

México, Distrito Federal
8 de septiembre de 2011

Señor Pablo Saavedra Alessandri
Secretario Ejecutivo
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Organización de los Estados Americanos
Apdo. 6909-1000
San José, Costa Rica
PRESENTE

REF: Karen Atala Riffo e hijas
CDH-S/2092

Estimado Señor Secretario,

De conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y dentro del plazo establecido para tal efecto, el Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas, desde México hace llegar a esta honorable Corte el presente escrito, elaborado por el equipo del Área, en calidad de *Amicus Curiae*, para que se analice y tome en consideración en el presente caso.

Atentamente,

Lic. Estefanía Vela Barba
*Responsable del Área de Derechos
Sexuales y Reproductivos*

Dr. Alejandro Madrazo Lajous
*Coordinador del Programa de
Derecho a la Salud*

Introducción

El Área de Derechos Sexuales y Reproductivos (en adelante, ADSyR) del Programa de Derecho a la Salud del Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. (en adelante, CIDE) fue creada para estudiar, promover y defender los derechos sexuales y reproductivos en México desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Como parte de sus actividades, en el año 2010 representó, junto con la Clínica de Interés Público del CIDE, a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en la defensa del matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por parte de estas parejas ante la Suprema Corte de Justicia de México (en adelante, SCJN), en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 (en adelante, la Acción). Dada la relevancia internacional del caso de Karen Atala Riffo e hijas (en adelante, Caso Atala) para el tema de la diversidad familiar y sexual, en particular en América Latina, y tomando en cuenta las lecciones aprendidas durante el proceso mediante el cual la SCJN declaró constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo, consideramos oportuno presentar este *Amicus Curiae*, esperando contribuir con algunas reflexiones a la decisión de esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte).

El propósito del *Amicus* es presentar a esta Corte algunas reflexiones que le permitan valorar mejor las implicaciones que tendrá el fallo que emita en el Caso Atala para el desarrollo de los derechos fundamentales en la región, en particular, los relativos al libre desarrollo de la personalidad y la tutela de la familia en todas sus variantes. En específico, buscamos explicar a esta Corte el razonamiento que sustenta el fallo que la SCJN dictó en materia de diversidad familiar al resolver la Acción, ya que consideramos que dichos argumentos resultan particularmente oportunos para encontrar una solución al Caso Atala. Expondremos los puntos principales de la resolución referida, para después ahondar en lo que consideramos son violaciones graves a los derechos fundamentales de Karen Atala: la pérdida de la custodia de sus hijas y el inicio de una investigación laboral que culminó con diversas acusaciones a su persona por expresar y vivir públicamente su preferencia sexual. Desde nuestra perspectiva, Atala sufrió una vulneración a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su derecho a la identidad sexual, su derecho a la libertad de expresión, su derecho a la protección de la familia y su derecho a la no discriminación por razón de su orientación sexual. En el presente *Amicus*, se encontrará un desarrollo de cada uno de estos derechos a la luz del fallo de la SCJN, así como la manera en la que, en el caso particular de Atala, los mismos han sido violentados.

Los hechos

En esta sección, se da cuenta de los hechos principales del caso, con base en la demanda que presentó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) frente a la Corte¹ (sin pretender ser una recapitulación exhaustiva de los mismos).

1. El juicio de tuición

Karen Atala Riffo contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allende en marzo de 1993. Tuvieron tres hijas, nacidas en 1994, 1998 y 1999. En marzo de 2002, Atala y López decidieron terminar su relación.² Establecieron por mutuo acuerdo que Atala mantendría la guardia y custodia de sus hijas, residiendo en Villarica y que una vez por semana, las niñas irían a visitar a su padre a Temuco.

En enero de 2003, López interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarica por considerar que el “desarrollo físico y emocional [de las niñas estaba] en serio peligro”³ si continuaban viviendo con su madre. En la demanda, López argumentó que Atala “no se [encontraba] capacitada para velar y cuidar [a las niñas, ya que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, [estaban produciendo y seguirían produciendo] necesariamente consecuencias dañinas al desarrollo de las menores”.⁴ En su contestación, Karen Atala reconoció tener una “opción sexual distinta”, argumentando, sin embargo, que su “identidad sexual nada [tenía] que ver con [su] función y rol como madre.”⁵

En marzo de 2003, López interpuso una demanda de tuición provisional, buscando obtener la custodia de las niñas antes del término del juicio principal. En mayo de 2003, el Juez Titular de Letras de Menores de Villarica concedió la tuición provisional de las niñas al padre y estableció el régimen de visitas para la madre. En su resolución, este juez determinó que para concederle la tuición a López,

[es] suficiente causa justificada el hecho cierto de que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento del rol materno, en condiciones,

¹ Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile, Caso 12.502, Karen Atala e hijas.

² El divorcio no existía aún en Chile (no fue sino hasta el 2004 que se permitió), por lo que se trató de una separación de hecho. El divorcio entre Karen Atala y Jaime López sigue, de hecho, pendiente.

³ Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 15 de enero de 2003, citada por la Comisión Interamericana, *supra*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Respuesta de la Sra. Karen Atala a la demanda de tuición, 28 de enero de 2003, citada por la Comisión Interamericana, *supra*, nota 1.

que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores [...], 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, cobran gran importancia.⁶

Este fue el momento en el que Atala perdió a sus hijas. Aunque ganó el juicio de primera y de segunda instancia, siempre que se giraba una orden para que se le devolvieran sus niñas, López interponía otra demanda que lograba interferir en ello. El caso llegó, finalmente, a la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, en donde se decidió concederle la tuición al padre de manera definitiva.

Para la Corte Suprema de Chile, el hecho de que Karen Atala haya decidido vivir con una mujer, a la par de que vivía con sus hijas, constituía una “causa calificada” que justificaba quitarle la guardia y custodia de las niñas. Para esta corte,

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

[La situación de riesgo se configura si vemos que están en un] estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal.⁷

Para esta Corte Suprema,

No es posible desconocer que la madre de las menores [...], al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede llegar a hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas.⁸

⁶ Resolución de la demanda de tuición provisoria por Luis Humberto Toledo Obando, Juez Titular del Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 2 de mayo de 2003, citada por la Comisión Interamericana, *supra*, nota 1.

⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Chile, 31 de mayo de 2004.

⁸ *Ibidem*.

Con ese fallo se selló la vida familiar de Karen Atala.

2. La investigación laboral

Paralelamente al juicio 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 Villarica en el que Karen Atala servía como jueza, para investigar directamente los hechos que habían sido difundidos en los medios sobre su lesbianismo.⁹ El Ministro terminó realizando un Informe, en el que concluyó lo siguiente:

Que no está en 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 [reseñada en ciertos periódicos], 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.¹⁰

La Corte de Apelaciones de Temuco aceptó el Informe y formuló cargos en contra de Atala. Sin embargo, nunca le aplicó sanciones disciplinarias.

⁹ Se alude a publicaciones en dos periódicos: *Diario Las Últimas Noticias* y *La Cuarta* en los cuales se dio a conocer al público la demanda de tuición y el “carácter de lesbiana” de Atala. “Abogado exige tuición de sus hijas porque esposa jueza sería lesbiana”, *La Cuarta*, 28 de febrero de 2003; “Abogado exige tuición de hijas porque su ex mujer es lesbiana”, *Diario Las Últimas Noticias*, 1 de marzo de 2003.

¹⁰ Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunzinker, Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003.

Precedentes del derecho mexicano

En el presente apartado se revisarán las consideraciones de derecho que creemos contribuyen a la adecuada resolución del caso Atala. Nos basamos, como se mencionó en la Introducción del presente *Amicus*, en las consideraciones que sustentaron el fallo que recayó sobre la acción de inconstitucionalidad 2/2010 (en adelante, la Acción) resuelta por la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) hace poco más de un año. Se ofrece una síntesis de ese fallo en cuestión, así como la construcción judicial de los derechos que creemos fueron vulnerados en el caso de Karen Atala, a saber: su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su derecho a la identidad sexual, su derecho a la libertad de expresión, su derecho a la protección de la familia y su derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual.

1. La acción de inconstitucionalidad 2/2010 en resumen

El 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una reforma al Código Civil. Fueron dos los puntos primordiales de esta modificación: se cambiaron la definición del matrimonio y la regulación del concubinato. El matrimonio pasó de definirse como “la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, con la posibilidad de procrear hijos” a “la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida”. La procreación como fin dejó de existir como parte de la definición de esta institución. La segunda figura —el concubinato—, que estaba redactada de forma tal que sólo podía surgir entre “la concubina y el concubino”, se modificó para incluir a las parejas del mismo sexo.¹¹

Los efectos de estas modificaciones fueron múltiples, ya que son muchos los derechos conectados con el matrimonio. Uno de ellos, quizá el más notable, fue que la figura de la adopción para *parejas*¹² resultó disponible para estas nuevas uniones.

¹¹ El artículo 146 antes de la reforma establecía que: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.” Después de la reforma, el artículo 146 establece que: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambas se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua.” El artículo 291 bis antes de la reforma establecía que: “La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años [...]” El artículo 291 bis después de la reforma establece que: “Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años [...]”

¹² En el Código Civil del Distrito Federal se contempla la adopción para solteros (artículo 390) o para parejas (artículo 391). Para la adopción de solteros, el Código nunca contempló una excluyente específica para las personas por razón de su orientación sexual. El Código siempre estableció como criterios para estar en posibilidad de adoptar la edad, la capacidad económica del adoptante y que se trate de una persona “apta y adecuada”. Las parejas del mismo sexo estaban excluidas del régimen de adopción para parejas porque éste sólo contemplaba a las parejas *concubinadas* o *casadas*.

El 27 de enero de 2010, el Procurador General de la República (PGR) interpuso una demanda de acción de inconstitucionalidad¹³ en contra de las reformas. En concreto, el Procurador impugnó el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por parte de *estas* parejas. Es importante subrayar que la PGR impugnó únicamente la adopción por parte de matrimonios del mismo sexo, más no la adopción por parte de concubinos o concubinas del mismo sexo. La omisión, consideramos, es relevante, pues hace patente que lo que una de las cuestiones en juego es la dimensión *simbólica* y *expresiva* de una institución específica: el matrimonio.

Fueron múltiples las violaciones que esgrimió el PGR, pero sobresalen dos. En primer lugar, el PGR sostuvo que permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo violenta el artículo constitucional en el que se mandata la protección legal de la familia (artículo 4, párrafo primero de la Constitución).¹⁴ Para él, la protección constitucional que estableció el Constituyente tutela exclusivamente a la familia *heterosexual*: la conformada por el padre, la madre y los hijos. Dado que el matrimonio es la institución creada precisamente para proteger esta familia, modificar al matrimonio implica violentar el mandato de protección constitucional de la familia.

En segundo lugar, el PGR argumentó que la adopción de las parejas del mismo sexo violenta el interés superior de los menores y su derecho a la igualdad. Para el Procurador, los niños deben estar en una familia constituida por un padre y una madre –que es a su entender el modelo ideal de familia, protegido constitucionalmente– y no por dos padres o dos madres. Además, para el PGR, la Asamblea Legislativa no contempló la posibilidad de que los niños “no encuentren el medio ambiente más propicio y adecuado para su desarrollo, generando con ello al adoptado una situación de desigualdad y discriminación respecto de otros adoptados por matrimonios conformados por un hombre y una mujer”.¹⁵

Una mayoría calificada de nueve de once ministros desestimó los argumentos del Procurador y validaron la constitucionalidad de las reformas.¹⁶ En relación al matrimonio entre personas del mismo

¹³ La acción de inconstitucionalidad es un recurso constitucional resuelto por el Pleno (los once Ministros y Ministras) de la SCJN sobre la constitucionalidad de normas generales. Puede ser interpuesto por unos cuantos sujetos activos –minorías parlamentarias, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, *entre otros*–. Es un medio de control *abstracto*. Si la declaratoria de inconstitucionalidad alcanza una mayoría calificada de ocho Ministros, la norma general en cuestión puede ser invalidada con *efectos generales*. De no alcanzar esta mayoría calificada, el caso queda sin resolución o bien, de alcanzarse una mayoría simple que avale la constitucionalidad, se confirma la validez de la norma.

¹⁴ Este artículo establece: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

¹⁵ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de agosto de 2010, p. 44.

¹⁶ Los que votaron en este sentido fueron: el Ministro Luis María Aguilar, el Ministro José Ramón Cossío, el Ministro Fernando Franco, el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, la Ministra Margarita Luna Ramos, la Ministra Olga Sánchez Cordero, el Ministro Juan Silva Meza, el Ministro Sergio Valls Hernández (Ponente) y el Ministro Arturo Zaldívar. Los que votaron en contra fueron el Ministro Sergio Aguirre Anguiano y el entonces Ministro Presidente Guillermo Ortiz Mayagoitia.

sexo, la SCJN sostuvo que el artículo 4, párrafo primero de la Constitución protege a todos los tipos de familias que lleguen a existir en la realidad y no sólo a un presunto tipo ideal.¹⁷ Determinó, además, que las reformas no sólo *no* violentan alguna disposición constitucional relativa a la familia, sino que actualizan el derecho al libre desarrollo de la personalidad de un sector de la población cuyas relaciones habían sido históricamente discriminadas. Este derecho, para la SCJN, no sólo implica la obligación del Estado de respetar las relaciones entre parejas del mismo sexo, sino que debe activamente *reconocerlas* a través de las distintas figuras familiares que ha creado para ello, como el matrimonio o el concubinato.¹⁸

En relación a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, la SCJN determinó –también por una mayoría calificada de nueve votos–¹⁹ que no se violentaba el principio del interés superior del niño. Para la mayoría, este principio obliga al legislador a diseñar un sistema en el que se garantice que, para cada caso en particular, se decida lo que es mejor para cada niña o niño concreto. La regulación del Distrito Federal, para la SCJN, cumplía con esos requisitos, ya que establece disposiciones que determinan que las autoridades correspondientes deberán valorar cada caso particular.²⁰ Para la mayoría, excluir *a priori* del proceso de adopción a toda una categoría de personas no sólo no avanzaría el principio del interés superior del menor, sino que llevaría a la misma SCJN a caer en un razonamiento prohibido por el derecho a la no discriminación.²¹ Además, afirmó la SCJN, aceptar el que los niños sean objeto de discriminación social por vivir en un tipo de familia que no es como la tradicional, “sería tanto como decir que todos los niños y niñas que crecen en familias distintas están en desventaja frente a los otros”,²² lo que sería inaceptable. Para la SCJN, en “un Estado democrático de derecho, el legislador debe buscar la eliminación de las diversas formas de discriminación e intolerancia que se presentan en la sociedad, lo cual se logra a través del reconocimiento y protección de todo tipo de familia que pueda existir, no de su ‘exclusión’ o ‘negación’.”²³

¹⁷ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de agosto de 2010, pp. 87-89.

¹⁸ *Ibid.*, p. 103.

¹⁹ La votación para la adopción fue exactamente la misma que para el matrimonio; ver *supra* nota 21.

²⁰ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de agosto de 2010, pp. 136-137.

²¹ *Ibid.*, pp. 131-134.

²² *Ibid.*, p. 137.

²³ *Ibid.*, p. 137-138.

2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y a la expresión

a. Su desarrollo doctrinal

Uno de los puntos fundamentales de la Acción es que ancla el reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este respecto, la SCJN utiliza el aparato doctrinal que articuló en el Amparo Directo Civil 6/2008,²⁴ un caso que resolvió a inicios de 2009, relativo a los derechos de las personas transexuales. En aquella ocasión, la SCJN realizó una interpretación de diversos artículos constitucionales, en relación con artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH),²⁵ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁶ y –fundamental para el caso Atala– la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).²⁷ De la interpretación armónica de estas disposiciones, derivó el aparato que se expone a continuación.

Para la SCJN, el *fundamento* del sistema constitucional (mexicano) es la *dignidad humana*.²⁸ “Es un derecho absolutamente fundamental para el ser humano, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana.”²⁹ De este derecho, se desprende uno en específico, “en cuanto [es] necesario para que el individuo desarrolle integralmente su personalidad”:³⁰ el libre desarrollo de la personalidad. Sobre este derecho, la SCJN nos dice:

[La persona], sea quien sea, tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para [ella], son relevantes.

²⁴ “En efecto, la decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, que ya ha sido reconocido por esta Corte (amparo directo civil 6/2008) [...]” *Ibid.*, p. 95.

²⁵ De este instrumento (DUDH), interpretó los siguientes artículos: 1 (todos nacen libres e iguales en dignidad), 2 (derecho a la no discriminación), 3 (derecho a la vida, libertad y seguridad), 7 (igualdad ante la ley y protección en contra de la discriminación) y 12 (derecho a la privacidad o libertad de las injerencias arbitrarias en la vida).

²⁶ De este instrumento (PIDCP), citó los interpretó artículos: 1 (igualdad y no discriminación), 3 (igualdad entre hombres y mujeres), artículo 6 (el derecho a la vida), 17 (derecho a la privacidad o libertad de las injerencias arbitrarias en la vida) y 26 (igualdad y no discriminación).

²⁷ De este instrumento (CADH), interpretó los siguientes artículos: 1 (obligación de respetar los derechos), 5 (derecho a la integridad personal), 11 (protección de la honra y la dignidad) y 24 (igualdad ante la ley y no discriminación).

²⁸ La dignidad humana está reconocida en el artículo 11 de la CADH.

²⁹ Amparo Directo Civil 6/2008, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 6 de enero de 2009, p. 85.

³⁰ *Ibidem*.

De ahí, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad [que] es la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo. Como ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona *a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás*, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado. [E]s decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y que, por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás [...].

Así pues, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, *la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma.*³¹

El derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho que garantiza que la persona pueda desenvolverse *en todos los ámbitos de su vida*. Cuando lo que está en juego es lo *amoroso*, este derecho también posibilita que la persona sea capaz de *vivir sus afectos*. Para la SCJN, esto abarca la *opción sexual* –esto es, a quién desear y de quién enamorarse en primer lugar– y la decisión de contraer matrimonio o no –esto es, no sólo a quién se puede desear y amar, sino con quién puede una persona pactar públicamente un arreglo específico–. El libre desarrollo de la personalidad también abarca a la maternidad: protege la decisión de tener hijos o no, así como cuántos tener. Podría incluso sostenerse, llevando el argumento de la SCJN más lejos, que protege la decisión de cómo tenerlos y cómo criarlos (siempre que se respeten los derechos de los niños, claro está).

En la construcción de la SCJN, existe otro derecho incluso más específico, el derecho a la identidad sexual, el cual protege la elecciones como las que están en juego en el presente caso. En la Acción, la SCJN sostiene lo siguiente:

es un hecho indiscutible que la naturaleza humana es sumamente compleja, lo cual, en la especie, se representa con uno de los aspectos que la conforman, que es la preferencia sexual de cada individuo. [Ésta] indudablemente orienta también su proyección de vida, sobre todo, en este caso, la que desee o no tener en común con otra persona, ya sea de diferente o de su mismo sexo. Es, por tanto, la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, *incluye el deseo de tener una vida en común con otra*

³¹ *Ibid.*, pp. 85-86.

persona de igual o distinto sexo o no y que, en modo alguno, deberá limitarlo en la búsqueda y logro de su felicidad.

El derecho a la identidad personal [es] el derecho de todo individuo a ser uno mismo, *en la propia conciencia y en la opinión de los demás*, de acuerdo con sus caracteres físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad y permiten identificarlo. *[Este derecho i]mplica, además, [a] la identidad sexual, que lo proyecta frente a sí y socialmente desde su perspectiva sexual, así como su preferencia u orientación sexual* y que, por tanto, se inscribe dentro de la autodeterminación de las personas e incide en el libre desarrollo de las mismas, al ser un elemento que innegablemente determinará sus relaciones afectivas y/o sexuales con personas de diferente o de su mismo sexo y, de ahí, su elección de con quién formar una vida común y tener hijos, si es que desea hacerlo.³²

Para la SCJN, el poder ser como una es, incluye a la sexualidad, e implica no sólo la posibilidad de *ser en lo privado*, sino *ser en lo público*: “en la propia conciencia y en la opinión de los demás”. Uno vive sus afectos en la alcoba, con la pareja, pero también más allá de la recámara: con los hijos, con los hermanos y cuñados, con los amigos, en el trabajo, en la plaza pública y un largo etcétera. Así es como, por ejemplo, los heterosexuales católicos viven su sexualidad, sus afectos, sus relaciones. Su unión es, en principio, un acto público en el que participan el Estado, la Iglesia, la familia y los amigos. Después, se concreta en un hogar, con los hijos. En fiestas, en eventos laborales, en ocasiones políticas, en otras ceremonias religiosas... La familia sobrepasa el ámbito de lo estrictamente personal y adquiere una dimensión pública, expresiva, para desenvolverse plenamente. Ahora, unos pueden ser más públicos o más privados que otros, pero esa decisión *depende de ellos mismos*, y no del Estado. Éste, por el contrario, está obligado a tutelar la elección: las personas tienen el derecho a que nadie entre a su alcoba –y el Estado debe *respetarlo*–, pero también tienen el derecho de salir de ahí. Cuando lo hagan, el Estado debe *protegerlas*.³³

Es importante subrayar que un punto de partida de la SCJN es que la homosexualidad, como la heterosexualidad, “es simplemente una de las opciones que se presentan en la naturaleza humana y

³² Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de enero de 2010, p. 101.

³³ Se utilizan las obligaciones de *proteger* y *respetar* siguiendo el esquema recién adoptado por la Constitución mexicana que distingue entre las diversas obligaciones que, de un derecho, se pueden derivar a cargo del Estado: respetar (no interferir), proteger (que terceros no interfieran), garantizar (dar acceso a un bien o servicio) y fomentar (hacer que la persona pueda acceder, por sí misma, al bien o servicio). Se trata de la distinción propuesta por Víctor Abramovich y Christian Courtis en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 30-31.

[que], como tal, forma parte de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad”.³⁴ Esto es *clave* en el razonamiento de la SCJN: si se parte de la premisa de que la diversidad sexual es válida – legítima–, todo el ejercicio argumentativo cambia porque los derechos, automáticamente, entran en juego. Si la homosexualidad es, como la heterosexualidad, una opción de vida, debe ser respetada y debe ser protegida.

Así, tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre en las personas con orientación sexual hacia otras de diferente sexo (heterosexuales), es parte de su pleno desarrollo el establecimiento libre y voluntario de relaciones afectivas con personas del mismo sexo; relaciones, unas y otras, que, como informan los diferentes datos sociológicos, comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo.³⁵

Es necesario exponer, en este punto, la concepción que tiene la SCJN del papel que juega la preferencia sexual de los padres en su capacidad de cumplir sus funciones adecuadamente: no puede sostenerse que “la orientación sexual de una persona o de una pareja [...] le reste valor como ser humano o pareja y, por tanto, lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor.”³⁶

¿Qué resulta de estas consideraciones? En el corazón del sistema, está la dignidad humana. De este principio, se deriva el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, que tiene por objeto tutelar las elecciones que efectúen las personas, en tanto seres *autónomos*. Es un derecho que irradia en todos los ámbitos de la vida: la persona elige quién ser y qué hacer en su trabajo, en su casa, con su cuerpo, con sus afectos, con su reproducción, con su familia. La persona elige su proyecto de *vida*, que

³⁴ Acción de inconstitucionalidad 2/2010 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de enero de 2010, p. 131. En un punto del fallo, la SCJN se dedica a explicar por qué las parejas del mismo sexo –o la homosexualidad– no están explícitamente reconocidas en la Constitución mexicana o en los tratados internacionales. Su respuesta es ilustrativa: “es un hecho innegable que, en épocas anteriores –y no muy lejanas–, las personas homosexuales permanecían ocultas, no se mostraban como tales, dada la desaprobación social hacia ellas [...] Inclusive, hasta hace muy poco, tal condición se consideraba ‘una enfermedad’, como lo destacan los especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México en sus opiniones, lo que apoyan en diversos estudios que se han realizado al respecto[.] Luego, evidentemente, en tales documentos –[la] Constitución Federal y [los] tratados internacionales–, no era siquiera pensable o reconocible su existencia, menos aún las relaciones o uniones que establecieran de acuerdo con su orientación sexual.” Este párrafo demuestra, claramente, la postura de la SCJN: no parte de la presunción de que la homosexualidad es *mala*, sino todo lo contrario. De ahí que se le haga casi *curioso* que “inclusive, hasta hace muy poco, tal condición se consideraba ‘una enfermedad’”. Lo raro es que la homosexualidad haya sido considerada una enfermedad y no la homosexualidad en sí. Por otra parte, la SCJN explica la invisibilidad como producto de la *discriminación* –los homosexuales no quieren sufrir un maltrato social– y no como un producto de la vergüenza –los homosexuales le rehuyen a la sociedad porque *saben, ellos mismos*, que están mal–. Esto también refleja una postura clarísima respecto a la *diversidad* sexual: en principio, está bien. Y si no se ha manifestado es porque ha predominado la idea *social* y *discriminatoria* de que está mal. Pero ésto es lo que se tiene que cambiar y *no* a la homosexualidad. La diferencia no es menor.

³⁵ *Ibid.*, p. 102.

³⁶ *Ibidem*.

refleja lo que ella *es*. A esto último la SCJN denomina el derecho a la identidad: el derecho de toda persona a ser *quien es*.

Para el ámbito específico de la sexualidad, la SCJN construyó el derecho a la *identidad sexual*, derecho que protege *específicamente* las elecciones sexuales y amorosas, elecciones –reitera varias veces la SCJN– fundamentales para la vida de una persona. Este es el derecho que protege la elección de ser lesbiana, de ser bisexual, de ser heterosexual o de ser lo que sea que uno es.

Ahora, aunado al derecho a la identidad sexual, en específico, existen dos derechos que lo complementan. Por un lado, está la posibilidad de vivir los afectos, la sexualidad, el amor en privado.³⁷ Pero, por otro, está la posibilidad de *compartir* no sólo con la pareja, las experiencias que uno tiene. Es la posibilidad de “proyectar” ante la sociedad las elecciones propias. Estamos frente a la libertad de expresión, conectada con el libre desarrollo de la personalidad. De la misma forma en la que está protegida una manifestación política o religiosa, lo está una expresión afectiva: es la posibilidad de comunicarles a otros –los hijos, los amigos, los jefes, los padres, los hermanos, la sociedad– con quién queremos unirnos (como ocurre con el matrimonio).

Todos estos derechos implican, por último, una cosa: si la persona puede “ser individualmente como quiere ser”, entonces no puede haber *coacción, controles injustificados o impedimentos por parte de los demás* para ello.

b. El caso de Karen Atala

Si una persona tiene la libertad de decidir a quién amar, con quién realizar una comunidad de vida y si, cuándo y cómo tener hijos, con independencia de su orientación sexual, resulta evidente, en primer término, que la vida de Karen Atala está protegida. ¿Qué pasó con ella? En un inicio, decidió compartir su vida con un hombre, Jaime López. Eligió contraer matrimonio con él y tener tres hijas. Estas elecciones fueron tuteladas por el Estado como parte de su libre desarrollo de la personalidad, parte de su identidad sexual, parte de su libertad de expresión. Con el paso de los años, su relación con López no funcionó y decidieron terminarla. A pesar de que la pareja terminó, ella continuó con su maternidad. Con el paso del tiempo, ella decidió iniciar una nueva relación afectiva, ahora con una mujer. Decidió, incluso, formar una nueva comunidad de vida con ella y sus hijas. Creó una nueva familia. Elecciones, todas, protegidas por el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad sexual y la libertad de expresión. Si se parte, como la SCJN, de que la homosexualidad es, como la heterosexualidad, una opción válida, entonces los mismos derechos deben tutelar las mismas elecciones.³⁸

³⁷ Uno de los puntos clave del Amparo Directo Civil 6/2008 era, precisamente, el derecho a la privacidad: la posibilidad de que las personas transexuales sólo revelen su cambio de sexo cuando ellas mismas elijan. Por esta razón, gran parte de ese Amparo está dedicado a la construcción de ese derecho. En este *Amicus*, nos concentramos en su contraparte: si una persona tiene el derecho a callar (derecho a la privacidad), también tiene el derecho a manifestarse (libertad de expresión). En estos temas, la relación de *espejos* entre estos dos derechos es bastante nítida.

³⁸ Este es un ejemplo del principio de igualdad articulado en su forma clásica: a los iguales hay que tratarlos igual.

¿Qué ocurrió después? Para empezar, Karen perdió la guardia y custodia de sus tres hijas en juicio. La Corte Suprema de Chile decidió que dado que “[antepuso] sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de [las niñas],”³⁹ Karen Atala debía perder la guardia y custodia sobre ellas. La razón detrás del fallo de la Corte Suprema es innegable: la pérdida se debe a la *sexualidad* de Atala; más precisamente al hecho de haber *expresado* su sexualidad de una forma específica: viviéndola abiertamente. Al hecho de que osó *vivir* su sexualidad, como lo haría cualquier pareja heterosexual: más allá de la recámara, en todos los ámbitos de su vida. En familia, en público. Se justifica la Corte Suprema diciendo que Karen puede *decir* que es lesbiana, sólo que no puede sostener una relación con otra mujer en su propia casa, con sus hijas. ¿Por qué?

Para la Corte Suprema de Chile, la *sexualidad* de Atala “puede producir[les]” una confusión de roles sexuales a las niñas. En primer lugar, es importante subrayar que, al sustentar su fallo en este supuesto, la propia Corte Suprema reconoce que está censurando una expresión: no le parece el mensaje que el hecho de asumir su propia sexualidad transmite a las hijas de Atala. La idea que Karen expresa, día con día, al vivir su relación abiertamente y con sus hijas: que está bien ser mujer, ser madre y ser lesbiana. Para la Corte Suprema, éste es un mensaje indebido, equívoco, confuso ya que no coincide con lo que ella cree es el *rol sexual adecuado* de las mujeres y los hombres, de las madres y los padres. El mensaje que Karen transmite no coincide con el modelo de maternidad y de familia que la Corte Suprema cree es el correcto. Si Karen Atala *transmitiera*, con sus actos, *un mensaje* que la Corte Suprema no considerase nocivo, no censuraría su conducta. Pero dado que no es así, la Corte Suprema interviene, suprime y suplanta el mensaje de Karen, suprimiendo y suplantando la familia de las niñas: se las quita a su madre y a su pareja y se las da al padre y a su pareja. Es necesario *transmitir el mensaje correcto sobre los roles sexuales a las niñas*. A fin de advertir en un riesgo *probable*, en una discriminación *posible*, en un daño *potencial*, lo que la Corte Suprema hace es censurar un mensaje que estima reprobable.

Por otra parte, la *sexualidad* de Atala, según la Corte Suprema, pone a las niñas en una “situación de riesgo [...] en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”.⁴⁰ Una vez más, la Corte Suprema actúa con base en un hecho futuro incierto: están *expuestas*, están en un *estado de vulnerabilidad*, están en una *situación de riesgo* porque *los otros*, probablemente, las atacarán. La Corte Suprema no sólo *no protege* a las niñas y a Atala de “impedimentos por parte de los demás”, sino que *legítima* las eventuales burlas. Al pronunciarse en este sentido, la Corte Suprema *expresa su propio mensaje*, que censura al de Atala y avala el de quienes supone reprobarán la homosexualidad.

³⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Chile, 31 de mayo de 2004.

⁴⁰ *Ibidem*.

La Corte Suprema afirma que Atala puede “explicitar su condición homosexual, como puede llegar a hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno.”⁴¹ Ella puede *decir* que es lesbiana, siempre que no se lo diga a sus hijas. Ella puede *ser* lesbiana, siempre que no sea enfrente de sus hijas. Es libre de ser quien quiera ser, pero no en su casa, no con su familia. No debe *expresar* su amor. No debe *demonstrar* su relación. O es madre o es lesbiana.⁴² Pero no las dos. Puede decir, en espacios acotados, que es lesbiana; pero debe callarlo en su proceder público y familiar.

Resulta evidente que una de las diferencias entre la Corte Suprema de Chile y la Suprema Corte de México es la forma en la que conciben a la homosexualidad. La primera, en el fondo, cree que es algo *malo*: si bien ya no puede hacerse nada respecto de la homosexualidad de los adultos, sí puede *–debe–* hacerse algo para que los niños no crezcan confundidos sobre los *adecuados* roles sexuales de las personas. Para la Corte Suprema de Chile existe una forma de *ser*, sexualmente hablando, que es la correcta. La homosexualidad es, por definición, una *confusión* sobre lo que es *correcto*. Y es, además, una *idea* de fácil propagación. Casi un *virus* que se *contagia*. Una *error* que se *pega*. Ese es el daño a las niñas: llevarlas a vivir en el error. Además de exponerlas a que los otros las discriminen por la locura de su madre. Dado que el apedreo está justificado *–parece rezar el argumento de la Corte Suprema–* hay que salvar a las niñas, salvarlas de la madre que las puso en esa posición vulnerable. No condenar a los que las discriminan, sino a la madre por poner a las hijas en situación de riesgo.

Desde la perspectiva de la SCJN, sin embargo, queda claro que Karen Atala tiene el derecho a vivir *ambos* proyectos de vida: ser madre y sostener una relación con otra mujer. Puede hacerlo por separado *–si ella desea–* o al mismo tiempo *–como eligió hacerlo–*. Desde aquí, el poner a Karen en la posición de elegir entre *uno* u *otro* *–ser madre o ser lesbiana–*, cuando no hay razón válida para esa disyuntiva, se violenta su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Le impiden perseguir el proyecto de vida que ella, *válidamente*, desea: ser una madre lesbiana. Con el fallo de la Corte Suprema de Chile, el proyecto de vida de Atala fue interrumpido: aniquilado. Su vida se partió. El antes y el después. Lo que pudo haber sido, pero ya no fue. No la dejaron *ser*.

Conforme a la construcción de la SCJN, no sólo se violó el proyecto de vida de Atala de ser madre lesbiana *–tutelado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad–*, sino que se violentó

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Si agregamos la investigación laboral que se inició en contra de Atala, habría que precisar: *no*, no es cierto que una persona puede revelar su “condición de homosexual”. Al menos no *en el trabajo*. Al menos no *en los medios de comunicación*. El mensaje es claro: la persona puede ser, en su alcoba. Pero más allá de la recámara, ya no hay protección. Hay reproche. Castigo. *Injerencias* en su vida: investigaciones, juicios de tuición. Es como decirle a un judío que puede ser judío, siempre que no le transmita su fe a sus hijos (porque los confundirían respecto de la verdad histórica del Hijo de Dios en la tierra y porque en una sociedad predominantemente católica los van a discriminar), no se reúna públicamente con otros practicantes (porque humillará a sus empleados católicos), no utilice una kipá (porque implicaría que está orgulloso de su condición) o no exprese su religión en lo absoluto (en el periódico, en la televisión, en el Internet). Creo que nadie se atrevería a sostener que la libertad religiosa, de asociación y de expresión en este caso no fueron violadas.

directamente su derecho a la identidad sexual. El sostener una relación con otra mujer la hizo objeto de un juicio sobre su calidad como madre, como jueza, como persona. El sostener una relación con otra mujer la hizo perder la guardia y custodia de sus hijas. El sostener una relación con otra mujer la hizo ser objeto de una investigación laboral. El sostener una relación con otra mujer la hizo objeto de discriminación *jurídica*, además de social. El fallo de la Corte Suprema es un mensaje directo: *no*, la homosexualidad no está protegida. Recluirla al clóset –arrinconarla al clóset– no es protegerla. No es respetarla. Es un castigo. Es una *coacción*. Esa identidad sexual –la lésbica, la homosexual, la diferente– no puede ser en plenitud. No puede ser en lo privado y en lo público. No puede ser en la pareja y con los hijos. No puede ser en la casa y en el trabajo. No puede ser.

Por esa misma razón, también se violentó el derecho a la libertad de expresión de Atala. Se le castigó por expresar su amor. Por hablar de su relación. Por demostrarla, sin prurito. El momento en el que Karen Atala *expresó* su sexualidad plenamente –incorporando a su pareja a su vida familiar–, es el momento en el que López y las autoridades protestaron. Lo equívoco de Karen fue creer que podía *expresar* su amor, más allá de su recámara. Que podía hacerlo *público*: en familia, en el trabajo, en los medios. Que podía demostrar, constamente, lo que ella creía era un modelo de familia válido. Mandar el mensaje de que existen otras relaciones posibles. Y, ¡transmitírselo a sus hijas! El fallo de la Corte Suprema de Chile funge como un castigo a una expresión disidente. A una idea –sobre la feminidad, sobre la maternidad, sobre la familia, sobre el amor– distinta. *Minoritaria*. Opera, en la práctica, como una mordaza con un efecto disuasorio perverso: que el amor diferente siga sin atreverse a decir su nombre.⁴³ Que permanezcan como realidades “ocultas”. En cualquier otro terreno –piénsese en el campo electoral o religioso–, la actitud de la Corte Suprema sería suficiente para activar la protección absoluta de la libertad de expresión. ¿Censurar las voces disidentes en una democracia? ¿Castigar al discurso minoritario? En el caso de Karen Atala, es exactamente lo que se hizo.

3. El derecho a la protección de la familia

a. Su desarrollo doctrinal

Uno de los puntos fundamentales de la Acción fue la construcción que la SCJN realizó del derecho a la protección de la familia. La base para este derecho es el artículo 4, párrafo primero de la Constitución

⁴³ Aludimos, obviamente, al poema “Dos amores” del amante de Oscar Wilde, Lord Alfred Douglas. La relación entre la Corte Suprema y Karen Atala es similar a la que ocurre entre los dos amores: la primera le reprocha a la segunda mentir cuando afirma que su nombre es “Amor”. “Tu nombre es ‘Vergüenza’”, le dice la Corte Suprema a Atala. “Yo soy el Amor verdadero”, *el que llena los corazones del hombre y la mujer*. En el fondo, la Corte Suprema está preocupada porque se perpetúe un modelo de maternidad, un modelo de familia: el que ella considera es el adecuado. El reproche a Karen Atala es que ose reproducir uno distinto. Claro, Atala, a diferencia del segundo amor de Lord Alfred Douglas, no se derrota, no se convierte en “el Amor que no se atreve a pronunciar su nombre”. Pero el *efecto pretendido* del fallo de la Corte Suprema es, precisamente, ese: el silencio de la diferencia. Imponer un solo modelo, un solo discurso.

mexicana que establece que “[La ley] protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.⁴⁴ Según la SCJN, este artículo implica lo siguiente:

[E]n un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, *tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente*, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.⁴⁵

La interpretación de la SCJN es bastante clara: *todos* los lazos familiares deben ser *respetados* –esto es, no se debe interferir en ellos– y *protegidos* –no se debe permitir que otros interfirieran en ellos–. Si se tiene una pareja del mismo sexo, este derecho lleva a que la pareja puede reclamar un reconocimiento específico: que sus lazos puedan generar los mismos derechos y obligaciones que los de sus pares heterosexuales, a través de las *mismas figuras* que se constituyan para ello. Si lo que se tiene es una madre soltera, también: se buscará proteger su lazo con sus hijos, más que reprocharle su *estatus* de soltera (a ella o a sus hijos *nacidos fuera del matrimonio*). Los ejemplos pueden ser múltiples –como lo son las manifestaciones familiares que existen hoy en día–, pero el punto es que el derecho a la protección de la familia le otorga a las personas un título para exigirle al Estado la protección de sus vínculos familiares. Sean de pareja, de parentalidad o una mezcla de ambos.

b. El caso de Karen Atala

Al poner a Karen Atala en la disyuntiva entre ser madre o tener una relación afectiva con una mujer, se violentó su derecho a la protección de *su* familia. Atala quiso conformar un *nuevo* tipo de familia: la constituida por una mujer con una pareja del mismo sexo y las tres hijas biológicas producto de su primer matrimonio con un hombre. Dado que invitó a su pareja a vivir con ella y sus hijas, puede sostenerse que el propósito de Atala no era limitar la participación de su pareja a la de *pareja*, sino también involucrarla en la vida de las niñas. Este es un arreglo cada vez más común en la realidad, en el que los hijos de las primeras nupcias conviven con la pareja de segunda vuelta de los padres y establecen una relación especial con ella (es la figura de la madrastra o el padrastro). En el caso de Atala, a ella no se le permitió establecer este vínculo, pero a su ex marido sí: el hogar de Jaime López terminó siendo conformado por él, su nueva mujer y sus tres hijas. A él, se le permitió conformar esta

⁴⁴ Incluimos este derecho, en parte, por su conexión con el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que establece, en su párrafo primero, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.” En muchos sentidos, creemos que la interpretación que la SCJN efectúa del artículo 4, párrafo primero de la Constitución mexicana puede servir como guía para interpretar el artículo 17, párrafo primero de la CADH, ya que responde a la pregunta de qué familia es la que se protege con este artículo.

⁴⁵ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de enero de 2010, p. 87.

nueva familia; a Karen, se le castigó por siquiera intentarlo. Más que proteger la familia de Atala, la *desintegraron*.

El mensaje del fallo de la Corte Suprema de Chile es claro: existen familias que *no* merecen la tutela estatal y no sólo eso, sino que pueden, además, ser discriminadas. La compuesta por dos madres es una de ellas.⁴⁶

4. El derecho a la no discriminación

a. Su desarrollo doctrinal

La acción de inconstitucionalidad 2/2010 no representó la primera ocasión para la SCJN para pronunciarse respecto al derecho a la no discriminación. Ya en otras ocasiones, por ejemplo, había determinado que cuando un acto estatal incide sobre algunas de las categorías de discriminación prohibidas por la Constitución en el artículo 1 –como el género, el origen nacional, la religión o las discapacidades–, el juzgador debe efectuar un *escrutinio estricto* del acto para determinar si violenta o no la Constitución.⁴⁷ En esta ocasión, sin embargo, ahondó en la lógica detrás de las *categorías sospechosas* en relación a las preferencias sexuales y construyó una postura contundente al respecto:

[C]ualquier argumento en [la] dirección [que lleva a sostener que la adopción por parejas del mismo sexo, *per se*, afectan el interés superior del menor] nos pondría en la necesidad de utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1 de la Constitución Federal que, específicamente, prohíbe la discriminación de las personas *por razón de sus preferencias o por cualquier otra razón que atente contra la dignidad humana*, lo que también sería contrario a la interpretación que este Alto Tribunal ha desarrollado y confirmado respecto del tipo de familia protegido por el artículo 4 constitucional y los derechos de los menores.

⁴⁶ No se puede afirmar si, en el caso de Chile, existe *un solo modelo* de protección estatal –el conformado por un padre, una madre e hijos–. Si somos consecuente con la lógica de la Corte Suprema, quizá si Karen hubiera permanecido soltera, sí hubiera podido mantener la guardia y custodia de las hijas. En este sentido, la figura *paterna* –presente, en todo momento, en la casa– no sería tan indispensable como se cree. Lo único que queda claro del fallo es que *dos mujeres* (¿y dos hombres?) como figuras maternas es inaceptable.

⁴⁷ Véase PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO, Primera Sala, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, septiembre de 2010, 185, 1ª CII/2010, tesis aislada; IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), Primera Sala, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, abril de 2008, 175, 1ª/J. 37/2008, Jurisprudencia; PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS, Primera Sala, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, septiembre de 2010, 183, 1ª CIV/2010, tesis aislada.

Pensar que la Constitución exige excluir del régimen legal que disciplina [la] adopción a una categoría entera de personas definidas por su orientación sexual, implica caer en un razonamiento prohibido constitucionalmente.

No se observa qué diferencia constitucional o jurídica habría entre excluir a toda una categoría de personas del régimen legal de la adopción por motivos de orientación sexual o excluirla por motivos de raza, por ejemplo, o de origen étnico, religioso o económico, por citar simplemente algunos casos, por las mismas razones que no necesita conocerse el efecto que puede tener en los niños vivir en familias indígenas o no indígenas, familias pobres o familias ricas, familias con padres que tienen una discapacidad o no la tienen, porque, en cualquier caso, estaría constitucionalmente vedado no considerarlas una familia protegida por la Constitución o una familia “amenazante” o “disfuncional” para los niños: la Constitución hace que esa misma averiguación sea innecesaria.⁴⁸

b. El caso de Karen Atala

En el caso de Karen Atala, no sólo se preguntó si ella era apta para mantener la guardia y custodia de sus hijas, sino que se *ignoró* la evidencia que afirmaba que lo era y se le quitó la guardia y custodia con base en hechos futuros inciertos: porque tal vez, algún día, esas niñas serían discriminadas.

Se dio inicio al juicio de tuición, argumentando que el interés superior de las niñas obligaba a considerar la cuestión. Después, y a pesar de la evidencia de informes rendidos por universidades, de reportes dados por psicólogos y enfermeras y en contra de los mismos deseos de las niñas de permanecer con su madre,⁴⁹ Karen Atala perdió la custodia de sus hijas por ser *lesbiana*. Alegando una

⁴⁸ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de enero de 2010, p. 132.

⁴⁹ La jueza de primera instancia que le otorgó la guardia y custodia a Karen Atala y no a Jaime López se basó en lo siguiente: En relación a la inhabilidad de Atala para ser madre por su orientación sexual, la Jueza consideró diversos informes rendidos por entidades como la Organización Panamericana de Salud, el Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, y la Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Revisó las investigaciones y literatura existente sobre el tema, confirmando que la homosexualidad no es un desorden psicológico y que los niños educados en familias homosexuales no sufren desventajas psicológicas y sociales, así como diferencias significativas en su desarrollo en comparación a niños educados en familias heterosexuales. Respecto al caso particular de Atala y sus hijas, la Jueza consideró informes psicológicos y sociales de las menores y de Atala, que confirmaban el bienestar de las niñas y de Atala. Consideró también un reporte de una enfermera en donde se confirmaba la preocupación de Atala por la salud de sus hijas. También consideró el testimonio de parientes y testigos de López, y determinó que la discriminación a la que aludían que podían sufrir las niñas era siempre a futuro; que, hasta el momento, no había ocurrido. Por último, la Jueza escuchó a las menores. Las dos más grandes expresaron su preferencia por volver a vivir con su madre; para la más chica, la Jueza “sólo detectó una leve preferencia por la figura materna”. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarica, 29 de octubre de 2003.

probable discriminación hacia las niñas por parte de terceros, se le discriminó a Karen Atala y a las niñas por conformar una familia distinta.⁵⁰

Con ello, se violentó, precisamente, el mandato que la SCJN considera le corresponde a una corte:

Ante el mandato de la Constitución, que establece el derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación, [la Suprema Corte de Justicia] debe ser parte de esta tendencia que evite y establezca los criterios para no discriminar. El derecho debe ser parte del avance social. Si esta Suprema Corte estableciera que la reforma impugnada es inconstitucional, porque la sociedad va a discriminar a los niños que sean adoptados por parejas homosexuales, se discriminaría a estos niños desde esta sede constitucional.

So pretexto de proteger a las niñas, se les discriminó. So pretexto de evitar transmitirles un mensaje incorrecto, no calló el mensaje que su madre deseaba trasmitirles –que se puede ser mujer, ser madre y amar a otra mujer– sino que les transmitió el mensaje opuesto: que su madre y sus elecciones de vida no son aceptables. Que son peligrosas. So pretexto de proteger a la familia en abstracto, desgarró a la familia de Karen Atala en concreto. La Corte Suprema de Chile, responsable de tutelar los derechos fundamentales de Karen Atala sin miramientos, la discriminó, vulneró a su familia, censuró su expresión y limitó su desarrollo pleno como persona, como mujer y, sobre todo, como madre.

⁵⁰ Valga aquí recordar el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que “Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, *de sus padres* o de sus representantes legales.” Se le protege al niño, protegiendo a sus padres. En este caso: se protegía a las niñas, protegiendo a Karen Atala. A la inversa: se les discriminó a las niñas, discriminando a Karen Atala.