la página web antes mencionada en cuanto a la atracción homosexual, bisexual y heterosexual, pero sigue diciendo: “Las personas que sienten atracción por diferentes posibilidades de identidad de género (hombre, mujer, transgénero, intergénero, intersexual, entre otras) pueden autodenominarse “pansexuales” o queer (“cuir”, según una adaptación al español). Las personas que no están seguras de su orientación sexual pueden decir que están “en duda” o que son “curiosas”. Las personas que no sienten ningún tipo de atracción sexual por nadie suelen llamarse “asexuales” a sí mismas. Es importante notar que algunas personas no se sienten exactamente representadas por ninguna de estas etiquetas. Algunas personas no les gusta la idea de las etiquetas en absoluto. Algunas otras personas se sienten cómodas con algunas etiquetas y no con otras. Tú decides cómo quieres que se te describa, o no”<sup>223</sup>.

La *National Association for Research & Therapy of Homosexuality* (NARTH), fue fundada en 1992 por los psiquiatras Joseph Nicolosi, Benjamin Kaufman, y Charles Socarides. Según sus detractores, la creación de este instituto fue en respuesta a la censura de la investigación científica sobre la homosexualidad y el ataque que asociaciones como la Asociación Psicológica Americana hicieron a la terapia de conversión. Sus fundadores alegaron que existía la necesidad de un diálogo honesto sobre el tema.

Una de las investigaciones publicadas por la NARTH fue, *What Research Shows: NARTH's Response to the APA Claims on Homosexuality*, y allí efectivamente señalan que el documento fue preparado en respuesta a ciertas declaraciones y resoluciones de la Asociación Psicológica, por ser inexactas y no basarse en la ciencia. Mientras que ellos, “después de una revisión histórica razonablemente exhaustiva de más de 100 años de clínica y de estudios científicos tanto antiguos como recientes, representativos y metodológicamente rigurosos” se sentían obligados a informar a las comunidades científica y laica

---

<sup>223</sup> Planned Parenthood, Aprende, Orientación sexual, consultada el 10 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/orientacion-sexual-y-genero/orientacion-sexual>

sobre la conclusión a la que llegaron: que “la homosexualidad no es innata, inmutable, o sin riesgo significativo para la salud médica, psicológica y relacional”<sup>224</sup>.

En ese documento se va analizando una a una las afirmaciones que la Asociación Psicológica ha hecho sobre la homosexualidad y su reorientación a la heterosexualidad, a saber, que no es un trastorno mental sino una conducta sexual normal; que las terapias de reorientación no son efectivas ni seguras y que no han tenido éxito. Los autores de NARTH responden en contrario a estas afirmaciones con datos estadísticos y una amplia bibliografía al respecto.

Como ejemplo, mencionaron al conductista Wolpe (1982) que informó en un estudio retrospectivo de 20 años que había tratado con éxito varias condiciones, incluida la homosexualidad, con terapia conductual. Barnhouse (1984) afirmó que los psiquiatras y los psicólogos falsificaban datos científicos cuando informaban que cambiar la orientación sexual era imposible. Fine (1987) concluyó que, independientemente del tipo de tratamiento para la homosexualidad, un paciente motivado y dispuesto podía alcanzar cierto grado de éxito.

Después de mencionar muchos estudios de diferentes psicólogos y psiquiatras que habían aplicado la terapia de reorientación sexual con diferentes resultados, pero siempre con la constante conversión de personas que se creían homosexuales, recordaron las protestas que varios grupos de ex homosexuales hicieron ante la Asociación Psiquiátrica Americana (APA) que alegaban que el cambio era posible: en la convención de Philadelphia de 1994; en la de Chicago en el año 2000; y en la de New Orleans en 2006<sup>225</sup>.

Después de una protesta posterior a la desclasificación de la homosexualidad, el Dr. Robert Spitzer realizó un estudio en el que concluyó que efectivamente funcionaba en muchos casos la terapia de reorientación, “Spitzer (2003) informó que no había evidencia de ningún tipo de daño experimentado por los participantes en su estudio. Por el contrario, informaron que les fue útil en muchos sentidos, más allá de cambiar la orientación sexual en sí misma (p. 413).

---

<sup>224</sup> Phelan James E., Whitehead Neil, y Sutton Philip M., *What Research Shows: NARTH's Response to the APA Claims on Homosexuality*, *Journal of Human Sexuality*, NARTH, EUA, 2009, p. 5, consultado el 8 de septiembre de 2018, disponible en:

[https://static1.squarespace.com/static/5527394ae4b0ab26ec1c196b/t/557b0f80e4b08777d54df70c/1434128256329/What-research-shows-homosexuality.NARTH\\_.pdf](https://static1.squarespace.com/static/5527394ae4b0ab26ec1c196b/t/557b0f80e4b08777d54df70c/1434128256329/What-research-shows-homosexuality.NARTH_.pdf)

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 32.

Y porque su estudio encontró un beneficio considerable y que no había daño para las personas que se sometieran a la terapia de conversión, Spitzer dijo que la Asociación Psiquiátrica Americana debería dejar de aplicar un doble estándar en su desaliento de la terapia de reorientación y su estímulo activo de la terapia única que confirma y solidifica una identidad homosexual (terapia "gay-afirmativa"), una terapia, concluye, que no tiene "evidencia científica rigurosa de efectividad" (p.413)<sup>226</sup>.

Debido a estas declaraciones, la presión de las asociaciones LGBT se intensificó contra el doctor, y algunos años después, Spitzer pidió disculpas por haber realizado el estudio. En este texto de la NARTH, el psicólogo Byrd comenta sobre la respuesta de los activistas homosexuales, especialmente los activistas-profesionales, contra el estudio de Spitzer (2003) y también aborda el contexto político-científico de esta escasez de investigación: "Los activistas sugieren que no hay necesidad de estudiar el cambio de la homosexualidad, y que incluso la investigación sobre este tema causará daño a los homosexuales autoidentificados. A pesar de un clima político donde el activismo a menudo triunfa sobre la ciencia, y donde los activistas afirman sin examinar y de manera acrítica, no existe una base racional para especular que estudiar la homosexualidad dañará a las personas identificadas como homosexuales... Cuando las agendas sociopolíticas evitan que los científicos estudien incluso temas controvertidos como la homosexualidad, nadie gana. De hecho, la ciencia sólo puede progresar haciendo preguntas y buscando respuestas. Cuando la investigación es desalentada y los científicos se sienten intimidados, comenzamos a bajar por una pendiente resbaladiza que se aproxima a la censura de la investigación científica, una pendiente muy peligrosa (Byrd, 2008; cf. 2006)"<sup>227</sup>.

"Después de que se eliminó la homosexualidad del manual de diagnóstico como una enfermedad mental, el cambio en el tratamiento de la homosexualidad evolucionó en gran medida desde la mejora hacia la aceptación y, finalmente, la normalización... En las últimas décadas ha aumentado entre el público en general, y en la comunidad homosexual, la creencia de que los homosexuales nacen así y por tanto no pueden cambiar... El tema de la reorientación sexual se ha reducido en gran parte a un debate social, con medios de comunicación como

---

<sup>226</sup> *Ibidem*, pp. 46 y 47.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 37.

la revista People, el Montel Williams Show y CNN, que lo convierten en un foro público que conduce debates que son confusos, tendenciosos y no científicos. Grupos de defensa no científicos como el *Human Rights Campaign* (1998) también ha intentado desacreditar las terapias de reorientación, sin contar con las credenciales para hacerlo”<sup>228</sup>.

De hecho, existen dos estudios sobre la asociación que existe entre “la homosexualidad y la psicopatología, Herrell et. al. (1999) y Fergusson, Horwood, y Beautrais (1999). Éstos fueron publicados en el *Archives of General Psychiatry*, y ambos llegaron a la misma desafortunada conclusión: “las personas homosexuales corren un riesgo sustancialmente mayor de sufrir algunas formas de problemas emocionales, incluyendo tendencias suicidas, depresión mayor y trastorno de ansiedad”<sup>229</sup>.

Con lo anterior se puede observar que a la fecha no hay claridad en el tema, y de esta lucha entre dos grupos contrarios, ha prevalecido en la sociedad la consideración de que la homosexualidad no es un trastorno y por tanto no requiere tratamiento, de hecho, y para darle mayor fuerza a esta idea, ahora se le ha considerado como una categoría de discriminación de derechos humanos, como también se desprende del caso Atala.

#### 1.4. Identidad personal

En este apartado se dará una breve explicación sobre la identidad, aunque no es materia de la sentencia Atala. No obstante es necesario explicar el concepto para distinguirlo de la orientación sexual.

En el aspecto psicológico, la identidad es el reconocimiento de sí mismo con los rasgos personales como un ser único y diferenciado de acuerdo a varios elementos, que son: una percepción realista de la propia imagen corporal; la continuidad en la conciencia de sí mismo a lo largo del tiempo y en diferentes experiencias; la consistencia en actitudes y conductas genuinas; la congruencia entre los valores, ideales y acciones; el sentimiento de pertenencia al grupo familiar y cultural de origen; la Integración del auto-concepto y del concepto de los otros significativos; un esbozo al menos del plan de vida; y la identificación psicosexual definida. La identidad de género se relaciona con éste último punto, la

---

<sup>228</sup> *Ibidem*, pp. 38 y 44.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 53.

identificación psicosexual, que mucho depende de un sano desarrollo de la sexualidad<sup>230</sup>.

#### 1.4.1. Identidad biológica

El sexo está determinado por la herencia cromosómica y, con ello, la propia identidad biológica. El «yo» está somatizado en un cuerpo que necesariamente es de mujer o es de varón<sup>231</sup>. Los cromosomas procedentes del padre y de la madre, constituyen el *patrimonio* o *dotación genética* propia, es la *identidad biológica* heredada, que no cambia a lo largo de la vida, y estará presente en cada célula del cuerpo. Dice en primer término quién es, y quiénes son sus padres<sup>232</sup>.

#### 1.4.2. Identidad sexual

López Moratalla, catedrática de Bioquímica y Biología Molecular dice que la identidad sexual forma parte de la identidad biológica de cada persona. El sexo cerebral, psicológico, coincide con el corporal, y da lugar a un amplio margen de estilos de los varones y las mujeres, por eso señala que el cerebro tiene sexo<sup>233</sup>.

Así pues, durante el período intrauterino la interacción entre las hormonas y los genes en el desarrollo de las células del cerebro es determinante de la programación del sexo cerebral, armonizado con el sexo genético, gonadal y genital. Armonía que permite la identidad sexual de cada persona: la convicción de pertenecer al género masculino o femenino<sup>234</sup>.

“El primer componente de sentirse varón o mujer se establece en los niños a los dos años y medio. A esta edad, la identidad está separada de la sexualidad, que aparece más tarde. Está claro que existe una determinación genética y

---

<sup>230</sup> En la Observación General N° 7 se señala que los niños pequeños (hasta 8 años) “son extremadamente sensibles a su entorno y adquieren con rapidez comprensión de las personas, lugares y rutinas que forman parte de sus vidas, además de conciencia de su propia y única identidad.”, de esto se infiere que ante esta sensibilidad extrema a su entorno, si éste cambia o se desestabiliza, a un ser humano en su primera infancia se le puede afectar en el desarrollo de su identidad personal. Comité de los derechos del niño, Observación General N° 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 14, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11)

<sup>231</sup> López Moratalla, N. y Calleja Canelas, A., *Transexualidad: una alteración cerebral que comienza a conocerse*, Cuadernos de Bioética XXVII 2016/1ª, Universidad de Navarra, España, 2016, p. 90.

<sup>232</sup> López Moratalla, N., *La identidad sexual: personas transexuales y con trastornos del desarrollo gonadal «no existen sexos, sólo roles»: un experimento antropológico necesitado de la biotecnología* Cuadernos de Bioética XXIII, 2012/2ª, Universidad de Navarra, España 2012, p. 349.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 359.

hormonal en la constitución corporal y en la estructuración cerebral, diferente en cada sexo<sup>235</sup>. Así las niñas se saben mujer y los niños varón.

Sin embargo, existen trastornos de la identidad sexual, entre ellos está la transexualidad. En este caso, desde muy temprana edad, la persona se siente del sexo opuesto al de su cuerpo. Para López Moratalla, “los conocimientos actuales apuntan a una disfunción en la percepción cerebral del propio cuerpo, que no es una simple cuestión de preferencia dependiente del entorno social o del aprendizaje. Y, por ello, la investigación biomédica pone en tela de juicio que la armonía psique/corporalidad se alcance con las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos hormonales que cambian el sexo genital y los caracteres sexuales secundarios y a su vez afectan al cerebro”<sup>236</sup>.

Como se ha señalado, actualmente se tiende a la despatologización de los trastornos psicosexuales y de identidad de género para evitar que las personas que los padecen se sientan discriminadas.

Por ello, en el proyecto de Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11) que se encuentra en revisión por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la transexualidad o disforia de género fue desclasificada por ser “estigmatizante” el considerarla un trastorno mental<sup>237</sup>, no obstante, la OMS no descartó que lo era, y afirmó que se le puede tratar a quien la padece sin necesidad de estar clasificada como trastorno mental, de hecho, aunque ya no usa la misma terminología estigmatizante, incluye otras categorías como Discordancia de Género en el CIE-11<sup>238</sup>. Tanto la APA, como la OMS y las Cortes deben reflexionar sobre cómo podría afectar esta decisión a quienes presentan esta condición, pues como se dijo antes, “al no ser un trastorno mental no puede diagnosticarse y por tanto la reasignación sexo-genérica, en algunos países, podría no ser cubierta ni por las aseguradoras, ni por el Sistema de Salud”<sup>239</sup>,

---

<sup>235</sup> *Idem*, p. 359.

<sup>236</sup> *Ibidem*, pp. 347 y 348.

<sup>237</sup> Robles G., Rebeca y Ayuso-Mateos, José Luis, CIE-11 y la despatologización de la condición transgénero, *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, Vol. 12, Núm. 2 (abril - junio 2019), pp. 65-67, en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-psiquiatria-salud-mental-286-articulo-cie-11-despatologizacion-condicion-transgenero-S1888989119300035>, consulta: 11 de noviembre de 2019.

<sup>238</sup> Organización Mundial de la Salud, CIE-11 para estadísticas de mortalidad y morbilidad (Versión: 04/2019), en: <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f334423054>, consulta: 11 de noviembre de 2019.

<sup>239</sup> Cannoot, Pieter, *Op. cit.*, p. 4.

dejando en total desprotección a las personas transgénero, como en su momento se ha dejado de igual forma a las personas con homosexualidad ego-distónica.

Partiendo de la existencia de la transexualidad, quienes intentan normalizar “sus diferencias sexuales” ahora han ampliado la gama de éstas y les han llamado identidades de género, que como se puede apreciar, no tienen sustento científico. Aunque es un tema muy interesante, tampoco es motivo de este trabajo, pero sirve para explicar en parte cómo se ha llegado a hablar de las identidades de género.

#### 1.4.3. Identidad de género

Aunque en la sentencia en comento la CoIDH dice proteger la identidad de género junto con la orientación sexual, la realidad es que no fue objeto de controversia, pero su inclusión por parte de la Corte implica para los Estados Parte, la imposibilidad “de decidir si al interior de sus jurisdicciones resulta relevante proponer a ambas como categorías sospechosas”. Se trata de una imposición de este Tribunal<sup>240</sup>.

Aunque la transexualidad es un trastorno de la identidad sexual, en el CIE-10 aparece (junto con el travestismo y el trastorno de la identidad de género de la infancia), como “Trastornos de la identidad de género”. De ahí que el movimiento LGBT queriendo normalizar estos trastornos, les haya empezado a llamar identidad de género (sin la palabra trastorno), y cuando introdujo la idea de que hay “otras formas de expresión de la sexualidad” les llamó identidades de género.

Además de las identidades mencionadas en páginas anteriores, existe un video de un parlamentario alemán, Steffen Königer que al subir a la tribuna para responder a la proposición de “Los Verdes” en la Cámara de Brandemburgo, en la que éstos promovían una “Campaña por la Aceptación de la Diversidad Sexual y de Género y la Autodeterminación y contra la Homofobia y la Transfobia en Brandemburgo”, utilizó el total de su tiempo de exposición, enumerando cerca de 45 identidades de género que había sacado de la Internet, para al final señalar que su partido no aceptaba la propuesta del partido Verde<sup>241</sup>. El parlamentario trató de evidenciar el absurdo que supone esta ideología al sostener que las personas pueden tener la identidad sexual que deseen y cambiarla cuantas veces

<sup>240</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 174.

<sup>241</sup> Steffen Königer, participación en 2016 ante Parlamento alemán, consultado el 10 de agosto de 2018, en: <https://www.youtube.com/watch?v=QNjRnqqW28I>

gusten, lo que llevaría a concluir que pueden existir tantas identidades sexuales como seres humanos, más los cambios que quieran hacer a lo largo de su vida. De regularse jurídicamente esta situación, cada una de las identidades estaría protegida por el derecho, de tal forma que sería obligatorio aceptarlas, respetarlas y protegerlas, y de no hacerlo, las personas podrían ser catalogadas como homofóbicas o transfóbicas o cualquier categoría que se invente, y en consecuencia ser sancionadas por el Estado.

#### 1.5. Orientación sexual como categoría protegida por la CADH

La Corte Interamericana se apoya en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para decir que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida, y que tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación.

Agrega que por ello, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la CADH, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano, y por tanto se debe incluir la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género.

Para sustentar lo anterior cita sus propias opiniones consultivas y algunas resoluciones de la Asamblea General de la OEA (aunque ninguna de las dos son jurídicamente vinculantes para los países)<sup>242</sup>.

En las resoluciones de la Asamblea General que menciona, la Corte dice que ésta "exige" a los Estados miembro la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios hacia las personas por su orientación sexual, aunque de la lectura de las mismas se desprende que la Asamblea (constituida por los propios Estados Parte), respeta la autonomía y soberanía de los países (además que como se mencionó, sus resoluciones no son vinculantes)<sup>243</sup>, y no les "exige", sino que "insta", es decir, insiste, o como dice la Real Academia de la Lengua Española, "repite la súplica"<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> *Ibidem*, pp. 30-34.

<sup>243</sup> Considerando que la OEA es un organismo regional de Naciones Unidas, y dado que las resoluciones de la Asamblea General (AG) de Naciones Unidas tampoco son vinculantes, porque así lo reconoce ésta, por simple analogía las resoluciones de la AG de la OEA tampoco son

También pone de ejemplo dos sentencias del TEDH<sup>245</sup> en las que la orientación sexual fue motivo de la denuncia. Sobre éstas se hablará más adelante. Sobre esas sentencias del TEDH se puede afirmar lo dicho por Boeglin: que “[...] los Estados podrían reclamar [...] que ellos acordaron someterse a la jurisdicción de la Corte, no a las varias décadas de jurisprudencia de la Corte Europea”<sup>246</sup>.

Otro apoyo para sustentar su interpretación lo encuentra en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dependiente del ECOSOC (Consejo Económico y Social de Naciones Unidas), que desde 2009, interpretó (sin tener facultades para ello)<sup>247</sup>, en su Observación General N° 20, que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se incluye la discriminación por orientación sexual o identidad de género y parece usar indistintamente orientación y preferencias: 32. En "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la **orientación sexual**. Los Estados partes deben cerciorarse de que las **preferencias sexuales** de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La **identidad de género** también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”.

El Comité para justificar su interpretación, cita el documento llamado Principios de Yogyakarta, que tampoco es jurídicamente vinculante, pues nació de

---

vinculantes: “Si bien la Asamblea **únicamente está facultada para formular recomendaciones no vinculantes a los Estados** a propósito de cuestiones de carácter internacional que correspondan a su ámbito de competencia, ha adoptado medidas -políticas, económicas, humanitarias, sociales y jurídicas- que han influido en la vida de millones de personas de todo el mundo.”, texto tomado de su página WEB, Asamblea General de las Naciones Unidas, Funciones y poderes de la Asamblea General, consultada el: 15 de septiembre de 2009, en: <http://www.un.org/spanish/ga/about/background.shtml>

<sup>244</sup> RAE, Instar.- En su primera acepción es 1. tr. Repetir la súplica o petición, insistir en ella con ahínco, consultada el 10 de septiembre de 2018, disponible en: <http://dle.rae.es/?w=instar>

<sup>245</sup> En el voto parcialmente disidente de la sentencia Atala, el juez Alberto Pérez Pérez, señala que «[...] las extensas citas de sentencias del TEDH no significan que la Corte Interamericana deba tomarlas como precedentes obligatorios. Cita N°393, en Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 162.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>247</sup> Es importante señalar que aunque los comités de seguimiento de los tratados surgen de cada tratado, salvo que el mismo tratado les confiera facultades de interpretación, ninguno las tiene, y tanto el comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el aquí mencionado, carecen de dicha facultad.

la reunión de grupos LGBT<sup>248</sup> y personas pro-diversidad sexual en 2006. No fue una reunión de países, ni tampoco fue convocada por un organismo internacional, no obstante, por algún tiempo Naciones Unidas colgó en su página WEB este documento dando la impresión de ser un criterio obligatorio a seguir para la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, y aunque ya lo bajó, nuestra Suprema Corte lo cita en uno de sus protocolos de actuación<sup>249</sup>, aclarando a pie de página que el propio Protocolo no es vinculante y que los protocolos<sup>250</sup> no se pueden usar para fundamentar una sentencia de amparo<sup>251</sup>, pero dejando una nota arriba del ISBN que a la letra dice “De igual forma, interesa que las y los impartidores de justicia retroalimenten este esfuerzo compartiendo cómo el Protocolo les ha auxiliado en sus prácticas y resoluciones. Para ello, se solicita remitir a la misma dirección electrónica, las sentencias en las que el Protocolo se haya utilizado, con el propósito de dar seguimiento a este instrumento, y procurar su mejora”<sup>252</sup>. Es decir, que la propia Corte advierte a los jueces que no fundamenten una sentencia en un Protocolo, pero sí que los utilicen para resolver el asunto en turno.

Regresando a la sentencia Atala Riffo e hijas, más adelante la CoIDH cita una acción de inconstitucionalidad sobre matrimonio homosexual que resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (SCJN), en ella, la Asamblea

---

<sup>248</sup> “Nosotros y Nosotras, el Panel Internacional de Especialistas en Legislación Internacional de Derechos Humanos y en Orientación Sexual e Identidad de Género”: Mauro Cabral (Argentina) de la Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (IGLHRC que fue fundada por activistas rusos y estadounidenses en 1990); Maxim Anmeghichean (Moldavia) de la Asociación Internacional de Lesbianas y Gays; Sunil Pant (Nepal), Presidente de la Sociedad Diamante Azul, Nepal (es una coalición de organizaciones LGBTI en Nepal). Principios de Yogyakarta, Consultado el: 2 de agosto de 2017, disponible en:

<http://yogyakartaprinciples.org/annex-sp/>

<sup>249</sup> Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género, SCJN, 1ª edición, 2014, p. 14, disponible en:

[https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/PROTOCOLO\\_DE\\_ACTUACION\\_PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN LA ORIENTACION SEXUAL O LA IDENTIDAD DE GENERO 0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/PROTOCOLO_DE_ACTUACION_PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN LA ORIENTACION SEXUAL O LA IDENTIDAD DE GENERO 0.pdf)

<sup>250</sup> La SCJN emitió una serie de siete documentos de diversos temas llamados “Protocolos de Actuación para Quienes Imparten Justicia” (uno en 2012, tres en 2013 y otros tres en 2014). Así, en el sitio WEB de la Corte se encuentra el que versa sobre asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos (2014); otro sobre casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género (agosto de 2014); uno más para casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas (2013) y otro que involucre derechos de personas con discapacidad (2014); también aparece el que atiende casos que involucren a niñas, niños y adolescentes (febrero de 2012); el que orienta cómo juzgar con perspectiva de género para (según señala), hacer realidad el Derecho a la Igualdad (julio de 2013), y para aquéllos casos que afecten a personas migrantes y sujetas a protección internacional (septiembre de 2013).

<sup>251</sup> *Ibidem*, Cfr. nota 4 a pie de página, p. 8.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 2.

Legislativa del Distrito Federal usó los llamados Principios de Yogyakarta para motivar su reforma sobre matrimonio igualitario, mientras que la Procuraduría General de la Federación (quien interpuso la acción), alegó en contra diciendo que: la Asamblea “motiva la norma en estudio, sin razonabilidad objetiva, en los Principios de Yogyakarta, relativos a la aplicación internacional de los derechos humanos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género, suscritos por un panel internacional de especialistas en estas materias; sin embargo, aun cuando dicho documento internacional aborda el tema que nos ocupa, no constituye un tratado internacional celebrado por el Estado mexicano que le sea vinculante, ni menos aún representa una declaratoria o resolución emitida por algún órgano jurisdiccional en la materia. Por lo que, la norma de mérito carece de razonabilidad objetiva”<sup>253</sup>.

En los Principios de Yogyakarta, en su preámbulo (porque se hizo a imagen de un tratado internacional), se define lo que debe entenderse por orientación e identidad de género, independientemente de lo que diga la ciencia, que por cierto, para la ideología de género que promueve estas cuestiones, ésta última no tiene relevancia alguna, ya que el género se basa en la voluntad de la persona (lo que quiere ser o parecer, o como señalan a últimas fechas, como se percibe a sí misma) y no en la biología (lo que es):

“ENTENDIENDO que la ‘orientación sexual’ se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género.

ENTENDIENDO que la ‘identidad de género’ se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras

---

<sup>253</sup> SCJN, Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el Procurador General de la República mexicana, párr. 60, consultada el 12 de septiembre de 2018, disponible en:

[https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20A%20I%202-2010\\_0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20A%20I%202-2010_0.pdf)

expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”<sup>254</sup>.

De este modo, la CoIDH justificó su interpretación del artículo 1 de la CADH, y estableció que: “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”<sup>255</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, la CoIDH consideró inaceptable el alegato del Estado chileno sobre que no había consenso del tema entre los países, y afirmó 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”<sup>256</sup>. Para justificar la discriminación histórica y estructural, la CoIDH citó a “diversas fuentes del derecho internacional y comparado”, pero al buscar la cita en realidad sólo mencionó a la “Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en una Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, del 16 de agosto de 2010, párrs. 263 y 264”, que trata sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo (sólo que en los párrafos citados no se habla en lo absoluto de la discriminación histórica de estos grupos o algo parecido)<sup>257</sup>, y a relatores de los comités de derechos humanos (de nuevo documentos no vinculantes para los países).

Aunque la CoIDH citó textos aislados de sentencias del TEDH, es conveniente señalar que este tribunal europeo, constantemente hace hincapié en que no le corresponde decidir sobre las decisiones internas de cada país, así en *Kopf and Shalk vs Austria* (un asunto sobre discriminación porque no le permitieron a dos hombres contraer matrimonio), el Tribunal señaló que “Tampoco

---

<sup>254</sup> Principios de Yogyakarta, Preámbulo, consultado el 2 de agosto de 2017, disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org/preambule-sp/>

<sup>255</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 90.

<sup>256</sup> *Ibidem*, párr. 92

<sup>257</sup> SCJN, Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad, *Op. cit.*, pp. 100 y 101, párrs. 263 y 264.

corresponde a este tribunal orientar al legislativo sobre las cuestiones constitucionales ni de política legislativa”. En otra parte razonó así: “Aunque el Tribunal ha resaltado en numerosas ocasiones que el Convenio es un instrumento vivo que ha de interpretarse con arreglo a las circunstancias actuales, sólo ha aplicado este enfoque para desarrollar su jurisprudencia **cuando ha apreciado una convergencia de criterios entre los Estados miembros.**” En el asunto Christine Goodwin contra el Reino Unido [GC] (núm. 28957/95, TEDH 2002-VI), por ejemplo, el Tribunal revisó su posición sobre la posibilidad de que los transexuales quirúrgicos se casasen con una persona del sexo contrario a su nuevo género, en atención al hecho de que la mayoría de los Estados Contratantes permitían estos matrimonios. Por el contrario, no existe esta convergencia de criterios en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el momento en que el Gobierno tercero presentó sus observaciones, sólo tres Estados miembros permitían el matrimonio del mismo sexo, y en otros dos se estaban estudiando propuestas en este sentido. La cuestión del matrimonio del mismo sexo afecta a un área sensible de controversia social, política y religiosa. **En ausencia de consenso, el Estado disfruta de un margen de apreciación especialmente amplio.**” Finalmente, el tribunal declara “62. A este respecto, el Tribunal observa que el matrimonio tiene profundas connotaciones sociales y culturales que pueden diferir grandemente entre distintas sociedades. El Tribunal reitera que no debe apresurarse a sustituir con su propia apreciación la de las autoridades nacionales, mejor situadas para valorar y responder a las necesidades de la sociedad (véase B. y L. contra el Reino Unido, anteriormente citada, párr. 36). 63. En conclusión, el Tribunal considera que el artículo 12 del Convenio no impone al Gobierno demandando la obligación de permitir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, como los demandantes. 64. Por lo tanto, no se ha producido una vulneración del artículo 12 del Convenio. 101. En la medida en que los demandantes parecen afirmar que, si no estuviera incluido en el artículo 12, el derecho a contraer matrimonio podría derivarse del artículo 14 tomado conjuntamente con el artículo 8, el Tribunal no puede compartir este planteamiento. El Tribunal reitera que el Convenio debe contemplarse como un todo y sus artículos deben, por tanto, interpretarse de forma armónica entre sí (véase Johnston y otros, anteriormente citada, párr. 57). Partiendo de esta conclusión, **es decir, que el artículo 12 no impone a los**

**Estados Contratantes la obligación de otorgar a las parejas del mismo sexo acceso al matrimonio**, el artículo 14, tomado en conjunción con el artículo 8, una disposición de finalidad y ámbito más generales, **no puede interpretarse tampoco como generadora de esta obligación**. 110. En conclusión, el Tribunal considera que no se ha producido ninguna vulneración del artículo 14 del Convenio, tomado en conjunción con el artículo 8<sup>258</sup>.

Existen otros casos sobre parejas homosexuales en los que el TEDH resuelve dando un amplio margen de apreciación al país denunciado, en algunos ha sostenido que la orientación sexual **podría** considerarse como cubierta por el artículo 14 del Convenio que defiende, pero como no fue algo que firmaron los países, sólo la acepta como causa de discriminación si así está considerada en el país que es parte en el juicio, o si internamente existen parejas en la misma situación y se hace una diferencia de trato<sup>259</sup>.

Sobre las categorías sospechosas, en su análisis Trilce Valdivia cuestiona a la ColDH porque no existen antecedentes en su jurisprudencia que, de modo explícito, recojan la doctrina de las categorías sospechosas; y porque ha justificado su resolución en lo establecido en la Jurisprudencia del TEDH, cuando éste no ha establecido una línea uniforme respecto de los criterios prohibidos de discriminación, y en las observaciones del Comité de Derechos Humanos, cuando ambos organismos mantienen posturas disímiles sobre el asunto<sup>260</sup>. En lo que sí “existe uniformidad, tanto en la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como en la Jurisprudencia de Tribunales internacionales y nacionales”, es que la orientación sexual es parte “del contenido protegido por el derecho a la vida privada, (...) por lo que no se entiende ¿por qué la Corte IDH la considera además categoría sospechosa de discriminación”<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> Caso Schalk y Kopf vs Austria, (las negritas son nuestras). Consultado el 12 de septiembre de 2018, disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#\(languageisocode%22:%22SPA%22,%22appno%22:%2233290/96%22,%22documentcollectionid%22:%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-163701%22\)}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#(languageisocode%22:%22SPA%22,%22appno%22:%2233290/96%22,%22documentcollectionid%22:%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-163701%22))

<sup>259</sup> Chapin et Charpentier vs Francia, y Gas y Dubois vs Francia, en el que el TEDH recurrió al margen de apreciación porque no existía diferencia de trato entre pareja heterosexual no casada y pareja homosexual tampoco casada porque no se permite matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>260</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 114.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 192.

Esta misma autora plantea una diferencia entre las causas de discriminación contenidas en los tratados internacionales como características o rasgos adquiridos naturalmente (la raza, el color o el sexo), como criterios condicionados culturalmente (idioma, religión, nacimiento, condición social o condición económica), como criterios condicionados jurídicamente (origen nacional) y como criterios decididos personalmente (opinión política o de cualquier otra índole); y otras que no están contenidas en tratados a las que se les ha llamado categorías sospechosas. Entendiendo por éstas a “criterios de diferenciación que son tan generalmente rechazados que una distinción basada en ellos resulta muy poco factible de considerarse como legítima”, por lo que se le presume como inconstitucional o inconvencional. Esto implica la inconstitucionalidad *a priori* de cualquier medida que diferencie entre las personas por este motivo, y se traduce en la inversión de la carga probatoria y en su sometimiento a un estándar de escrutinio más elevado que el solo examen de razonabilidad”<sup>262</sup>.

Como aun no existe consenso internacional sobre el tema, Valdivia afirma que la doctrina más desarrollada al respecto, es la propuesta por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, cuyos criterios para considerar una categoría sospechosa “son: 1. La inmutabilidad de los rasgos, es decir, los que no pueden ser modificados por la voluntad humana o el paso del tiempo, -sexo, raza, y discapacidades permanentes (aunque estas últimas no son consideradas categorías sospechosas); 2. Minorías identificables y segregadas geográficamente; 3. Grupos desprotegidos en el marco del proceso político; 4. Prejuicios y estereotipos acerca de las capacidades de ciertos grupos, producto de una historia de discriminación social, profundamente arraigada en la cultura del pueblo; 5. Características del grupo no relacionadas con objetivos legítimos de políticas o de la “capacidad de trabajar o contribuir a la sociedad” de un individuo.” (...) “Por lo que se refiere a la orientación sexual, la Corte Suprema Norteamericana no la considera categoría sospechosa ni semisospeschosa de discriminación, así lo ha manifestado en las sentencias de los casos *Romer vs Evans* y *Lawrence vs Texas*”<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> *Ibidem*, pp. 119 y 181.

<sup>263</sup> *Ibidem*, pp. 122-124 y 281.

Otros tribunales del Sistema Interamericano se han inspirado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos para desarrollar una doctrina de las categorías sospechosas, tal es el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y la Corte Constitucional de Colombia<sup>264</sup>.

Valdivia cita a Carlos Bernal Pulido, quien afirma que “el hecho de considerar como categorías sospechosas a todas aquellas que no permitan efectuar un reparto racional de derechos, lleva a catalogar como categorías potencialmente discriminatorias a casi todos los criterios imaginables, lo que conllevaría la aplicación del escrutinio estricto a una gran variedad de casos, situación que “[...] resulta incompatible con la exigencia del principio democrático, según el cual el test débil debe aplicarse por regla general y el test estricto sólo debe aplicarse excepcionalmente”<sup>265</sup>.

La autora Valdivia considera que al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la “doctrina de las categorías sospechosas es aún incipiente, ello porque la sentencia *Atala* es la primera en la que —en un caso contencioso— la Corte IDH se pronuncia literalmente al respecto, y además porque en ella aborda la cuestión de manera superficial, lo que se evidencia, por ejemplo, en su estimación del supuesto carácter innato o inherente de la orientación sexual sin haber ahondado en el concepto desde lo biológico, lo psicológico y lo moral; así como en la ambigua justificación de la protección que, a través de la categoría “orientación sexual”, se brindaría a las minorías LGTBI. En esa misma línea, la Corte IDH considera a la orientación sexual como categoría sospechosa prohibida bajo el criterio “otra condición social” sin evaluar si esta resulta equiparable a las otras categorías sospechosas reconocidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana”<sup>266</sup>.

“Aunque en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existen criterios exactos para definir una característica como categoría sospechosa, parece razonable que cualquier característica a incorporarse o incorporada a este catálogo sea semejante en lo esencial a las ya consideradas como tales”<sup>267</sup>. No se puede considerar la orientación sexual igual a la raza y el sexo de las personas, debido a que como señalan quienes defienden y promueven la

---

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>265</sup> *Ibidem*, pp. 125 y 126.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 175.

diversidad sexual, la primera es voluntaria, o una preferencia, o por lo menos cambiante, mientras que las segundas son innatas e inmutables. Además, “porque la raza y el sexo se manifiestan a través de rasgos exteriores que permiten distinguir a primera vista entre las personas, lo que no ocurre necesariamente con la orientación sexual”<sup>268</sup>.

## 2. Contexto jurídico del caso

### 2.1. Soft law

Debido a que el tema principal de la resolución de la Corte Interamericana en el Caso Atala Riffo es la discriminación por orientación sexual, en este rubro se señalan los instrumentos internacionales que tratan este tópico y conforman una especie de marco temático o contexto de apariencia jurídica.

Cabe aclarar que existen personas que sostienen la validez y vinculación del llamado *soft law* internacional, aunque no provenga del acuerdo de voluntades de los países. “Y aunque no negamos su cualidad de recursos interpretativos — pues muchos de estos documentos expresan expectativas de conducta de los Estados—, el *softlaw* no tiene, de suyo, carácter vinculante como fuente oficial de Derecho Internacional (...) ni manifiesta, desde luego, el pacto de los Estados sobre un asunto determinado”<sup>269</sup>.

Los tratados internacionales de derechos humanos suelen crear comités de seguimiento que se encargan de recibir los informes que cada país les envía conforme a lo pactado. El documento enviado sirve para verificar que los Estados Parte estén instrumentando medidas progresivas en su país, de las obligaciones adquiridas mediante la firma del tratado.

Una vez analizados los informes, los comités expiden observaciones y “recomendaciones” a los países sobre el cumplimiento del tratado respectivo, que “carecen de carácter vinculante u obligatorio para los Estado Parte”<sup>270</sup>, desafortunadamente, éstas suelen confundirse (por quienes ignoran que no son

---

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>270</sup> Silva Abbott, Max, Los posibles efectos continentales del caso Artavia Murillo vs Costa Rica, a la luz del actual estado de derecho del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en Artavia Murillo vs Costa Rica, Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro, CISAV, 2017, p. 93; en el mismo sentido, Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 162.

vinculantes), con resoluciones obligatorias como si se desprendieran del mismo tratado.

A sabiendas o no de esa confusión, en su segundo período de sesiones, celebrado en 1988, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, decidió “comenzar, a partir de su tercer período de sesiones, la preparación de observaciones generales sobre la base de los diversos artículos y disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, según el Comité, “con miras a prestar asistencia a los Estados Partes en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de presentación de informes”<sup>271</sup>, sin embargo, esta práctica ha derivado en una verdadera interpretación del tratado por parte del Comité, sin tener facultades para ello.

De esta forma, al emitir la observación general N° 20 sobre “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC)”, la CoIDH, usó la Observación como sustento para decidir en el caso Atala, que la orientación sexual está protegida por el art. 1 de la CADH, dentro de la frase “otra condición social”, como lo había interpretado este Comité en 2009<sup>272</sup>.

Esta normativa no vinculante se está desarrollando con rapidez no sólo a nivel internacional, sino también al interior de los países.

Aunque no nos detendremos en ello, baste señalar que la propia Suprema Corte de Justicia mexicana ha introducido en sus sentencias normas no vinculantes, e incluso ha creado su propio *soft law* nacional para imponer sus ideas y postulados a los Tribunales de las entidades federativas, a través de los llamados protocolos de actuación que ha publicado (7 a la fecha). Uno de ellos, citado en párrafos anteriores, sobre el tema que ahora nos ocupa y que contiene (de manera transversal y de norte a sur) la ideología de género, se llama Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género. Documento que parte de la premisa de que cada persona puede construir y modificar a placer y en cualquier momento

---

<sup>271</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Introducción: Finalidad de las observaciones generales. Disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html)

<sup>272</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20 (2009), Párr. 32, disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN20](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN20)

su identidad de género, y a la vez tener la orientación sexual que guste en el momento que decida<sup>273</sup>.

Este protocolo trata de justificar su existencia en el artículo primero constitucional, pues a raíz de su reforma en junio de 2011, nuestro país incorpora en bloque la protección de los derechos humanos, los contenidos en los tratados internacionales en los que México ha sido parte. No obstante, la SCJN fundamenta el protocolo en los principios de Yogyakarta, en resoluciones de la Asamblea de UN y de la OEA, y en supuestos tratados internacionales que obligan a México<sup>274</sup>. Cabe recordar que los tres primeros instrumentos no son jurídicamente vinculantes, y hasta 2014 México no era parte del tratado CIDI de Guatemala de 2013<sup>275</sup>.

Esta introducción de derechos en bloque no distingue los derechos humanos de los otorgados por el Estado, sino que obliga a todas las instancias gubernamentales a protegerlos por igual, y al incluir las preferencias sexuales como categoría de discriminación, ahora éstas se equiparan a orientaciones sexuales y así se juega con dos ideas, la primera que es una orientación y por tanto innata, y la segunda que es un preferencia y por tanto no es trastorno.

No obstante que la Corte mexicana ha señalado que estos protocolos son sólo un apoyo para quienes imparten justicia, y por lo mismo no son obligatorios (incluso inserta una nota afirmando que no pueden ser fundamento de una sentencia por no ser una norma), señala que “el apego al contenido del Protocolo supone el cumplimiento de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales que el Estado mexicano ha ratificado, a través de la realización de buenas prácticas para la vigencia de dichos derechos”<sup>276</sup>, lo que de alguna forma presiona al juzgador para que lo aplique con apego al contenido, contradiciendo la declaración inicial de que no son de aplicación obligatoria.

---

<sup>273</sup> Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género, *Op. cit.* pp. 14-17.

<sup>274</sup> *Ibidem*, pp. 10, 15 y 30.

<sup>275</sup> Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (CIDI), tratado muy controvertido y apenas firmado en su momento por 4 países, (actualmente 13), y que de manera atropellada entró en vigor con un mínimo de ratificaciones: dos (sólo Bolivia en 2018 y México en 2020), situación nunca antes vista.

<sup>276</sup> SCJN, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, 2014, disponible en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Anexo\\_infanciainfancia.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Anexo_infanciainfancia.pdf)

Otros documentos que aceptó la CoIDH sin cuestionar son las resoluciones de la División 44 de la Asociación Psicológica Americana<sup>277</sup>, aún por encima de lo que pueda determinar la Asociación Psiquiátrica Americana (creadora del Manual Diagnóstico de Trastornos Mentales –DSM-), o del organismo internacional Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE).

La importancia de estos documentos es que son utilizados por los tribunales internacionales para fundamentar sentencias que interpretan tratados y crean obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados o son aplicados por otros organismos internacionales y van adquiriendo relevancia jurídica<sup>278</sup>, en la misma proporción que disminuye la soberanía de los países, o de las entidades federativas al interior de México.

Además, muchos de estos instrumentos han sido elaborados por grupos de activistas que los promocionan como normativa internacional, tal es el ejemplo de los llamados Principios de Yogyakarta, y el propio tratado CIDI con gran influencia de estos principios.

En el tema de la ideología de género, específicamente sobre la diversidad sexual, esta supuesta normativa, o *soft Law* se forma por el lobby LGBT y cuando no puede ser así, a través de la presión directa que ejercen estas asociaciones contra los organismos internacionales y nacionales.

En el sistema europeo de derechos humanos, constantemente se hace referencia a recomendaciones, códigos, observaciones o manuales como el Manual de legislación europea contra la discriminación<sup>279</sup>, elaborado por el TEDH, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa, pero con una advertencia: “Las opiniones expresadas en este manual no vinculan al TEDH. El manual incluye una selección de comentarios y de otros manuales sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El TEDH no se responsabiliza de su contenido. Su inclusión en esta lista no supone aprobación

---

<sup>277</sup> Su página web está disponible en: <http://www.apadivisions.org/division-44/publications/newsletters/division/2014/06/reflections.aspx>

<sup>278</sup> De Jesús Castaldi, Ligia y Oviedo Álvarez, Jorge, La redefinición del derecho a la vida desde la concepción reconocido en la Convención Americana, en Artavia Murillo vs Costa Rica: Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro, CISAV, 2017, p. 53.

<sup>279</sup> Manual de legislación europea contra la discriminación, <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/494aec98-2803-11e8-ac73-01aa75ed71a1>

alguna de dichas publicaciones.” Lo que resulta extraño, pues supuestamente lo elaboran organismos, pero oficialmente no lo adoptan como suyo. De su lectura se desprende que promueve como causas de discriminación que no están contenidas en el Convenio Europeo, la identidad de género y la orientación sexual<sup>280</sup>.

Otros documentos adoptan diferentes nombres como plataformas, declaraciones, metas, informes, o principios como los de Yogyakarta, que se supone que no obligan, pero han sido introducidos en iniciativas de leyes, protocolos como el de la SCJN y sentencias internacionales como la que ahora se analiza.

“En la sentencia del caso Atala, son precisamente documentos de *softlaw*, los principales instrumentos hermenéuticos utilizados por la Corte IDH”<sup>281</sup>. “Sobre el particular, ha manifestado el ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cançado Trindade: “Si otros órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos han incurrido en las incertidumbres de una interpretación fragmentadora, por qué tendría la Corte Interamericana que seguir este camino...”<sup>282</sup>.

## 2.2. Tratados internacionales

### 2.2.1. Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia

Este tratado fue adoptado en Antigua, Guatemala, el 5 de junio de 2013, y tiene previsto que entre en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Llama la atención que con sólo dos países que lo ratifiquen entre en vigor (no es usual); al día de hoy lo han firmado 13 países (Argentina, Brasil, Ecuador y Uruguay -en 2013-; Colombia, Haití, y Panamá –en 2014-; Bolivia, y Chile –en 2015-; Perú –en 2016-; México -en noviembre de 2018-, y Costa Rica -en 2019-).

---

<sup>280</sup> *Ibidem*, pp. 93 y 100.

<sup>281</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 160.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 162, cita 393.

En mayo de 2018 Uruguay depositó la primera ratificación en la OEA, y México la segunda a principios del 2020, por lo que ya está vigente<sup>283</sup>.

Hasta el día de hoy, este tratado es el único de su tipo, pues tiene su base en la ideología de género, y contiene muchos de los postulados de los llamados principios de Yogyakarta.

El tratado introduce expresamente como causa de discriminación a la orientación sexual y la identidad de género, y agrega la expresión de género; también introduce subtipos de discriminación, indirecta y múltiple o agravada, tanto en la esfera pública como en la privada; establece que cuando se prefiere algo diferente a la diversidad de género y con ello se limita el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho humano o libertad fundamental, hay discriminación; establece acciones afirmativas a favor de la comunidad LGBT; da una definición de intolerancia muy amplia que puede ocurrir tanto en el ámbito público como en el privado, es el primer tratado de derechos humanos que exige expresamente a los Estados Pate castigar a su población cuando violente alguno de sus postulados; compromete a los países firmantes a la promoción masiva de la diversidad sexual como obligación gubernamental; establece la cuota de paridad de géneros (cualquier género, existente o que llegue a existir) para los partidos; establece la obligación para los países de hacer estudios sobre la discriminación e intolerancia, pero no sobre el tema de la identidad o la orientación sexual, ni su origen; obliga a los Estados a crear un organismo nacional como el INMUJERES pero LGBT, y crear programas gubernamentales para la diversidad sexual; además crea el “Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia”.

Salvo este tratado, hasta ahora no existe ningún otro que toque el tema de la diversidad sexual o la ideología de género, o imponga cargas a la población en estos temas.

---

<sup>283</sup> Estado de Firmas y ratificaciones de la CIDJ, consultado el 10 de septiembre de 2020, disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-69\\_discriminacion\\_intolerancia\\_firmas.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp)

### 3. Congruencia entre los hechos y soluciones adoptadas

De la lectura del Informe de la CIDH y de la Sentencia de la CoIDH, se desprende la necesidad de revisar si hubo congruencia entre los hechos planteados y su análisis, pues la Corte parece haber analizado parcialmente la tuición provisional y la investigación disciplinaria, sin considerar algunas cuestiones previas que estaría obligada a estudiar al haber aceptado este caso, como el estatus de la orientación sexual ego-distónica, el derecho a la igualdad ante la ley de ambos padres para efectos de la adjudicación de la guarda y custodia de las hijas, y el interés superior de las menores como punto de partida y límite a este derecho.

Es decir, habría que analizar si la CoIDH hizo una ponderación en conjunto de la totalidad de las pruebas y si consideró el Principio del Interés Superior del Menor como criterio orientador de su actuación y como punto de partida y límite a los derecho de los padres<sup>284</sup>.

#### 3.1. Presunta discriminación sufrida por la Sra. Atala

Para determinar que hubo discriminación hacia la Sra. Atala por su orientación sexual, la CoIDH partió de una premisa aun no comprobada sobre la orientación sexual homosexual (ver rubros 1.2.1. y 1.3.2. del presente trabajo), y su desconocimiento sobre la orientación sexual ego-distónica, todavía clasificada como trastorno mental en el CIE-10, y en ese entonces también en el DSM-IV de la APA, para ello, omitió analizar el que la Sra. Atala estaba recibiendo terapia psiquiátrica para aceptar su nueva orientación sexual<sup>285</sup>, lo que la colocaba dentro de la clasificación de orientación sexual ego-distónica; además la Corte consideró que la sola mención de la orientación sexual implicaba discriminación hacia la Sra. Atala (cuando el juicio giró alrededor del bienestar de las niñas, e indirectamente de la nueva dinámica de pareja de la Sra. Atala como causa de vulneración del interés superior del menor).

También, consideró que existió diferencia de trato y por tanto ésta constituyó discriminación. Sobre esto, cabe recordar que el código civil chileno otorgaba la custodia primero a quien designaran los padres, y la retiraba cuando

---

<sup>284</sup> SCJN, 2ª Sala, Décima Época, Derechos de las niñas, niños y adolescentes. El interés superior del menor se erige como la consideración primordial que debe atenderse en cualquier decisión que les afecte, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis Tesis:2a./J. 113/2019 (10a.), Libro 69, Agosto de 2019, Tomo III, p. 2328.

<sup>285</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 41, cita N° 56, pp. 17 y 18.

se presentara una razón suficiente para hacerlo, pero en igualdad de condiciones. Es decir, que permite a las partes ponerse de acuerdo en quién conservará la custodia, con un trato de igualdad para ambos padres, y sólo que no haya acuerdo, permite la intervención del Estado a través de un juicio.

Si se recuerdan los términos de la demanda, el Sr. López al separarse de su esposa la Sra. Atala, sabía que ésta era lesbiana, no obstante acordó que ella se quedaría con la guarda y custodia de los niños, es decir, no consideró que su orientación sexual la incapacitaba para cuidar de los niños.

El cambió de opinión se da cuando se entera que la Sra. Atala llevó a vivir a la Sra. De Ramón a su casa y esta última jugó el rol de nueva madre para las niñas<sup>286</sup>, es decir, a partir del cambio de dinámica familiar para las niñas, y que además le llegó la noticia de que las menores empezaban a confundir roles. Lo anterior lleva a pensar que no fue la homosexualidad de la Sra. Atala, *per se*, la que motivó la solicitud de tuición (ver rubro 1.1).

Del mismo modo, el motivo determinante para el retiro de la custodia a la Sra. Atala por parte de las autoridades chilenas no fue su homosexualidad sino el cambio de dinámica familiar que podía afectar, y aparentemente ya afectaba, a las menores.

Aunque Chile argumentó que concedió la custodia provisoria al Sr. López porque en el marco de un proceso de custodia se establece “una prioridad a favor del interés superior del niño por sobre cualquier otro interés protegido en conflicto”, “que es tarea del sentenciador asegurar el interés superior del niño”, y que este interés constituyó “causal calificada” que autorizaba la modificación del régimen de cuidado personal de las niñas<sup>287</sup>, la CoIDH señaló que no se probó que las niñas corrieran un riesgo real y probado y por tanto que se estuviera protegiendo su bienestar (mismo argumento de la juez subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica<sup>288</sup>). Es decir, que no consideró lo señalado por el Comité de los derechos del niño, en su observación N° 14 sobre el principio de precaución, que exige valorar también la posibilidad de riesgos, daños futuros y otras consecuencias para el niño (ver rubro 4.1.2); ni el conocimiento generalizado que

---

<sup>286</sup> Juzgado de Letras de Villarrica, Sentencia de 1ª instancia, *Op. cit.*, pp. 1 y 2.

<sup>287</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 105.

<sup>288</sup> *Ibidem*, párr. 44.

ya se tenía sobre la necesidad de resguardar el presente de un niño para evitarle daños a futuro.

En apoyo a lo señalado en el rubro referido, y al argumento del estado chileno, es necesario mencionar algunos razonamientos judiciales mexicanos en asuntos de asignación de guarda y custodia. Uno de ellos llegó a la SCJN en 2011 como tesis aislada y posteriormente constituyó jurisprudencia en 2014.

En éste, el razonamiento de los Ministros señalaba que “Todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres (...). El criterio antes reseñado vincula tanto a los órganos jurisdiccionales como al resto de los poderes públicos e, incluso, a los padres (...), de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad de los menores, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro (...) buscando su formación integral y su integración familiar y social”<sup>289</sup>.

Otra jurisprudencia mexicana de 2019 señala que cuando la autoridad deba tomar una decisión que le afecte en lo individual o colectivo a los menores, "se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales”<sup>290</sup>.

Del mismo modo, en una sentencia de 2014, también sobre guarda y custodia en el estado de México, se le otorgó ésta a la madre porque para el juez (basado en peritajes psicológicos), ella era más independiente y mostraba más estabilidad emocional que el padre<sup>291</sup>. Los Magistrados en segunda instancia señalaron que no se advertía que la madre pudiera “generar un daño en el desarrollo de la menor”, del mismo modo la Sala señaló la obligación del Tribunal del estado de México de retirar la guarda y custodia cuando “fuese perjudicial para el sano e integral desarrollo físico y emocional del infante”<sup>292</sup>.

---

<sup>289</sup> SCJN, interés superior de los menores y atribución de la guarda y custodia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a./J. 31/2014 (10a.), Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 451.

<sup>290</sup> SCJN, derechos de las niñas, niños y adolescentes. El interés superior del menor se erige como la consideración primordial que debe de atenderse en cualquier decisión que les afecte, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 2a./J. 113/2019 (10a.), Libro 69, Agosto de 2019, Tomo III, p. 2328.

<sup>291</sup> SCJN, Igualdad de Género, Portal de Sentencias, Sentencia de amparo de 2014, Materia: familiar, Tema: Estereotipo de Género, p. 4., consulta: 15 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad/sentencias/documento/2017-01/SENTENCIA%20MESA%202.%20ESTEREOTIPOS%20DE%20G%C3%89NERO.pdf>.

<sup>292</sup> *Ibidem*, pp. 6 y 11.

En la revisión que hizo la Sala consideró la pluralidad de dinámicas familiares y por ello determinó que aunque una norma y la propia naturaleza establezcan la presunción de que la madre es la más apta para el cuidado de los hijos pequeños, el juez debe atender a “los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos, en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y su capacidad de autoabastecerse, entre muchos otros elementos que se presentan en cada caso concreto. Esta es la exigencia que subyace del interés superior del menor”<sup>293</sup>. Y más adelante afirman que los jueces deben “indagar”, no sólo el menor perjuicio que se le pueda causar al menor, si no [sic], [el] que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aun más importante [sic], en el futuro. La tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más idónea para el menor”<sup>294</sup>.

Estos razonamientos hechos por diferentes jueces mexicanos en casos sobre guarda y custodia de menores, muestran la similitud y congruencia de las resoluciones internas del Poder Judicial chileno, que actuó siempre velando por el interés y en beneficio de las niñas ante un tema nuevo y controvertido ahora mismo y en ese entonces entre peritos (aun hoy no existen estudios científicos suficientes para decidir con certeza si es benéfico o no para los menores, dejarlos en custodia con parejas del mismo sexo). Sin embargo la CoIDH afirmó que Chile actuó tratando de discriminar a la Sra. Atala por su orientación sexual.

Los argumentos esgrimidos por jueces mexicanos ponen en evidencia las deficiencias en la investigación de los hechos y en la consideración de las pruebas por parte de la CoIDH en el asunto que nos ocupa, pero sobre todo, la

---

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 31.

insistencia de forzar la interpretación de los hechos y encontrar discriminación en la actuación de los jueces chilenos, cuando el Principio del Interés Superior del Menor, obliga, a buscar el beneficio de los niños, por encima de cualquier otra consideración, incluso, de los derechos de los padres.

De acuerdo a lo señalado por el CONAPRED y la UNAM sobre la discriminación (rubro 1.2.1 de este trabajo), se necesitan tres elementos relacionados entre sí para que haya un acto de discriminación jurídica, a saber: a) una distinción injustificada; b) basada en un rasgo innato e inmodificable; c) que anula o menoscaba derechos existentes.

En el caso que nos ocupa los magistrados de la CoIDH tendrían que haberse preguntado si la orientación sexual homosexual es un rasgo innato e inmodificable pues como se analizó, a la fecha la psiquiatría no ha podido responder esa cuestión; y si la custodia es un derecho de los padres o una obligación correlativa del derecho del menor a ser cuidado por sus padres, en cuyo caso no se anuló ni se menoscabó ningún derecho.

Si como algunos afirman la homosexualidad es una preferencia sexual y por tanto cambiante, entonces se puede justificar una distinción entre personas según su preferencia sexual por el bien superior de los menores, e incluso mencionarla siempre y cuando no se violenten derechos existentes o se ataque la dignidad humana de la persona homosexual.

Tampoco hubo congruencia en el análisis del asunto de la investigación disciplinaria de la Sra. Atala, pues existía una causa para iniciar la investigación y ésta no tenía nada que ver con la orientación sexual de la juez Atala (ver rubro 1.2.). Se debe recordar que tampoco fue sancionada por esta razón, sino que se le hizo un llamado de atención por disponer de recursos del juzgado para beneficio personal. Por ello no se entiende la insistencia de la CoIDH en afirmar que se actuó con prejuicio, estereotipos y discriminación. Máxime si había sido la propia juez la que había llevado a su lugar de trabajo a su pareja y a los padres de ésta, sin ocultar a sus empleados su relación.

La Corte Interamericana apuntó que en el informe inicial del juez Lillo (quien hizo la investigación), se preveía que había habido un escándalo mediático porque había trascendido que la juez era lesbiana, y debía investigarse, como si ésta hubiera sido la causa de la investigación, no obstante de las actuaciones se desprende que no lo fue.

Lo que consta en autos es que el juez Lillo revisó la computadora de la juez, acción prevista en la normativa correspondiente, pues existen revisiones ordinarias y extraordinarias en el Código Orgánico de Tribunales de Chile, es decir, que está dentro de lo normal la revisión de los archivos contenidos en las computadoras, pero además, ésta fue una revisión extraordinaria (fuera de las regulares, pero también prevista en ley) porque había una denuncia contra la juez Atala por parte de una subalterna, no por su orientación sexual, sino por disponer de recursos del juzgado y es por ello que el juez Lillo investigó sus archivos. Dentro de la visita, preguntó a sus compañeros de trabajo todo aquello que pudiera ayudar a determinar si la conducta como juez había sido correcta o no. Sin embargo la CoIDH consideró la sola mención de su homosexualidad en el escrito del Magistrado y la declaración de la Sra. Atala diciendo que se sintió humillada<sup>295</sup>, como prueba fehaciente de la discriminación en su contra.

Para Trilce Valdivia, “al resolverse un caso de discriminación, dependiendo de las circunstancias y derechos cuya titularidad se discute, el ejercicio de la conducta homosexual podría configurar también un aspecto relevante de análisis y ello porque la conducta sexual humana no puede ser considerada moralmente neutra, ni social ni jurídicamente irrelevante, aunque en la mayoría de los casos su ejercicio moralmente reprochable deba ser tolerado como un mal menor, siempre que no repercuta sensiblemente en el bien común ni afecte el contenido esencial de derecho cuya titularidad se discute”<sup>296</sup>.

Cabe recordar que el sólo hecho de que una persona pertenezca a una minoría o tenga una condición o característica diferente a otras personas no obliga al juzgador a darle un trato preferencial, sino que éste debe buscar la existencia de conductas de poder asimétricas por parte de la autoridad, no justificadas y que hayan menoscabado o anulado los derechos fundamentales de la persona, así como considerar el grado de estudios, edad, condición económica y demás características particulares de todos los interesados o involucrados en el juicio, para determinar si realmente existe un desequilibrio entre ellos que genere desventaja real o desequilibrio patente en perjuicio de una de las partes en conflicto. De no hacerlo así, llegaríamos al absurdo de que el preguntarle a una persona cuál es su edad, o mencionar en un escrito su estado civil, podría

---

<sup>295</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 227, p. 71.

<sup>296</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op.cit.*, p. 175.

considerarse un acto de discriminación. No puede presumirse la discriminación por la sola mención de la homosexualidad de una persona, sino que es necesario que en autos existan elementos objetivos de los que se advierta que se actualizan situaciones de poder o conductas que menoscaban o anulan derechos por cuestiones de género<sup>297</sup>, o como recordamos antes, que se cumplan los tres elementos mencionados por el CONAPRED.

La CoIDH tampoco consideró que sólo se le hizo “un llamado de atención” por disponer de recursos del juzgado en beneficio propio, y no una amonestación a la juez Atala, pues ésta última sí habría impactado en su currículum y para efectos de escalafón.

De la documentación revisada sobre la investigación disciplinaria, no se desprende que hubo relación entre los hechos planteados en autos y la conclusión a la que llegó la CoIDH, puesto que la juez Atala no fue discriminada en su trabajo por la autoridad judicial chilena y mucho menos por su orientación sexual.

### 3.2. La introducción de la orientación sexual como causa de discriminación en la CADH

La Convención Americana de Derechos Humanos contiene en su artículo primero las causas por las que se puede discriminar a una persona, a saber: por su raza, color de piel, su sexo, por el idioma que habla, la religión que profesa, sus opiniones políticas o cualquier otra opinión, su origen nacional o social, su posición económica, por su nacimiento o cualquier otra condición social. Sin embargo, no existen como causa de discriminación en este tratado y en ningún otro que haya estado vigente en esa fecha, el género, la orientación sexual, la identidad de género o las preferencias sexuales.

En virtud de ello, en el asunto que nos ocupa, la CoIDH hizo una interpretación integradora de la orientación sexual como causa de discriminación protegida en la CADH, pero esta interpretación no se basó en un atributo de la

---

<sup>297</sup> SCJN, Juzgar con perspectiva de género. El juzgador debe identificar si el justiciable se encuentra en un estado de vulnerabilidad que haya generado una desventaja real o desequilibrio patente en su perjuicio frente a las demás partes en conflicto. Tesis Aislada, XXI.2o.P.A.1 CS (10a.), Libro 41, Abril de 2017, Tomo II, Pág. 1752.

persona humana (como señala la propia CADH en su preámbulo)<sup>298</sup>, sino en la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que encuadra la orientación sexual como una condición social, para así extenderla como causa de discriminación a todo tratado internacional que contenga la expresión “o por cualquier otra condición social”<sup>299</sup>.

Si bien es cierto que la CoIDH está investida del poder necesario para interpretar la CADH, es necesario señalar si tiene algún límite al respecto o no, toda vez que su interpretación puede producir una o varias obligaciones nuevas para los Estados, a las que no se comprometieron y con las que no necesariamente están de acuerdo.

La interpretación común de una norma consiste en la aclaración del sentido o significado que le corresponde, y esto sucede cuando la redacción no es clara o es ambigua, situación que no se presenta con la lectura del artículo primero de la CADH. Pero al señalar “cualquier otra condición social” abre la puerta para que la Corte interprete qué otras condiciones sociales pueden estar contenidas, pero como se analizó en rubros anteriores, no se quedó en otras condiciones, sino que especificó que son las condiciones sociales, y difícilmente se puede interpretar que la orientación sexual, o el trastorno de identidad de género o una preferencia sexual son una condición social.

Tampoco hizo una interpretación armónica de la CADH ni respetó la figura del Margen de Apreciación Nacional prevista en la misma.

Como se vio en rubros anteriores, la CoIDH no aportó un fundamento internacional vinculante para Chile en el tema de la orientación sexual, y en virtud de que existe un procedimiento específico en los arts. 31, 76 y 77 de la Convención para su modificación y adición de derechos y obligaciones, que implica el acuerdo de los Estados Parte, la CoIDH parece excederse en sus atribuciones de interpretación.

Llama la atención el tipo de razonamientos que hace la Corte Interamericana, sobre todo cuando se trata de proteger la orientación sexual.

---

<sup>298</sup> “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional...”.

<sup>299</sup> El análisis sobre los documentos que la CoIDH usa para hacer su interpretación se hizo en el apartado 1.5. del presente trabajo.

Así, en la sentencia considera que “si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como (...) la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios”, y por tanto “están obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención” (que como se vio la orientación sexual no está establecida en la CADH ni como causa de discriminación, ni como derecho).

Ahora bien, aunque es cierto que nadie debe ser discriminado por ninguna razón, de la sentencia mencionada se desprende que la Corte le pidió a Chile que obligara (no que convenciera) a su población (porque el convencimiento requiere tiempo, verdades y razones), a estar de acuerdo con la diversidad de orientaciones sexuales que a últimas fechas se ha propuesto; a aceptar a las personas con orientación sexual no heterosexual; a llevar a sus hijos a la casa de personas con orientaciones sexuales diversas; pero sobre todo, a usar a tres niñas pequeñas en un experimento social, y como estandarte en medio de una batalla ideológica alejada de la ciencia; y que el padre de las niñas y el Estado se quedaran cruzados de brazos esperando a ver si éstas resultaban, pasados los años, con daños psicológicos o no.

Si bien es cierto que la CoIDH insistió en que el interés del menor no debía ser pretexto para discriminar a una persona por su orientación sexual, “tampoco los Tribunales pueden valerse del bienestar de los menores en un caso concreto para acabar con situaciones de “discriminación estructural” o promover el “avance social”, si ello puede realizarse desde otros medios (en especial, aquellos de carácter legislativo)”<sup>300</sup>.

Sobre la fundamentación de lo resuelto por la Corte, al no encontrar apoyo en el articulado de la CADH, adoptó las consideraciones del TEDH principalmente del asunto *Salgueiro Da Silva vs Portugal* como criterio orientador, la Observación general 20 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y los Principios de Yogyakarta (elaborados por particulares), es decir, documentos no vinculantes para Chile, y ninguna evidencia científica.

Sobre el carácter de innato e inmutable que le concede la CoIDH a la homosexualidad, prescindiendo de la valoración biológica de la sexualidad, y toda

---

<sup>300</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 207.

vez que “en definitiva parece difícil establecer cuál es el nivel de atracción o de relaciones con personas del mismo sexo que determinan si una persona es homosexual o bisexual (o si tiene cualquier otro tipo de “atracción sexual”), y debido a “que parecería más una decisión de la vida privada de una persona que un asunto sobre cuya inmutabilidad pueda pronunciarse un Tribunal”<sup>301</sup>, consideramos incongruente la postura de la CoIDH, más cercana al activismo que a la evidencia científica.

En este caso, “la Corte IDH propone a la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación sin que ello pueda desprenderse del texto expreso de la Convención. Si bien no se trata de un “nuevo derecho” creado por la Corte IDH, sí significa, en términos de Sagüés, una interpretación mutativa por adición del texto convencional”<sup>302</sup>. Por lo que Valdivia considera que “dicha interpretación no debiera imponerse a todos los Estados Americanos, pues la materia es particularmente controversial al no existir consenso, ni sobre el concepto de orientación sexual y su consideración como categoría sospechosa, ni sobre un cambio en el concepto de familia”<sup>303</sup>.

### 3.3. Alcance de la facultad de interpretación de la CoIDH

Sobre los problemas jurídicos planteados por esta sentencia se encuentra, entre otros, el alcance de la facultad de interpretación que tiene la Corte Interamericana, que si bien se han hecho algunos comentarios al respecto, es importante precisar algunas cuestiones.

Lo primero que resulta de la lectura de la CADH es que no es una facultad sino una atribución que le da la propia Convención en su artículo 62, fracciones 1 y 3, toda vez que es una obligación que ha de ejercer, se entiende que sea cuando se necesite, no cuando quiera o se le ocurra.

La interpretación de una norma implica descubrir lo que quiso decir el legislador y aplicarla en ese sentido. En el caso de los tratados se entiende que son elaborados por los Estados Parte, pues aun cuando sea un organismo el que elabore el proyecto inicial, serán los Estados quienes decidan dejarlo igual o modificarlo, ya que al igual que en un contrato, son las partes quienes deciden a qué se obligan y cómo se obligan.

---

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 187.

La interpretación de un tratado se puede dar a través de las normas consuetudinarias o según se haya convenido en el propio documento, esta sería una interpretación convencional. Pero regularmente no se acuerdan las normas de interpretación en los instrumentos internacionales, por ello los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados las establece.

¿Cuándo se necesita interpretar una norma?, cuando su redacción no es clara, o cuando el significado de las palabras es ambiguo, oscuro o confuso.

La primera interpretación que hace un juez es atendiendo al sentido gramatical de la norma, se busca que la interpretación sea lógica, esté acorde con el sistema, es decir, con el conjunto de las normas a las que pertenece y con la trayectoria histórica que ha seguido ese conjunto de normas, o en su caso la figura jurídica contenida.

De este modo, la Convención de Viena establece reglas generales y medios complementarios de interpretación que deberá seguir cualquiera que tenga la atribución de interpretar un tratado.

Como regla general, el tratado se debe interpretar, de buena fe; conforme al sentido corriente de los términos del tratado; según su contexto y; teniendo en cuenta su objeto y fin.

Sobre el contexto, la fracción segunda del art. 31 dice que éste comprende el texto (incluidos su preámbulo y anexos).

Los anexos son todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado. Y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado que haya sido aceptado por las demás partes como instrumento referente al tratado.

También se prevén acuerdos ulteriores. Es decir, todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones. E incluso prácticas ulteriores, o sea, toda práctica seguida con posterioridad en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del mismo. Se entiende que puede constar de cualquier forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Al final del artículo 31 se aclara, que sólo se le dará a un vocablo o término un sentido especial, si consta que esa fue la intención de las partes.

El artículo 32 se refiere a los medios de interpretación complementarios, y señala que el intérprete puede acudir a ellos una vez que haya aplicado el artículo 31, con el objeto de: 1. Confirmar el sentido de la interpretación; 2. Determinar el sentido cuando la interpretación haya dejado ambiguo u oscuro el sentido; o, 3. Que conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Los medios complementarios son los trabajos preparatorios del tratado y, las circunstancias de su celebración.

Aunque las reglas de interpretación de cualquier tratado internacional son muy claras, la CoIDH ha dicho que los tratados internacionales de derechos humanos no son iguales a los demás, y por tanto no protegen intereses particulares de los Estados, y sus obligaciones no son en reciprocidad con los demás Estados, sino para con sus habitantes. De esta forma, no aplica el 31 de la Convención de Viena en exclusiva, sino que aplica el 29 de la CADH que establece un criterio amplio a favor del ejercicio y goce de los derechos y libertades reconocidos en la CADH. Y que considerando el Principio *Pro Homine*, debe prevalecer la norma más favorable para la tutela de los derechos protegidos por la Convención, o la que prevé la restricción menor<sup>304</sup>.

Lo anterior puede entenderse y se acepta que en aras de una mayor protección de los derechos humanos frente al poder del Estado, la CoIDH utilice el Principio pro persona, y éste no tenga límites en cuanto a los derechos humanos en estricto sentido, o en cuanto a los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles previstos en el tratado, y por ello, tratándose de la atribución interpretativa, ésta alcanza hasta donde la norma prescribe, y si no se entiende, hasta lo que pueda deducir que quiso decir el legislador, o en este caso lo convenido por los Estados partes.

Pero por un principio de seguridad y certeza para todos, la interpretación de la CADH debe estar sujeta a las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales, como cualquier otro, y a los criterios específicos convenidos en el tratado y a su objeto y fin. Así, cuando la CoIDH señala que los tratados deben interpretarse según la evolución de los tiempos o con una

---

<sup>304</sup> Alonso Regueira, E., (Director), La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho Argentino, Comune, Josefina y Lustertein, Natalia, Artículo 29. Normas de interpretación, Universidad de Buenos Aires, 2012, pp. 520 a 523, consultado el 23 de agosto de 2018, disponible en: <https://docplayer.es/26091137-Articulo-29-normas-de-interpretacion.html>

interpretación dinámica<sup>305</sup>, evolutiva y progresista, que implica que la forma de comprenderlos y aplicarlos depende sólo de ella, y que puede hacerlo como quiera, deja poco espacio para que el Estado afectado pueda alegar razones internas para aplicar el llamado Margen de Apreciación Nacional<sup>306</sup>.

El tribunal interamericano debe recordar que así como sostiene que hay normas específicas de interpretación convencional en el art. 29 de la CADH que deben seguirse. La Corte debe ser respetuosa de la voluntad de los Estados (que finalmente no se representan a sí mismos, sino a sus ciudadanos, a su población), y reconocer que convencionalmente también está prevista una forma de aumentar libertades y derechos a la Convención en los artículos 31, 76 y 77 de la CADH con un procedimiento específico. Por tanto, la atribución que le mandata la CADH es de interpretación en todo aquello que no implique la modificación o adición de derechos y libertades.

Habría que pensar si un tribunal puede actualizar el derecho a fin de tener en cuenta las nuevas exigencias de la época; y si es válido llamarle “interpretación de un texto” cuando no lo toma en cuenta, o cuando “cita un texto que de ningún modo puede soportar semánticamente tal conclusión” porque de ser así, estaríamos ante “un fraude de etiquetas”<sup>307</sup>.

La CoIDH debió considerar que si hubiera consenso en los países sobre estos temas, ya se hubieran hecho las modificaciones pertinentes en la CADH, de acuerdo al procedimiento que la misma señala, y si no lo había en 2012 que emitió su sentencia, mucho menos lo había en 2004 cuando la Corte chilena dictó la suya. Recordemos que en 2010 apenas 3 países latinoamericanos tenían como causa de discriminación la orientación sexual<sup>308</sup>.

Para interpretar la Corte que dentro de la expresión “otra condición social” se puede incluir la orientación sexual, tendría que demostrar que ésta lo es. Pero cuando se habla de condición social se refiere a la “situación de un individuo en una comunidad en relación a los otros miembros de esta comunidad”<sup>309</sup>, así, la condición jurídica es la situación de un grupo o de un individuo ante la ley; la

---

<sup>305</sup> *Ibidem*, p. 527.

<sup>306</sup> Silva Abbott, Max, *Op. cit.*, p. 93.

<sup>307</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 163.

<sup>308</sup> Ver rubro 2.2.2.1. Alegatos de la CIDH, de este trabajo.

<sup>309</sup> Tesoro de la UNESCO, disponible en:

<http://vocabularies.unesco.org/browser/thesaurus/es/page/?uri=http%3A%2F%2Fvocabularies.unesco.org%2Fthesaurus%2Fconcept6181&>

condición profesional se refiere al nivel profesional que ha alcanzado; entonces, la Convención cuando habla de condición social, parece referirse a la estratificación social, no a la orientación sexual de la persona, por tanto, tampoco se podría afirmar que está incluida por esta vía.

Por esta razón, la Corte usó “el controversial argumento sistemático de interpretación” que le permite utilizar selectivamente instrumentos internacionales o textos de otros organismos internacionales para interpretar la CADH<sup>310</sup>, específicamente la interpretación que ha hecho el TEDH de su Convenio (en algunos casos), y la observación general N° 20 en donde el comité de seguimiento del tratado (sin facultad para ello), interpretó el PIDESC, basándose en los llamados Principios de Yogyakarta (que ni siquiera son un instrumento internacional porque no fueron elaborados por un organismo internacional, sino asociaciones LGBT y académicos que las apoyan). En dicha observación general se señaló que: “En «cualquier otra condición social», tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”<sup>311</sup>.

Como se señaló antes, y en virtud de que los países no se ponían de acuerdo para aceptar estos temas, la estrategia de quienes promueven la diversidad sexual fue convencer a un grupo pequeño, el Comité de Derechos Humanos, para que expidiera la Observación N° 20 (aunque careciera de facultades), en vez de denunciar el tratado y solicitar una reforma o adición al mismo, porque implicaría debates a nivel países.

El ejemplo anterior que pone el propio Comité, sobre la discriminación a las personas transgénero, transexuales e intersexo, sirve para apuntar que el exceso

---

<sup>310</sup> De Jesús Castaldi, Ligia y Oviedo Álvarez, Jorge, *Op. cit.*, pp. 51 y 52.

<sup>311</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, párr. 32 y Cita N° 25, disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN20](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN20)

de defensa de un grupo minoritario (cuando se hace con ligereza porque no se analizan las causas, ni se buscan verdaderas soluciones), puede propiciar abusos por parte de algunos de sus integrantes. Algunos abusos podrían ser el acceder con anticipación a una pensión, pues un varón podría ostentarse como mujer transexual para efectos de solicitar la jubilación anticipadamente y en consecuencia la pensión que no obtendría como hombre; o como los casos que ya comienzan a darse en tratándose del cumplimiento de una pena de cárcel, en donde un hombre se ostenta como mujer transexual y purga la pena por el delito de violación en una prisión para mujeres, poniéndose en riesgo la libertad sexual, la integridad e incluso la vida de las reclusas. O muchos otros casos que han empezado a surgir a partir de la normalización de conductas todavía clasificadas por los especialistas como trastornos mentales.

En resumen, en este caso los jueces interamericanos, de la nada interpretan el artículo 1 de la CADH y sobre la orientación sexual dicen que dice, lo que en realidad no dice, del mismo modo que ocurrió en el juicio de Artavia Murillo vs Costa Rica cuando interpretaron el artículo 4.<sup>312</sup>

### 3.4. La violación al debido proceso por parte de la Corte Suprema de Chile

A lo largo de la sentencia, la Corte Interamericana señaló errores de procedimiento del Poder Judicial chileno y sugirió que los jueces nacionales habían sido parciales, no obstante determinó que los representantes de la Sra. Atala y la CIDH no aportaron pruebas suficientes para considerar que Chile cometió faltas que violentaron el derecho al debido proceso de la Sra. Atala y por tanto declaró que el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención<sup>313</sup>.

La Corte internacional señaló que “una violación del artículo 8.1. por la presunta falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales”<sup>314</sup>, y aunque

---

<sup>312</sup> Saldaña Serrano, Javier, en el Prólogo de Artavia Murillo vs Costa Rica: Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro, CISA, 2017, pp. 12 y 13.

<sup>313</sup> CIDH, Sentencia Caso Atala Rifo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párrs. 182-192.

<sup>314</sup> *Ibidem*, párr. 190.

parece que les otorga el beneficio de la duda a los jueces chilenos, a lo largo de la sentencia da a entender que resolvieron de ese modo por sus atavismos.

### 3.5. La falta de protección de la familia por parte del Estado chileno

La CoIDH consideró que Chile no protegió un supuesto derecho a la familia y a vivir en ella, sin embargo es necesario precisar que aunque la familia se menciona en todos los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos, e incluso existe un movimiento internacional pro familia, no es un derecho sino un hecho, es decir, es un elemento natural y primario, base de toda sociedad, que nace de la unión de un hombre y una mujer cuando ésta produce hijos.

En virtud de que ningún tratado internacional da una definición o concepto de familia, con base en la biología, en la sociología, la historia de la humanidad y algunos conceptos de derecho, me atrevo a proponer una definición: Es un conjunto de individuos, formado originalmente por un hombre, una mujer y sus hijos, que se vinculan por lazos de sangre, permanecen unidos por sentimientos de afectividad, residen regularmente en la misma vivienda, comparten recursos y se sostienen de un gasto común para cubrir sus diversas necesidades, y es célula base de cualquier sociedad.

El concepto propuesto nace de la consideración de que la familia tiene como finalidad la generación, cuidado y desarrollo de nuevos individuos, cuyo objetivo es formarlos en valores para que se integren adecuadamente en la sociedad. Sobre los valores que transmite cada familia están los personales de los padres que les dan un carácter de familiares (regularmente proceden del grupo social en el que está inserta esa familia), y a la vez nutren a la comunidad. Los valores universales (que son los generales y compartidos por los seres humanos en cualquier parte del mundo), a veces son vistos por quienes sostienen posturas relativistas y postmodernas, como si de valores tradicionales se tratara en oposición a supuestos valores modernos.

No obstante lo anterior, no está en una Corte y mucho menos una internacional, el juzgar si estos valores han de practicarse o no al interior de un país, pero sí considerarlos para no imponer valores propios, por eso llaman la atención, las constantes críticas de la CoIDH hacia Chile sobre el valor que le da a la familia (que la Corte bautiza como tradicional), y la protección que le prodiga.

La CoIDH, que en este caso fue muy selectiva en sus fuentes, no consideró lo que el Comité de derechos del niño señala sobre las tradiciones sociales de cada país. En sus observaciones, el Comité alienta a los Estados Partes “a respetar los valores tradicionales, siempre que éstos no sean discriminatorios (artículo 2 de la CDN) ni perjudiciales para la salud y bienestar del niño (art. 24.3), ni vayan contra su interés superior (art. 3)”<sup>315</sup>. El mismo Comité, aunque reconoce que “existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”, considera que el desarrollo físico, personal y psicológico de los niños pequeños “está mejor atendido mediante un pequeño número de relaciones estables y afectuosas.” En general, estas relaciones consisten en una combinación de madre, padre, hermanos, abuelos y otros miembros de la familia ampliada<sup>316</sup>.

De todo lo anterior se deduce que por ser un elemento natural, el Estado no puede inventar la familia ni modificarla, sólo reconocerla y protegerla. Por eso sólo es regulada por el Derecho para una mejor convivencia y protección de sus integrantes.

Esta protección es reconocida en todos los instrumentos internacionales, la pregunta es ¿qué tipo de familia ha de proteger cada país?, la CoIDH en su afán de señalar a Chile como discriminador, afirmó que no existe un modelo específico de familia y para justificarse realizó una interpretación sistemática con una lectura selectiva<sup>317</sup>, por no decir descontextualizada, de casos, tratados en otras regiones y observaciones de comités internacionales. Por ello, para responder la pregunta remitimos a lo que el Comité de derechos económicos, sociales y culturales señala en sus observaciones 16 y 19, es decir, que cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, ésta debe ser objeto de su protección (Ver rubro 4.1.47 de este trabajo).

Más claro no pudo ser el Comité, la CoIDH que sí leyó estas observaciones porque las citó, cometió un atropello contra la soberanía de Chile (que hasta el Comité reconoce), violentando el sistema interamericano de derechos humanos y los equilibrios que como organismo internacional está llamado a cuidar.

---

<sup>315</sup> Comité de los derechos del niño, Observación General N° 7 (2005), *Op. cit.*, párr. 8.

<sup>316</sup> *Ibidem*, párr. 19.

<sup>317</sup> De Jesús Castaldi, Ligia y Oviedo Álvarez, Jorge, *Op. cit.*, p. 54.

Ahora bien, debido a que la dinámica de algunas familias ha cambiado, según los acuerdos a los que han llegado los padres entre ellos y a veces para con los hijos, los países, sin dejar de reconocer a la familia natural, protegen dinámicas en las que se incluyen más familiares (familia ampliada); en las que por divorcio, separación o muerte de alguno de los cónyuges les llama monoparentales; o aquella que conforma una familia monoparental con un nuevo cónyuge (reconstituida), o igualmente dos familias monoparentales.

Como se ha mencionado antes, después de la introducción de la ideología de género, algunos grupos<sup>318</sup> intentan por todos los medios que los sistemas jurídicos acepten las uniones homosexuales o igualitarias como matrimonio y cuando tienen hijos (adoptados, biológicos o por medio de TRA<sup>319</sup>), como familias homoparentales. Tal es el caso de la Corte Interamericana en su papel de activista, “sirviendo a una ideología liberal de corte radical”<sup>320</sup>, que en este asunto insistió que no se había protegido la familia formada por la Sra. Atala, la Sra. De Ramón, “un niño, tres niñas, un perro, una perra, un gato y una casa”<sup>321</sup>, aunque el término usado por la Corte es que había un “vínculo cercano entre ellos” (formado en los 7 meses que llevaban de relación las señoras), y por tanto, era “visible que se había constituido un núcleo familiar”<sup>322</sup>.

Es importante pensar que si el vínculo cercano fuera un elemento decisivo para conformar un núcleo familiar (como parece serlo para la CoIDH), actualmente los jóvenes que se van a vivir a un mismo departamento y comparten gastos, conformarían un núcleo familiar. Situación que de aceptarse así, produciría muchas consecuencias jurídicas, y seguramente muchos conflictos.

En cambio, es conveniente considerar que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos reconocen al matrimonio y a la familia como instituciones naturales porque generan ciudadanos (en donde se les protege y se les forma), por lo que deberían de considerarse criterios no como los arriba aceptados por la CoIDH, sino verdaderos “criterios de distinción relevantes a la complementariedad

---

<sup>318</sup> Por ejemplo ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex), que es una red internacional con estatuto ante el Consejo Consultivo del ECOSOC de Naciones Unidas (ver <http://undocs.org/E/2016/INF/5>), y realiza un intenso cabildeo internacional y al interior de los países para la aceptación de las diversas orientaciones sexuales y el reconocimiento de derechos específicos para el colectivo LGBTI: [https://ilga.org/es/es\\_home](https://ilga.org/es/es_home)

<sup>319</sup> Técnicas de Reproducción Asistida.

<sup>320</sup> Saldaña Serrano, Javier, *Op. Cit.*, p.13.

<sup>321</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 176.

<sup>322</sup> *Ibidem*, párr. 177.

y a la potencialidad procreativa de la unión heterosexual<sup>323</sup>. Esto, independientemente de que cada país acepte o no las uniones igualitarias<sup>324</sup>, porque “no todas las uniones entre las personas resultan de la misma relevancia para los ordenamientos jurídicos; sirva como ejemplo la amistad, la que a pesar de tratarse de un bien valioso, no requiere el reconocimiento jurídico de ningún ordenamiento pues posee en sí misma un carácter netamente privado e imposible de institucionalizar”<sup>325</sup>.

“Por ello, proteger y promover el modelo heterosexual de la familia y del matrimonio tiene una justificación objetiva y razonable que consiste en el interés del Estado por privilegiar aquellas uniones que dan base a la familia y preservan la sociedad, siendo el medio adecuado y necesario para ello, una especial tutela jurídica de quienes se unen y hacen vida en común con el fin de procrear y educar a los hijos”<sup>326</sup>.

Por cuestiones de espacio y tiempo no profundizaré en lo que la sociología, los comités y hasta Wikipedia entiende por núcleo familiar, es decir, el conformado por el padre, la madre y los hijos, y sólo mencionaré que el uso indiscriminado y a modo de terminología técnica que usa la CoIDH, pone en duda la seriedad de su sentencia en este aspecto.

En cuanto a un supuesto derecho a tener una familia, la naturaleza y la CADH son muy claras, quien pueda tener una familia que la tenga. El art. 17.2 de la Convención reconoce (no otorga), un derecho del hombre y la mujer a “fundar” una familia, y acepta que esté supeditado a la edad de la pareja y los requisitos que cada país determine.

El derecho a vivir en familia como tal, sólo está reconocido a los niños en la CDN, en el art. 8 cuando habla de preservar sus relaciones familiares, y en los arts. 20 y 21 cuando establece que si el menor es privado de su familia por alguna causa, el Estado debe proporcionarle una familia a través de la adopción.

Sobre la injerencia arbitraria en la vida familiar de la Sra. Atala y sus hijos, la intervención del Estado estuvo justificada pues fue a causa de un juicio de

---

<sup>323</sup> Valdivia Aguilar; Trilce, *Op. cit.*, p. 200.

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 202. Si las personas del mismo sexo que cohabitan se ven expuestas a dificultades jurídicas de tipo patrimonial, estas podrían resolverse desde una modificación de las legislaciones patrimoniales de los distintos Estados, sin tener que modificar para ello sus legislaciones familiares.

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>326</sup> *Ibidem*, pp. 200 y 201.

tuición, y a través de la autoridad facultada para ello, por eso no puede determinarse que haya sido arbitraria.

Lo que quiso hacer la Corte Interamericana, forzando artículos de la CADH y apoyándose en algunos textos seleccionados de casos del TEDH, fue determinar que las Sras. Atala y De Ramón constituían junto con los hijos de la primera, los perros, el gato y la casa, “una familia absolutamente normal” y “cercana a lo idílico”<sup>327</sup> y con un proyecto de vida que se rompió cuando la Corte Suprema de Chile le dio la tuición al Sr. López.

Lo que no consideró es que la familia nuclear estaba constituida por el Sr. López, la Sra. Atala y sus hijas (Familia López-Atala), aunque separados físicamente no dejaron de ser familia por la relación de filiación que existe entre los padres y sus hijos, además seguían un régimen de visitas regular. De hecho, la Sra. Atala había constituido antes otra familia Vera-Atala que subsistía por el hijo de ambos. Lo que no tenían con los señores Vera y López, era vida familiar conjunta, pero cada vez que los hijos se iban a vivir con sus padres hacían vida familiar con ellos.

La cuestión sobre injerencia del Estado tendría que analizarse a nivel pareja, porque la Sra. Atala ya había tenido dos parejas y esas relaciones las habían roto en conjunto ella y sus ex maridos, en esas relaciones de pareja el Estado había intervenido a petición y por tanto tampoco hubo injerencia. En cuanto a la relación de la Sra. Atala y la Sra. Emma De Ramón, no estaba formalizada y por tanto sólo era una relación de hecho, que no constituía ni matrimonio, ni concubinato, ni familia, por lo tanto la intervención del Estado en la vida familiar de los López-Atala no tenía que ver con la vida de pareja que llevaba con la Sra. De Ramón, aunque de hecho viviera en la casa familiar.

También cabe considerar que la Sra. Atala llevó a vivir a una pareja a su casa estando aun casada, pues aun no se determinaba formalmente la anulación del matrimonio, porque en ese momento no existía el divorcio en Chile.

Cuando la Sra. Atala perdió la custodia de sus tres hijas, y su hijo eligió irse a vivir con su papá de manera permanente, subsistió el régimen de visitas regulares, gracias al cual cada que las hijas o el hijo iban a su casa, o se veían en algún lugar de paseo, la Sra. Atala tenía vida familiar con ellos. Como antes la

---

<sup>327</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 176.

tuvieron sus exesposos cuando pasaban tiempos de visita con sus respectivos hijos.

De lo anterior se desprende que tampoco los hijos de la Sra. Atala dejaron de tener vida familiar con su madre.

En virtud de que el artículo 17 de la CADH sólo establece la protección de la familia, y el 11 la injerencia arbitraria en la vida familiar, todo el razonamiento que hizo la CoIDH para tratar de demostrar que se violentó un supuesto derecho de la Sra. Atala a vivir en familia, no tiene sustento jurídico.

### 3.6. Injerencia en la vida privada

Como se dijo antes, para saber si una autoridad interfirió arbitrariamente en la vida privada de una persona, se debe considerar si dicha intervención fue legal o no, y si había una justificación para hacerlo.

La Corte interamericana reconoció en la sentencia que la investigación disciplinaria que se hizo a la juez Atala tuvo un fundamento legal y no fue sancionada por su orientación sexual. Pero afirmó que durante la investigación se indagó de manera arbitraria sobre la vida privada de la juez, porque argumentó que aunque fue en el ámbito laboral, éste está contenido en la vida privada.

No se entiende por qué la Corte junta los dos ámbitos, cuando siempre se han considerado por separado. De hecho existe una normativa nacional e internacional para el ámbito familiar y otra para el laboral.

Quien unió de manera irregular ambas cuestiones fue la juez Atala, pues estando en funciones le solicitó a una subalterna que “transcribiera, redactara e imprimiera oficios a nombre del Juzgado de Letras y de Menores de Villarrica”, en los cuales se pedían diligencias en la causa de custodia en que la juez Atala era parte litigante. Es decir, que ante la actuación irregular de la juez, cabía la posibilidad de que se estuviera conduciendo de forma ilegal en otras cuestiones. Por eso es que se le preguntó a sus compañeros quiénes la habían visitado, qué había hecho, y cómo se había comportado.

El que durante la diligencia se investigara sobre su orientación sexual se debió a dos situaciones, una fue la publicación de las notas periodísticas que hacían referencia a su calidad de “juez lesbiana”, y la otra a que la juez había recibido durante sus horas de trabajo a muchas mujeres, a su pareja y a los papás de su pareja (según declararon sus compañeros de trabajo).

El primer motivo para iniciar la investigación, como reconoció la Corte, era legal, porque el procedimiento de revisión de la actuación de un juez está previsto en el Código Orgánico de Tribunales de Chile (COT), y para la segunda causa también, toda vez que en el mismo código se establece que las facultades disciplinarias que corresponde ver a las Cortes de Apelaciones, deberán especialmente ejercitarse respecto de jueces que se encuentren en alguna de las situaciones mencionadas, dentro de las cuales está, que cuando por la irregularidad de su conducta moral se demerite el concepto público, y con ello se comprometa el decoro de su ministerio (Art. 544 del COT).

Es decir, que ambas situaciones están previstas en ley y por ser un juez, su conducta debe ser intachable, libre de irregularidades, por lo que si trasciende alguna anomalía de su conducta moral al ámbito público, procede una investigación (en ese momento, dentro del contexto chileno, y a nivel mundial, la homosexualidad no era común (la ego-distónica seguía considerada como un trastorno de la personalidad), y causaba escándalo público).

La cuestión a dilucidar era si había habido un exceso en la investigación. Desafortunadamente de la documentación a la que se tuvo acceso, sólo se desprende que el ministro Lillo revisó su computadora, habló con sus compañeros y elaboró un informe de todo lo que encontró, para que la Corte de Apelaciones lo analizara y emitiera una sanción (ver rubro 3.1), pero como señaló que los hallazgos durante la investigación merecían ser observados por la Corte de Apelaciones, la corte Interamericana tachó sus comentarios de prejuicios y estereotipos que constituían discriminación, y extendió la calificación a todos los magistrados porque los comentarios del Magistrado Lillo y sus actuaciones “no fueron desautorizadas ni cuestionadas por la Corte de Temuco”<sup>328</sup>. Como no consta en los escritos a los que se tuvo acceso, la realidad es que no se sabe si sus comentarios fueron desestimados expresamente, pero al no ser considerados dentro de la resolución, se presume que la Corte de Temuco no los tomó en cuenta.

La Sra. Atala declaró ante la CIDH y la Corte que se sintió avergonzada y humillada durante la investigación, y es de suponer que así se siente cualquiera y por ello no hay que dar pie a ese tipo de investigaciones. Cabe aclarar que el

---

<sup>328</sup> *Ibidem*, párr. 219.

COT también prevé que los jueces de letras como la juez Atala apliquen el mismo procedimiento a sus subalternos y les impongan sanciones, por lo que la juez no era ajena a este procedimiento y con tantos años en su cargo, seguramente también lo empleó en algún momento.

Considerando que no se le aplicó a la juez Atala una sanción de las contenidas en el COT para estos casos, y que sólo se le llamó la atención por la primera causa y la segunda nunca se mencionó, y que la injerencia no fue arbitraria sino con fundamento en ley y causa probable, y que fue dentro de un procedimiento en el ámbito laboral que no tuvo ninguna repercusión en la vida privada de la Sra. Atala, resulta incongruente que la CoIDH determinara que hubo injerencia arbitraria de la Corte de Temuco en su vida privada.

### 3.7. La vulneración al derecho de las niñas a ser oídas en un juicio (en violación del principio del interés superior de los menores por parte de Chile)

Sobre el interés superior de las menores, el análisis individual que hace la CoIDH sobre la supuesta vulneración del derecho de las niñas a ser oídas en juicio, resulta absurdo cuando la propia Corte utilizó todo el juicio para ponderar el bienestar de las niñas y los intereses sexuales de su madre, y poner por encima del interés superior de las menores la orientación sexual de la Sra. Atala.

Prueba de ello es que desechó sin mayor averiguación, los testimonios que señalaban que las niñas más pequeñas presentaban confusión de roles sexuales y las posibles consecuencias de ello para su desarrollo emocional y psicosexual. Tampoco consideró relevante que el hijo varón de la Sra. Atala decidiera irse a vivir con su padre y que la hija mayor, en ese entonces de 9 años, se mostrara indecisa sobre si prefería vivir con su mamá o su papá.

En cambio, insistió en que las niñas no fueron oídas en juicio cuando consta en autos que sí lo fueron. Afirma lo anterior porque interpreta que el escuchar a un menor implica dejar constancia de ello, y del por qué no se atiende a lo pedido por el menor, cuando, como ya se vio, la obligación de un juzgador conforme a la CDN es de escuchar al menor, pero no necesariamente dejar constancia de cómo consideró, o qué peso le dio a su dicho (ver rubro 4.5 de este trabajo).

#### 4. Omisión de fuentes relevantes en la argumentación

De la investigación que se hizo y del análisis de la sentencia en comento, se desprende que la CoIDH, en este caso, desestimó con mucha facilidad pruebas que cualquier tribunal nacional hubiera tomado en consideración o hubiera analizado con más detenimiento, cuando de su decisión dependía otorgar o no una custodia de menores.

Del mismo modo, confió y aceptó con mucha facilidad supuestos estudios, afirmaciones e interpretaciones de los mismos por parte de peritos en derecho y no en psicología o psiquiatría, y miró hacia otro lado cuando se le presentaron estudios contrarios a su postura ideológica, aun cuando provinieran de fuentes más confiables.

Consideró selectivamente observaciones de comités internacionales y documentos particulares como si de fuentes de derecho internacional se trataran, y dejó de considerar otras del Comité de Derechos del Niño que contradecían su postura.

Por ello, es necesario relatar algunas de las omisiones de la CoIDH, a grandes rasgos porque ya se han visto a lo largo de este trabajo.

##### 4.1. Sobre la confusión de roles sexuales

Parece que no fueron presentados ni considerados estudios acerca de los efectos y consecuencias que puede causar la confusión de roles sexuales en los niños pequeños, que como se vio en este trabajo, ya existían y podían consultarse, ni tampoco sobre la situación de la homosexualidad en ese momento en los clasificadores psiquiátricos de la APA y de la OMS.

Llama la atención que la CoIDH desechara con tanta facilidad los alegatos de la Corte Suprema de Chile, toda vez que ésta había actuado conforme a la información científica con que se contaba, relacionada con el desarrollo psicológico de las niñas y siguiendo los mandatos de la CDN. Máxime si los hechos ocurrieron en la primera década del siglo XXI.

Además de no haber investigado más sobre el tema, tampoco consideró el principio de precaución esbozado de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en la Observación N° 14 del comité de este tratado (ver rubro 4.1.2 de este trabajo).

#### 4.2. Sobre la homosexualidad ego-distónica

En este punto, cabe señalar que siendo la Corte Interamericana un organismo internacional, lo lógico es que hubiera verificado en el CIE-10 de la OMS si la homosexualidad seguía o no clasificada como un trastorno mental, porque para la fecha en que emitió su resolución (2012), tanto para la APA como para la OMS la orientación sexual ego-distónica seguía siendo un trastorno mental, y como la Sra. Atala tenía problemas para asumir su homosexualidad, caía dentro de la clasificación señalada.

En vez de investigar, la CoIDH quedó satisfecha con los argumentos de la juez subrogante de primera instancia que opinó que la orientación sexual de la madre no constituía un peligro para la moralidad de las menores, porque la homosexualidad era una condición o forma normal de la sexualidad humana, y no podía hacerse un juicio ético o moral al respecto; y en los informes de los peritos Uprimny y Jernow presentados por la CIDH, cuando Rodrigo Uprimny es un jurista colombiano cuya especialidad es el Derecho Constitucional, no la psiquiatría.

De hecho, en su declaración ante la CoIDH (2010), Uprimny evitó entrar en el debate de “si la orientación sexual es determinada genéticamente o es una decisión” de la persona, desviando el fondo de la cuestión, pues como ya se vio, la orientación sexual es la tendencia o inclinación sexual en varones y mujeres hacia las personas del sexo opuesto y que los seres humanos tienen una orientación sexual definida básicamente por el sexo biológico (ver rubro 1.3 de este trabajo), de esta forma, sólo se limitó a señalar que era una categoría sospechosa porque “no es un elemento racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad” y conlleva “un elemento de privacidad”<sup>329</sup>.

No obstante que en sus declaraciones la Sra. Atala afirmó que tenía problemas para aceptar su condición homosexual y por ello estaba tomando terapia psicológica, de la lectura del caso se desprende que ninguno de los jueces nacionales, ni la CIDH, ni la CoIDH consideraron esta situación ni el diagnóstico correspondiente en el DSM, ni tampoco los peritos en psicología que escuchó la Corte, que en su momento afirmaron que la homosexualidad no era un trastorno mental, sin especificar la diferencia entre la ego-sintónica ni la ego-distónica,

---

<sup>329</sup> CoIDH, Video de Audiencia Pública Caso Atala Rifo e hijas vs Chile, Parte 12, Declaración de Rodrigo Uprimny Yepes en: <https://uprimnyrodrigo.wordpress.com/experiencia-judicial/>, consulta: 25 de julio de 2020.

como hacía el DSM entonces. Siendo el DSM una fuente de información especializada relevante, llama la atención que no haya sido mencionada en este asunto.

#### 4.3. Sobre el Código Orgánico de Tribunales de Chile

No obstante se mencionó el Código Orgánico de Tribunales de Chile, no fue analizado por la CoIDH y por ello no verificó que la investigación disciplinaria había seguido un procedimiento establecido en ley, es decir, aunque de carácter extraordinario porque había surgido de la denuncia de una subalterna de la juez Atala, no se trataba de un acto por parte del Estado encaminado a poner en evidencia la homosexualidad de la Sra. Atala.

#### 4.4. Sobre las Observaciones 16 y 19 del CDHNU

Inexplicablemente la Corte descontextualizó las observaciones generales 16 y 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la familia al hacer citas parciales de las mismas. Toda vez que fundamentó su razonamiento en una frase y no en todo el párrafo (ver rubro 4.1.4 de este trabajo). Es de agregar el hecho de que las observaciones y recomendaciones de los comités internacionales no son jurídicamente vinculantes para ningún Estado.

#### 4.5. Sobre el interés superior del menor

Considerando que Chile alegó haber actuado para proteger el bienestar de las niñas, no queda claro por qué la CoIDH ponderó el interés superior de las menores con el derecho de la madre a desarrollar su nueva orientación sexual, quedando éste por encima de aquel, cuando todos los tratados internacionales que tratan el tema, las observaciones del Comité de los Derechos del Niño y legislaciones de algunos Estados Parte consideran que el bienestar de los menores está por encima de cualquier otra consideración, incluidos los derechos de los padres.

Tampoco se entiende por qué resolvió la Corte que Chile debió demostrar un perjuicio real y actual en el desarrollo de las menores cuando el Comité de derechos del niño en sus observaciones ya había señalado que los Estados debían valorar y evaluar los efectos en los niños de las decisiones que se tomaran, y analizar sus derechos e intereses que pudieran verse afectados por

esas decisiones y medidas adoptadas<sup>330</sup>, como por ejemplo en este caso, prevenir un posible daño en el desarrollo psicosexual de las menores, y evitar someterlas al escrutinio social y un posible rechazo en su comunidad, que por la edad que tenían difícilmente podrían manejar.

Al resolver la CoIDH que no aceptaría un acto de discriminación por orientación sexual so pretexto de salvaguardar el bienestar de las niñas, tácitamente afirmó que Chile debió someter a las niñas a un experimento social para que la sociedad chilena fuera aceptando la homosexualidad sin discriminación alguna, y al no hacerlo por proteger a las niñas, condenó al país por violentar una nueva categoría sospechosa (que como se señaló) no estaba prevista en ningún tratado internacional.

#### 4.6. Sobre el consenso regional

En la sentencia, la CoIDH señaló que la falta de consenso<sup>331</sup> al interior de Chile no podía justificar la discriminación por orientación sexual, cabe recordar que Chile se refería a la falta de consenso entre los países de la región, pues en 2002 cuando inició el asunto, era un tema que aun no se trataba en la mayoría de los países del continente americano.

Incluso para 2015, la orientación sexual tenía reconocimiento constitucional como categoría prohibida de discriminación sólo en ocho Estados del Sistema Interamericano, aunque existían aún once Estados miembros que penalizaban las relaciones homosexuales; tampoco se podía afirmar con certeza que la noción de familia de algunos países comprendiera también a las parejas homosexuales<sup>332</sup>. Situaciones que aun prevalecen con diferente número<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12 y 45.

<sup>331</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 92.

<sup>332</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 182.

<sup>333</sup> Mendos, Lucas Ramón, Homofobia de Estado 2019: Actualización del Panorama Global de la Legislación, ILGA Mundo, Ginebra, 2019, pp.146-148. Según este informe de 2019, en América Latina y el Caribe sólo 6 países aceptan el matrimonio igualitario, y en algunos no en su totalidad sino solo algunas entidades federativas. Chile asumió el compromiso de promulgar el matrimonio igualitario en virtud de un acuerdo de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2016, pero el proyecto de ley se encuentra pendiente en el Congreso desde 2017, razón por la cual se está recurriendo a demandar caso por caso a la oficina del registro civil que no registre as uniones igualitarias como matrimonios.

#### 4.7. Sobre el margen de apreciación nacional

“Esta figura implica el reconocimiento que hace un Tribunal Internacional, de la soberanía estatal y su capacidad para legislar en temas que no constituyen un derecho humano o que no están previstos en tratados y por tanto no violentan los tratados o convenciones sobre los que tiene competencia el Tribunal. El TEDH concede a las autoridades nacionales que decidan sobre una determinada cuestión, concediendo un cierto margen de actuación a las autoridades nacionales, para resolver en aquéllos casos en los que el tribunal internacional considera que los órganos internos están mejor informados y por ello más capacitados que el propio órgano internacional para resolver la cuestión litigiosa”<sup>334</sup>.

“Algunos encuentran su origen en la doctrina de la *marge d’appréciation*, del Consejo de Estado francés, o en la discrecionalidad administrativa de Alemania. Es un criterio de limitación a la actuación judicial de las cortes internacionales que deben respetar los jueces a fin de evitar el intervencionismo, o como se señaló antes, para dar certeza jurídica a los Estados Parte de un Sistema”<sup>335</sup>.

“Desde finales de los años 50, parece ser que la Comisión Europea de Derechos Humanos (antecedente del TEDH), fue el primer órgano de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos que hizo referencia al margen de apreciación, como un derecho de los Estados. Su desarrollo ha sido notorio en el TEDH, no así en otras jurisdicciones internacionales de derechos humanos”<sup>336</sup>.

“En 1971, el TEDH lo usó como tal “margen de apreciación”, en el asunto De Wilde Ooms et Versip vs Bélgica, en donde se señala que: “Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza, y si esto ocurre, evaluar los medios para disiparlo... las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 del CEDH permite un amplio margen de apreciación”<sup>337</sup>.

---

<sup>334</sup> Centro de ética Judicial, A.C., Guía de aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, para Jueces, Magistrados y operadores del Derecho, México, 2018, p. 228.

<sup>335</sup> *Idem*.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>337</sup> *Idem*.

En asuntos más recientes, se ha hecho alusión como causa de este margen de apreciación, a que es procedente, debido a que en algunos temas aún no hay unanimidad de opiniones y que, en conjunto, el derecho parece atravesar una fase de transición. Por lo tanto, se trata de un ámbito en el que los Estados contratantes gozan de un amplio margen de apreciación.

“En este sentido, es importante señalar que los jueces del Tribunal Europeo, hasta ahora y en la mayoría de los casos que han resuelto, han sido muy respetuosos de la soberanía de los países de la Unión Europea.”<sup>338</sup>

Un asunto donde el TEDH aplicó el margen de apreciación nacional y “que causó polémica en su momento fue el de la denuncia de una persona homosexual que quiso adoptar un niño y por retardo injustificado en el proceso no pudo hacerlo. En octubre de 1991 el Sr. Fretté llenó una solicitud de adopción, en diciembre tuvo una primer entrevista y él acusó que lo conminaron a que no prosiguiera (por su orientación sexual). Rechazaron su solicitud en dos ocasiones más, alegando que su estilo de vida no era el más adecuado para proveer de una familia al niño. La Corte francesa lo rechazó porque consideró que no tenía un modelo estable de rol materno, demostrando con estudios que son necesarios ambos roles para el sano desarrollo del niño. Se argumentó después que la discusión no debía girar alrededor de si un padre homosexual tiene la capacidad de ejercer autoridad y cuidar a un niño, sino las consecuencias emocionales en el niño por el estilo de vida del padre. El derecho a elegir una vida sexual no debe confundirse con el hipotético derecho a tener hijos. Se señaló que un padre homosexual no da puntos de referencia sobre la diferencia sexual, necesaria para un sano desarrollo psicológico, crianza del niño y perspectiva de familia. Finalmente el TEDH resolvió en contra del Sr. Fretté al determinar que no había violación del artículo 14 (prohibición de discriminación), ni del 8 del Convenio (Respeto a la vida privada y familiar); pero resolvió a favor del Sr. Fretté en cuanto a que no había tenido un proceso equitativo, y esto sí es violatorio del artículo sexto del Convenio (Derecho a un proceso equitativo), por lo que condenó a Francia a pagar al solicitante la cantidad de 3,500 euros.”<sup>339</sup>

En este caso de *Atala vs Chile* el juez Alberto Pérez Pérez en su voto disidente señaló que aun cuando está de acuerdo con la interpretación evolutiva

---

<sup>338</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 231.

de la Convención, en algunas cuestiones como el concepto de familia, matrimonio igualitario y la adopción por parejas del mismo sexo y por transexuales (después de analizar los casos relacionados a esos temas que resolvió el TEDH), es necesario reconocer un margen de apreciación nacional a los Estados.<sup>340</sup>

No obstante lo anterior y que el art. 27 Suspensión de Garantías, de la CADH, otorga a los Estados Parte un Margen de Apreciación Nacional, la CoIDH considera que el Margen no opera en cuestión de derechos de las minorías sexuales, “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”.<sup>341</sup>

Por ello es necesario señalar que siendo una fuente jurídica relevante, en este caso no sólo no fue atendida, sino abiertamente desechada por la CoIDH.

## 5. Innovaciones jurídicas

### 5.1. Nueva categoría sospechosa: Orientación sexual

Definitivamente esta sentencia marcó una diferencia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, toda vez que es el primer caso que trata sobre discriminación por orientación sexual, y en el que a partir de una interpretación de la CoIDH, ésta considera que la orientación sexual es una categoría sospechosa contenida en la CADH, misma que serviría de precedente para resolver otro caso con posterioridad, el de Flor Freire vs Ecuador<sup>342</sup>.

La Sentencia a favor de Atala Riffo dio inicio a una nueva línea jurisprudencial de la Corte Interamericana al interpretar y aplicar el artículo primero, específicamente la frase “cualquier otra condición social” como un gran casillero en el que este tribunal puede eliminar o introducir a voluntad y sin necesidad de que medie algún acuerdo entre los Estados Parte de la CADH, cualquier índole o situación “social” especial en la que se encuentre una persona, y la Corte en turno considere discriminatoria.

---

<sup>340</sup> Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012, inciso 23.

<sup>341</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 92.

<sup>342</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 81/13 CASO 12.743, Homero Flor Freire vs Ecuador, de 4 de noviembre de 2013.

Es decir, que rompe con la idea de usar sólo los parámetros de discriminación objetivos expresamente señalados por la Convención en el artículo 1°, y abre la válvula de escape de la fórmula de discriminación, creada sólo para situaciones que se pudieran haber olvidado en ese momento y que consistieran en una condición social, no sexual.

Además de la introducción de la orientación sexual como categoría de discriminación, aprovecha para extender sus alcances, porque afirma que incluye la expresión de la orientación sexual y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de la persona. Además con la redacción que usa parece elevarla al rango de derecho: La CoIDH “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”<sup>343</sup>.

“No nos parece razonable que la Corte IDH afirme que la orientación sexual es una categoría sospechosa partiendo de la premisa de que se trata de una característica innata o inherente, dado que no ha tomado en cuenta las consideraciones científicas y antropológicas sobre los aspectos biológicos de la sexualidad humana ni las consideraciones éticas sobre la finalidad de la misma. Esta falta de valoración de la integralidad de la realidad sexual humana parece ser la razón por la que la Corte IDH pretende imponer jurídicamente a todos los países firmantes de la Convención cualquier significado o contenido que los individuos, subjetivamente y sin parámetro conocido quieran otorgarle a su propia identidad sexual”<sup>344</sup>.

## 5.2. Excesos en la supervisión de sentencia

Otra cuestión que se desprende, no de la sentencia, sino del proceso de supervisión de sentencia, es una especie de ampliación de facultades que se arroga la Corte, para extender los efectos de su sentencia a través de la exigencia de que la reparación dictada abarque todos los ámbitos gubernamentales, e introduzca la ideología de género en la capacitación gubernamental y se capacite en “derechos de la comunidad LGBT” como si fueran diferentes a los de las demás personas. Y un grado de intromisión inusitado se deriva de la exigencia de

---

<sup>343</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 133.

<sup>344</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 168.

la Corte de revisar el contenido de los cursos que Chile imparta, razón por la que aun no cierra el proceso de supervisión de la sentencia Atala<sup>345</sup>.

Desde 2005 la Corte trazó esta línea a seguir en un documento con motivo del aniversario 25 de la Corte Interamericana<sup>346</sup>, en el que justificó el grado de exigibilidad a los Estados Parte por la obligaciones contraídas en la CADH, particularmente “cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales”, y justificó que incluso se pueda exigir al Estado que revise cómo opera su sociedad y actúe en consecuencia.

Es importante señalar que aunque “el Estado no está obligado a orientar a sus ciudadanos, mediante la punición penal de todas las conductas morales reprochables, ello no significa que se encuentre en la obligación de promoverlas”<sup>347</sup>. Sin embargo, debido a los excesos en la supervisión de sentencia, pareciera que la CoIDH considera lo contrario.

### 5.3. Polinización cruzada

Otra novedad en esta sentencia, es el llamado acto de “polinización cruzada” entre Cortes internacionales, específicamente con el TEDH, ya que la CoIDH resolvió este caso como frente a un espejo, apoyando y confirmando la sentencia Atala, en el caso Salgueiro Da Silva vs Portugal que había resuelto en avanzada el TEDH, desde 1999. De hecho, escuchó a un perito que había trabajado con el TEDH, propuesto por los representantes de la Sra. Atala, fue el profesor Robert Wintemute del King’s College London<sup>348</sup> (quien parece haber usado el término de polinización cruzada para estos casos).

Wintemute ha fungido como perito en tres asuntos en la CoIDH, sobre los derechos humanos LGBTI y en el TEDH. Ha señalado que después de asesorar a la Corte Interamericana, cita su razonamiento al Tribunal Europeo y viceversa, y que es un ejemplo de la “polinización cruzada” en ambos lados del Atlántico<sup>349</sup>. Lo

---

<sup>345</sup> CoIDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del caso Atala Riffo vs Chile, del 10 de febrero de 2017, *Op. cit.*, párrs. 22 y 29.

<sup>346</sup> CoIDH, La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004, 2005, p. 250, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuarto-siglo.pdf>

<sup>347</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 193.

<sup>348</sup> Actualmente es miembro de un grupo llamado Queer@King's en el Kings College London, que reúne académicos, estudiantes y activistas del movimiento de liberación LGBT y la teoría queer, disponible en: <https://www.kcl.ac.uk/research/queeratking>, consulta: 11 de julio de 2020.

<sup>349</sup> Wintemute, Robert, Polinización cruzada, declaración disponible en: <https://www.kcl.ac.uk/archive/news/law/newsrecords/2017/professor-robert-wintemute-speaks-on-lgbti-human-rights-in-latin-america>, consulta: 10 de septiembre de 2018.

anterior hace pensar que son unos cuantos quienes están haciendo cambios en temas de orientación sexual a nivel mundial.

En este caso, Wintemute declaró que “Una decisión de custodia no discriminatoria no debería referirse a la orientación sexual del padre o de la madre. Debería enfocarse solamente en las capacidades parentales del padre o de la madre, el tipo de hogar que pueden brindar, etc. No debería haber la necesidad de si quiera mencionar la orientación sexual”<sup>350</sup>.

A partir de esta y otra declaración, la CoIDH decidió, que “Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”<sup>351</sup>. Y por tanto, “La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”<sup>352</sup>.

Como se puede apreciar, la llamada polinización cruzada fue adoptada por la CoIDH, sin importar la fuente.

#### 5.4. Se introduce terminología y postulados de género

La CoIDH introdujo terminología e ideas de género en su sentencia que le impidieron considerar incluso el Interés Superior del Menor como el principio que siempre se había alegado que estaba por encima de cualquier derecho.

Además, introdujo en su sentencia tres postulados de la ideología de género, que considera derechos especiales para personas con orientación sexual diversa, a ésta como una causa de discriminación y la deconstrucción del concepto de familia, basándose en un caso resuelto por el TEDH.

Dentro de los postulados introducidos está la consideración que hizo el TEDH de la orientación sexual dentro de las causas de discriminación, al amparo del art. 14 de su Convenio, y la crítica que hizo a Portugal del modelo de familia que este país protegía, igual que la Corte Interamericana hizo en este asunto. La

---

<sup>350</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, Declaración de Robert Wintemute, p. 39, cita 126.

<sup>351</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 111.

<sup>352</sup> *Idem.*

diferencia es que el TEDH, en la mayoría de sus casos, ha atendido a la figura del margen de apreciación nacional contenida en el Convenio Europeo.

#### 5.5. Margen de apreciación nacional no opera para grupos LGBT

Esta doctrina aconseja al órgano internacional o supranacional, abstenerse de subrogar a las autoridades nacionales en la valoración de aquellas circunstancias que permiten configurar las versiones locales de los derechos fundamentales y se relaciona directamente con los fines y límites de la jurisdicción internacional o supranacional en materia de derechos humanos.<sup>353</sup>

No obstante, en este caso, la CoIDH no sólo se apartó de la doctrina del Margen de Apreciación Nacional contenida en la CADH, sino que declaró que no opera para las minorías sexuales<sup>354</sup>, aun cuando el artículo 27 no establece como excepción la orientación sexual, ni la condición social, sino el origen social, es decir, que la interpretación forzada que hizo la CoIDH del artículo 1° de la CADH giró en torno a que la orientación sexual estaba comprendida dentro del término “condición social” y por tanto se consideraba como una categoría sospechosa, pero en este artículo 27 sólo se prevé que no opera la suspensión de obligaciones contraídas en esta Convención, si entraña discriminación fundada (entre otras causas), por el origen social: “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u **origen social.**”

Es decir, que ni siquiera el artículo 27 de la CADH se refiere a condición social, sino a origen social, y aun así, la Corte interpretó que son lo mismo, y por tanto, el margen de apreciación no opera para las minorías sexuales. Aquí cabe recordar que minoría sexual no es terminología usada por Naciones Unidas, y tampoco es un término preciso, pues dentro de las minorías sexuales caben muchos supuestos y no se refiere sólo a la orientación sexual.

---

<sup>353</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 186.

<sup>354</sup> CoIDH, Sentencia Caso Atala Ríffo y Niñas vs Chile, *Op. cit.*, párr. 92.

Por otro lado, en el documento de aniversario de la CoIDH (antes citado), se toca el tema del margen de apreciación en dos párrafos, en los que se da a entender que efectivamente los países tienen el pulso para decidir qué aplica y que no de la Convención, pero la Corte advierte que cualquier diferencia de trato que haga el Estado Parte, deberá cumplir con los parámetros de legalidad y razonabilidad, y hacer un control de convencionalidad del tratado, y agrega que la decisión sobre la justificación de las suspensiones a los derechos humanos impuestas por un Estado queda siempre entregada, en último término, al órgano internacional que supervisa (CIDH y CoIDH), y que esta supervisión internacional es subsidiaria<sup>355</sup>.

Es importante aclarar que el artículo 27 fracción 3 de la CADH señala como obligación para los Estados Parte que quieran aplicarlo, que deberán dar aviso a los demás Estados Parte de la Convención, por conducto del Secretario General de la OEA, no a la CIDH, ni a la CoIDH.

Aun cuando se reconoce la existencia de la figura del margen de apreciación nacional, no parece que la CoIDH sea afectada a su utilización, al menos no con la frecuencia con la que el TEDH ha hecho uso de ella en resoluciones sobre temas en los que no existe un consenso internacional<sup>356</sup>, específicamente sobre la orientación sexual<sup>357</sup>.

## 6. Relevancia de la Sentencia

“Reconocer formalmente la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación, podría significar en la práctica que tanto las autoridades políticas como los particulares y las instituciones que estos forman, se vean obligados no ya a tolerar, sino a promover a través de acciones positivas, las más diversas reivindicaciones de todas las posibles orientaciones sexuales”<sup>358</sup>, incluyendo la pedofilia.

Como se adelantó en el rubro anterior, esta sentencia marca un antes y un después en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, pues además de vincular a las partes, al quedar como un precedente para la propia

---

<sup>355</sup> CoIDH, La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo, *Op. cit.*, p. 270.

<sup>356</sup> En el mismo sentido, Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, pp. 185 y 186.

<sup>357</sup> Cfr. Sentencia Schalk y Kopf vs Austria (2010), párrs. 46, 53, 80, 92, 96-98, 105, 108 y 109; Sentencia Chapin y Charpentier vs Francia (2016), párrs. 15, 48 y 51.

<sup>358</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 180.

Corte, pareciera que se dirige a todos los Estados Parte, y les manda un mensaje, en el sentido de que no tolerará ningún tipo de discriminación por orientación sexual, y más les vale que la vayan incluyendo en su legislación interna. Con esta sentencia la Corte trata de lograr que la población americana acepte y no discrimine a las personas que ostenten una orientación sexual diferente a la heterosexual.

Aunque nadie debe atacar la naturaleza humana ni su dignidad, la CoIDH debió estudiar a fondo qué es la orientación sexual, cuál estaba aceptada y cuál a debate, quiénes la promovían, por qué y para qué, pues al no hacerlo, la introdujo de manera general sin considerar las posibles incorporaciones que acarrea de la pedofilia o del sadismo (ahora consideradas orientaciones sexuales), como categorías sospechosas protegidas por la CoIDH, por lo que es probable que eventualmente deban rectificar este criterio.

Lo anterior se debe a que la Asociación Psiquiátrica Americana hizo en 2013 el mismo ejercicio que en los años 70 para desclasificar la homosexualidad como trastorno mental, pero ahora para normalizar la pedofilia (ver rubros 1.3.1. y 1.3.2.).

En esa ocasión dejó la pedofilia como un trastorno de la personalidad dentro de la clasificación de parafilias, pero la subdividió como hizo entonces con el parámetro de funcionalidad, es decir, que ahora se puede tener la orientación sexual pedófila, si se reconoce que se padece, si se está bien con esa situación (no hay culpa, ni vergüenza), y si se es funcional.

Esto implica que siguiendo la línea que ha marcado la CoIDH, ahora las personas pedófilas lucharán por sus derechos y podrán demandar ante la Corte a quien les discrimine por tener una orientación sexual pedófila.

Como la tendencia de la OMS es desclasificar los trastornos de orientación sexual, tal vez se lleguen a ver asuntos de discriminación por orientación sexual zoofílica o necrófila. Incluso podría exigir este organismo internacional la inclusión en los cursos de capacitación a los funcionarios de un país, el respeto y protección de las relaciones sadomasoquistas, o la derogación de las leyes que persiguen la pederastia y el incesto.

Cabe señalar que la APA, en octubre de 2013, muy poco después de haber publicado el DSM-5, y ante la crítica generalizada, a través de un comunicado aclaró que en realidad había habido un error de texto en el DSM-5, y que no

consideraba la pedofilia como una orientación sexual, sino que debía entenderse como un “interés sexual” y que lo cambiaría en la siguiente impresión del manual.

La aclaración pudo ahorrársela pues si una de las acepciones del interés según la Real Academia de la Lengua española es la “inclinación del ánimo hacia una persona”, y la orientación sexual es la inclinación afectiva hacia una persona, para efectos prácticos ¿qué tanta diferencia puede haber?

Además, mientras se modifica el manual pueden pasar años, y considerando como se manejó la CoIDH en el caso Atala, en el tema de la pedofilia se lanzó una moneda al aire.

## CONCLUSIONES

### 1. Síntesis

El aspecto positivo de la sentencia es que la CoIDH defiende por igual a cualquier persona sin importar sus diferencias, innatas o adquiridas. Aunque es cuestionable la forma como interpreta la CADH sobre si se protege o no a una persona que es discriminada por su orientación sexual, cuando ésta es la causa de un posible perjuicio a menores de edad.

Como puede apreciarse en este asunto, el aspecto negativo existe porque la Corte Interamericana protege la orientación sexual por encima del interés superior de los menores.

En este caso, el hecho de que la Sra. Atala se asumiera como lesbiana, no fue lo que motivó al padre de las niñas a solicitar la tuición (es muy probable que esa situación haya sido la causa del divorcio y por tanto conocía de antemano la inclinación sexual de su exesposa), ni a los jueces nacionales a otorgarla al padre, sino que la madre pusiera en una situación de riesgo emocional y psicosexual a sus hijas al llevar a su pareja a vivir a su casa. Tan es así, que la Sra. Atala y la Sra. De Ramón tenían algunos meses de relación afectiva antes de llevarla a vivir a su casa, y su relación se había desarrollado sin que alguien interfiriera en ella, ni en su vida privada, ni en el ámbito laboral.

La Sra. Atala denunció discriminación por su orientación sexual, porque la Corte Suprema de Chile le retiró la custodia, pero lo mismo habría pasado si el Sr. López hubiera tenido la custodia e invitara a una pareja a vivir a su casa junto con las niñas, y la relación del Sr. López con esta pareja les pudiera provocar a las

niñas algún daño emocional, o si en vez de tener una pareja heterosexual estable tuviera muchas.

El mismo ejercicio se puede hacer si se piensa que la Sra. Atala hubiera tenido una pareja heterosexual y al invitarla a vivir a su casa y por la convivencia con esa persona (ya sea por la relación entre ambos, o por su hablar y conducirse), pusiera en riesgo el desarrollo emocional y psicosexual de sus hijas, porque en realidad la causa que motivó el cambio de tuición fue la convivencia con la pareja, no la orientación sexual de la Sra. Atala. Por ello es difícil considerar que la tuición provisional concedida al Sr. López fue incorrecta, pues se actuó conforme a derecho y en igualdad de condiciones de los padres, y de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, y por tanto considerando con preponderancia el bienestar de las niñas sobre los derechos e intereses, y la orientación sexual de los padres.

Entonces la conducta sexual de la madre (no su orientación sexual *per se*), sí fue motivo de análisis por la Corte chilena, pero sólo en la medida en que pudo causar un daño a sus hijas. En cambio para la CoIDH, esa conducta sexual jugó un papel preponderante, al grado de que la defendió aun por encima del bienestar de las menores.

Aunque constantemente se hizo esta pequeña y sutil diferencia por parte del Estado chileno (que se puso en riesgo el desarrollo emocional y psicosexual de las niñas), la CoIDH no distinguió entre la asunción de la homosexualidad de la Sra. Atala y la práctica de ésta involucrando a sus menores hijas, incluso señaló que eran una misma (la asunción y la práctica).

De la sentencia y demás documentos que se tuvieron a la vista, queda claro que el hecho que detonó la actuación judicial fue la solicitud de custodia por parte del Sr. López, porque la Sra. Atala llevó a su pareja a vivir a la casa familiar, no la homosexualidad *per se* de su exesposa.

De los textos que transcribe la CoIDH se desprende que la demanda acusaba que la señora Atala no se encontraba capacitada para velar y cuidar de sus hijas, debido a que “su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer”, estaban produciendo consecuencias dañinas al desarrollo de las menores.

Es decir que el actor unió en su demanda la orientación sexual con la convivencia lésbica, no denunció exclusivamente la homosexualidad de su

exesposa como posible causa de daño, sino como causa que explicaba por qué se había dado la situación que estaba provocando el daño, o dicho de otro modo: debido a que la Sra. Atala eligió la nueva orientación sexual homosexual, ahora vive con su pareja y las niñas, y ésta convivencia lésbica es la que puede dañar a las menores, confundiendo su psicosexualidad y llevándolas además hacia el ostracismo social.

No obstante, la CoIDH siguió la postura de la contestación de la demanda de la Sra. Atala, que sostuvo que se le acusaba de inhabilidad parental por su orientación sexual, cuando en realidad se había insinuado la inhabilidad parental de la señora por estar centrada en sí misma, según la demanda del Sr. López.

La Corte Interamericana tampoco aceptó que las autoridades chilenas, en atención a la Convención sobre los Derechos del Niño, previeran posibles daños emocionales para las niñas, y se limitó a señalar que los daños no fueron probados, cuando en realidad había indicios de confusión de roles y de discriminación social (por las declaraciones de los testigos), que tanto las autoridades judiciales chilenas como el Sr. López querían evitar.

Para no entrar al fondo del asunto, la CoIDH aclaró que no era su papel discernir sobre a quién le correspondía tener la tuición de las niñas, sino determinar si las autoridades chilenas habían discriminado a la Sra. Atala por su orientación sexual. Como se dijo, faltó un análisis serio de la CoIDH sobre la discriminación y reflexionar si la tuición es un derecho humano de los padres, o por el contrario, un derecho de los hijos a ser cuidados por sus padres y por tanto una obligación de los padres correlativa a ese derecho de los menores. En cuyo caso, no hay tal discriminación cuando una autoridad judicial elige a uno u otro padre, dependiendo de quién brinde mayor bienestar a los menores.

Tampoco se habló expresamente, por parte de ninguna autoridad, nacional o internacional, sobre el derecho primigenio de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias religiosas y morales, como lo establece la propia CADH en su artículo 12, fracción 4, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18).

CADH, “art. 12, 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

Así como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26-III), que establece que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Es decir, que en este caso, tanto el Sr. López como la Sra. Atala tenían este derecho inherente (contenido expresamente en tratados internacionales), que implicaba considerar cuál ofrecía mejores circunstancias para el desarrollo de las niñas, lo que efectivamente ponderó en su momento el juez de primera instancia chileno, al considerar qué ámbito proveía mayor estabilidad emocional al desarrollo de la personalidad de las menores, y de la manera más equilibrada posible.

Sin embargo, la CoIDH se avocó a interpretar la CADH para concluir que la orientación sexual y la identidad de género eran categorías de discriminación contenidas y protegidas por la Convención Americana.

Ante el alegato de Chile de que al emitir su sentencia la Corte Suprema no había un consenso entre los Estados Parte sobre la consideración de que la orientación sexual era una causa de discriminación, el tribunal interamericano señaló que la presunta falta de un consenso “al interior de algunos países” (aunque Chile se refería a un consenso interamericano), no podía ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles “sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural” que habían sufrido.

Acto seguido la CoIDH determinó que la diferencia de trato por orientación sexual constituía discriminación y que para probarla bastaba que de manera explícita o implícita se hubiera tenido en cuenta “hasta cierto grado” para tomar una decisión. Sin aclarar en qué grado.

En los siguientes párrafos de la sentencia consideró que la demanda que interpuso el Sr. López y por tanto el juicio de tuición, giró en torno a la orientación sexual de la Sra. Atala y las presuntas consecuencias que podrían causar en las menores; que la decisión de la tuición provisional y la sentencia de la Corte Suprema tuvieron como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala, por lo que concluía que se había dado una diferencia de trato basada en esta nueva categoría sospechosa.

Para sostener sus conclusiones, la Corte Interamericana transcribió el alegato de la CIDH en el que afirmó: que los tribunales nacionales se habían

basado en presunciones de riesgo “derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado”.

Al respecto cabe señalar que salvo la demanda del Sr. López en la que efectivamente él hizo presunciones prejuiciosas (que por sus prácticas sexuales estarían expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes y sida), los razonamientos de los dos tribunales chilenos (al menos los transcritos por la CoIDH en su sentencia o el CIDH en su informe de remisión), se enfocaron en salvaguardar el desarrollo emocional y psicosexual de las niñas de posibles riesgos, que nada tienen que ver con prejuicios, sino con lo que las ciencias y la experiencia han concluido. No obstante la Corte Interamericana señaló que los argumentos y el lenguaje utilizado por la Corte Suprema mostraban un vínculo entre la sentencia y el hecho de que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indicaba que la Corte Suprema había otorgado relevancia significativa a su orientación sexual y no a la convivencia con su pareja.

Agregó que la sola referencia al interés superior del menor, sin probar en concreto los riesgos o daños que se les podría ocasionar a las niñas, no podía ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. Y por tanto el juzgador chileno no podía tomar en consideración “esta condición social” como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. Afirmó que las decisiones estereotipadas e infundadas sobre la capacidad e idoneidad parental no eran adecuadas para proteger el interés superior del menor. Así, la CoIDH señaló que la sola mención de la orientación sexual en el juicio de tuición probaba la discriminación, en cambio, la del interés superior de menores no bastaba, había que demostrar un daño cierto, real y actual.

CDN, “artículo 18, 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

Sobre la investigación disciplinaria la CoIDH se enfocó en la opinión personal del ministro Lillo, los sentimientos de la juez Atala (relatados por ella

misma en la audiencia), y en cualquier alusión a su orientación sexual en el informe del ministro investigador. Sin importar que la autoridad decisoria no consideró la orientación sexual para tomar su decisión, y ni siquiera la mencionó.

## 2. A modo de reflexión

Este análisis de la sentencia lleva a reflexionar primero sobre la decisión del juzgador nacional y después sobre la del internacional, pues resolver un asunto que involucra la unión familiar, los sentimientos de sus integrantes y la dinámica de su vida, no es poca cosa y exige un gran esfuerzo de análisis de las circunstancias que provocan el conflicto al interior de esa familia, y de los beneficios o perjuicios por acontecer con la decisión judicial. Decidir estos casos es salomónico, nadie quedará satisfecho y todos habrán sufrido.

Un ejercicio que puede abrir una pequeña rendija de luz que ilumine sobre la cuestión debatida es pensar ¿qué habría pasado si no se hubiera tenido que decidir la cuestión?

Primero hay que preguntarse si hubo cambios en la dinámica de la familia López-Atala (ya no estaba el Sr. López en la casa y en su lugar entró la Sra. De Ramón), o si seguiría igual (dividida en dos por el divorcio, pero en la alternancia de visitas). La respuesta obvia es que sí hubo cambios, y aunque para la Sra. Atala su vida era idílica y hasta incluía dos perros y un gato (porque así lo dice ella), no consta en los documentos del caso a los que se pudo tener acceso, la opinión de los hijos de la Sra. Atala, tanto de las niñas pequeñas de 3, 4 y 8 años, como del hijo adolescente, fruto de su primer matrimonio.

Tampoco hizo referencia a ello la CoIDH, quien sí tuvo acceso al expediente, y un poco de pasada, señaló que las niñas declararon que querían vivir con sus padres juntos (el sueño de cualquier niño que de pronto vive la separación de sus padres), y parece que en caso de no poder vivir juntos, las niñas en ese momento de 4 y 5 años mostraron preferencia por vivir con la mamá, mientras que la de 9 no tanto, según dijo el juez. En cuanto al hijo mayor, la Sra. De Ramón declaró que habían establecido una “relación de mucha comunicación, al menos entre las mujeres de la familia”, y no mencionó al niño, que a raíz de toda esta situación, se fue a vivir con su papá.

Una pregunta que surge es ¿a quién beneficiaba esta dinámica nueva?, es obvio que en primer lugar a la Sra. Atala, pues ella la buscó, probablemente

también a la Sra. De Ramón, pero su situación no es objeto de estudio. ¿A los hijos de la Sra. Atala? No sabemos porque no hay mayores referencias de ello. Lo único que se desprende de esta sentencia es que el juez de primera instancia sí los escuchó, y se presume que hizo las preguntas pertinentes y quedaron las respuestas registradas, mismas que fueron consideradas por el juez y por la Corte Suprema de Chile.

Otra cuestión que se desprende de los procedimientos ante la CoIDH y la CIDH, es que el hijo varón de la Sra. Atala se fue a vivir con su papá. Un cambio más dentro de la dinámica familiar, y tal vez porque con él no establecieron mucha comunicación.

Si el padre de las menores no hubiera reclamado la tuición, ¿seguiría todo igual para las niñas? Del juicio se desprende que tanto la Sra. Atala como la Sra. De Ramón trabajaban y las niñas estaban al cuidado del personal doméstico, es decir, seguirían pasando poco tiempo con su madre por cuestiones de trabajo, y ahora la Sra. Atala con una pareja tendría que dividir su tiempo libre entre sus hijos y la nueva pareja, es probable que pensara que llevándola a vivir a su casa se le facilitarían las cosas.

Hasta antes de eso, es probable que sus hijos no supieran que su madre tenía una orientación sexual nueva y poco común en su país y en su medio social, tan es así que la Sra. Atala declaró que tuvo que tomar terapia para poder asumir públicamente su orientación sexual homosexual. Desconozco si existe terapia psicológica para que una persona heterosexual asuma su orientación sexual heterosexual.

Además del cambio físico (había salido su padre de la dinámica diaria y lo había remplazado una mujer, que dormía con su mamá y también se ostentaba como otra mamá), el cambio psicológico para todos los integrantes de la familia debió ser brutal, sobre todo, para la niña de 8 años y el hijo adolescente. Las pequeñas debieron hacer muchas preguntas que según señaló la Sra. Atala, pudo contestar con la asesoría de su psicóloga.

Si como señalan los estudios sobre el desarrollo humano, la conciencia del sexo al que se pertenece comienza a partir de los dos años, las niñas mayores ya se sabían mujeres para cuando su mamá llevó a la Sra. De Ramón como su pareja, y su referente inmediato era su mamá, además de las personas del servicio doméstico mujeres y sus parientes cercanas, y aunque la pequeñita

apenas empezaba a tener conciencia de ello, la presencia de la Sra. De Ramón en sustitución de su papá debió causarles confusión, sobre todo porque también asumió el rol de otra mamá.

Es probable que, después de la explicación que pudieron haberles dado su mamá y la psicóloga, las niñas más pequeñas pensarán que los papás varones podían sustituirse por mujeres; y la intimidad explícita que pudieron haber tenido en el día a día ambas mujeres, explicaría la declaración del personal doméstico en el sentido de que las niñas tenían confusión de roles sexuales. ¿Cómo asimilaron los niños toda la información que se les dio? no consta en autos.

Aunado a este cambio psicológico, los niños debieron acostumbrarse a una presencia nueva que tomó el lugar del Sr. López, una dinámica nueva derivada de este hecho, y en el mejor de los casos a llevarse bien y disfrutar de la compañía del nuevo integrante, la Sra. De Ramón.

La siguiente situación que estaban empezando a sortear los niños fue la reconfiguración de su dinámica familiar en la sociedad, específicamente en los lugares públicos, en el ámbito escolar y en la socialización con otros en su propia casa y en casas ajenas.

De haber seguido esta nueva dinámica tendrían que acostumbrarse a ser cuestionados, juzgados, y finalmente aceptados o rechazados por cada persona que los tratara, todo ello por las acciones de sus padres (primero porque se divorciaron y después porque cada uno vivía con una nueva pareja, en un país en el que apenas un par de años antes se había aceptado legalmente el divorcio y la aceptación de las minorías sexuales era mínima). La novedad en muy poco tiempo fue que su mamá resultó diferente a las otras mamás y comenzó a dormir con una mujer.

Comprender y aceptar tantos cambios en tan poco tiempo debió ser muy difícil para los niños, al grado que a partir de entonces necesitaron terapia psicológica (según consta); y parece ser que la necesidad de ésta se agudizó por la publicidad que causaron los procedimientos legales y el cambio de custodia, según se desprende de la documentación que se tuvo a la vista.

Si el padre no hubiera reclamado la tuición, o aun cuando lo hubiera hecho y el juez nacional se la hubiese negado, siendo realistas y considerando el entorno social ¿qué situaciones o daños de los que se mencionaron antes se les habría ahorrado a los niños?

Otras preguntas que surgen son: ¿por qué debió someterse a los niños a tantos cambios?, ¿el derecho de los padres a buscar su propia felicidad personal (no se discute que lo tienen), está por encima del bienestar de los niños? Estas preguntas existen desde que el ser humano tuvo conciencia de su paternidad, y las respuestas han dependido de la conciencia moral y el sentido de responsabilidad de cada uno, y aunque el Derecho y sus operadores siempre han procurado la protección de los menores, antes se encontraban ajenos a lo que ocurría al interior de las familias.

La etapa estado-paterno-intervencionista que inició el siglo pasado (casi podría afirmar que a raíz de la introducción de la ideología de género en los sistemas jurídicos), llevó a integrar una fórmula general en la CDN que irradió a los Estados Parte y que ahora le permite al juzgador, cuando le presentan un conflicto familiar, indagar al interior de cada familia qué sienten los menores y si son bien cuidados, queridos y tratados, lo que automáticamente pone los intereses de sus padres un paso atrás del de los niños. En eso, nadie parecía tener dudas en el sistema interamericano, hasta esta sentencia.

Regresando a la pregunta inicial, ¿qué habría pasado si al final la Corte Suprema de Chile no hubiera decidido nada o lo hubiera hecho a favor de la Sra. Atala? Pues que los niños que estaban bajo la custodia de la Sra. Atala habrían tenido que pasar por las circunstancias que por lógica se habrían presentado y que se mencionan en los párrafos anteriores.

Si como en este caso existían los padres de los hijos de la Sra. Atala, la posibilidad de que éstos se hicieran cargo de los menores era viable, así, el hijo mayor de la Sra. Atala se fue a vivir con su papá. Y ya que el Sr. López, padre de las menores estaba dispuesto a cuidar de las niñas, y como señaló el juez de primera instancia, además ofrecía mejores condiciones de vida y estabilidad emocional para las menores, ¿qué necesidad había de hacerlas pasar por una transición, enfrentamiento social o lucha colectiva? que la Sra. Atala sí estaba dispuesta a vivir, como cruzada personal para que la sociedad chilena reconociera su cambio de orientación sexual.

Ante esto, fue lógico que la consideración primordial que tomó en cuenta la Corte Suprema de Chile fue el darles más estabilidad emocional, permitirles un mejor desarrollo psicológico a las niñas y seguramente evitar el *bullying* escolar y social.

Antes de analizar el caso, cualquiera supondría que la Corte interamericana protegería el interés de las menores sobre cualquier otra consideración, pero no fue así. De hecho, le bastó que alguien le dijera que los niños que viven con padres homosexuales no presentan problemas especiales, para que ya no considerara a las menores y se enfocara en determinar la orientación sexual como categoría de discriminación y demostrar que efectivamente la Sra. Atala había sufrido un trato diferenciado (sin importar que fuera por el interés superior de las menores), e incluso llegó a afirmar que no se había probado que fuera por el interés de las menores.

Si como se desprende de esta investigación, había poca información accesible sobre el tema de orientación sexual cuando la Corte Suprema de Chile resolvió el caso (2004) y también cuando la Corte Interamericana emitió su sentencia (2012), ésta Corte debió de haber acudido al Margen de Apreciación Nacional, pues en este caso Chile tenía, y sigue teniendo, un mejor pulso de lo que sucede con sus habitantes.

### 3. Conclusiones

Sin que se piense que estoy a favor de la discriminación de las personas por su orientación sexual o por cualquier otra causa, es importante distinguir entre tolerar y no discriminar, y entre tolerar y promover una agenda que pretende adoctrinar en la diversidad sexual a los niños y adolescentes, no como una forma de tolerancia y no discriminación, sino de opción de vida inocua<sup>359</sup>.

#### 3.1. Sentencia novedosa

Es la primera sentencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos que sostiene que la CADH encuadra la orientación sexual como condición social y por tanto como categoría de discriminación, a la par con la edad, la nacionalidad, la raza, etc. Esto por voluntad de la Corte, sin fundamento legal ni antropológico para ello, lo que implica un exceso en el ejercicio de sus atribuciones de interpretación.

---

<sup>359</sup> La revisión de los libros de la SEP y algunos programas escolares en México muestran un claro adoctrinamiento en el tema de la ideología de género dirigida a los menores de edad en primaria y secundaria, ejemplo de ello son los libros “Equidad de género y prevención de la violencia en preescolar”, y los correspondientes a primaria y secundaria.

Denota desconocimiento por parte de los jueces internacionales, tanto del movimiento LGBT como de su propuesta de “normalizar” los trastornos mentales, como orientaciones o preferencias sexuales sin bases científicas para ello, y de las implicaciones y alcances jurídicos que puedan tener.

Le faltó prudencia a la CoIDH al tratar el asunto de la Sra. Atala e hijas contra Chile, pues debió irse con tiento e indagar a fondo sobre el tema de la orientación sexual, puesto que como se aprecia después de esta pequeña investigación, más que ciencia, hay activismo alrededor del tema.

Con la inclusión de la orientación sexual como causa de discriminación (sin ningún parámetro que delimite cuáles y cuantas son las orientaciones sexuales), la CoIDH abrió la puerta para que la pedofilia, el sadomasoquismo, la necrofilia y la zoofilia (por mencionar algunas parafilias), ahora con la tendencia a convertirlas en orientación sexual, en automático sean categorías de discriminación y a criterio de este tribunal, sean protegidas por la CADH.

### 3.2. Se intenta demostrar que hubo discriminación por orientación sexual

Sobre el procedimiento disciplinario, la Corte Interamericana trató de imponer incluso formas de actuación a Chile, pues criticó qué hizo o no hizo la autoridad nacional durante la investigación disciplinaria. Además, como queda claro en autos, aun cuando ni la denuncia, ni la investigación, ni la resolución se basaron en la orientación sexual de la Sra. Atala, la CoIDH aprovechó las menciones sobre orientación sexual que hizo el Magistrado Lillo en su informe inicial como investigador, para establecer un nuevo criterio: que basta “mencionar” la orientación sexual de una persona para que se considere que ha sido discriminada por ello.

Esta insistencia por parte de la Corte en afirmar que se discriminó a la juez Atala por su orientación sexual, sin considerar objetivamente las circunstancias que orillaron la investigación, denota activismo más que impartición de justicia.

### 3.3. Prima una categoría sospechosa de discriminación sobre el principio de protección de los niños

En esta sentencia la CoIDH dejó como precedente y de manera inexplicable, que no basta que los Estados Parte en las decisiones gubernamentales, señalen que ampararon a niños bajo el manto protector del Principio del Interés Superior del Menor, sino que deben probarlo. En contraposición con la orientación sexual que

para que constituya discriminación “basta que se haya mencionado durante un litigio, o en las deliberaciones previas de un acto decisorio gubernamental, o en el mismo acto, de manera explícita o implícita”.

Por otra parte, la CoIDH consideró que no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar las menores de edad, ni tomó en cuenta el contexto social chileno que se vivía en el momento, ni la falta de aceptación de las minorías homosexuales por parte de los chilenos (62% de los encuestados según declaración de la asistente social no aceptaban la homosexualidad), por lo que otorgar la custodia a la madre implicaría agregar a las niñas una carga más de vulnerabilidad, al colocarlas en el ambiente de un grupo minoritario abiertamente rechazado.

De hecho, sustentó su resolución, no en lo que había dicho una mamá del colegio de las niñas en el sentido de que ya había pláticas entre los padres de familia para no permitir que sus hijos fueran a casa de las niñas, sino en los testimonios de otros padres de familia que habían declarado que ellos no discriminaban a las niñas por la orientación sexual de la madre; y uno se pregunta ¿qué esperaba encontrar el tribunal, que los testigos declararan que eran discriminadores?

A lo largo de la sentencia se desprende que la Corte interamericana antepuso los intereses de un adulto y de un autodenominado “colectivo” sobre el bienestar de los menores, afirmando que el Estado chileno no demostró que hubieran daños psicológicos o emocionales en las menores, sin considerar el principio de precaución que debe imperar en tratándose de niños, que implica la prevención de los daños a mediano o largo plazo.

Por ello considero que este tribunal interamericano vulneró el bienestar de los niños aunque haya afirmado estar protegiéndolo.

Al igual que en el asunto de *Artavia Murillo vs Costa Rica*, aquí tampoco protegió los derechos humanos de los niños, sino que abiertamente la Corte actuó como activista de la ideología de género, faltando a los principios de independencia, imparcialidad y objetividad que debe seguir.

Al no llegar a un equilibrio entre el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus ideas y creencias, la orientación sexual alegada como derecho por la Sra. Atala y la obligación de cualquier autoridad (nacional o internacional) de buscar el interés superior del menor, parece que la CoIDH

impone a Chile la ideología de género, y de manera indirecta al propio Sr. López y a todo chileno, al atacar el modelo de familia biológica y la pareja binaria, calificando cualquier idea al respecto como “estereotipo discriminatorio” y como “reproducción de estereotipos asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales”, y al decir que la Corte Chilena tiene una “percepción limitada y estereotipada” sobre el concepto de familia.

Ello recuerda las razones por las que la DUDH estableció el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, entre ellas, la intervención del totalitarismo nazi en la familia, con una ideología específica y contraria al natural derecho de los padres de velar por sus hijos y educarlos<sup>360</sup>.

#### 3.4. Se debe probar que se ha oído en juicio a los menores

La Corte determinó que el Estado chileno no probó que había escuchado y tomado en consideración las declaraciones de las menores, pues no explicó ni justificó cómo lo hizo, y por ello determinó que Chile vulneró este Principio.

Sin embargo, ni la Convención sobre los Derechos del Niño ni la CADH señalan un procedimiento específico a seguir, ni las veces o cómo deben ser escuchados los niños. Además, el TEDH (al que la Corte considera orientador), no siempre aplica la facultad de escuchar a los menores en juicio, ni exige a las Altas Partes contratantes que lo hagan sin excepción, por lo que aquí también se considera que la CoIDH se excedió en sus atribuciones, toda vez que sí quedó asentado que los jueces chilenos sí habían escuchado a los menores.

#### 3.5. Se socava la soberanía de los Estados Parte

En esta sentencia la Corte justificó sus alegatos en resoluciones del TEDH, sin considerar que “la importación de tales decisiones sin más, “es una imposición en América del consenso arribado en otro continente.” Además, “la interpretación

---

<sup>360</sup> Ornelas Duarte, Aracely, Responsabilidades, derechos y deberes parentales en la Convención sobre los Derechos del Niño: cambio de paradigma en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2020, Pendiente de publicación, p. 6. “Es lógico que a la familia le sea dada la responsabilidad primaria de la educación porque es en la familia donde el niño aprende primero los métodos de vivir dentro de la comunidad. La familia no puede ser reemplazada por ninguna institución pública o privada que contribuya a la educación. (...) Los derechos del niño son sagrados porque el niño no puede demandar su implementación, los padres son las personas más naturales para hacerlo. Este es el sentido del primer párrafo de la enmienda holandesa. El segundo enunciado sigue de manera lógica al primero. Los padres no podrían llevar a cabo esta responsabilidad primaria a menos que ellos puedan escoger la clase de educación que sus hijos deben tener. La Alemania nazi, donde la juventud de Hitler privó a los padres del control sobre sus hijos nos da una experiencia que no se debe permitir que vuelva a suceder”, William Anthony Schabas.

evolutiva conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo llevó a la Corte de San José a interpretar la Convención obviando el texto expreso y el sentido explícito de la misma; obligando a los Estados a asumir obligaciones a las que en un principio no se comprometieron”<sup>361</sup>.

Con esta “interpretación sistemática y evolutiva”, la CoIDH se arroga, por una parte la interpretación libérrima de la Convención y cualquier otro tratado, y por el otro, elevar a rango vinculante tanto categorías, como pseudo-derechos de dudosa naturaleza, e instrumentos internacionales no vinculantes como las observaciones generales de los comités, o textos elaborados por asociaciones particulares que promueven sus propios intereses, evadiendo así el procedimiento de creación o modificación de normas internacionales que requiere del acuerdo y voluntad de los Estados Parte (señalado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y previsto en la propia CADH).

“Ignorar el rol de los Estados en la interpretación de las obligaciones convencionales, genera problemas de legitimidad y efectividad de los derechos reconocidos en la Convención; pues es también característica esencial de los Tratados de Derechos Humanos, que sean, precisamente, los Estados parte quienes diseñen el Sistema de protección de los derechos en ellos reconocidos”<sup>362</sup>.

La Corte Interamericana al tratar de sostener que Chile vulneró un supuesto derecho a vivir en familia de la Sra. Atala, se refirió a la Corte Suprema de Chile como una institución que tenía una “percepción limitada y estereotipada” del concepto de familia. No obstante que la Corte Interamericana carece de facultades para dar un concepto de familia diferente al del país del caso en turno, esto, de conformidad con los criterios de las Observaciones Generales 16 y 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que la propia CoIDH cita y afirma seguir, por lo que considero que su comentario está fuera de lugar y constituye una falta de respeto al Estado y por tanto un exceso en sus atribuciones.

En cuanto a la supervisión de cumplimiento de sentencia del 26 de noviembre de 2013, la Corte marca de manera escandalosa su intromisión en los asuntos internos de Chile, al grado de que no cierra el caso porque quiere revisar

---

<sup>361</sup> Valdivia Aguilar, Trilce, *Op. cit.*, p. 163.

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 182.

que los contenidos de los cursos que le impuso impartir a sus funcionarios, contengan posturas específicas de la ideología de género.

En el escrito de la Corte, a modo de recomendación, le avisa a Chile que los representantes de la Sra. Atala reiteraron su intención de colaborar activamente con el Estado en la creación de capacitaciones permanentes para funcionarios públicos y del Poder Judicial, “que efectivamente incluyan perspectivas de género y de sexualidades diversas”.

Este punto no sólo es grave desde el aspecto jurídico y en demérito del Sistema Interamericano, sino que implica la imposición de opiniones, conceptos y visión de vida de unos cuantos, por encima de todos los demás, a través de la Corte Interamericana, que atropella la soberanía de un Estado Parte, creando un ambiente de incertidumbre jurídica y falta de credibilidad en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

### 3.6. Descontextualización de textos

Esta sentencia tiene varios ejemplos de lectura selectiva, y descontextualización de textos.

Por respeto a la institución judicial, sólo diré que sorprende la Corte al fundamentar sus resoluciones en documentos no vinculantes, o provenientes de organizaciones de la sociedad civil, pero no puedo dejar de apuntar que es inaceptable que cite sólo las partes de un párrafo que apoya lo que quiere sostener, aunque el párrafo en su conjunto diga lo contrario, como en el juicio Da Silva contra Portugal, citado en el rubro 4.1.1. y en las observaciones del Comité de los Derechos del Niño (ver rubro 4.1.4. de este trabajo).

### 3.7. Incongruencia entre los hechos y la sentencia

Debido a que la Corte Interamericana fundó sus resolutivos en la sola mención de la orientación sexual, sin considerar el cambio de dinámica familiar y los posibles riesgos para las menores como causas que detonaron la intervención del Estado; en la aseveración de premisas no comprobadas sobre la homosexualidad; en conceptos en los que no hay consenso internacional; en textos descontextualizados por ella misma, y en negar el derecho del Estado al margen de apreciación nacional, considero que no hay congruencia entre lo sucedido en Chile y la sentencia de la Corte.

### 3.8. Litigio estratégico

El análisis de la sentencia y toda la bibliografía consultada (considerando que no se tuvieron a la vista los estudios presentados, ni el expediente del juicio de tuición, ni las declaraciones de testigos y peritos, sino sólo los textos y citas aislados que menciona la CoIDH al respecto), lleva a pensar que las resoluciones del juez de primera instancia (tuición provisional) y de la Corte Suprema de Chile no se forjaron con un ánimo discriminatorio, sino considerando como lo señaló Chile durante los dos procedimientos internacionales, la protección del bienestar de las menores López Atala.

Por todo lo antes expuesto, por el tema que trata el conflicto, las agrupaciones que lo inician y que siguen al pendiente de la supervisión del cumplimiento de la sentencia por parte del Estado chileno, la terminología que se usa en las consideraciones y resoluciones tanto de la CIDH como de la CoIDH, así como la postura que ambas sostienen, concluyo que este es uno de los litigios que ha servido para normalizar y posicionar la diversidad sexual dentro del sistema de protección de derechos humanos.

# PROPUESTAS

## 1. Revisión del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Apoyo la iniciativa del Dr. Jorge Saldaña Serrano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el sentido de que debe revisarse todo el sistema porque la CIDH y la Corte no están cumpliendo con los objetivos para los que fueron creadas, dada la fuerte influencia, en mi opinión, de la ideología de género, que hace pasar pretensiones muy particulares como si fueran derechos, incluso por encima del principio del interés superior de los niños.<sup>363</sup>

En aras de una mayor certeza jurídica para los Estados Parte y sus habitantes, es necesario respetar los términos y alcances de la CADH, así como el procedimiento de modificación del tratado, en lugar de adoptar teorías no consensadas como la que señala que los tratados son instrumentos vivos y por tanto evolutivos (sin que medie la voluntad de las partes).

## 2. Revisión estricta de perfiles de los jueces de la Corte

Mientras se revisa el sistema, los Estados Parte pueden iniciar afinando el perfil de los jueces que proponen para que sean objetivos y no tengan dependencias ideológicas de algún tipo.<sup>364</sup> Para ello, deben procurar que aquellas instituciones, o universidades públicas y privadas de donde suelen elegir a los jueces que proponen para el sistema interamericano, sean lugares que busquen la verdad y la justicia con base en la ciencia y no en ideologías.

Es necesario que esas instituciones y las universidades hagan su propia revisión al interior y eviten áreas ideologizadas que utilizan los recursos de la universidad (y en ocasiones de los contribuyentes), para adoctrinar a futuros jueces, o elaborar estudios a modo. Y verifiquen que cuando se envíe un *amicus curiae* con su nombre, que éste sea objetivo, veraz y con rigor científico y académico.

---

<sup>363</sup> Saldaña Serrano, Jorge, *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>364</sup> *Idem.*

### 3. Respeto de la soberanía y la cultura de los Estados Parte

Los integrantes de la CoIDH podrían hacer una evaluación de lo actuado y procurar resolver los asuntos con independencia e imparcialidad, pero sobre todo, conscientes de que su credibilidad está en entredicho.

En cuanto a los temas en los que no hay consenso, siempre que no se denigre a las personas ni se violente su dignidad humana, respetar la autonomía, costumbres y cultura de los países y aplicar el margen de apreciación nacional.

A los Estados Parte, conducirse debidamente, procurar, respetar y proteger la dignidad de sus habitantes. Y en caso de que alguno de los países deba acudir a la Corte, reconocer su responsabilidad si así procede y reparar el daño de la mejor manera posible, pero exigiendo siempre a los organismos internacionales, respeto a su soberanía y un trato digno para sus autoridades y agentes.

### 4. Asesoría especializada y objetiva

La Corte Interamericana debe buscar el tiempo y los recursos para poder estudiar a fondo los asuntos y hacerse de investigaciones serias sobre los temas controvertidos, especialmente sobre aquellos en los que parece no haber consenso.

Igualmente para analizar las asesorías “a modo” que le llegan en forma de *amicus curiae*, e incluso peritajes.

Todo ello para poder tomar resoluciones que se sustenten en la ciencia y en los atributos naturales e inherentes de la persona y que protejan la dignidad humana.

# BIBLIOGRAFÍA

## 1. Libros y Artículos

- 1.1. ALONSO REGUEIRA, Enrique, (Director), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho Argentino*, COMUNE, JOSEFINA y LUSTERTEIN, NATALIA, Artículo 29. Normas de interpretación, Universidad de Buenos Aires, 2012, consultado el 23 de agosto de 2018, en: <https://docplayer.es/26091137-Articulo-29-normas-de-interpretacion.html>
- 1.2. BORDIGNON, Nelso Antonio, *El desarrollo psicosocial de Eric Erikson. El diagrama epigenético del adulto*, Revista Lasallista de Investigación, Vol. 2, N° 2, julio-diciembre, 2005, pp. 50-63 Corporación Universitaria Lasallista Antioquia, Colombia, consultado el 16 de junio de 2020, en: <https://www.redalyc.org/pdf/695/69520210.pdf>
- 1.3. BORINSKY, Marcela, *Clasificar, diagnosticar, tratar. Del DSM-I al DSM-5: historia de los sistemas de clasificación en psiquiatría*, Cátedra I Historia de la Psicología, Universidad de Buenos Aires, 2013, consultado el 21 de agosto de 2018, en: [http://www.elseminario.com.ar/biblioteca/Clasificar\\_Diagnosticar\\_Tratar\\_DSM.pdf](http://www.elseminario.com.ar/biblioteca/Clasificar_Diagnosticar_Tratar_DSM.pdf)
- 1.4. CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño*, consultado el 13 de septiembre de 2018, p. 4, en: [http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf)
- 1.5. CIDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004, 2005*, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuarto-siglo.pdf>
- 1.6. DE IRALA, Jokin, y López del Burgos, Cristina, *Los Estudios de Adopción en Parejas Homosexuales: Mitos y Falacias, estudio en contra*, Cuadernos de Bioética XVII, 2006/3ª, Universidad de Navarra, consultado el 2 de septiembre de 2018, en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87506106>
- 1.7. DUQUE, Carlos, *Judith Butler y la teoría de la performatividad de género*, Revista de Educación & Pensamiento, Colegio Hispanoamericano, 2010, consultado el 10 de septiembre de 2018, en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4040396.pdf>
- 1.8. FERNÁNDEZ R., María, Y GARCÍA V., Elena, *Surgimiento, Evolución y Dificultades del Diagnóstico del Transexualismo*, Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría, N° 32, 2012, consultada el 11 de junio de 2019, en: <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v32n113/original7.pdf>
- 1.9. FONTANA Mónica, MARTÍNEZ Patricia y ROMEU Pablo, *No es Igual, Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo*,

- HazteOir.org., 2005, consultado el 21 de agosto de 2018, en: <http://www.noesigual.org/manifestacion/documentos/noesigual3.pdf>
- 1.10. GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, *La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos*, Universidad Latina de América, Revista Jurídica IUS, N° 28, consultada el 28 de julio de 2020, en: <https://www2.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm#:~:text=A%20partir%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n,y%20constituye%20la%20base%20de>
  - 1.11. GÓMEZ GARCÍA, Iván, *El margen de apreciación nacional. Reflexiones críticas en torno a su utilización por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista Jurídicas UNAM, (PDF en posesión de la autora).
  - 1.12. GONZÁLEZ HERRERA, Alejandra, *La familia en la construcción de identidad de niños de 7 y 8 años de edad en condiciones de vulnerabilidad social*, Tesis de Maestría para obtener título de Magíster en Educación, Universidad de San Buenaventura Colombia, 2017, pp. 46-49, consulta: 16 de agosto de 2018, disponible en: [https://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/4177/1/Familia\\_Construccion\\_Identidad\\_Gonzalez\\_2017.pdf](https://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/4177/1/Familia_Construccion_Identidad_Gonzalez_2017.pdf)
  - 1.13. HEERLEIN, Andrés, *Formación de identidad en esquizofrenia y trastorno bipolar*, Vertex, Revista argentina de psiquiatría, 2005, Vol. XVI, N° 60, pp. 95-102.
  - 1.14. KRENZER, Udo, *Compendio de métodos antropológico forenses para la reconstrucción del perfil osteo-biológico*, Tomo II, *Métodos para la determinación del sexo*, Centro de Análisis Forense y Ciencias Aplicadas, Guatemala, 2006, consultado el 11 de junio de 2019, en: [https://www.ziviler-friedensdienst.org/sites/ziviler-friedensdienst.org/files/anhang/publikation/zfd-compendio-de-metodos-antropologico-forenses-para-la-reconstruccion-del-perfil-osteo-biologico\\_0.pdf](https://www.ziviler-friedensdienst.org/sites/ziviler-friedensdienst.org/files/anhang/publikation/zfd-compendio-de-metodos-antropologico-forenses-para-la-reconstruccion-del-perfil-osteo-biologico_0.pdf)
  - 1.15. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *Cerebro de Mujer y Cerebro de Varón*, Ediciones RIALP, España, 2009.
  - 1.16. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *Dinámica Cerebral y Orientación Sexual se nace, o se hace, Homosexual: Una Cuestión Mal Planteada*, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Cuadernos de Bioética, Vol. XXIII, N° 2, Murcia, España, 2012.
  - 1.17. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *La identidad sexual: personas transexuales y con trastornos del desarrollo gonadal «no existen sexos, sólo roles»: un experimento antropológico necesitado de la biotecnología* Cuadernos de Bioética XXIII, 2012/2ª, Universidad de Navarra, España, 2012.
  - 1.18. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, CALLEJA CANELAS, Amparo, *Transexualidad: una alteración cerebral que comienza a conocerse*,

- Cuadernos de Bioética XXVII 2016/1<sup>a</sup>, Universidad de Navarra, España, 2016.
- 1.19. MÁRQUEZ, Nicolás, y LAJE, Agustín, El libro negro de la nueva izquierda: Ideología de género o subversión cultural, Casa Unida de Publicaciones, México, 2017.
  - 1.20. ORNELAS DUARTE, Aracely, Responsabilidades, derechos y deberes parentales en la Convención sobre los Derechos del Niño: cambio de paradigma en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Argentina, 2020, Pendiente de publicación.
  - 1.21. PHELAN, James E., Whitehead Neil, y Sutton Philip M., What Research Shows: NARTH's Response to the APA Claims on Homosexuality, Journal of Human Sexuality, NARTH, EUA, 2009, consultado el 8 de septiembre de 2018, en: <https://static1.squarespace.com/static/5527394ae4b0ab26ec1c196b/t/557b0f80e4b08777d54df70c/1434128256329/What-research-shows-homosexuality.NARTH.pdf>
  - 1.22. PLIEGO CARRASCO, Fernando, Familias y bienestar en sociedades democráticas: El debate cultural del siglo XXI, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2012.
  - 1.23. POPE, Marck, American Psychological Association, Division 44 (Society for the Psychological Study of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Issues), Newsletter, President's Column, Who Are We?, Vol. 27, N° 3, 2011, consultada el 2 de septiembre de 2018, en: <https://www.apadivisions.org/division-44/publications/newsletters/division/2011/issue-10.pdf>
  - 1.24. PORTERO LAZCANO, Guillermo, DSM-5. Trastornos por consumo de sustancias. ¿Son problemáticos los nuevos cambios en el ámbito forense?, Cuadernos de Medicina Forense, versión On-line, 2015, consultado el 17 de septiembre de 2018, en: [http://scielo.isciii.es/pdf/cmfv/v21n3-4/02\\_original01.pdf](http://scielo.isciii.es/pdf/cmfv/v21n3-4/02_original01.pdf)
  - 1.25. RAMOS-KURI, Manuel, Coordinador, Artavia Murillo vs Costa Rica, Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro, DE JESÚS CASTALDI, Ligia y Oviedo Álvarez, Jorge A., El caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica (Fecundación in vitro): La redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana, CISAV y Universidad San Sebastián, México, 2017.
  - 1.26. -- -- --, Coordinador, Artavia Murillo vs Costa Rica, Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro, SALDAÑA SERRANO, Javier, Prólogo, CISAV y Universidad San Sebastián, México, 2017.
  - 1.27. -- -- --, Coordinador, Artavia Murillo vs Costa Rica, Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro, SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio, La

- dignidad humana y derechos humanos, CISAV y Universidad San Sebastián, México, 2017.
- 1.28. -- -- --, Coordinador, Artavia Murillo vs. Costa Rica, Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro, SILVA ABBOTT, Max, Los posibles efectos continentales del caso Artavia Murillo vs Costa Rica a la luz del actual estado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, CISAV y Universidad San Sebastián, México, 2017.
  - 1.29. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, Universidad de Barcelona, Educatio Siglo XXI, Vol. 30, N° 2, España, 2012.
  - 1.30. ROBLES G., Rebeca y Ayuso-Mateos, José Luis, CIE-11 y la despatologización de la condición transgénero, Revista de Psiquiatría y Salud Mental, Vol. 12, Núm. 2 (Abril - Junio 2019), consulta: 11 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-psiquiatria-salud-mental-286-articulo-cie-11-despatologizacion-condicion-transgenero-S1888989119300035>
  - 1.31. RUBIN, Gayle, Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad, consultado el 12 de septiembre de 2018, en: <http://www.museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/150121gaylerubin.pdf>
  - 1.32. SALAZAR UGARTE, Pedro, y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, El derecho a la Libertad de Expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Primera Ed., México, 2008.
  - 1.33. SAXE FACUNDO Nazareno, La noción de performatividad en el pensamiento de Judith Butler: queerness, precariedad y sus proyecciones, Estudios Avanzados, N°. 24, 2015, Universidad Santiago de Chile, consultado el 10 de junio de 2018, en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4355/435543383002/html/index.html>
  - 1.34. SEP, Equidad de género y prevención de la violencia en preescolar, Libro de texto para profesores, IEPSA, México, 2010.
  - 1.35. SEP, Equidad de género y prevención de la violencia en secundaria, Libro de texto para profesores, IEPSA, México, 2011.
  - 1.36. VALDIVIA AGUILAR, Trilce, Orientación sexual y discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una valoración crítica de la sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile, Universidad Católica San Pablo, Perú, 2015.

## 2. Documentos del Caso Atala Riffo e Hijas vs Chile

- 2.1. JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA, Sentencia de 1ª instancia del 29 de octubre de 2003, Dictada por doña Viviana Cárdenas Beltrán, Juez Subrogante.
- 2.2. CIDH, Informe de admisibilidad N° 42/08, Petición 1271-04, Karen Atala e Hijas, denuncia contra Chile, 23 de julio de 2008.
- 2.3. CIDH, Informe de Fondo, del 17 de septiembre de 2010, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf>
- 2.4. CoIDH, Sentencia, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, (Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)
- 2.5. CoIDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Resolución del 26 de noviembre de 2013, consultado el: 13 de agosto de 2018, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/atala\\_26\\_11\\_13.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/atala_26_11_13.pdf)
- 2.6. CoIDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, del 10 de febrero de 2017, consultado el 13 de agosto de 2018, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/atala\\_10\\_02\\_17.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/atala_10_02_17.pdf)

## 3. Normativa Internacional

- 3.1. Carta de la OEA, disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)
- 3.2. Convención Americana de Derechos Humanos, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- 3.3. Convenio Europeo de Derechos Humanos, y sus protocolos, disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)
- 3.4. Convención sobre los Derechos del Niño, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- 3.5. Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-69\\_discriminacion\\_intolerancia.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.pdf)
- 3.6. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/estatuto>

- 3.7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en:  
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- 3.8. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en:  
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- 3.9. Protocolo de San Salvador, disponible en:  
<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- 3.10. Reglamento de la CIDH, disponible en:  
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>
- 3.11. Reglamento de la Corte que señala que “En caso de empate decidirá el voto de la Presidencia”. Disponible en:  
<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/reglamento/reglamento-vigente>

#### 4. Instrumentos Internacionales No Vinculantes

- 4.1. Manual de legislación europea sobre los derechos del niño, elaborado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y el Consejo de Europa, junto con la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consultado el 16 de septiembre de 2018, disponible en:  
[https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_rights\\_child\\_SPA.pdf.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_SPA.pdf.PDF)
- 4.2. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12 y 45, disponible en:  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11)
- 4.3. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Comité de derechos del niño, disponible en:  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f7%2fRev.1&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f7%2fRev.1&Lang=en)
- 4.4. Comité de los derechos del niño, Observación General N° 12 (2009), párrs. 33, 44, 45, 51 y 52, disponible en:  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en)
- 4.5. Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 CDN), Comité de derechos del niño, disponible en:  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en)

- 4.6. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 16 (1988), Derecho a la intimidad (art. 17), párr. 5, disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN16](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN16)
- 4.7. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 18 (1989), No discriminación, párr. 8, disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN18](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN18)
- 4.8. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 19 (1990), La Familia (art. 23), párrs. 1 y 2, disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN19](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN19)
- 4.9. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20 (2009), párr. 32, disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN20](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN20)

## 5. Casos Internacionales

- 5.1. CIDH, Informe de Fondo No. 81/13 CASO 12.743, Homero Flor Freire vs Ecuador, de 4 de noviembre de 2013, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12743FondoEs.pdf>
- 5.2. TEDH, Caso Chapin et Charpentier vs Francia, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163436%22%5D%7D>
- 5.3. TEDH, Caso Fretté vs Francia, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60168%22%5D%7D>
- 5.4. TEDH, Caso Salgueiro Da Silva Mouta vs Portugal , disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%22%7D%22appno%22:%5B%2233290/96%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-163701%22%5D%7D>
- 5.5. TEDH, Caso Schalk y Kopf vs Austria, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99605%22%5D%7D>

## 6. Manuales Médicos

- 6.1. APA, *Diagnostic and Statical Manual of Mental Disorders*, versión II, (DSM-II), 1968, consultado el 21 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.madinamerica.com/wp-content/uploads/2015/08/DSM-II.pdf>

- 6.2. APA, *Diagnostic and Statical Manual of Mental Disorders*, versión III, (DSM-III), 1980, consultado el 21 de agosto de 2018, disponible en: <http://displus.sk/DSM/subory/dsm3.pdf>
- 6.3. APA, *Diagnostic and Statical Manual of Mental Disorders*, versión 5, (DSM-5), 2013.
- 6.4. APA, Guía de consulta de los Criterios Diagnósticos del DSM-5, 2013, consultado el 21 de agosto de 2018, disponible en: <http://www.psicoaragon.es/wp-content/uploads/2017/06/DSM-5.pdf>
- 6.5. OMS, CIE-11, desórdenes mentales, consultado el 21 de agosto de 2018, disponible en: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f334423054>

## 7. Tesis y Protocolos SCJN

- 7.1. SCJN, Interés superior de los menores y atribución de la guarda y custodia. Tesis:1a. CLXIII/2011 (9ª), Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 225, disponible en: [https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=100e10000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=Inter%25C3%25A9s%2520Superior%2520del%2520menor&Dominio=Rubro,Texto&TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=126&Epp=20&Desde=100&Hasta=100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,7&ID=161285&Hit=15&IDs=159899,159897,160059,160054,160227,160332,160299,160414,160413,160666,161044,161041,161040,161342,161285,161284,161269,161618,161530,161873&tipoTesis=&Semana=0&tabla=&Referencia=&Tema=#](https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=100e10000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=Inter%25C3%25A9s%2520Superior%2520del%2520menor&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=126&Epp=20&Desde=100&Hasta=100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,7&ID=161285&Hit=15&IDs=159899,159897,160059,160054,160227,160332,160299,160414,160413,160666,161044,161041,161040,161342,161285,161284,161269,161618,161530,161873&tipoTesis=&Semana=0&tabla=&Referencia=&Tema=#)
- 7.2. SCJN, Guarda y custodia de los menores de edad. Tesis: 1a./J. 31/2014 (10a.), Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 451, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2006227&Clase=DetalleTesisBL#>
- 7.3. SCJN, Juzgar con perspectiva de género. El juzgador debe identificar si el justiciable se encuentra en un estado de vulnerabilidad que haya generado una desventaja real o desequilibrio patente en su perjuicio frente a las demás partes en conflicto., Tesis Aislada, TA, XXI.2o.P.A.1 CS (10a.), Libro 41, Abril de 2017, Tomo II, Pág. 1752, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2014/2014125.pdf>
- 7.4. SCJN, Derechos de las niñas, niños y adolescentes. El interés superior del menor se erige como la consideración primordial que debe atenderse en cualquier decisión que les afecte, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, 2a./J. 113/2019 (10a.), Libro 69, Agosto de 2019, Tomo III, p. 2328, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=Inter%25C3%25A9s%2520Superior%2520del%2520menor&Dominio=Rubro,Texto&>

[TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=551&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=1&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2020401&Hit=24&IDs=2020582,2020483,2020482,2020401,2020383,2020354,2020336,2020290,2020223,2020160,2020134,2019982,2019948,2019868,2019846,2019657,2019656,2019604,2019541,2019476&tipoTesis=&Seminario=0&tabla=&Referencia=&Tema=](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sen_tenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202010_0.pdf)

- 7.5. SCJN, Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el Procurador General de la República mexicana, párr. 60, consultada el 12 de septiembre de 2018, disponible en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sen\\_tenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202010\\_0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sen_tenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202010_0.pdf)
- 7.6. SCJN, Igualdad de Género, Portal de Sentencias, Sentencia de amparo de 2014, Materia: familiar, Tema: Estereotipo de Género, p. 4., disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad/sentencias/documento/2017-01/SENTENCIA%20MESA%202.%20ESTEREOTIPOS%20DE%20G%C3%89NERO.pdf>, consulta: 15 de marzo de 2020.
- 7.7. SCJN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, 2013, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-g%C3%A9nero-haciendo-realidad-el-derecho-la-igualdad>
- 7.8. SCJN, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, 2014, disponible en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Anexo\\_infanciainfancia.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Anexo_infanciainfancia.pdf)
- 7.9. SCJN, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género, 1ª edición, 2014, disponible en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/PROTOCOLO DE ACTUACION PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN LA ORIENTACION SEXUAL O LA IDENTIDAD DE GENERO 0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/PROTOCOLO%20DE%20ACTUACION%20PARA%20QUIENES%20IMPARTEN%20JUSTICIA%20EN%20CASOS%20QUE%20INVOLUCREN%20LA%20ORIENTACION%20SEXUAL%20O%20LA%20IDENTIDAD%20DE%20GENERO_0.pdf)

## 8. Otros Documentos

- 8.1. Código Orgánico de Tribunales de Chile Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/spanish/chi\\_res9.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf)
- 8.2. Comisión de Derechos Humanos del D.F., *Amicus Curiae* en el caso Atala Riffo e hijas vs Chile.
- 8.3. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Introducción: Finalidad de las observaciones generales. Disponible en: <https://conf->

[dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html](https://dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html)

- 8.4. Centro de Ética Judicial, A.C. (CEJ), Guía de aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, para Jueces, Magistrados y operadores del Derecho, México, 2018, disponible en USB en posesión de la autora (cortesía del CEJ).
- 8.5. ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex) INFORME 2010, Ottosson, Daniel, Homofobia de Estado: Un informe mundial sobre las leyes que prohíben la actividad homosexual con consentimiento entre personas adultas, consultado: 7 de septiembre de 2020, disponible en: <https://ilga.org/es/homofobia-estado-2010-ILGA>
- 8.6. ILGA Mundo INFORME 2019, Mendos, Lucas Ramón, Homofobia de Estado 2019: Actualización del Panorama Global de la Legislación, Ginebra, 2019, consultado: 8 de septiembre de 2020, disponible en: <https://ilga.org/es/informe-Homofobia-Estado-2019-Panorama-Global-Legislaci%C3%B3n>
- 8.7. ONU, Funciones y poderes de la Asamblea General, consultado: 15 de septiembre de 2009, en: <http://www.un.org/spanish/ga/about/background.shtml>
- 8.8. *Planned Parenthood*, Aprende, Orientación sexual, consultado: 10 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/orientacion-sexual-y-genero/orientacion-sexual>
- 8.9. Principios de Yogyakarta, consultado: 2 de agosto de 2017, disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org/annex-sp/>
- 8.10. Tesaurus de la UNESCO, disponible en: <http://vocabularies.unesco.org/browser/thesaurus/es/page/?uri=http%3A%2F%2Fvocabularies.unesco.org%2Fthesaurus%2Fconcept6181&>

## 9. Páginas WEB

- 9.1. *American Psychological Association*: <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>
- 9.2. Consejo General de la Psicología en España, revista electrónica INFOCOP ONLINE, septiembre de 2018, consultada: 10 de septiembre de 2018, disponible en: [http://www.infocop.es/view\\_article.asp?id=7548](http://www.infocop.es/view_article.asp?id=7548)
- 9.3. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en: <http://dle.rae.es/?w=instar>
- 9.4. Entrevista al Sr. Gabriel Araujo, padre de familia madrileño contra el adoctrinamiento de los niños, consultada: 10 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QTWmtnZwdIY>
- 9.5. Psicología y Coaching Psicoarea, consultada: 10 de septiembre de 2018, disponible en: [http://www.psicoarea.org/identidad\\_sexual.htm](http://www.psicoarea.org/identidad_sexual.htm)

- 9.6. Rodrigo Uprimny Yepes, Video de Audiencia Pública Caso Atala Riffo e hijas vs Chile, Parte 12, Declaración de Rodrigo Uprimny Yepes ante la CoIDH, consultada: 12 de noviembre de 2019 disponible en: <https://uprimnyrodrigo.wordpress.com/experiencia-judicial/>
- 9.7. Steffen Königer, participación en 2016 ante Parlamento alemán, consultada: 10 de agosto de 2018, en: <https://www.youtube.com/watch?v=QNjRnqqW28I>
- 9.8. King's College London, declaración de Robert Wintemute, sobre la Polinización cruzada, consultada: 10 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.kcl.ac.uk/archive/news/law/newsrecords/2017/professor-robert-wintemute-speaks-on-lgbti-human-rights-in-latin-america>.