

ORIENTACIÓN SEXUAL Y PARENTALIDAD.  
COMENTARIO CRÍTICO A LA SENTENCIA  
*ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE\**

SEXUAL ORIENTATION AND PARENTHOOD.  
THE *ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE* DECISION REVISITED  
ORIENTATION SEXUELLE ET PARENT.  
LES FILLES ET *ATALA RIFFO C. CHILI* DÉCISION DU REVUE

LUIS ALEJANDRO SILVA IRARRÁZAVAL\*\*

INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas v. Chile*, ha sido la primera en su género, por el reconocimiento amplio y explícito de la expresión de la homosexualidad al amparo del derecho a la no discriminación. Sin embargo, los argumentos de la sentencia comprometen la protección de los derechos de los menores de edad, porque debilitan la noción de interés superior del niño. El propósito de este comentario es analizar críticamente los argumentos contenidos en la sentencia, desde la perspectiva del interés superior del menor de edad.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La convivencia de la madre de tres menores de edad con su pareja homosexual en el mismo hogar que las niñas, ¿es una circunstancia relevante para determinar la idoneidad de la madre para tener la tuición de sus hijas? Esta es la cuestión que planteó el juicio de tuición entre el padre y la madre de tres niñas, y que la Corte Suprema resolvió negativamente para la madre: por múltiples razones, nuestro máximo tribunal determinó que la convivencia lésbica suponía un riesgo para las hijas que debía evitarse, en consideración del interés superior del niño<sup>1</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) condenó al Estado de Chile por violar el derecho a la no discriminación del Pacto de

\* Ponencia presentada en el VII Seminario “Familia y Justicia”, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 27 de junio de 2012. Quiero agradecer los profesores Hernán Corral, Maximiliano Murath y Patricio Fernández sus comentarios al borrador de este trabajo.

\*\* Abogado. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

<sup>1</sup> Corte Suprema, 31 de mayo de 2004, Rol 1193-2003.

San José, estimando errónea la decisión de la Corte Suprema de Chile, porque la expresión de la opción sexual de la madre no debería ser un antecedente relevante para determinar su idoneidad como titular del cuidado personal de sus hijas<sup>2</sup>. En el fondo, la sentencia de la Corte Suprema se habría basado en una serie de prejuicios que, al carecer de fundamentos, hicieron que la decisión fuera arbitraria y, por lo tanto, discriminatoria.

El problema que se planteó en el caso Atala fue el grado de incidencia que la condición homosexual de la madre y la convivencia lésbica en el mismo hogar que sus hijas tuvo en la decisión de entregar la tuición o cuidado personal de las menores al padre. Puesto que los criterios para decidir la tuición deben orientarse a la idoneidad de la persona para velar por el mayor bienestar integral de los niños, cualquier otro criterio en que se base la decisión puede resultar discriminatorio (v. gr. la condición homosexual de la madre). La cuestión es, por lo tanto, discernir si la decisión de tuición se basó realmente en el mayor interés de las menores o no, porque este es el criterio para juzgar si fue justa o discriminatoria.

## 2. HIPÓTESIS DE ESTE ANÁLISIS

Para demostrar que la decisión de entregar la tuición de las niñas al padre fue un acto discriminatorio contra la madre, la Corte debió probar que no hubo ninguna conexión relevante entre el interés superior de las menores y la expresión de su condición homosexual. Es decir, que la decisión del juicio de tuición no se fundó en lo que era más conveniente para las niñas sino en un prejuicio contra la homosexualidad y su expresión.

En el empeño por demostrar que no existió una relación causal entre las circunstancias de la madre y el mayor interés de las hijas, la Corte desarrolló varios argumentos que debilitan la protección de los derechos de los niños. En efecto, al poner el énfasis en la legitimidad de la señora Atala para expresarse conforme a su homosexualidad, la Corte siguió una línea argumentativa que descuidó la correspondiente consideración de los intereses del menor.

Tres son los argumentos plasmados en la sentencia, que fortalecen la protección de la expresión de la personal opción sexual, pero simultáneamente debilitan la protección de los derechos e intereses de los niños. Estos argumentos, que se exponen más adelante, se dirigen a demostrar que la expresión de la personal opción sexual no es un elemento a considerar en un juicio de tuición, porque 1º) está amparada por el derecho a la no discriminación, 2º) está amparada por el derecho a la privacidad, 3º) no produce ningún daño relevante en los menores.

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012. Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)> [consulta: 19 junio 2012].

### 3. EL ÁMBITO DE LA INTERVENCIÓN: UN COMENTARIO CRÍTICO A UN ASPECTO DE LA SENTENCIA ATALA

El presente comentario quiere resaltar críticamente la forma como la Corte resolvió el conflicto entre la señora Atala y el Estado de Chile. Es una crítica a los argumentos de la sentencia de la Corte y no a la posibilidad de que uno de los padres en convivencia homosexual goce de la tuición de sus hijos, conforme a lo que se acredite en el caso.

La crítica que aquí se hace a la sentencia *Atala Riffó y niñas v. Chile* no se extiende a todos los argumentos contenidos en ella. La crítica se dirige específicamente a las razones que la Corte tuvo en cuenta para considerar infundada la decisión de los tribunales chilenos de entregar la tuición de las tres niñas al padre de éstas en vez de a la madre, dejando a ésta sólo el derecho de relación directa y regular (visitas).

### 4. SUCINTA RELACIÓN DE LOS HECHOS DE LA HISTORIA JUDICIAL

La sentencia de la Corte, de 24 de febrero de 2012, fue el corolario jurisdiccional de una historizada brega entre padre y madre por el cuidado personal o tuición de las tres hijas del matrimonio. La condición homosexual de la madre fue un elemento crítico durante todo el tiempo que duró la discusión, porque su decisión de convivir con su pareja homosexual en la misma casa que sus hijas detonó el propósito del padre por quedarse con la tuición de las tres menores.

El juicio de tuición comenzó el 14 de enero de 2003 en el Juzgado de Menores de Villarrica, dos meses después de que la pareja sentimental de Karen Atala llegara a la casa en que vivía con sus hijas. El 10 de marzo de 2003 el padre solicitó la tuición provisional de las niñas, que le fue concedida el 2 de mayo. El 29 de octubre del mismo año, el Juzgado rechazó la demanda de tuición y ordenó la entrega de las niñas a su madre. Pero el padre apeló de la sentencia el 11 de noviembre de 2003 a la Corte de Apelaciones de Temuco y solicitó una orden provisional de no innovar, para conservar la tuición de sus hijas. Se le concedió esta orden, y entonces la madre presentó una queja disciplinaria contra dos integrantes de la Corte de Apelaciones que la emitió, pero la Corte Suprema no acogió en definitiva el recurso (2 de julio de 2004). El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones confirmó el fallo apelado y dejó sin efecto la orden de no innovar, por lo que el padre debía devolver las niñas a su madre. El 5 de abril de 2004 el padre presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema contra los ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco. Además, solicitó una orden de no innovar, que le fue concedida. El 31 de mayo de 2004 la Corte Suprema acogió el recurso de queja y otorgó al padre la tuición definitiva de las niñas, por tres votos contra dos.

El 24 de noviembre de 2004, la madre de las niñas presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión). El 17 de septiembre de 2010, la Comisión demandó al Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 5. LOS DOS NIVELES DEL PROBLEMA: LA TUCIÓN (TRIBUNALES CHILENOS) Y LA DISCRIMINACIÓN (CORTE INTERAMERICANA)

La Corte centró su análisis en las sentencias dictadas por los tribunales chilenos, porque su interés era determinar si estos órganos cumplieron o no las obligaciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención). Esto significa dos cosas: 1º a la Corte no le corresponde “*determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas*” (n. 66); 2º “*la tución actual de las menores de edad no es materia del presente caso*” (n. 66)<sup>3</sup>.

La condena al Estado de Chile en el caso Atala se debió a la discriminación que sufrió la señora Karen Atala por parte de los tribunales chilenos, que le quitaron la tución de sus tres hijas y se la dieron al padre de ellas. Pero la discriminación se produjo por la mala justificación que los tribunales hicieron de sus decisiones, y no porque la señora Atala haya sido más idónea que el padre para cuidar de las niñas. Eventualmente, esto significa que, con otros fundamentos, la decisión de encargar la tución al padre no hubiera sido condenada por la Corte. En otras palabras, no se condenó tanto la decisión como la forma en que se llegó a ella.

## 6. LOS ARGUMENTOS QUE DEBILITAN LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

Como se dijo más arriba, tres son los argumentos de la sentencia de la Corte Interamericana que debilitan la noción de interés superior del niño. A continuación, repasaré críticamente cada uno de ellos.

### *6.1. Expresión de la opción sexual y no discriminación*

La Comisión alegó ante la Corte que el Estado de Chile habría discriminado arbitrariamente a la señora Atala, porque la privó de la tución de sus hijas debido principalmente a la expresión de su orientación homosexual (n. 59). Por su parte, el Estado de Chile se defendió diciendo que la decisión de retirar la tución obedeció a la determinación de quién ofrecía “*las mejores condiciones para asegurar el bienestar de las niñas*” y no la orientación sexual de la señora Atala (n. 61). En este marco, la Corte fijó los puntos que debían juzgarse (n. 77), que se pueden sintetizar en si la condición homosexual de la madre y su expresión fue la causa determinante para decidir la tución de las niñas en favor del padre. Dicho de otro modo, la cuestión debatida fue si la decisión de tución de las menores estuvo fundada en prejuicios y estereotipos sobre la homosexualidad o si realmente obedeció a los intereses superiores del niño.

<sup>3</sup> Consistente con esta definición, la Corte sólo consideró para su análisis las “pruebas y argumentación que hayan sido explícitamente utilizadas para la motivación de sus decisiones por la Corte Suprema o el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tución provisoria” (n. 112), y desechó otras pruebas presentadas por el Estado durante el juicio ante la Corte.

Para decidir si los tribunales chilenos violaron la Convención con sus decisiones, es preciso determinar si el interés superior del niño puede servir para justificar un trato diferente entre el padre heterosexual y la madre homosexual, en relación a la tuición de las menores. A este respecto, lo primero que dice la Corte –y con lo que estoy de acuerdo– es que *“la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos (...) y no especulativos o imaginarios”* (n. 109). Con esto quiere decirse que la homosexualidad de la madre no puede ser considerada en abstracto una condición contraria al interés superior del niño (n. 110).

Después de analizar las sentencias de la Corte Suprema y del Juzgado de Menores de Villarrica, la Corte concluyó que los fundamentos de éstas no fueron adecuados para justificar la decisión sobre la tuición de las menores en los intereses superiores del niño. La Corte consideró que las decisiones de los tribunales nacionales no pudieron demostrar que la convivencia lésbica de la señora Atala produjera un daño real a las niñas. En realidad, los argumentos de la Corte Suprema y del Juzgado de Menores se fundaron en la presunción: a) de que dicha convivencia sería causa de que a las niñas se las discriminara en su entorno social; b) de que las niñas se confundirían respecto de los roles paterno y materno, con consecuencias negativas en su desarrollo emocional y psicológico; c) de que la madre estaría privilegiando sus propios intereses por sobre los intereses de las menores; d) de que a las niñas se las estaría privando de crecer en una familia *“normal y tradicional”*. Para la Corte, los cuatro argumentos que sirvieron de base para entregar las niñas al cuidado del padre (n. 113) fueron *“abstractos, estereotipados y/o discriminatorios”* (n. 146).

Para justificar el diferente trato que los tribunales dispensaron al padre y a la madre, era necesario demostrar que la tuición de la madre significaba un daño real para las tres menores. Pero en este caso ese daño no se habría demostrado efectivamente, sino que se habría supuesto como una consecuencia inevitable de la convivencia lésbica de la madre. A juicio de la Corte, en el fondo de las sentencias se esconde un prejuicio negativo contra las personas homosexuales, que se proyecta a su falta de idoneidad para cuidar personalmente a sus hijos. Y esto es discriminación.

Pero la sentencia de la Corte Interamericana se fundó en una premisa equivocada. Asumió, sin fundar ni argumentar, que la expresión de la sexualidad no era ni podía ser, en ningún caso, un antecedente relevante para determinar la idoneidad del padre o madre para desempeñar la tuición. Los siguientes textos de la sentencia sintetizan la posición de la Corte: *“Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual”* (n. 93), y *“el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”* (n. 133).

La premisa de la Corte es equivocada: la expresión de la sexualidad y su forma de llevar a la práctica (sea homosexual, heterosexual, bisexual o transexual) no es algo que pueda excluirse *a priori* del conjunto de elementos que el juez debe considerar para decidir un juicio de tuición, porque el criterio para decidir qué elementos son relevantes es cómo resulta afectado o impactado el interés superior del niño<sup>4</sup>. Esto no significa que la expresión de la homosexualidad del padre/madre sea siempre o necesariamente un factor relevante para decidir la tuición, sino sencillamente que esta posibilidad no puede excluirse *a priori*.

*“Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual”* (n. 93). Esta afirmación, en el contexto del caso Atala, es ambigua, porque sirve para confundir la orientación sexual –una condición de la persona– con la expresión de la sexualidad –una conducta–. Y respecto de las conductas no puede predicarse la afirmación citada<sup>5</sup>. Cierto que no debería negársele a la madre la tuición de sus hijas por el solo hecho de tener una tendencia homosexual, porque una madre homosexual puede ser una excelente madre (o, por lo menos, más idónea que el padre); pero el modo como viva su sexualidad no puede desvincularse absolutamente de la decisión de la tuición, porque desde la perspectiva del bienestar de los niños, *puede ser relevante*.

Quiero ilustrar lo anterior con un ejemplo. Supongamos una hinchada de la “U”, que lo es desde su más tierna infancia. No recuerda cuándo comenzó a gustarle el equipo. Tampoco es capaz de explicar lo que le pasa, porque más que una razón es un sentimiento. Esta condición (hinchada de la “U”), ¿puede servir de base para negarle o restringirle su derecho bajo alguna circunstancia? (alguien del Colo Colo diría que sí...). Por supuesto que no. Ahora supongamos que esta mujer está en juicio por la tuición de sus hijos. Y el padre de los niños alega que la forma como su mujer expresa su amor por la “U” no satisface el interés superior de los menores, porque los lleva a todos los partidos y los niños faltan a clases, o porque ha sido varias veces detenida por su comportamiento en la vía pública después de los partidos, o porque se desentiende de algunos aspectos básicos del cuidado de los niños cuando el resultado del equipo ha sido desfavorable... Pregunta: ¿son irrelevantes estas circunstancias para decidir la tuición? Por su-

<sup>4</sup> Cfr. Artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño. El criterio no es absoluto: LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2007). “Los conflictos de intereses entre progenitores e hijos”. *Gaceta Jurídica*, N° 330. Disponible en: <[www.legalpublishing3.cl/custos.uandes.cl/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600001383dcd7805b870726f&docguid=i90C7E6DF1B9FEBD74B38C77922E756E3&hitguid=i90C7E6DF1B9FEBD74B38C77922E756E3&spos=8&epos=8&td=11&ao=o.i0ADFAB86B019A48A81B01EFE0C478783&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append](http://www.legalpublishing3.cl/custos.uandes.cl/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600001383dcd7805b870726f&docguid=i90C7E6DF1B9FEBD74B38C77922E756E3&hitguid=i90C7E6DF1B9FEBD74B38C77922E756E3&spos=8&epos=8&td=11&ao=o.i0ADFAB86B019A48A81B01EFE0C478783&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append)> [consulta: junio 2012].

<sup>5</sup> Modificando la cita de la sentencia, queda en evidencia la diferencia: “Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su *comportamiento sexual*”.

puesto que no. Y esta respuesta no se contradice con la anterior, porque una cosa es ser fanático de la “U” (una condición) y otra cosa es la forma como se expresa ese fanatismo<sup>6</sup>.

La condición homosexual no es una desventaja en el juicio de tuición de un hijo propio, porque no supone de suyo una amenaza a los intereses de los menores. Por esta razón, si la decisión de la tuición se basa exclusiva o principalmente en la condición homosexual, la decisión es discriminatoria. Pero la forma como se exprese la condición homosexual *puede ser* un elemento que debe considerarse en el juicio de tuición, por la misma razón que cualquier otra conducta de los padres debe ser evaluada si amenaza o daña los intereses de los niños<sup>7</sup>. Y, por lo mismo, una decisión que se sustenta en la forma como se expresa la opción sexual no es *per se* discriminatoria.

Para determinar que la decisión sobre la tuición fue discriminatoria, la Corte cambió las reglas del juego. Porque comenzó diciendo que nadie puede ser discriminado por su condición homosexual, y en esto estoy de acuerdo. Pero luego explica que esto significa que nadie puede ser discriminado por la forma como exprese su opción sexual. Y en esto no estoy de acuerdo, porque son dos cosas distintas. Y la diferencia entre las dos es importante desde la perspectiva de la protección de los niños, porque ser homosexual no implica una amenaza, pero el modo de vivir la homosexualidad *puede llegar a ser* una amenaza.

Esta es la crítica más importante que merece la sentencia de la Corte, porque confunde el plano de la condición homosexual con el de la expresión de la homosexualidad, excluyendo a los dos del conjunto de elementos a considerar en un juicio de tuición, so pena de incurrir en una conducta discriminatoria. Esta confusión afecta directamente la noción de interés superior del niño, debilitándola, porque se restringen los criterios para definir las conductas de los padres contrarias al bienestar de los hijos.

### 6.2. *Vida privada de la madre e interés superior de los niños*

Una de las razones por la que los tribunales privaron a la señora Atala del cuidado de sus hijas, fue que “*al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual (...) [antepuso] sus propios intereses, postergando los de sus propias hijas, especialmente*

<sup>6</sup> Se podría ilustrar también con el ejemplo de una madre heterosexual, que expresa su sexualidad de manera difícilmente compatible con el bienestar de los niños (promiscuidad; formas extremas de parafilias): en principio, no hay razones para restringir la tuición de una madre por ser heterosexual, pero la forma como expresa esta condición puede ser razón suficiente para restringirle la tuición.

<sup>7</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2008). *Custodia compartida de los hijos*. Las Rozas Madrid: La Ley, p. 191: “En cuanto a la homosexualidad de uno de los padres, entendemos que el factor relevante es la actividad sexual practicada y no la inclinación sexual. Así, debe entenderse al modo en que cada progenitor desarrolla su sexualidad y el impacto que causa en la formación del menor, ya que la promiscuidad u otros comportamientos potencialmente negativos para éste, son tan propios de la conducta homosexual como de la heterosexual”.

*al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar*” (n. 132; es una cita de la sentencia de la Corte Suprema). Este argumento asume tácitamente que al explicitar su orientación sexual, la madre expuso a las niñas a un daño injusto, que debía evitarse o minimizarse. Y un medio para alcanzar esto es privarla de la tuición. En el fondo, se entendió que en este caso la convivencia lésbica era incompatible con el interés superior de las niñas: la madre debía optar entre la convivencia con su pareja homosexual o la tuición de sus hijas.

La Corte condenó este argumento, principalmente, porque la orientación sexual de una persona y las consecuencias de su expresión están comprendidas en la esfera de la vida privada. El concepto de vida privada en boga en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es amplio, y se identifica prácticamente con la libertad para auto-determinarse (n. 135 y 136). Esto significa que *“la orientación sexual es un componente esencial de la identidad de la persona”* y, por lo tanto, *“no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia”* como consecuencia de su orientación sexual (n. 139).

Pero el argumento de la Corte es insatisfactorio, porque no basta justificar que una conducta se enmarca dentro de la esfera de la vida privada, para demostrar que esa conducta no afecta los intereses superiores del niño. El defecto del argumento se agudiza considerando la amplitud del concepto de vida privada, que abarca *“la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona [sic]”* (n. 135); en fin, abarca *“la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”* (n. 136).

Un ejemplo que puede servir para ilustrar el punto es el de una madre o padre que practica un modo de vida caracterizada por una dieta vegana, el rechazo a cualquier forma de educación formal, la prescindencia de los auxilios médicos y de los servicios básicos, el uso de drogas con un fin trascendental, etc. Todas estas características y otras más cabrían fácilmente en el concepto de vida privada de la Corte y, sin embargo, es evidente que en un juicio de tuición no puede soslayarse su consideración a la luz de lo que más conviene a los niños.

En el marco de una definición omnicomprendiva de vida privada, es fácil imaginarse un sinnúmero de conductas que podrían ampararse bajo tal concepto y que resultarían difíciles de conjugar con los intereses superiores del niño. Con independencia del juicio que pueda merecer la explicitación de la orientación sexual en este o en cualquier otro caso concreto, lo cierto es que el argumento de la Corte dice mucho más de lo que sería conveniente (por lo menos, desde la perspectiva de los intereses de los niños).

### *6.3. El argumento del daño y la previsibilidad*

El tercer argumento puede sintetizarse, diciendo que la expresión de la condición homosexual no es nunca relevante desde la perspectiva del interés superior

del niño, porque no existe ninguna relación causal entre dicha manifestación y un daño para los menores.

### *6.3.1. Los supuestos de daño: discriminación y confusión de roles*

La Corte Suprema quitó la tuición a la señora Atala porque consideró que la convivencia homosexual de la madre producía dos efectos dañinos para las hijas. El primer efecto consistía en la discriminación de que las niñas eran (o serían) objeto en su ambiente social. El segundo efecto fue la confusión de roles paterno y materno que se produciría en las menores. Insisto: ambos supuestos tenían, a juicio de la Corte Suprema, su causa en la convivencia homosexual de la señora Atala.

La Corte Interamericana rechazó los supuestos de daño en que la Corte Supremo fundó su decisión: ni la discriminación social ni la confusión de roles paterno/materno eran efectos que pudieran considerarse dañinos para las menores de edad.

#### *a) La discriminación social como daño*

Tanto la sentencia de la Corte Suprema como la del Juzgado de Menores de Villarrica, entendieron que la convivencia lésbica de la madre comprometía el bienestar de las hijas, porque serían discriminadas por su entorno social a causa de este hecho. Sin embargo, la Corte condenó este argumento, porque el peligro de discriminación fue planteado en forma condicional y abstracta (n. 118). “*La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social*” (n. 119).

Además de reprochar la eventualidad de un peligro como justificación para restringir un derecho, la Corte afirma la contribución que el Derecho debe prestar a la evolución de las sociedades. En caso contrario, “*se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos*” (n. 120). Esto significa que el daño (eventual o real) que pueda suponer para las niñas el rechazo social por la conducta de su madre, no puede en ningún caso “*legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad*” (n. 121). En otras palabras, “*la señora Atala no tenía porque [sic] sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual*” (n. 121).

Dijo la Corte en el n. 121: “*un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un ‘daño’ válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño*” ¿Por qué? Porque si lo fuera, se estaría legitimando la discriminación contra el padre o la madre y esto, dijo la Corte, es “*totalmente inadmisibile*” (n. 121). En otras palabras, se debe tolerar el sufrimiento que los niños pueden padecer de su entorno social, porque de otra forma, se consolidaría una situación de discriminación.

De acuerdo con lo anterior, podría decirse que la evolución de las sociedades contemporáneas tiene un costo, que a veces –como en este caso– toca a los niños compartir; aunque el sufrimiento pueda evitarse o minimizarse, la configuración de una sociedad pluralista e inclusiva recomienda no hacerlo. Pero si esto es así, entonces se estaría admitiendo que el interés superior del niño se subordina al progreso social: los menores merecen protección siempre y cuando esta protección no impida alcanzar una sociedad más incluyente de todas las opciones de vida.

Me parece tremendamente peligroso el argumento, porque debilita el concepto de interés superior del niño. Ciertamente es que el bienestar de los niños no es un valor absoluto, pero el margen de apreciación que introduce un concepto como “*avance social*” (n. 120) o análogos, relativiza a tal punto el interés superior del niño, que amenaza con vaciarlo de contenido y aumentar la vulnerabilidad de los menores.

No discuto el valor de una sociedad tolerante y pluralista, pero aceptar que los costos de alcanzarla (v. gr. soportar el rechazo del entorno social) deban ser soportados, aunque sea parcialmente, por los niños (y no por todos, sino sólo por algunos) me parece, en cambio, muy discutible (por lo menos desde la perspectiva de los menores que estarán condenados a sufrir por el interés colectivo). La Corte exagera cuando afirma que “*es totalmente inadmisibles*” proteger a los niños de la discriminación que pueden sufrir a causa de la convivencia lésbica de su madre, a menos que se quiera convertir a los niños en testimonios vivos (mártires, diría) de la lucha por la tolerancia.

#### *b) La confusión de roles como daño*

La confusión de roles que podría producirse en las niñas como consecuencia de vivir con una pareja homosexual tampoco fue un argumento válido a juicio de la Corte, porque no existe evidencia científica que lo avale. Cita en su apoyo una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México que, en un juicio sobre la materia “*consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales*” (n. 126). También invoca los informes de los peritos Uprimny y Jernow, que demuestran que “*la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta per se su desarrollo emocional y psicológico*” (n. 128, énfasis en el original). Especialmente, la Corte destaca del informe de la perito Jernow la siguiente conclusión, apoyada en estudios de la *American Psychological Association*: “*cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda la investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia*” (n. 129; texto literal de la declaración de la perito).

Quizá sea cierto que no existe evidencia científica para demostrar una relación de causalidad necesaria entre el daño del niño y su convivencia con una pareja homosexual. Y por lo mismo, sería arbitrario fundar una decisión de tuición en tal

presunción. Pero también es cierto que no puede afirmarse que “en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales” como afirmó la Corte Suprema mexicana; ni que toda la investigación científica existente refute de manera sólida la especulación sobre el daño potencial que la convivencia homosexual supone para el desarrollo del niño, como declaró la perito Jernow<sup>8</sup>. La cuestión está abierta y, por lo tanto, no vale acusar a quienes defienden la conveniencia para el niño de vivir en una familia tradicional, de estar apoyados en un prejuicio infundado.

Desde la perspectiva del mayor bienestar del niño, una posición tan categórica de la Corte en una materia tan delicada y discutida, no parece lo más adecuado, porque puede traducirse en decisiones que, pese a lo débil de su fundamento, tengan un alto impacto en las políticas públicas relativas a los menores de edad.

### 6.3.2. El problema de la previsibilidad

Además de la discriminación social, los tribunales chilenos identificaron otro riesgo para las menores originado por la convivencia homosexual de la madre: la confusión de roles que se les podía producir. La Corte consideró infundado este argumento y lo desechó, porque 1º) la mera posibilidad de un daño no es motivo suficiente para justificar la restricción del derecho de la madre, 2º) no existen antecedentes científicos que relacionen la convivencia homosexual con un riesgo/daño para los menores, 3º) no se priva a las niñas del rol paterno, porque el padre podrá seguir viéndolas. A continuación voy a criticar el 2º).

Si bien es cierto que la posibilidad de un daño no puede justificar la restricción de un derecho, hay que reconocer la dificultad que se presenta cuando el riesgo para los menores es una posibilidad que nace de la proyección de las circunstancias actuales. De hecho, para proteger los intereses de los niños, a veces es necesario proyectar las circunstancias y adoptar la decisión aceptando el riesgo futuro como una posibilidad<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> MARKS, Loren (2012). “Same-sex parenting and children’s outcomes: A closer examination of the American psychological association’s brief on lesbian and gay parenting”. *Social Science Research*, 41, pp. 735-751, demuestra que afirmaciones como la de la APA en 2005 (“Not a single study has found children of lesbian or gay parents to be disadvantaged in any significant respect relative to children of heterosexual parents”) no tienen apoyo empírico. REGNERUS, Mark (2012). “How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structure Study”. *Social Science Research*, 41, pp. 752-770, cuestiona la evidencia para afirmar que no existirían diferencias significativas entre los niños criados por parejas homosexuales y parejas heterosexuales, así como para afirmar que la crianza de niños por parejas homosexuales sería más conveniente que la de las parejas heterosexuales.

<sup>9</sup> AGUILAR, Gonzalo (2008). “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 1, p. 243, alude a la vinculación entre la noción de interés superior del niño y predictibilidad y cita a Jean Zermatten, para quien la noción de interés superior del niño supone tomar las decisiones no sólo atendiendo al momento actual, “sino también en la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas”. Y en la p. 244 menciona la *Children Act* de 1989 (Inglaterra), que señala al juez que uno de los criterios que el juez debe tomar en consideración en

Es notoria la diferencia que existe entre negar la tuición a alguien, que nunca ha viajado, porque existe la posibilidad de que se ausente largo tiempo del hogar por un viaje y, por la misma razón, negarle la tuición a alguien que suele viajar. Pero, en cambio, no es notoria la diferencia que separa la calificación del primer caso como un daño “hipotético” y de la segunda como un daño “concreto y específico”.

Cuando la Corte desecha el argumento de la Corte Suprema porque “*no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico*” (n. 131), hay que ser precavidos. Porque si “*daño concreto y específico*” significa sólo un daño actual, y no la posibilidad de un daño futuro, entonces el alcance de la noción interés superior del niño resulta seriamente limitada, aumentando la desprotección de los menores<sup>10</sup>.

### CONCLUSIONES

La sentencia de la Corte en el caso *Atala Riffó y niñas v. Chile* merece críticas desde la perspectiva de una más integral valoración del interés superior del niño. Estas críticas se apoyan en el efecto debilitador que los argumentos de la sentencia tienen respecto de los derechos de los niños al mayor bienestar material y espiritual posible. Pareciera que en el empeño por reivindicar la condición homosexual y la legitimidad de su expresión, la Corte extremó los argumentos que favorecían las pretensiones de la señora Atala, pero con la desafortunada consecuencia de restringir el alcance de la noción de interés superior del niño. Aunque la discusión no se planteó en este caso como un conflicto entre los derechos de la madre y los derechos de las hijas, lo cierto es que la dinámica intrínseca del problema conduce inevitablemente a que se entienda así. Y así entendido, podría decirse que la Corte privilegió los derechos e intereses de la madre por sobre los de las hijas.

---

los casos relacionados con la crianza de los niños es “el efecto *probable* en él [el niño] de cualquier cambio de sus circunstancias”. Énfasis añadido. La Corte Suprema también ha reconocido este aspecto del interés superior del niño, al afirmar que supone “el bienestar general tanto presente como *futuro*”. Corte Suprema, 2 de noviembre de 2006, Rol 6553-2005. Énfasis añadido.

<sup>10</sup> Por supuesto, soy consciente de la necesidad de fijar estándares lo más claro posibles para determinar cuándo la posibilidad de un daño puede justificar una decisión de tuición.