

## EL CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE: SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS, RAZONAMIENTO JUDICIAL Y ESTEREOTIPOS

Sandra GÓMORA JUÁREZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. III. *Derechos humanos, discriminación y conflictos derivados*. IV. *Derecho, razonamiento judicial y estereotipos*. V. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (caso Atala, en adelante) es un caso bien conocido resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que visibilizó en el contexto interamericano una problemática creciente en Latinoamérica que, sin embargo, había sido ignorada o al menos desatendida desde el ámbito del derecho. Me refiero particularmente a la situación de discriminación y violación de derechos humanos que enfrentan cotidianamente las personas cuya orientación sexual y/o identidad de género no se ajusta a la práctica socialmente normada y generalmente aceptada.

La arena interamericana permitió a través del caso Atala sacar a la luz uno de los conflictos que se presentan en el ámbito del derecho nacional ante la (aparente) colisión de derechos que se requería salvaguardar cuando convergieron, además, elementos relacionados con la protección de derechos de las personas que pertenecen a los grupos que se ha dado en denominar “minorías sexuales”. El problema planteado y resuelto en este caso emblemático de la Corte Interamericana, no obstante, atiende tan sólo una de las múltiples aristas y conflictos que pueden presentarse como resultado de

\* Agradezco a Perla Barrales Alcalá los valiosos comentarios a una versión preliminar de este artículo.

la falta de reconocimiento en el derecho de las identidades y/o sexualidades “no normativas”.<sup>1</sup>

Este artículo analiza la relación entre ciertos elementos presentes en la interpretación de los derechos humanos en sede judicial, particularmente las generalizaciones, los estereotipos y el principio de proporcionalidad, a la luz del caso Atala. El trabajo se compone de tres partes principales; la primera de ellas presenta una revisión del caso desde la secuela procesal en primera instancia hasta los argumentos finales presentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La segunda parte se ocupa de situar los derechos de las minorías sexuales en el entramado general de los derechos humanos, para identificar el papel que la discriminación juega en las constantes violaciones a los derechos de las minorías. Finalmente, la tercera parte del trabajo aborda el problema interpretativo que se presenta con la interacción entre discriminación, estereotipos y aplicación del principio de proporcionalidad en sede judicial. Cierro con algunos comentarios a manera de conclusión en torno a lo que seguimos aprendiendo del caso Atala.

## II. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS *VS.* CHILE

### 1. *Hechos y secuela procesal*

Este caso llegó al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), que analizó la responsabilidad internacional de Chile por la violación de derechos humanos derivada del proceso de custodia, interpuesto ante los tribunales chilenos en contra de la señora Atala Riffo. La demanda interpuesta exponía que la orientación sexual de la señora Atala, así como su convivencia con una pareja del mismo sexo, producirían un daño a las hijas menores.

En 2002, la señora Karen Atala Riffo y el señor Ricardo Jaime López Allendes finalizaron su matrimonio, y acordaron que la custodia y cuidado de las tres hijas del matrimonio estaría a cargo de la madre. Dicha situación

---

<sup>1</sup> Alsop, Rachel, Fitzsimons, Annette y Lennon, Kathleen, *Theorizing Gender*, Malden Ma., 2002, p. 100. Se refiere a los comportamientos que son incompatibles con las expectativas culturales atribuidas a una persona debido a su sexo biológico. “Definition of Terms: Sex, Gender, Gender Identity, Sexual Orientation”, extracto de *The Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients*, adoptadas por el Consejo de Representantes de la Asociación (APA por sus siglas en inglés) en 2011. Disponible en <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/guidelines.aspx>, última consulta el 30 de mayo de 2016.

cambió cuando en 2003 el padre de las menores interpuso una demanda de custodia ante un juzgado de primera instancia en Chile debido a la convivencia en la misma casa de las menores hijas con la señora Emma de Ramón, pareja sentimental de la señora Atala.

En mayo de 2003, el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la custodia provisional al padre, argumentando que: a) al hacer explícita su opción sexual y convivir con sus hijas y pareja, la madre alteraba la normalidad de la rutina familiar y el proceso de socialización de sus hijas; b) la señora Atala privilegiaba su bienestar e interés personal por encima de su rol materno, lo cual podía afectar el desarrollo posterior de las menores, y c) en el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional, los argumentos del padre resultaban más atractivos en pro del interés superior del niño.<sup>2</sup>

El 29 de octubre de 2003, el Juzgado de Menores rechazó de manera definitiva la demanda, al considerar que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para el desempeño de una maternidad responsable. La sentencia fue apelada por el padre, y en marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia. Posteriormente, mediante un recurso de queja interpuesto por el padre, el asunto fue llevado al conocimiento de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, que se pronunció el 31 de mayo de 2004 y le concedió la custodia definitiva al actor.

Con base en un conjunto de consideraciones, la Corte Suprema concluyó que las condiciones en que vivían las menores las colocaban en una “situación de riesgo” debido al entorno familiar excepcional que les acompañaba, lo cual las exponía a ser objeto de aislamiento y discriminación, condiciones que en su conjunto constituían “causa calificada” para entregar la custodia de las menores al padre, de conformidad con el artículo 225 del Código Civil chileno.

Con la sentencia definitiva de la Corte Suprema de Chile, Atala Riffo presentó su petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en noviembre de 2004, para someter su caso al conocimiento del órgano interamericano y que éste se pronunciara acerca de la posible violación de derechos humanos. Una vez satisfechos los requisitos de admisibilidad, en términos de los artículos 46 y 47 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la CIDH emitió el informe de admisibilidad del

---

<sup>2</sup> Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas), caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, p. 17, para. 41. En lo que sigue, los comentarios, la secuela procesal y los hechos del caso hacen referencia a esta sentencia. Si bien prefiero la denominación “interés superior de la infancia” usaré la denominación empleada en el texto de las sentencias.

caso *Atala* en julio de 2008; en diciembre de 2009 emitió el informe de fondo respectivo, y en diciembre de 2010 remitió el caso a la CtIDH, la cual dictó su sentencia el 24 de febrero de 2012.

## 2. *Argumentos del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*

Es importante advertir que como parte de las consideraciones previas, la CtIDH hizo especial énfasis en su función como tribunal de jurisdicción internacional, que es una labor coadyuvante y complementaria, por lo que no es una cuarta instancia sobre valoración de las pruebas ni aplicación del derecho interno. Como tal, a la CtIDH le corresponde definir si las autoridades judiciales locales violaron obligaciones estipuladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que el tema de la asignación de la custodia sobre las hijas menores permaneció inalterado a lo largo del proceso.

Como alegatos de las partes, la CIDH señaló atinadamente que al suscribir la Convención Americana, los Estados parte aceptaron una cláusula abierta de no discriminación, por lo cual están impedidos de excusar su incumplimiento con su nivel de desarrollo político-social, por lo que es inadmisibles que no entiendan que la orientación sexual está incluida dentro de las razones prohibidas para discriminar.<sup>3</sup> Incluso en el derecho constitucional comparado se emplea la figura de “categoría sospechosa” para toda aquella cuya consideración podría constituir violaciones a derechos humanos, lo que obliga a la aplicación de un escrutinio estricto en el análisis cuando tales categorías entran en él.

Por su cuenta, Chile manifestó dos argumentos principales<sup>4</sup> para defender la postura de la Corte Suprema de Chile y el Estado. El primero, relacionado con el compromiso de los Estados con ciertos tipos de violaciones conocidas al momento de suscribir la Convención, por lo cual —a su parecer— resultaba dudoso determinar la responsabilidad del Estado sobre violaciones que no existían en su momento, y el segundo, relacionado con la falta de consenso mínimo de la comunidad internacional respecto a las acciones que se consideran como violaciones.

Con tales alegatos en mente, la CtIDH emitió su sentencia realizando un estudio en el que siguió cuatro ejes de análisis: 1) alcances del derecho a la igualdad y no discriminación; 2) orientación sexual como categoría protegi-

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 27, para. 73.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 27, paras. 74 y 75.

da por el artículo 1.1 de la Convención Americana; 3) posible existencia en el caso de una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y 4) determinación de si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, todo ello a la luz de las razones alegadas relacionadas con el interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las niñas.<sup>5</sup>

#### *A. Alcances del derecho a la igualdad y no discriminación*

El derecho a la igualdad y no discriminación es contemplado en la propia Convención Americana desde distintas perspectivas. Primero, al consignar que todas las personas son titulares de los derechos y libertades que reconoce sin discriminación alguna. Al asociar la igualdad a la dignidad de la persona, la CtIDH explica el principio de igualdad y no discriminación como la base misma del orden público nacional e internacional.

Así, desde una segunda perspectiva, el principio de igualdad y no discriminación implica la obligación de los Estados no sólo de abstenerse de realizar actos que conduzcan a discriminación de hecho o de derecho, sino también de implementar medidas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades.

En ese sentido, existe una relación directa entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención, al referirse al deber estatal de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la misma, así como al deber de garantizar a las personas igual protección ante la ley, respectivamente. En la sentencia, la CtIDH encontró responsable a Chile por haber vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

#### *B. Orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana*

La CtIDH manifestó que la interpretación de los tratados sobre derechos humanos debe ser progresiva, según la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales; en ese sentido, debe optarse por aquella que brinde mayor protección a los derechos humanos, según el principio de la norma más favorable al ser humano. El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala:

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 27, para. 77 y ss.

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En ese orden de ideas, y según señala la sentencia, el artículo 1.1 de la Convención contiene la pauta enunciativa —y no limitativa— para la interpretación progresiva de la protección de derechos humanos al referirse a “cualquier otra condición social” como el espacio interpretativo en el que pueden incorporarse otras categorías que no hubieran sido explícitamente indicadas en el propio artículo. Así, la orientación sexual es considerada una de las categorías de discriminación prohibidas tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del sistema universal de protección de derechos humanos.

Al respecto, la CtIDH hizo especial referencia en su sentencia a la adopción de diversos instrumentos internacionales por la Organización de Naciones Unidas de emisión previa al dictado de su sentencia, y que guardan especial relación con la discriminación por orientación sexual. Se refirió a la “Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”; a la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género” de 2011, y la resolución del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, en la que expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación en el mundo cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, así como a diversos informes de relatorías especiales de Naciones Unidas.<sup>6</sup>

Así, en razón de los instrumentos internacionales referidos, la CtIDH sostiene en su sentencia que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención, por lo cual ninguna norma, práctica o decisión de derecho interno puede disminuir o restringir los derechos de una persona sustentando dicha restricción en su orientación sexual. En ese sentido, el alegato de Chile respecto a la supuesta falta de consenso no puede sostenerse para restringir derechos humanos, perpetuar o reproducir la discriminación.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 33, para. 90.

*C. Posible existencia en el caso de una diferencia de trato basada en la orientación sexual*

La existencia de una diferencia de trato se determina según la CtIDH siempre que se advierta la consideración explícita o implícita de la orientación sexual de la persona para tomar una decisión. La sentencia interamericana analizó los argumentos, lenguaje y conductas de los tribunales nacionales, así como el contexto de los pronunciamientos para establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual, particularmente en lo que respecta a la sentencia que resolvió el recurso de queja y a la decisión de custodia provisional.

En lo que respecta al contexto de los pronunciamientos judiciales del juicio de custodia, la Corte advirtió que tanto la demanda como las posteriores resoluciones giraron en torno a la cuestionada capacidad de la madre para desempeñarse como tal a la luz de su manifiesta orientación sexual, así como a las posibles consecuencias negativas que la convivencia lésbica con otra mujer podrían producir en las hijas.

La argumentación tanto de la Corte Suprema de Justicia de Chile como del Juzgado de Menores de Villarrica hizo referencia a un deterioro del entorno social, familiar y educacional de las niñas atribuido a la convivencia en el hogar con una pareja homosexual, al riesgo que esta situación representaba para su desarrollo integral y la posible confusión de roles sexuales, al estado de vulnerabilidad social al que se exponía a las menores, así como a la priorización de los intereses de la madre sobre el bienestar de las hijas al manifestar su condición homosexual. Al ser éstas las razones que sustentaron las decisiones judiciales internas, la CtIDH constató que su fundamento fue la orientación sexual de Atala Riffo, por lo cual determinó que existió una diferencia de trato basada en la orientación sexual.

*D. Determinación de si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, todo ello a la luz de las razones alegadas relacionadas con el interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las niñas*

Respecto de este punto, la Comisión explicó que las autoridades judiciales chilenas “se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado”, y sustentaron sus decisiones en esas mismas

concepciones estereotipadas sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo.<sup>7</sup>

Asimismo, reconoció que el interés superior del niño es un fin legítimo siempre que sea real, para lo cual el Estado debe probar objetivamente el daño irrogado a las niñas; de lo contrario, la decisión carece del mismo. Ante esta observación, cuestiona si la medida de separar a las niñas de su madre y la alteración de su vida cotidiana efectivamente abonó para “proteger” sus derechos, ya que no queda claro que la intensidad de la medida esté debidamente justificada. En contraposición, el Estado hizo referencia a perturbaciones psicológicas y carencias afectivas advertidas en las menores, verificables en el material probatorio del expediente, así como a la certeza del entorno adecuado que el padre ofrecía, según concluyeron las autoridades judiciales.

En torno a este punto, la CtIDH argumentó que el principio del interés superior del niño es un fin legítimo e imperioso que pretende propiciar su desarrollo, en razón de lo cual la Convención sobre los Derechos del Niño y la propia Convención Americana han establecido que deben recibir medidas especiales de protección. Sin embargo, los daños o riesgos alegados para su integridad deben ser reales y probados, no especulativos o imaginarios.

En ese sentido, la sola referencia en abstracto al principio del interés superior del niño sin probar los riesgos y daños concretos sufridos por las menores hijas no sirve como justificación para restringir el derecho de disfrutar de todos los derechos humanos sin discriminación; es decir, no puede usarse este principio para justificar la discriminación ejercida en el proceso de custodia.

En aplicación del principio de proporcionalidad, la CtIDH analizó si los argumentos ofrecidos por la Corte Suprema de Chile eran adecuados para cumplir con la finalidad buscada, a saber: la protección del interés superior de las niñas. Recordemos que los principales argumentos con los que la Corte Suprema sustentó la sentencia fueron los siguientes:<sup>8</sup>

- El deterioro al entorno social, familiar y educacional de las menores a partir de la convivencia de la madre con su pareja homosexual en el hogar.
- Las niñas podrían ser objeto de discriminación social como resultado de dicha convivencia.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 37, para. 101.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 22, para. 56. Cabe señalar que la Corte Suprema extrajo las razones que sustentaron su decisión de las pruebas testimoniales ofrecidas en el expediente principal de custodia, de las que en su consideración se había prescindido en instancias previas.



- Algunos testimonios refieren juegos y actitudes en las niñas que demuestran confusión ante la sexualidad materna.
- La manifestación de la condición homosexual de la señora Atala, así como su convivencia en el mismo hogar con su pareja, muestra que antepuso sus propios intereses al de sus hijas.
- Dicha convivencia puede causar efectos adversos al bienestar y desarrollo emocional de las niñas y conducir a la eventual confusión de roles sexuales.
- La carencia de un padre del sexo masculino en el hogar según el modelo tradicional de familia configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores.

Al respecto, la CtIDH encontró que el material probatorio analizado por los tribunales chilenos ofrecía sustento a favor y en contra de la posición sostenida por la autoridad judicial; sin embargo, la autoridad judicial suscribió la postura de la posible discriminación social de las niñas de manera abstracta, lo cual no es razón suficiente para restringir un derecho.

Paralelamente con lo anterior, el hecho de que algunas sociedades tengan niveles bajos de tolerancia a la orientación sexual no habilita al Estado para perpetuar tratos discriminatorios, sino al contrario, están obligados a implementar las medidas necesarias para garantizar el pleno disfrute de los derechos contenidos en la Convención Americana.

En relación con la posible confusión de roles sugeridos por los testimonios recabados en la jurisdicción local, la CtIDH refirió nuevamente la exigencia de una fundamentación rigurosa, cuanto más cuando lo que está en juego es la restricción de un derecho humano de una persona que pertenece a un grupo históricamente discriminado, por lo que el rigor exigido es mayor.

La confusión de roles sexuales tendría que haber sido probada de manera contundente como un daño en el desarrollo de las niñas, pero al no haberse probado en esos términos se corre el riesgo de fundamentar la decisión en estereotipos que asocian negativamente la crianza de parejas homosexuales. En todo caso, las pruebas técnicas pertinentes deben mostrar cuando la conducta parental tiene un impacto negativo en el desarrollo de los niños.

La CtIDH recurrió a los trabajos de peritos reconocidos en la materia para explicar los estudios científicos que reflejan que las aptitudes maternas en personas homosexuales son equivalentes a las de heterosexuales; que el desarrollo emocional de los hijos en ambos tipos de pareja es semejante; que la orientación sexual de los padres no afecta a los niños respecto del género u orientación sexual propia, por lo que el bienestar y desarrollo

psicológico de los menores no está relacionado con la orientación sexual de los padres.

Toda vez que la Corte Suprema de Chile analizó el riesgo de confusión de roles de manera especulativa y posibilidad futura, no probó que el deterioro del entorno social de las menores se debía concretamente a la convivencia homosexual de la madre, la CtIDH concluyó que el máximo tribunal chileno incumplió con el test estricto de análisis para sustentar el daño concreto.

Ahora bien, la corte chilena refirió igualmente que al manifestar su orientación sexual y elegir la convivencia en el hogar con su pareja sentimental, Atala Riffó estaba anteponiendo sus propios intereses al bienestar de sus hijas, afirmación que tiene implícita la suposición de que el rol materno es incompatible con la orientación sexual. Ante ello, la CtIDH se pronunció expresando que el derecho a la no discriminación por orientación sexual incluye tanto la propia condición como su expresión y consecuencias en el proyecto de vida de las personas.

Tal derecho guarda íntima relación con el derecho a la vida privada que protege la identidad física y social, el desarrollo y autonomía personal, así como la posibilidad de establecer relaciones con otras personas, mismas que contemplan relaciones homosexuales y su ejercicio. De manera que el derecho a la no discriminación por orientación sexual incluye la protección de las conductas en ejercicio de la homosexualidad, y al ser la orientación un componente de la propia identidad no podía exigírsele a la señora Atala Riffó renunciar a su proyecto de vida o posponerlo. La CtIDH concluyó que este argumento tampoco cumplía con el propósito de asegurar el interés superior del niño.

Al respecto, la CtIDH resaltó que el proceso de custodia propició la exposición de diversos aspectos de la vida privada de la señora Atala, lo cual constituyó una injerencia arbitraria en su vida privada al violar el artículo 11.2 de la Convención. Más aún, la separación de las niñas del núcleo familiar constituyó también una violación a la vida familiar protegida por su artículo 17.1.

Acerca del supuesto derecho de las menores a una familia tradicional, la Corte reiteró el hecho de que la Convención Americana no favorece ni protege un tipo específico de familia, sino que parte de la idea de un concepto amplio, que admite otros lazos familiares, por lo que las razones de los tribunales internos reflejaron una concepción limitada y estereotipada del concepto de familia, que es incompatible con la propia Convención.

Adicionalmente, el hecho de que el proceso de custodia girara en torno a la orientación sexual de la madre provocó una discriminación indirecta

en las menores hijas, ya que tomó en cuenta consideraciones que no habrían sido utilizadas en un proceso de tuición de una pareja heterosexual, de modo que la discriminación a la madre irradió sus consecuencias negativas sobre las niñas.

En conclusión, la CtIDH consideró que ninguno de los argumentos ofrecidos por la Corte Suprema de Chile —ni por sí mismos ni en conjunto— probaron que la convivencia de la señora Atala con su pareja vulneraron el interés superior de las menores hijas, y en cambio, emplearon supuestos abstractos, estereotipados y discriminatorios para fundamentar su decisión, por lo que la sentencia constituyó un trato discriminatorio para la señora Atala Riffo.

### III. DERECHOS HUMANOS, DISCRIMINACIÓN Y CONFLICTOS DERIVADOS

Ahora bien, la sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile es relevante, porque se trata del primer caso que aborda el tema de la orientación sexual como tal en el sistema interamericano de derechos humanos, ya que si bien es cierto que la CtIDH se había pronunciado sobre asuntos que involucraban de alguna manera igualdad y no discriminación, fue en este caso en el que profundizó el análisis en torno al alcance y contenidos de esos principios y sus relaciones con otros derechos tutelados en el contexto latinoamericano.<sup>9</sup>

Además, el caso sienta un primer precedente que habría de influenciar las resoluciones futuras de la CtIDH y los Estados obligados, avanzando en el reconocimiento de los derechos de las personas pertenecientes a minorías sexuales.<sup>10</sup> Así, a pesar de que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos no tiene normatividad expresa en torno a derechos específicos de la diversidad sexual, la CIDH y la CtIDH han avanzado en el análisis y construcción jurisprudencial de esos derechos.

Cabe señalar que en otros sistemas ya había pronunciamientos previos en torno a casos sobre discriminación por orientación sexual y su protec-

---

<sup>9</sup> Figueiredo Terezo, Cristina, “Derechos humanos y diversidad sexual en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Beltrão, Jane Felipe *et al.* (coords.), *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, Barcelona, 2014, p. 392; Rodríguez Jiménez, Sonia, “El caso Karen Atala: la conjugación de la orientación sexual y el principio del interés superior del menor”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012, p. 1272.

<sup>10</sup> Término comúnmente utilizado para referirse en el ámbito global a las personas que integran la comunidad LGBTI, que comprende a su vez los grupos de: (L), lesbianas; (G), gay o gai; (T), transexual; (B), bisexual; (I), intersexual. Figueiredo, *op. cit.*, p. 382.

ción, por ejemplo en el sistema universal de derechos humanos, el primer caso resuelto por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas data de 1994 con el caso *Toonen vs. Australia*. El primer antecedente del sistema europeo de derechos humanos es de 1981, en el caso *Dudgeon vs. Reino Unido*.<sup>11</sup>

Ahora bien, aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma la dignidad y derechos de todo el género humano, lo cierto es que el sexo y el género no fueron expresamente atendidos como categorías protegidas en ese documento,<sup>12</sup> y ha sido sólo en los años recientes que el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas está participando de un debate sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.<sup>13</sup> Por su parte, la Organización de Estados Americanos (OEA) determinó incluir en su agenda prioritaria los derechos de las minorías sexuales a partir de la Resolución núm. 2435, (XXXVIII-O/08) de 2008, denominada “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, de manera que se trata de una incorporación relativamente reciente.<sup>14</sup>

Los diversos instrumentos internacionales protectores afirman que las personas tienen derechos y libertades proclamados en dichos instrumentos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. A partir de esta fórmula y con independencia de las diversas posturas filosóficas al respecto, la idea general acerca de los derechos humanos contempla cuatro características definitorias, a saber: a) son derechos; b) son plurales; c) son universales, y d) son prioritarios.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Manzano Barragán, Iván, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. LXIV/2, julio-diciembre, 2012.

<sup>12</sup> Naples, Nancy A. y Gurr, Barbara, “Human Rights and Gender”, *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*, Nancy A. Naples (ed.), Wiley Blackwell, 2016, pp. 1 y 2.

<sup>13</sup> La resolución 17/19, adoptada en junio de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos, es la primera resolución de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género. *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Nueva York, cidh, 2012, p. 7.

<sup>14</sup> Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/igtbi/enlaces/>.

<sup>15</sup> Nickel, James, “Human Rights”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/rights-human/>, el 2 de julio de 2016.

Primordialmente, los derechos humanos han sido entendidos como garantías morales que tienen las personas en todos los países y culturas por el simple hecho de ser humanos;<sup>16</sup> la denominación como derechos sugiere su exigibilidad obligatoria y su alta prioridad.<sup>17</sup> Afirmar que los derechos humanos son “derechos” está relacionado con el hecho de que los derechos humanos son ampliamente entendidos como demandas asociadas directamente con deberes y responsabilidades asignados a los garantes de esos derechos, responsabilidades como las acciones necesarias para proteger, respetar, facilitar su pleno ejercicio y prevenir su violación.<sup>18</sup>

La pluralidad de los derechos admite la posibilidad de la existencia de una amplia variedad o catálogo de derechos a proteger, que bien puede ser admitida como una breve lista de derechos generales de la cual derivan derechos más específicos, o bien como una lista de derechos independientes y autónomos entre sí. La universalidad de los derechos se refiere al hecho de que toda persona tiene derechos humanos, lo cual significa que su existencia es independiente de las prácticas, la moral y el derecho de su comunidad o cultura. La característica de tener alta prioridad se refiere no sólo a la centralidad que tienen para competir con otras altas consideraciones en los Estados, sino también a la posibilidad de gradación interna entre los propios derechos.<sup>19</sup>

Un problema persistente, sin embargo, ha sido la dificultad que han tenido los sistemas jurídicos para reconocer y garantizar estos derechos a las minorías sexuales. Históricamente ha existido una falta de igualdad de derechos para las personas que forman parte de estos grupos que han sido sistemáticamente subordinados o se encuentran en posición de desventaja en relación con el ejercicio de sus derechos humanos; ésta ha sido una preocupación constante en el movimiento de los derechos humanos.

Este problema quedó al descubierto con la argumentación que Chile, como Estado parte en el caso Atala Riffo, presentó en su defensa. La pretensión de justificar el tratamiento discriminatorio de la rama judicial

---

<sup>16</sup> Estos derechos giran en torno a las personas, y por ello presupone una concepción de lo que significa “ser humano”. Gewirth, Alan, “Human Rights and Conceptions of the Self”, *Philosophia*, vol. 18, núm. 2, 1988, p. 129. Las concepciones de los derechos humanos que los asumen como inherentes a la naturaleza humana son denominadas “esencialistas”. Para una discusión acerca de los modelos de derechos humanos, véase Rodríguez Trujano, Enrique, “Cuatro modelos de derechos humanos”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 2, núm. 2, 2006, p. 46.

<sup>17</sup> Fagan, Andrew, “Human Rights”, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://www.iep.utm.edu/hum-rts/>, el 30 de junio de 2016.

<sup>18</sup> Nickel, *op. cit.*

<sup>19</sup> *Idem.*

en el caso se basó en la falta de consenso de la comunidad internacional para considerar la orientación sexual como una categoría prohibida para discriminar. Atinadamente la CtIDH señaló que la referencia a los diferentes niveles de protección de los países a este respecto no constituye un argumento válido, ya que precisamente esas actitudes estatales perpetúan y reproducen la discriminación histórica y estructural que esas minorías han sufrido.<sup>20</sup>

Existe un gran número de problemas y constantes violaciones derivados de la falta de reconocimiento<sup>21</sup> en condiciones de igualdad a los derechos de las minorías sexuales. Las personas de estos grupos enfrentan discriminación en las diferentes esferas de la vida:<sup>22</sup> en el acceso al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a prestaciones sociales, en el núcleo familiar, son víctimas de violencia física y psicológica, tortura, abuso sexual y homicidio.<sup>23</sup> Según cifras de la ONU, en más de 75 países están vigentes leyes discriminatorias que castigan penalmente las relaciones privadas y consentidas entre personas del mismo sexo, por ejemplo.<sup>24</sup>

Estos datos revelan la existencia de un claro escenario de desigualdad en diferentes ámbitos sociales y legales. De hecho, se presenta un alto número de violaciones a derechos humanos debido a la presencia de alguna consideración basada en el sexo, la orientación sexual, el género o la identidad de género de las personas.

Según los principios de Yogyakarta y la Asociación Americana de Psicología: 1) el sexo se refiere al estatus biológico de una persona, y es carac-

---

<sup>20</sup> Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas), caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, p. 34, para. 92.

<sup>21</sup> Las violaciones desde el derecho pasan por la falta de reconocimiento de los derechos de las minorías hasta las prohibiciones y penas que sancionan la expresión y ejercicio de la propia identidad de género y/o sexualidad. Algunas posturas teóricas al respecto sostienen que estas manifestaciones en lo jurídico son un reflejo de lo que se concibe en una comunidad como socialmente prohibido, en donde la heterosexualidad es la noción dominante, por lo que las posiciones que desestabilizan estas normas sociales se han venido construyendo desde una posición marginal. Al prohibir tales expresiones; sin embargo, el derecho posibilita que las pensemos, reflejando que nuestra estructura conceptual incluye más posibilidades. Alsop *et al.*, *op. cit.*, pp. 94-113.

<sup>22</sup> Para un acercamiento detallado de la violencia y discriminación que sufren estos grupos véase el informe: “Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>.

<sup>23</sup> O’Flaherty, Michael and Fisher, John, “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm. 2, p. 208.

<sup>24</sup> Nacidos libres e iguales..., *op. cit.*, p. 5.

terizado típicamente como masculino, femenino e intersex; 2) la orientación sexual se refiere la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo (heterosexuales), o de su mismo género (hombres gai o mujeres lesbianas), o de más de un género (bisexuales), así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas; 3) el género se refiere a las actitudes, sentimientos y comportamientos que una determinada cultura asocia con el sexo biológico de la persona; en tanto que 4) la identidad de género se refiere a la vivencia interna del género de cada persona, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento e incluye la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género.<sup>25</sup>

Usualmente las distinciones basadas en alguna de estas consideraciones —sexo, orientación sexual, género o identidad de género— se valoran de manera negativa<sup>26</sup> en diversos contextos y están asociadas a prejuicios. Etimológicamente, el vocablo “prejuicio” se refiere al momento previo a la emisión de un juicio, y en algún sentido se trata de juicios provisionales errados que toman como fundamento objetivo información que es subjetiva.<sup>27</sup> En ese sentido, se trata de intuiciones o predisposiciones mentales para reaccionar ante determinadas situaciones; al ser imprecisas y no razonadas carecen de objetividad.

Las actitudes prejuiciosas conducen directamente a la discriminación; de hecho, el prejuicio es una de las condiciones necesarias del concepto de discriminación. Esto ocurre cuando se desfavorece a una persona o grupo en razón de su pertenencia a cierta categoría; esto es, sobre una base irrelevante para el asunto en cuestión, aun cuando no sea intencional. En ese sentido, el desfavor o desventaja ocasionados son producto de prejuicios, en

---

<sup>25</sup> La protección internacional de las personas LGBTI, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), México, p. 13-17; “Definition of Terms: Sex, Gender, Gender Identity, Sexual Orientation”, *op. cit.*

<sup>26</sup> Como ejemplo, pensemos en la difundida noción “...de que hay dos y sólo dos géneros es una de las ideas más básicas en nuestra binaria forma de pensar occidental. Las personas transgénero desafían nuestro propio entendimiento del mundo. Y nosotros les hacemos pagar el precio de nuestra confusión con sufrimiento”, O’Flaherty, *op. cit.*, p. 209.

<sup>27</sup> Teruel, Pedro Jesús, “La noción de prejuicio en la obra de Immanuel Kant”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, vol. 30, núm. 2, julio-diciembre, 2013. Para Gadamer, el prejuicio es una opinión previa o precomprensión que nos da sentido intuitivo acerca de los factores relevantes en las discusiones que son más importantes según nuestros intereses de una manera incorrectamente prematura. En Wachterhauser, Brice R., “Prejudice, Reason and Force”, *Philosophy*, vol. 63, núm. 244, abril, 1988, pp. 232-235. Empleo la explicación del término “prejuicio” aquí propuesta, aunque no suscribo las demás posturas sustantivas que el autor desarrolla.

suma, se trata de una denigración irracional hacia las personas que les ocasiona la pérdida de algún beneficio o la adquisición de una carga.<sup>28</sup>

En ese sentido, es irracional emplear un criterio irrelevante —como la orientación sexual— para distribuir cargas y beneficios entre seres humanos, como es irracional el prejuicio que conduce tanto al empleo del criterio irrelevante como a la supresión de los criterios verdaderamente relevantes.<sup>29</sup> Esto fue precisamente lo que ocurrió en la sentencia de la Corte Suprema de Chile:

- 1) Se utilizó un criterio irrelevante: la orientación sexual de la madre.
- 2) Para asignar una carga: la pérdida de la custodia de sus hijas.
- 3) Guiándose por prejuicios: predisposición hacia las personas homosexuales.
- 4) Que suprimieron el criterio verdaderamente relevante en el caso: la habilidad maternal para cuidar de las menores hijas.

Con base en este argumento central se pronunció la CtIDH en torno al caso *Atala Riffo*, haciendo referencia a que el resultado de la sentencia en la jurisdicción interna habría estado justificado de haberse analizado el perfil psicológico de la madre ofrecido pruebas que evidenciaran violencia física en el hogar o peritajes que revelaran conductas parentales concretas potencialmente generadoras de daño a las hijas; es decir, de haberlo sustentado en criterios relevantes para la cuestión analizada, que era el proceso de custodia.

La pertinencia, sin embargo, no implicaba ignorar plenamente las características particulares del caso, que se relacionan con la pertenencia de la madre a un grupo históricamente discriminado, lo cual conduce de inmediato a una reflexión rigurosa de su posición ante las posibles cargas a imponer. A esto se refiere primordialmente la CtIDH cuando habla de las “categorías sospechosas”. Desafortunadamente, la Corte Suprema de Chile no entró en una reflexión profunda del tema y empleó una valoración negativa de la distinción.

Si bien es cierto que el derecho pretende no atender a distinciones de color, sexo o religión para evitar la debilidad recién señalada, también lo es que “ignorar una característica distintiva e importante de un grupo donde ésta tiene relevancia puede ser tan ofensivo y objetable y tan discriminatorio”.

---

<sup>28</sup> Campbell, Tom, “Sex Discrimination: Mistaking the Relevance of Gender”, en McLean, Sheila and Burrows, Noreen (eds.), *The Legal Relevance of Gender. Some Aspects of Sex-Based Discrimination*, New Jersey, Humanities Press International Inc., 1988.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 21 y 22.



rio como implementar tal criterio cuando no tiene una función propia que cumplir. La discriminación es equivocarse de manera que se insulta la relevancia de las características del grupo, sea por comisión o por omisión”.<sup>30</sup>

El caso Atala muestra lo complejo que puede ser argumentar una decisión judicial cuando convergen elementos o características particulares. En los casos difíciles no es clara la respuesta al conflicto planteado, y existe una delgada línea entre una distinción válida y otra que no lo es, de modo que quienes juzgan pueden deslizarse entre estas posiciones incluso sin advertirlo. Con su análisis, la CtIDH concluyó que la Corte chilena violó con la emisión de su sentencia, diversos derechos humanos de la señora Atala Riffo y sus hijas.

Entre los derechos violados se encuentran en la sentencia de la Corte chilena, el derecho a la igualdad y la no discriminación —en la modalidad de igualdad ante la ley y en la modalidad de obligación de respetar y garantizar esos derechos—, el derecho a la vida privada, la protección a la honra y la dignidad, en relación con la protección a la familia de la señora Atala, así como también diversos derechos de sus hijas, a saber: el derecho a la igualdad y la no discriminación en relación con los derechos del niño, la protección a la honra y la dignidad, y el derecho a ser oídas como garantía judicial.

Dotar de significado y delinear los alcances de los derechos humanos en el contexto de los sistemas jurídicos particulares no es una labor fácil, debido a que con frecuencia se entrelaza, traslapa y/o entra en conflicto con otros derechos o principios que también gozan de protección. En sede judicial se han aplicado algunas estrategias argumentativas que permiten arribar a soluciones razonables en conflictos de esta naturaleza; el caso Atala da una muestra de ello en la argumentación que proporciona la CtIDH.

Así pues, de manera destacada, es la judicatura en el ámbito estatal la que impulsa los cambios y modificaciones más urgentes y trascendentales en la manera de aproximarse y entender las verdaderas dimensiones de los derechos humanos en general, y en cuanto a minorías sexuales se refiere, en particular. Ha sido en la sede judicial que se ha interpretado gradualmente el derecho con lecturas cada vez más amplias e incluyentes, que permiten ir atendiendo los diferentes aspectos de las interacciones sociales que las leyes no contemplan plenamente. Por ello, es de la mayor importancia el desempeño y el análisis de la función judicial, de una manera profunda y reflexiva, que tiene en sus manos la atribución permanente de significados para casos presentes y futuros.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 22.

#### IV. DERECHO, RAZONAMIENTO JUDICIAL Y ESTEREOTIPOS

Cotidianamente estamos en contacto con una gran variedad de situaciones y objetos que tienen sentido en razón de su significado. Conocemos y comprendemos nuestra realidad a través de conceptos<sup>31</sup> que nos permiten aproximarnos al mundo, comprenderlo y analizarlo. El lenguaje posibilita la comunicación y el intercambio de significados y conceptos.

La explicación del concepto nos ayuda a obtener un entendimiento común sobre algún fenómeno para sentar las bases del análisis y la discusión.<sup>32</sup> En ese sentido, es común tratar de explicar nuestro entorno con conceptos y organizar los objetos en categorías más amplias —que pueden, incluso, tener un punto de intersección entre ellas— que sean fácilmente manejables; de hecho, cotidianamente no nos detenemos a identificar las propiedades de todos y cada uno de los conceptos que empleamos o de las categorías a las que pertenecen, porque “la vida es corta y el espacio mental es limitado”.<sup>33</sup>

Una organización semejante ocurre también en el derecho. El derecho se compone de normas jurídicas generales, lo que significa que tales normas se refieren a una generalidad de casos y están dirigidas a una generalidad de personas situadas en el mismo supuesto de hecho. Para Hart, el germen de la justicia se refleja en la generalidad de las normas jurídicas, en tanto que en el tratamiento general a casos semejantes se presume una conexión con la justicia a través de la igualdad.<sup>34</sup>

Al generalizar, clasificamos objetos particulares en categorías más amplias que privilegian algunas propiedades al tiempo que eliminan otras ha-

---

<sup>31</sup> Al respecto, Stevi Jackson observa que las categorías heterosexual y lesbiana no podrían existir sin la capacidad que tenemos para definirnos a nosotros mismos y a otros a través del género, ya que el deseo hacia el otro sexo o hacia el mismo sexo presupone la existencia de hombres y mujeres como categorías sociales y eróticamente significativas. Alsop *et al.*, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

<sup>32</sup> Bix, Brian H., *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, 3a. ed., trad. de Imer B. Flores, Rodrigo Ortiz Totoricagüena y Juan Vega Gómez, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 24.

<sup>33</sup> Schauer, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 19 y 20. Coinciden en esto los estudios de Tversky y Kahneman al explicar que existen un gran número de decisiones que tomamos de manera cotidiana sin analizar sus componentes cada vez. El estudio desarrollado por los autores revela que los postulados de la tesis de la elección racional son normalmente satisfechos en situaciones claras y transparentes, aunque normalmente son violados en situaciones no claras.

<sup>34</sup> Vega Gómez, Juan, “The Hart-Fuller Debate”, *Philosophy Compass*, vol. 9, núm. 1, 2014, p. 51.

bilitándonos para identificar cuáles son miembros de una clase de objetos y cuáles no lo son. Dicha generalización se encuentra en el predicado fáctico de las normas jurídicas para hacerlas aplicables a todas las conductas de una determinada categoría genérica. Esa categoría genérica es la justificación de la norma que revela el mal que se desea evitar o la meta que se persigue con esa norma. Así, la justificación determina qué generalización de todas las posibles será el predicado fáctico de la regla.<sup>35</sup>

Con estas ideas en mente podemos entender que para funcionar adecuadamente, los sistemas jurídicos intentan cotidianamente conciliar dos necesidades básicas que se presentan en su interior: por un lado, la necesidad de proporcionar reglas claras que puedan ser aplicadas de manera directa para facilitar la coordinación sin necesidad de nuevas guías, y, por otro, la necesidad de proporcionar reglas que puedan ser planteadas en términos generales, reglas abiertas que puedan precisarse al momento de su aplicación mediante una elección oficial informada.<sup>36</sup>

Como se ha advertido, son múltiples las combinaciones de circunstancias que pueden ocurrir para dar lugar a un problema jurídico en general. En particular, los problemas jurídicos que enfrentan las personas que pertenecen a un grupo vulnerable<sup>37</sup> pueden situarse en la gama de esas combinaciones, pero con la característica adicional de que en el caso de estos grupos, los estereotipos juegan un papel (generalmente en contra de sus intereses) importante en el análisis.

La situación jurídica de una persona promedio es analizada en términos de una normatividad estándar, pero cuando se lleva a cabo el análisis de la situación jurídica de una persona que pertenece a un grupo vulnerable, la aplicación de esa normatividad estándar se ve modificada por ciertos

---

<sup>35</sup> Las normas jurídicas se componen de un predicado fáctico y un consecuente. El predicado fáctico se refiere a los hechos que al actualizarse darán lugar a la aplicación de la regla, y el consecuente es la consecuencia que se sigue de la actualización del predicado fáctico; por ejemplo: si un conductor excede los 80 km/hr, entonces deberá pagar una multa de 1,399 pesos. Schauer, Profiles, *Probabilities and Stereotypes*, cit., pp. 24-27.

<sup>36</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 162-168.

<sup>37</sup> Si bien todos los seres humanos somos igualmente vulnerables, en el contexto jurídico se hace referencia particularmente a los grupos que tienen disminuida su capacidad para enfrentar una posible violación a sus derechos asociada directamente a la característica que le identifica como miembro del grupo o colectivo. Así, por ejemplo, se identifica como grupos vulnerables a las mujeres en razón del género; a lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y transexuales, en razón de la orientación sexual; a niños, niñas y adolescentes en razón de la edad; a personas con discapacidad en razón del tipo de discapacidad; a comunidades indígenas en razón de la etnia, entre otros. Beltrão, Jane Felipe et al. (coords.), *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, Barcelona, 2014.

estereotipos que pueden potencializar la discriminación.<sup>38</sup> Así, el análisis está condicionado —en muchas ocasiones— desde el momento mismo de la creación jurídica normativa, lo que sugiere dos ámbitos y elementos que condicionan el análisis.<sup>39</sup>

Aun cuando muchas normas jurídicas operan a través de generalizaciones, los estereotipos son un tipo de categorización social problemático para el derecho, ya que no es claro cuándo una clasificación de personas o grupos de personas genera consecuencias positivas o negativas en contextos específicos. En ese sentido, es complicado determinar si todos los estereotipos deben evitarse, cuándo son inevitables o, incluso, si estamos obligados a emplearlos en algunos casos.

En el derecho hay dos ámbitos jurídicos en los que se emplean estereotipos de una manera relevante: el ámbito de la producción normativa y el ámbito jurisdiccional. Si bien son distintos los estereotipos que aparecen en uno y otro ámbito, es relevante observar que aunque muchos de ellos tienen una carga negativa, otros son irrenunciables, y se dice, incluso, que algunos podrían ser deseables.<sup>40</sup>

Siguiendo la clasificación de Arena, identificamos dos clases de estereotipos. Los estereotipos descriptivos asocian (de manera probabilística) ciertas propiedades a las personas que pertenecen a un grupo particular,<sup>41</sup> aunque puede haber personas del grupo que no exhiban esas propiedades; así por ejemplo, al decir que los perros callejeros tienen pulgas estamos estereotipando al asociar la propiedad de tener pulgas a la categoría de perros callejeros, y, aunque probablemente esto sea cierto, puede haber perros callejeros sin pulgas. Lo mismo ocurre con la afirmación de que los hijos de padres divorciados son problemáticos.

En ese sentido, el estereotipo descriptivo tiene, por una parte, una dirección de ajuste general, que se refiere a la corrección del estereotipo respecto del grupo; la falta de ajuste general promueve abandonar el estereotipo. Por otra parte, tiene una dirección de ajuste individual, que se refiere a la corrección del estereotipo respecto de un miembro del grupo; la falta de ajuste individual promueve inaplicar el estereotipo al caso particular.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Arena señala la dificultad que presenta el estudio de los estereotipos descriptivos debido a la estrecha relación que guardan con las categorizaciones. Arena, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXIX, núm. 1, junio de 2016.

<sup>39</sup> Schauer, Profiles, *Probabilities and Stereotypes*, cit., p. 36.

<sup>40</sup> Arena, *op. cit.*, pp. 60-63.

<sup>41</sup> Por ello son semejantes a las generalizaciones, señala Arena, *ibidem*, p. 53.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 56-58.

Los estereotipos normativos atribuyen un deber a quienes pertenecen a un grupo, y asumen que por el hecho de pertenecer a este grupo las personas deben desempeñar ciertas tareas o ciertos roles; así el estereotipo normativo se compone de dos elementos: la inclusión de personas en una categoría y la especificación de las normas que se les aplica y los roles que deben desempeñar.<sup>43</sup>

El derecho contiene estereotipos descriptivos y normativos en la configuración de sus leyes.<sup>44</sup> Un claro ejemplo de los estereotipos en las leyes se encuentra en el hoy reformado artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que definía el matrimonio como “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 crear hijos de manera libre, responsable e informada...”.

Esta norma jurídica estaba diseñada para establecer la forma del matrimonio empleando un estereotipo normativo, según el cual la institución del matrimonio debe ser heterosexual. Simultáneamente, parecía contener un estereotipo descriptivo, al reflejar un estado de cosas tal que el matrimonio existía solamente cuando se efectuaba entre personas de distinto sexo. Esto cambió con la reforma de diciembre de 2009 al artículo, que removió los estereotipos, y ahora señala que el matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, que debe celebrarse ante el juez del registro civil con las debidas formalidades.

Sin embargo, no sólo las normas jurídicas contienen estereotipos, sino también en sede jurisdiccional se aplican estereotipos, y es innegable que en un buen número de casos cobran especial relevancia en la interpretación, particularmente cuando se limitan o restringen derechos con base en ellos, razón por la cual su empleo cotidiano y su falta de identificación es el principal obstáculo para el reconocimiento de derechos de grupos vulnerables, así como el camino hacia la discriminación.

Es cierto que en ocasiones el derecho está parcialmente determinado o está indeterminado, lo cual significa que existen normas jurídicas que

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>44</sup> Debemos tener en cuenta que las normas jurídicas son producto de la voluntad de una autoridad (persona o grupo) que eligió determinada regla como una buena razón para actuar. El derecho es producto de las elecciones y decisiones de la autoridad que tuvo intención de crearlo de una forma determinada, e indicó el modo en que debía actuarse en ciertas circunstancias. Ese producto que son las leyes contienen y reflejan los estereotipos sostenidos por sus creadores. Dickson, Julie, “Interpretation and Coherence in Legal Reasoning”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/legabreas-interpret/>, última consulta: 12 de julio de 2016.

regulan el núcleo de la disputa, temas o aspectos cercanos a ella, pero que resultan demasiado amplias para aplicarlas directamente; son tan generales, que realmente no proporcionan guía en algún sentido, o incluso son incompletas, de tal forma que no contemplan ciertos aspectos específicos de una cuestión jurídicamente regulada, o bien resultan novedosas, y por ello nunca antes fueron cuestionadas ni incorporadas al derecho. Puede ocurrir simplemente que la redacción de la norma jurídica es oscura al incorporar términos afectados de vaguedad.<sup>45</sup>

Cuando se requiere aplicar el derecho parcialmente determinado, los tribunales recurren a la interpretación para asignar el significado que la norma jurídica tiene a la luz del caso concreto con sus particularidades. Este ejercicio necesariamente afecta y cambia el objeto de interpretación;<sup>46</sup> por ello es tan importante que los operadores judiciales identifiquen y distingan las generalizaciones válidas de los estereotipos, que pueden tener una carga negativa en la interpretación, y por medio de ésta en la asignación y/o limitación de derechos y obligaciones.

Ordinariamente se considera adecuado decidir con base en las generalizaciones contenidas en las reglas jurídicas, pero en algunas ocasiones, errar al individualizar adecuadamente el caso concreto puede resultar en injusticia. Se trata, pues, de una tarea bastante compleja. En ese sentido, la tendencia a mantener la generalización como llamado a la igualdad —tratando de evitar la discriminación— puede fallar en distinguir las características que precisamente hacen al caso excepcional, ya que las diferencias específicas cobran especial relevancia en el análisis.<sup>47</sup>

A la luz de estas ideas, se comprende la trascendencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, ya que nos muestra la forma en que diversos estereotipos asociados con la orientación sexual de las personas aparecieron y, de hecho, condicionaron la interpretación que los tribunales chilenos efectuaron respecto de las normas jurídicas aplicables. Tanto el Juzgado de Menores de Villarrica —al conceder la custodia provisional al padre— como la

---

<sup>45</sup> Gómora Juárez, Sandra, “Coherencia y progresividad en el concepto de precedente”, en Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (eds.), *Debatiendo con Taruffo*, Barcelona, Marcial Pons, 2016, pp. 190-197.

<sup>46</sup> Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 312.

<sup>47</sup> En referencia a la afirmación de que “...hay una forma de evitar el error causado por la aplicación de la regla simple y universal a un caso particular, sería «absurdo», «nocivo», una «desgracia», y una injusticia no evitar el error...”. Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, cit., p. 30. Campbell, *op. cit.*, p. 19.

Corte Suprema de Chile sustentaron sus respectivas resoluciones en razones que encierran estereotipos respecto de Atala Riffo.

Es relevante observar que en este caso los estereotipos relevantes que dieron lugar a la sentencia de la CtIDH no se encontraban en la ley que regula el proceso de custodia en la jurisdicción local, sino que se introdujeron en sede jurisdiccional como parte de los argumentos que —en un ejercicio de interpretación— el tribunal desarrolló para resolver sobre la custodia en el caso concreto.

En dicho proceso de interpretación el tribunal incluyó a Atala en la categoría de las “personas homosexuales”, como persona perteneciente a un grupo específico. A partir de la clasificación de Atala en la categoría, se asignaron conductas, actitudes y roles de manera arbitraria, en razón de su pertenencia a dicho grupo social. La decisión que debía girar en torno a las consideraciones relevantes para asignar la custodia analizó en cambio características de la madre (irrelevantes para el caso), pero además lo hizo empleando estereotipos.

Si bien es cierto que no todos los estereotipos conllevan una carga negativa, en el caso sólo se identifican estereotipos descriptivos falsos<sup>48</sup> o estereotipos normativos que no tienen justificación racional, que describen un estado de las cosas incorrecto, y que asignan actitudes y roles de manera arbitraria.

Los argumentos empleados en la sentencia de la Corte Suprema de Chile encierran estereotipos como: las personas homosexuales son perjudiciales para los niños; los hijos de padres o madres homosexuales son discriminados; la convivencia con personas homosexuales genera confusión de identidad sexual en los niños; la convivencia con personas homosexuales genera confusión de orientación sexual en los niños; las madres divorciadas que rehacen su vida son egoístas; las mujeres que son madres divorciadas no deben rehacer su vida; las madres divorciadas que manifiestan su homosexualidad son egoístas; las personas homosexuales no deben manifestar abiertamente su orientación sexual; el entorno de una familia heterosexual es mejor para los niños que el de una familia homosexual; la familia debe integrarse por padre, madre e hijos, o los niños que crecen sin padre no se desarrollan adecuadamente.

La referencia anterior permite advertir que los casos donde están involucradas personas pertenecientes a grupos vulnerables suponen mayor complejidad que los casos regulares, ante la necesidad de tomar en consideración categorías y distinguir estereotipos en la aplicación del principio

---

<sup>48</sup> Arena, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

de proporcionalidad. Tal labor no es fácil —menos aun cuando quienes aplican el derecho no reconocen los estereotipos implícitos en las normas jurídicas y/o los que ellos mismos sostienen— y avanzar en su comprensión e identificación es un paso en la dirección correcta en cuanto a administración de justicia a grupos vulnerables.

Ahora bien, un problema diverso, aunque directamente relacionado en el caso *Atala*, es el de la falta de aplicación del principio de proporcionalidad en la medida judicial de retirar la custodia a la madre con quien vivían las menores. La CtIDH consideró a lo largo de su sentencia que la autoridad jurisdiccional chilena había fallado en aplicar un “test estricto de proporcionalidad” por estar involucrada una restricción a derechos humanos y una categoría sospechosa. Veamos por qué.

El test exigido por la Corte se refiere al principio de proporcionalidad, que se ha venido empleando en casos constitucionales o de derecho internacional de protección de derechos humanos garantizados por algún documento jurídico como la Constitución o tratados internacionales para definir la solución de conflictos entre esos derechos.<sup>49</sup>

Dicho principio de proporcionalidad busca la protección óptima de los derechos humanos, al limitar al máximo sus posibles restricciones por parte de la autoridad estatal, proporcionando un método de evaluación que permite —en los casos de eventuales restricciones— que las medidas sean estrictamente indispensables para alcanzar un fin legítimo. De este modo, este principio ha jugado un papel central en estas jurisdicciones en cuanto a interpretación judicial, cuando se argumenta sobre los alcances de derechos fundamentales, colisiones entre principios o entre principios y derechos.<sup>50</sup>

Se ha dicho que es un método que brinda algún grado de racionalidad y certeza<sup>51</sup> plausible al alcanzar soluciones ante la colisión de principios.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Orrego-Sánchez, Cristóbal, “Principio de proporcionalidad y principio de doble efecto. Una propuesta desde la filosofía del derecho”, *Dikaion*, vol. 24, núm. 1, junio, 2015, pp. 123 y 124. No deja de advertirnos sobre las críticas que el desarrollo y aplicación de este principio ha despertado, así como una posible vía para mitigar los inconvenientes que presenta.

<sup>50</sup> Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 20-22.

<sup>51</sup> Debe tenerse en cuenta que la tesis de la proporcionalidad no está libre de críticas y cuestionamientos, que si bien no son objeto de este trabajo, es relevante tener en cuenta. Véase por ejemplo, Botero Bernal, Andrés, “Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy”, *Ensayos jurídicos sobre teoría del derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010.

<sup>52</sup> En la materia existe la presunción de que los derechos fundamentales son un tipo de normas jurídicas conocidas como principios. Siguiendo el planteamiento teórico de Robert Alexy, los derechos fundamentales han de ser tratados como principios, y no como reglas;



Entendido como método de interpretación constitucional, el principio de proporcionalidad estipula que un derecho fundamental sólo puede limitarse en una medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin lícito, por lo que la eventual limitación debe efectivamente satisfacer el fin lícito propuesto.<sup>53</sup>

Los subprincipios que integran el examen o test de proporcionalidad, y que se espera sean aplicados en estos casos son la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Así, la solución judicial o medida debe tener la aptitud para alcanzar el fin legítimo, debe además ser estrictamente indispensable; esto es, se trata de la única medida posible o de la menos lesiva. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad o ponderación en estricto sentido consiste en valorar la importancia de las posiciones del caso para determinar cuál ha de protegerse, considerando que el beneficio obtenido a uno de los principios debe justificar la intensidad con que se menoscaba el principio restringido.<sup>54</sup>

La falta de aplicación del examen de proporcionalidad con las identificaciones e implicaciones que acarrea por parte de la Corte Suprema de Justicia chilena en el caso Atala fue advertida y reprobada tanto por la CIDH como por la CtIDH. El alto tribunal chileno interpretó el Código Civil chileno y la orientación sexual de la madre junto con las potenciales consecuencias que le atribuyó como una condición que por sí misma constituía una causa calificada para retirarle la custodia.

De lo expuesto, se advierte que en un primer momento la Corte chilena incurrió en violación al principio general de igualdad, que impone el deber genérico de tratar todos los casos —de custodia que están dirigidos a una generalidad de personas; es decir, padres y madres divorciados, situados en el mismo supuesto de hecho, a saber: pidiendo la custodia de sus hijos o hijas— de la misma forma. Con esto, se omitió considerar la disposición del Código Civil chileno, que establece que el cuidado de los hijos corresponde a la madre.<sup>55</sup>

---

de esta manera, mientras que las reglas sólo pueden cumplirse o incumplirse, los principios pueden cumplirse en diversos grados, e implican un mandato de optimización para satisfacerlos al máximo grado posible. Cárdenas Gracia, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLVII, núm. 139, enero-abril, 2014, pp. 68-69; Sánchez, *op. cit.*, pp. 27-29.

<sup>53</sup> Cárdenas, *op. cit.*, pp. 66 y 67.

<sup>54</sup> Sánchez, *op. cit.*, pp. 36-59; *ibidem* pp. 69 y 70.

<sup>55</sup> La propia disposición legislativa contiene un estereotipo descriptivo e incluso normativo relacionado con que las mujeres que son madres, tradicionalmente se quedan en el hogar y deben cuidar de los hijos, el cual puede ya no tener una base estadística que lo sustente, pero la valoración del mismo no es objeto de este trabajo.

En un segundo momento, al analizar los riesgos potenciales al desarrollo de las menores, el tribunal chileno construye su razonamiento con estereotipos descriptivos falsos y normativos acerca de las madres divorciadas, de las personas homosexuales y de las consecuencias de su convivencia en el hogar con las menores hijas, como se desprende de los peritajes y diversos estudios aportados por la CtIDH.

En un tercer momento, al deslizarse de la consideración de los elementos relevantes al análisis de la custodia en los casos de divorcio, la Corte Suprema de Chile emprendió un razonamiento en el que consideró como razones permitidas los estereotipos previamente referidos, que, además de ser categorizaciones arbitrarias o falsas, son razones que no versan sobre las capacidades parentales y de cuidado de la madre hacia las hijas. En ese sentido, las razones aportadas versan sobre aspectos irrelevantes al asunto en cuestión, y por lo tanto son discriminatorios, al diferenciar en sentido negativo un caso de custodia de madre homosexual del resto de casos heterosexuales, y al restringir con base en esa distinción derechos humanos.

Cuando intervienen “categorías sospechosas” en el derecho constitucional comparado se ha recurrido a la aplicación del principio de proporcionalidad, por la complejidad de los casos. Recordemos que hay una delgada línea entre las categorías admisibles y los estereotipos, de modo que cuando en la interpretación judicial entra en consideración una de esas categorías respecto de las cuales existe el riesgo de traspasar la línea divisoria al momento de la distribución de cargas y beneficios, lo aconsejable es analizar cuidadosamente el caso para advertirlo y aplicar de manera estricta un examen de proporcionalidad al caso. Desafortunadamente, la Corte chilena no consideró la orientación sexual como una “categoría sospechosa” en el análisis.

Finalmente, de la sentencia de la CtIDH se desprende que la Corte chilena pareció identificar un conflicto entre el principio del interés superior de las niñas y el derecho de la madre a ejercer su sexualidad libremente. En mi opinión, el planteamiento del caso fue errado también en este aspecto, ya que falló en identificar los elementos que intervenían en el análisis que no tenían que ver con la sexualidad de la madre, sino con su derecho a conservar la custodia como la ley establece. En ese sentido, parece que no se configuraba en la jurisdicción local una verdadera colisión entre los elementos verdaderamente relevantes para el análisis: el principio del interés superior de las niñas y el derecho a la custodia, en tanto que no son excluyentes ni incompatibles entre sí.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Éste, por cierto, es uno de los riesgos que los críticos de la ponderación advierten en su ejercicio, la facilidad para considerar un problema como un problema de colisión de principios.

En ese sentido, del análisis que la CtIDH efectuó de la sentencia adoptada por la Corte chilena se desprende que no cumple con el test de proporcionalidad en tanto que los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no se satisfacen. Separar a las hijas de la señora Atala no era la medida idónea para lograr el fin perseguido; es decir, el desarrollo integral de las niñas, y al no ser una medida idónea, es solamente una medida restrictiva de derechos. Sin pruebas reales de daño a las hijas menores, la medida no era estrictamente necesaria; no era claro que se obtuviera un beneficio superior para las niñas al separarlas de su entorno familiar y limitar el derecho de la madre.

## V. CONCLUSIONES

El caso Atala es muy relevante, y aún tiene mucho que enseñarnos acerca del derecho y de cómo lo aplicamos. Vemos pues que operadores y operadoras judiciales tienen un papel privilegiado en el desarrollo de los sistemas jurídicos y en la protección y configuración de los derechos humanos. Los avances más contundentes que se pueden vislumbrar a nivel local se han logrado a través de sentencias judiciales y precedentes que, a su vez, abrevaron de sentencias y precedentes confeccionados por tribunales internacionales.

Es prácticamente imposible ya negar la centralidad de la interpretación judicial activa o la tremenda responsabilidad que sus sentencias conllevan. Como en la mayoría de los temas más controvertidos y poco atendidos por las normas jurídicas, los asuntos relacionados con la orientación sexual e identidad de género han encontrado su configuración y gradual expansión gracias a la labor judicial a nivel nacional e internacional, en la que recae el peso de un compromiso real con el análisis y la transformación de las instituciones jurídicas.

Como resultado de la interpretación, es posible arribar a resultados razonables sobre una base de igualdad que permita considerar, en el balance, elementos externos a la aplicación ordinaria de las normas jurídicas —como las categorías sospechosas—, que sin embargo juegan un papel en el balance de razones que se evalúan en sede judicial. Aunque no existe una fórmula exacta que arroje resultados correctos, la comprensión del significado e importancia de las generalizaciones, las distinciones y los estereotipos nos permiten dar un paso adelante en la comprensión y confección de sentencias más adecuadas. Con suerte, tales sentencias contribuirán a que más personas puedan, efectivamente, disfrutar de sus derechos.