

**DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL: CONSTRUYENDO NUEVAS
PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES DESDE UNA INTERPRETACIÓN
EVOLUTIVA**

Edwin Figueroa Gutarra¹

Introducción. I. La discriminación sexual. II. Discriminación abierta y discriminación oculta. III. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III.I. Antecedentes del caso. III.II. Fundamentos de la Corte IDH. IV. Sentencia 6864-2005 del Tribunal Constitucional español y el matrimonio entre personas del mismo sexo. IV.I. Antecedentes del caso. IV.II. Fundamentos del Tribunal Constitucional español. Conclusiones.

Introducción

Los criterios de enfoque de los derechos humanos parten hoy de una concepción de *derechos mínimos* en perspectiva de crecimiento progresivo y ese énfasis es moneda corriente desde el término de la última gran conflagración mundial en 1945, situación a partir de la cual uno de los grandes retos ha sido un tratamiento más igualitario entre los seres humanos y en ello han trabajado febrilmente números instrumentos internacionales.

En ello ha venido jugando un rol preponderante la construcción de nuevos estándares por parte de los jueces, convirtiendo nuestro Derecho en el sistema interamericano y en el ámbito europeo, mucho más en un derecho de precedentes que en un derecho basado en el principio de legalidad, enfoque este último que resuelve las controversias solo desde la perspectiva de la norma jurídica y la aplicación de los enunciados normativos.

Es así que es viable hogaño un enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la idea de que la realidad que informa su contexto material va *cambiando de sitio* para ubicarse mucho más en esa concepción dinámica de la creación judicial del Derecho, a través de los precedentes, en objetiva expresión del *Common Law*, antes que en la sujeción estricta al principio de congruencia procesal, característico de la Escuela Continental.

Los derechos de connotación sexual, con una tendencia marcada hoy hacia el derecho a la igualdad, han seguido esa acentuada evolución de estándares que los mecanismos cuasi

¹ Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque, Perú. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Profesor Visitante de la Universidad de Medellín, Colombia. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Lambayeque, Perú. Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional por su participación en los cursos *Procesos de tutela de derechos fundamentales*, Montevideo, Uruguay, 2011; *La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados*. Montevideo, Uruguay, 2010; y *La Constitucionalidad de las Leyes*, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU., 2009. estudiofg@yahoo.com

jurisdiccionales² y los jueces³ buscan representar en sus decisiones. Asumimos con objetividad y sin tapujos que las sociedades contemporáneas han esbozado, en forma usual desde antaño y aún con fuerza en la actualidad, una conducta ciertamente de displicencia, en otros casos más difíciles homofóbica, respecto de los derechos de las minorías sexuales y ello es todavía un patrón con cierta consolidación en unas sociedades más que en otras.

Los grupos de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex, en adelante LGTBI, durante mucho tiempo representaron, ése es un parecer con raíces históricas inadecuadamente encaminadas, minorías decididamente incómodas para las *sociedades tradicionales* en cuanto traducían conductas distintas a las convencionales. Mas hoy nos debemos interrogar: ¿y qué sería “normal” y qué “convencional” desde la perspectiva de una *interpretación evolutiva*? Y de otro lado, ¿hasta dónde pueden ser defendidos los espacios sociales con exclusión de los grupos LGTBI?

Con más énfasis aún: frente a actitudes de rechazo a estos grupos ¿hasta dónde es defendible una discriminación positiva en el sentido de hacer diferencias de rigor que sí corresponderían a contextos del sistema internacional de los derechos humanos y dónde se iniciarían las esferas de “discriminación negativa”?

Es idea central de este ensayo que el análisis de los jueces en la jurisprudencia relativa a los núcleos LGTBI, en los ámbitos interamericano y europeo, ha desarrollado un escenario *in crescendo* de fijación de nuevas reglas materiales⁴ que las legislaciones nacionales no han podido definir satisfactoriamente solo desde el principio de legalidad, y de ahí la importancia de que los fallos de los jueces, tanto en el sistema interamericano como a nivel del Convenio Europeo de Derechos Humanos, hayan consolidado importantes líneas de revaloración de los derechos de los grupos LGTBI, en la medida que deben abrirse paso ideas evolutivas de las facultades de estas otras minorías sexuales, en tanto no representan diferencias sustantivas con los grupos heterosexuales.

Por su importancia de primer rango, hemos de destacar una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- el caso Atala Riffo- en el cual una jueza chilena pierde la tuición de sus menores hijas por su condición de lesbiana, situación de suyo polémica, de un lado, y otro fallo del Tribunal Constitucional español a propósito del recurso de inconstitucionalidad presentado

² En propiedad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya ha venido pronunciándose por Informes de Admisibilidad, habiendo sentado precedentes de importancia. De esa forma, tenemos el Informe 71/99 caso 11656, de Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia, de fecha 04 de mayo de 1999, relativa a una denuncia por no permitírsele a la afectada visita íntima debido a su orientación sexual. En la misma línea, el Informe 150/11, petición 123-05. Admisibilidad, de Ángel Alberto Duque contra Colombia, por la falta de acceso a la pensión de sobrevivencia de su pareja fallecida bajo el argumento de tratarse de personas del mismo sexo.

³ Para efectos de este estudio hemos de abarcar el examen de una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-caso Atala Riffo vs. Chile- y una sentencia del Tribunal Constitucional español, a propósito del matrimonio homosexual.

⁴ Es pertinente aquí reconocer la consolidación de importantes instrumentos como los Principios de Yogyakarta, diseñados para la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Estos principios fueron impulsados en un Seminario Internacional que tuvo lugar en Yogyakarta, Indonesia, en la Universidad de Gadjah Mada, del 06 al 09 de noviembre de 2006.

contra la Ley 13/2005, que modificaba el Código Civil de España en materia del derecho a contraer matrimonio, norma publicada en el Boletín Oficial del Estado de 02 de julio de 2005. Con la nueva norma, se permitía la unión legal entre personas del mismo sexo. Hemos de orientarnos al examen de los argumentos de las partes en conflicto y hemos de destacar las fortalezas y debilidades de cada uno de esos razonamientos, para concluir en una tesis de progresividad en cuanto al desarrollo evolutivo de los derechos humanos de las minorías cuyo interés nos ocupa.

II. La discriminación sexual

La discriminación asume dos facetas: una positiva y otra negativa y el estándar de si existe trato discriminatorio en una determinada situación, comporta la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual ha merecido un importante tratamiento en la doctrina⁵ y en la jurisprudencia constitucional de los últimos decenios.

No es contrario a derecho argüir una “discriminación positiva” pues allí donde las diferencias existen y son ostensibles, la diferenciación ha de corresponder a una tarea natural en la valoración de derechos entre desiguales. Vale decir, está permitido el trato diferenciado entre quienes no son iguales porque precisamente sus diferencias evidencian que no se trata de personas en situación de igualdad. En la misma lógica, es signo de arbitrariedad la “discriminación negativa” pues ella parte de una ausencia de tesis de justificación en tanto encuentra diferencias entre quienes son iguales y he aquí una faceta contraria a derecho, en tanto no es sostenible plantear diferencias entre quienes son esencialmente iguales.

Las comunidades LGTBI aspiran hoy en día a un trato igualitario y a postular que no existen diferencias con los grupos heterosexuales, en la medida que la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona, es decir, se trata de una condición que no puede servir de base para una diferenciación injustificada.

En efecto, en pleno siglo XXI no resulta un argumento valedero, desde la perspectiva de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la diferencia por orientación sexual y notemos que aquí exigimos, para efectos de cualquier razonamiento contrario, un argumento de raigambre constitucional a su vez compatible con instrumentos internacionales.

Plantear diferencias de los grupos LGTBI con los núcleos heterosexuales no resulta un argumento sustentable desde una perspectiva *in toto* de los derechos fundamentales, en tanto los argumentos de objeción a la igualdad de estos grupos asumen un matiz histórico que solo traduce el uso de estereotipos en el trato hacia dichas comunidades.

⁵ Cfr. V. Brünning, Christoph “Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit”, en *Juristen Zeitung*, 2001, pp. 669 y ss.; Michael, Lothar “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, en *Juristische Schulung*, 2001, pp. 148 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en su volumen: *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 274 y ss. En STC 00045-2004-AI/TC. Caso PROFA Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima. F.J. 31

Un derecho que se reconoce a una persona, cual fuere su condición, no puede ser desvirtuado o restringido con base en su orientación sexual, pues importa una violación al artículo 1.1⁶ de la Convención Americana. Partimos, entonces, de una tesis amplia de proscripción de la discriminación en general, deviniendo categorías no excluidas las vinculadas a la orientación sexual de la persona en la medida que no constituyen razón suficiente para restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención Americana.

II. Discriminación abierta y discriminación oculta

Los jueces se ven precisados a refutar los actos de discriminación, abiertos u ocultos, siempre que medien condiciones jurídicas determinadas o deban conocer controversias con contenidos vinculados a la discriminación como aspecto jurídico de un problema.

La *discriminación abierta*, aquella que se produce en el medio social, en las relaciones humanas, en el diario trajinar de las interrelaciones humanas y en las interacciones jurídicas, a partir de su propia descripción, puede generar determinadas medidas de los jueces para la cautela de un derecho determinado vinculado a una minoría sexual. A partir de la identificación del acto lesivo, la Administración, los Gobiernos o los jueces, podrán actuar a través de los ámbitos de acción de las normas para la represión de los actos contrarios al derecho a la igualdad por causas de orientación sexual.

Y sin embargo, los verdaderos asuntos complejos corresponden a los actos de *discriminación oculta*, en la medida que ha de ser mucho más difícil identificar los actos cuyas faltas de evidencia o de demostrabilidad, hacen poco viable la represión de un acto lesivo. En efecto, la condición soterrada de este tipo de discriminación, exige un mayor rango de confiabilidad de medios de prueba para sentenciar un acto de contrariedad y sin embargo, muchas de estas situaciones exigen una acción eficaz de las autoridades, administrativas o judiciales, a efectos de preservar los derechos, en esencia también derechos, de las minorías sexuales.

Los jueces han identificado rangos de acción en contra de estos tipos de discriminación a través de los fallos jurisdiccionales. Por su naturaleza propia, devienen más representativas las decisiones de las más altas instancias: en el sistema interamericano, representado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH; y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH.

III. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶ Convención Americana de Derechos Humanos. Parte I - Deberes de los Estados y Derechos Protegidos. Capítulo I - Enumeración de Deberes. Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

1. 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.

⁷ Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas)

El caso Atala Riffo presenta, a nivel interamericano, importantes apreciaciones a partir de la interrogante base vinculada a si una madre lesbiana se encuentra en la capacidad de poder criar a sus menores hijas o si por el contrario, dada la condición heterosexual del padre, sería a éste a quien correspondería la tuición de las hijas. Se trata de un verdadero problema de *entorno adecuado* en el cual no debería calificar como argumento determinante la orientación sexual de los padres.

III.I. Antecedentes del caso

La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo aborda una primera cuestión de importancia en el sentido de determinar los alcances del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la vida familiar, los derechos del niño, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

El caso tiene lugar a raíz de que la señora Karen Atala Riffo pierde la tuición de sus tres menores hijas en un proceso judicial en el cual uno de los elementos prevalentes considerados por la justicia chilena fue la situación de que la señora Atala vivía en su domicilio con otra persona del mismo sexo, su pareja sentimental, y sus tres menores hijas.

La demanda del padre invoca un serio peligro para el desarrollo físico y emocional de las menores hijas en vista de la opción sexual de la madre. La señora Atala compareció en el juicio de tuición refiriendo que el Código Civil chileno no contemplaba la causal de “inhabilitación parental” al hecho de tenerse una “opción sexual distinta”.

Entre los testimonios ofrecidos destacó el de una asistente social quien, al ser preguntada sobre si los menores que se crían bajo parejas homosexuales sufren consecuencias adversas, contestó que “sí hay consecuencias sociales como modelos parentales y maternos confusos que afectan la conformación de la identidad sexual”.⁸

El juzgado concedió la tuición provisional a favor del padre mas la sentencia de primera instancia, expedida por parte de otro magistrado subrogante, desestima la demanda en vista de que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad sexual responsable. La Corte de Apelaciones de Temuco confirma el fallo y frente a esta decisión, tiene lugar un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia, la cual por tres votos contra dos, concede la tuición al padre.

Uno de los argumentos centrales de la Corte Suprema fue que las niñas se encuentran en una “situación de riesgo” que las ubicaba en un “estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferenciaba significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”.⁹

III.II. Fundamentos de la Corte IDH

⁸ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fundamento Jurídico 37

⁹ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 57.

La Corte consideró que la noción de igualdad se desprende directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona,¹⁰ habiendo ingresado este principio en el dominio del *ius cogens*.¹¹

De la misma forma, considera que el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida considerada en el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹² previsiones que desde la perspectiva europea se ven complementadas por el artículo 14¹³ del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Corte considera, de igual modo, que “la demanda de tuición fue interpuesta bajo el supuesto de que la señora Atala “no se encontraba capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, ya que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[as]”.¹⁴

Resulta relevante aquí distinguir, en relación al deber de no discriminación negativa, la importancia que asume la demanda desde la perspectiva de estereotipos alimentados por una perspectiva sesgada de los derechos de las minorías sexuales. Una interrogante se desprende por su propio peso: ¿no es acaso un prejuicio partir de la tesis de que una lesbiana no puede criar a sus propias hijas? A juicio nuestro, la demanda de tuición parte de ese argumento en tanto descalifica a la señora Atala respecto a su idoneidad para la crianza de sus menores hijas.

Agrega a este juicio de valor la Corte IDH: “(...) el proceso de tuición giró, además de otras consideraciones, en torno a la orientación sexual de la señora Atala y las presuntas consecuencias

¹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 24

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

¹¹ La Corte IDH asume una posición principista en tanto determina que en el proceso de tuición, uno de los argumentos centrales que tuvieron en cuenta, de un lado, la tuición provisional del juez de primera instancia, así como la Corte Suprema, en última instancia, fue la orientación sexual de la señora Atala Riffo, contraviniendo de este modo los supuestos de no discriminación de la Convención Americana.

¹² Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 88

¹³ Convenio Europeo de Derechos Humanos: Artículo 14

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

¹⁴ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 96

que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, por lo que esta consideración fue central en la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso (...).¹⁵ Visto el problema desde esta perspectiva, queda claro que la Corte Suprema de Chile otorgó relevancia significativa a la orientación sexual de la demandada, descalificándola jurídica y fácticamente, valoración que debe ser entendida como una discriminación prohibida por la Convención Americana de Derechos Humanos.

En relación a los alegatos de las partes, la Corte IDH destaca, esbozando a grandes rasgos el principio de proporcionalidad,¹⁶ que los representantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH “argumentaron que el interés superior de las niñas “[e]fectivamente, en teoría [...] sería un fin legítimo”. Sin embargo, manifestaron que “[n]o basta [...] aducir un fin legítimo para que lo sea; el Estado tiene la obligación de demostrar que tal fin es real”. En este sentido, alegaron que “el Estado simplemente dice proteger a las niñas pero no fundamenta de manera objetiva el daño que se habría irrogado en las niñas y, por lo tanto, la decisión carece de un fin legítimo”.¹⁷ En rigor, advertimos que la medida dispuesta por el Estado no satisface las exigencias del subprincipio de idoneidad o adecuación.

Destaca otro argumento en el sentido de que” la decisión de custodia provisoria, tras apreciar la totalidad de la prueba que a la fecha obraba en el proceso [...] concluy[ó] que: i) las niñas presentaban perturbaciones de orden psicológico y carencias afectivas [...], y ii) que el padre daba certeza de ofrecer un entorno adecuado”.¹⁸ Sobre este particular, es de observar qué podemos entender por “entorno adecuado” pues esa acepción partiría de que el ambiente ofrecido por el padre heterosexual sí es adecuado, en tanto el ofrecido por la madre lesbiana, es inadecuado, una distinción que desde la perspectiva del principio de igualdad, no resulta sostenible.

Prosiguiendo el examen de proporcionalidad, la Corte IDH destaca que “el Estado señaló que “en relación a la adecuación que deben tener las medidas de los Estados para que no sean discriminatorias, basta para satisfacer el test de ponderación [...] al haberse acreditado en la causa la situación de daño sufrido por las niñas”. En concreto, el Estado alegó que “existe abundante prueba en autos que acredita(...) : i) los efectos concretos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de sus hijas, y ii) las mejores condiciones que el padre ofrecía [para] su bienestar, cuestión que en nada dice relación con la orientación sexual de la demandada”. Además, arguyó que “exist[ía] evidencia contundente que daba cuenta que la demandada demostraba una intensa actitud centrada en sí misma y características personales que dificultaban el ejercicio adecuado de su rol maternal, circunstancias que llevaron a concluir que la madre no ofrecía un medio ambiente idóneo para el desarrollo de las hijas”.¹⁹

¹⁵ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 96

¹⁶ El principio de proporcionalidad identifica la aplicación de 3 subexámenes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

¹⁷ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 102

¹⁸ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 105

En relación a la misma idea de rol maternal, acusamos nuevamente una idea estereotipada respecto a que la madre lesbiana no se encontraría en condiciones de ofrecer un entorno adecuado para el desarrollo emocional de las niñas. Es importante destacar, a la luz del fallo en comentario de la Corte IDH, que la más alta instancia chilena partió de una distinción sin mayor basamento respecto al rol maternal de la señora Atala y a su calificación de inidoneidad solo a partir de su orientación sexual.

Un fundamento sustantivo de la Corte IDH consistió en que no pueden ser “admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.”²⁰ En este aspecto es importante diferenciar la idiosincrasia del juez, propio de un contexto de descubrimiento, frente a la exigencia de aporte de razones, aspecto involucrado con el contexto de justificación. Se trata de dos ámbitos distintos de las decisiones de los jueces y en rigor, no puede el juez aportar prejuicios a su calificación jurídica del problema a resolver, más aún si de por medio corresponde determinar un tema de no discriminación.

Prosigue la Corte IDH en el examen de la decisión de la Corte Suprema señalando que “el Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas, y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre.”²¹ La Corte IDH considera no sostenibles estos argumentos de los jueces chilenos por partir de premisas estereotipadas y no en propiedad, de razones jurídicas suficientes.

A este debemos sumar la apreciación en el sentido de que “es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo(...) vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales.”²² Aquí es importante reiterar la idea primigenia, relevante para la Corte IDH, en el sentido de que a juicio de la misma, la crianza de niños por parte de parejas homosexuales,

¹⁹ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile F.J. 107

²⁰ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile F.J. 109

²¹ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile F.J. 113

²² Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile F.J. 125

no representa un efecto negativo en el desarrollo psico emocional de los menores sometidos a su cuidado.

Ahora bien, la convivencia de parejas del mismo sexo y niños no resulta un contrasentido. La Corte IDH destaca que “los peritos Uprimny y Jernow citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico.”²³ A esta apreciación debe sumarse, refiere la Corte IDH, que “la ciencia ha demostrado que la adaptación, el desarrollo y el bienestar psicológico de los niños no están relacionados con la orientación sexual de los progenitores, y que los hijos de padres homosexuales tienen las mismas probabilidades de desarrollarse que los de los padres heterosexuales (...)”²⁴

La Corte IDH se remite en rigor al aporte de la ciencia y al concurso de peritos para desestimar una de las premisas base de la Corte Suprema chilena en el sentido de la no calificación de la señora Atala para criar a sus niñas en su condición de mujer lesbiana. En esa lógica, otorga relevancia a los fundamentos técnicos que confirman la no afectación emocional de los niños criados por parejas del mismo sexo.

Sobre la misma idea, son reforzados los argumentos anteriores señalándose que “la Corte resalta que la “American Psychological Association”, mencionada por la perita Jernow, ha calificado los estudios existentes sobre la materia como “impresionantemente consistentes en su fracaso para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico [...] las capacidades de personas gays o lesbianas como padres y el resultado positivo para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos más autorizados disienten”. En consecuencia, la perita concluyó que: cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia.”²⁵ A este respecto y volviendo a desvirtuar los fundamentos de la decisión de la Corte Suprema de Chile, la Corte IDH acota que “la motivación de la Corte Suprema de Justicia se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña.”²⁶

En relación a los conceptos de familia normal y tradicional, es de destacarse que “la Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y

²³ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 128

²⁴ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 128. Pie de página 148

²⁵ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 129

²⁶ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 130

debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.”²⁷

Volveríamos a formular una de las primeras interrogantes de este estudio: “¿Y qué es “normal” en materia de sexualidad?: ¿una pareja heterosexual? O ampliando la pregunta: ¿es anormal una pareja homosexual? Notemos que la exigencia de contestación a esta pregunta parte de la necesaria definición de respuestas acordes con el sistema interamericano de derechos humanos y en particular, con las ideas de progresividad de los derechos fundamentales, conceptos reforzados en la jurisprudencia constitucional de los Estados parte. Por consiguiente, la respuesta a esta interrogante no puede partir de una base estereotipada o simplemente conexas a un prejuicio fáctico, sino de una razonable respuesta desde el plano de los derechos primeros de las personas, que en buena cuenta son sus derechos fundamentales y los derechos protegidos por la Convención Americana.

Acudiendo al Derecho Comparado, acota la Corte IDH: “En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad).”²⁸ Debemos observar aquí una importante tendencia tuitiva de los jueces respecto a la protección de las minorías sexuales a propósito de la crianza de sus hijos. Esto resulta una tendencia creciente y no puede ser soslayada en tanto la jurisprudencia apoyada en razones suficientes enriquece el Derecho Interno de los Estados parte de los sistemas interamericano y europeo.

A modo de conclusión, señala la Corte IDH que” (...) este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (...) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (..) por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala.”²⁹

En suma, la Corte IDH identifica problemas de motivación en la decisión de la Corte Suprema de Chile, a partir del concepto de que una exposición de razones no propias ni congruentes con el problema expuesto puede devenir, al margen de un problema de motivación, en una situación de motivación aparente. En efecto, las razones aportadas por los jueces supremos chilenos, al partir de fundamentos estereotipados, no resultan razones jurídicas propias del caso concreto y en buena cuenta resuelven un problema en base a prejuicios, cuando en realidad correspondía un

²⁷ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 142

²⁸ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 143

²⁹ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 146

análisis de fondo desde los estándares jurisprudenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Respecto a los puntos resolutivos, la Corte IDH declara por unanimidad, que el Estado chileno es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R.. De la misma forma, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada y del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

El caso Atala nos deja algunas lecciones de importancia, entre ellas, la premisa taxativa de que los jueces no pueden resolver temas vinculados a Derecho de Familia desde la perspectiva de modelos estereotipados o vinculados a la orientación sexual de los padres.

Si bien el caso chileno presenta diversas facetas pues solo la tuición provisional del juzgado de primera instancia y la decisión de la Corte Suprema, constituyeron decisiones favorables al padre de las niñas involucradas en el caso,³⁰ resulta preocupante que la más alta instancia chilena- la Corte Suprema- haya partido de claros prejuicios para resolver el delicado caso de la señora Atala, haciendo incurrir en responsabilidad internacional al Estado chileno a partir de una incorrecta apreciación de la tuición conocida.

Y reiteramos nuestra preocupación pues resulta importante, como alguna vez señaló Víctor Abramovich en sus ponencias sobre derechos humanos, que antes que sea una opción que vayamos los ciudadanos al sistema interamericano de derechos humanos, que sea éste en rigor el elemento que vaya hacia nosotros, dada la necesidad de no cargar al sistema interamericano de conflictos.

Es así que en caso de una adecuada implementación de los derechos humanos en el Derecho Interno de los países, los jueces han de estar involucrados con los propios estándares tuitivos del mismo. Si ello así sucediere, ha de ser notorio que muchas menos controversias han de llegar a la CIDH y a la Corte IDH. Y ése es un reto que debemos asumir a efectos de que trabajemos por una mejor y mayor implementación de los valores de los derechos humanos en los sistemas jurídicos propios de nuestros Estados.

IV. Sentencia 6864-2005 del Tribunal Constitucional español y el matrimonio entre personas del mismo sexo.

El caso de la Ley 13/2005, impugnada por el conservador Partido Popular de España, nos remite a un ámbito muy similar de análisis del caso Atala Riffo, mas desde la perspectiva del sistema europeo de derechos humanos respecto a la viabilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer o no enlace matrimonial.

³⁰ Tanto la sentencia de primera instancia como la decisión de la Corte de Apelaciones de Temuco fueron favorables a la señora Atala.

Se trata de dos facetas de un mismo problema en tanto el caso que resuelve el Tribunal Constitucional español aborda fundamentos cercanos a los determinados por la Corte IDH en el caso Atala Riffo.

Estas verificaciones de entrada nos llevan a una situación objetiva: los estándares de calificación de los jueces en materia de derechos de las minorías sexuales, constituyen un tema que no podemos soslayar en tanto una idea de progresividad en la tutela de los derechos de estos grupos, se ha afianzado en los sistemas interamericano y europeo, y las judicaturas nacionales no pueden cerrar sus ojos a este desenvolvimiento de estándares de las decisiones.

IV.I. Antecedentes del caso

La demanda es presentada con fecha 30 de setiembre de 2005 por Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, en representación de 71 Diputados del Grupo Popular del Congreso contra la Ley 13/2005 de fecha 01 de julio de ese año.

La norma cuestionada modificaba el artículo 44 del Código Civil español, el cual, bajo la redacción hoy vigente dispone que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. (...) sustituyendo expresiones como “marido y mujer” por la de “los cónyuges” o “los consortes”, o “el padre y la madre” por “los padres” o “los progenitores”.³¹

Los demandantes exponen algunas razones sustantivas en su objeción a la norma modificatoria del Código Civil y consideran tres razones principales: “a) El carácter básico de la institución del matrimonio (...) de ahí que la Ley impugnada desnaturalice el matrimonio, haciendo de una institución con unos contornos tan definidos y universales una institución polisémica, borrosa y disponible; ³² (...) b) La imposibilidad de que el legislador modifique la Constitución cambiando el nombre acuñado de las cosas empleado por el constituyente. (...); ³³ (y) c) La posibilidad de conseguir la finalidad perseguida a través de fórmulas que no supongan una ruptura de la Constitución. (...)”³⁴

De los argumentos aportados se desprende una apreciación central en el sentido de una pretendida desnaturalización de la institución matrimonial a partir de la unión de personas del mismo sexo. Sobre esta misma reflexión, tenemos entonces la postulación de una tesis de quebrantamiento del matrimonio en su acepción tradicional heterosexual si esta institución tenía lugar entre personas del mismo sexo.

Al igual que en el caso Atala Riffo, podemos argüir: ¿ha de ser mas bien la unión matrimonial la forma “correcta” solo si se produce y tiene lugar entre personas heterosexuales? Esta es la interrogante que vamos a pretender desarrollar y para la cual debemos ensayar una respuesta

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 2

³² Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 3

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p.3

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 4

desde los estándares del Convenio Europeo de Derechos Humanos y desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a lo cual debemos sumar las tendencias en la evolución de las legislaciones de los países miembros del Convenio Europeo, a los cuales la norma paneuropea suele denominar Altas Partes Contratantes.

La demanda observa que se amplían “tales derechos de un modo innecesario y cuando podría hacerse sin desvirtuar una institución tan fácil y universalmente reconocible como el matrimonio, (...) se respeta y avanza desde un punto de vista democrático dando derechos a quienes no los tenían, pero sin perturbar ni disminuir los que la Constitución garantiza (...)y) para construir destruye una institución constitucionalmente garantizada como el matrimonio.”³⁵

Tenemos en la acepción que antecede conceptos muy variados que desarrollar y uno de los principales se referiría a la cuestión siguiente: ¿destruye realmente el matrimonio entre personas del mismo sexo la institución matrimonial propiamente dicha? He aquí una cuestión de relevancia y primer orden, pues la destrucción de una institución alude a una verdadera deformación de un concepto al punto de hacerlo irreconocible. No advertimos, de entrada y en idea de fondo, que ello suceda con la institución del matrimonio porque ella también tenga lugar entre personas del mismo sexo. Sobre este aspecto es necesario destacar que, por el contrario, el aval de la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, permite la consolidación de la institución matrimonial en cuanto enriquece las vertientes de las relaciones interpersonales que fluyen propiamente de la unión legal.

En rigor, no podríamos asumir que los efectos del matrimonio solo se puedan extender a las parejas heterosexuales si las parejas del mismo sexo en realidad no representan diferencias sustantivas en su condición de sujetos pasibles de asumir derechos y obligaciones a partir de la unión matrimonial. Por el contrario, la diferenciación inmotivada podría crear un peligroso escenario de discriminación en el caso siguiente: si un hombre y una mujer viven en unión de hecho por un tiempo prolongado y dicha ligazón crea efectos similares a los del matrimonio en cuanto sea compatible con el mismo, ¿bajo cuál tipo de fundamentación desde los derechos protegidos por los instrumentos de derechos humanos, le denegaríamos ese derecho a la unión igualmente muy prolongada de personas del mismo sexo? Advirtamos que se produciría una situación de manifiesto desamparo que el Derecho Interno de los Estados debería evitar.

El Tribunal reseña que “Los diputados recurrentes también esgrimen en defensa de su postura que no existe una garantía mínima de certeza, en el ámbito de la comunidad científica, sobre la conveniencia del adoptado de vivir en el seno de una pareja homosexual. Prueba de ello sería que en los pocos países que han abierto el matrimonio a las parejas homosexuales no se reconoce la adopción conjunta por parte de las mismas.”³⁶

El argumento de la parte accionante resulta enteramente rebatible. En efecto, la situación es precisamente la contraria y basta remitirnos al análisis ya desarrollado respecto del caso Atala Riffo: la crianza de niños en el seno de parejas homosexuales, no implica una afectación del

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005.p. 4

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 14

desarrollo emocional de estos niños en tanto ha de producirse solo una diferente percepción del modo en que ha de expresarse el afecto de los niños de estos hogares hacia sus padres.

En relación a la demanda interpuesta, destaca el Tribunal que “el examen evolutivo pone de relieve una realidad compartida por la sociedad, el Derecho y la comunidad científica: la homosexualidad es una opción sexual tan aceptable como la heterosexualidad, de modo que no existe razón alguna para que las parejas del mismo sexo no puedan disfrutar exactamente de los mismos derechos que las parejas heterosexuales. Tal afirmación se confirma con la experiencia de otros países pioneros en el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, que comienzan por regular la unión legal con beneficios más o menos cercanos al matrimonio para, a continuación, llegar a una plena equiparación con el matrimonio y, posteriormente, a una definitiva integración de la homosexualidad en la institución matrimonial.”³⁷

Nuestra percepción al respecto es definitiva: el avance de los derechos de las minorías sexuales abarca un contexto progresivo y representa una cuestión de consolidación en el tiempo. Las legislaciones de diversos países van asumiendo un perfil de mayores reconocimientos y ello representa una tendencia irreversible que las posiciones de crítica no están en condiciones de rebatir desde los propios derechos fundamentales que estas minorías sexuales invocan.

En esa misma línea, destaca el Tribunal Constitucional respecto a los alegatos del Estado que “se hace referencia a estudios sociológicos y psicológicos que desmienten el menor grado de compromiso de las parejas homosexuales y que señalan que no existen diferencias entre los niños criados en el seno de parejas homosexuales y heterosexuales, salvo la mayor naturalidad en la aceptación de la homosexualidad como opción sexual, lo cual no incide en su propia orientación sexual. Dichos informes también demuestran que lo que resulta positivo para el desarrollo del menor es permitir que quienes perciben como sus progenitores también lo sean jurídicamente. Entre la comunidad científica existe asimismo consenso sobre que el aspecto que resulta determinante para conformar el desarrollo de los niños que conviven en su seno no es la estructura de la familia, sino la dinámica de las relaciones que se dan en su seno. (...)”³⁸

Aquí es importante destacar la diferencia de conceptos: la estructura familiar puede representar un concepto estático, en tanto que las interrelaciones humanas en el seno de un matrimonio, sin importar su conformación, tienden a definir una acepción dinámica.

Como uno de sus argumentos principales, destaca el Estado que “la Constitución Española no contiene un concepto de matrimonio, sino que se limita a reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, rompiendo con ello con la tradicional discriminación de la mujer.”³⁹

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 23

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005 p. 26

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 27

Reiteramos un concepto anterior: el concepto de matrimonio no puede ser asociado única y exclusivamente al matiz de heterosexualidad. El matrimonio, al asumir una acepción dinámica, amplía sus contornos para admitir, bajo un concepto de progresividad de los derechos humanos, la idea de horizontalidad en su conformación.

Acota en ese mismo orden de ideas el abogado del Estado que “se recuerda que los elementos del matrimonio han ido cambiando a lo largo de la historia y (...) la homosexualidad ha estado tradicionalmente fuera de la institución matrimonial por la sencilla razón que el Derecho sólo la ha contemplado para reprimirla.”⁴⁰ En efecto, la homosexualidad ha sufrido una larga represión por parte de la sociedad y esa cuestión, en pleno siglo XXI, exige un reenfoque de la visión del matrimonio.

IV.II. Fundamentos del Tribunal Constitucional español

Precisa el Tribunal Constitucional español que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH desconecta el derecho a contraer matrimonio y la garantía de protección de la familia, cuando establece que el concepto de vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones *de facto* (entre otras muchas SSTEDH en los asuntos X, Y et Z c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, § 36; y Van Der Heijden c. Países Bajos, de 3 de abril de 2012, § 50).”⁴¹

Las uniones de facto precisamente son el grupo beneficiario de la modificación de la norma objeto de cuestionamiento y en nuestra opinión, la nueva normatividad logra consolidar un avance sustantivo en materia del derecho a la igualdad.

En valoración de la posición de los demandantes, asume el Tribunal Constitucional que: “los recurrentes entienden que la ley impugnada vulnera efectivamente la garantía institucional del matrimonio, basándose en una interpretación originalista del artículo 32 CE,⁴²(...) [y] entienden los recurrentes que la institución matrimonial configurada por la Ley impugnada hace irreconocible la institución clásica del matrimonio, suponiendo una desnaturalización de la institución incompatible con el respeto a la garantía institucional del mismo.”⁴³ Como valoración histórica destaca el Tribunal que “en los años 50, el matrimonio era, evidentemente, entendido en el sentido tradicional de unión entre dos personas de sexo diferente” (STEDH en el asunto Schalk y Kopf c. Austria, de 22 de noviembre de 2010, § 55). En el año 1978, cuando se redacta el art. 32 CE era entendido mayoritariamente como matrimonio entre personas de distinto sexo (...).”⁴⁴

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 27

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 35

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 38

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 39

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 39

Interpretar el matrimonio, asume la decisión que comentamos, no puede ceñirse a una percepción cerrada del término y efectivamente, algunas décadas atrás solía entenderse el matrimonio en su acepción clásica de la unión entre el varón y la mujer. Los derechos humanos han seguido una senda progresiva y hoy, esa definición tradicional no puede ser asumida en los mismos términos, en tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos así como la jurisprudencia constitucional, han sentado nuevos horizontes en las uniones entre las personas del mismo sexo.

Refiere el Tribunal que “(...) desde una estricta interpretación literal, el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse aunque, hay que insistir en ello, sistemáticamente resulta claro que ello no supone en 1978 la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales.”⁴⁵ Valga acotar que la interpretación literal hoy en día representa una tendencia de suyo minoritaria en la interpretación de los derechos fundamentales, circunscrita a solo esquemas subsuntivos o de lógica formal, abarcando la menor porción de controversias iusfundamentales. Por tanto, ya no podemos interpretar los derechos fundamentales solo desde su percepción de disposición, en el sentido de un enunciado lingüístico, sino se hace exigible asumir la noción de norma, a fin de atender a los sentidos interpretativos del derecho iusfundamental.

Destacando los beneficios de una interpretación evolutiva, señala el Tribunal que: “(...) se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un “árbol vivo”, -en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo- que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad,(...)”⁴⁶

Creemos que aquí concurre un argumento fuerte de la sentencia y es precisamente la noción de “interpretación evolutiva” en tanto la idea que dicha definición representa, figurativamente proyectada como un “árbol vivo”, ha de conducirnos a que los patrones de entendimiento sobre el matrimonio, no pueden representar los mismos en el contexto actual en comparación a algunas décadas atrás. Los derechos humanos han evolucionado notoriamente y también su interpretación, guiada por una tendencia de progresividad que los instrumentos internacionales se han encargado de recoger así como los jueces se han perfilado por construir a través de estándares jurisprudenciales guiados por una acepción más amplia del derecho a la igualdad, en su vertiente de no discriminación o interdicción de la discriminación negativa o de manifiesta arbitrariedad.

En referencia al avance del matrimonio homosexual en el Derecho Comparado, destaca el Tribunal que: “(...) la equiparación del matrimonio entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo se ha consolidado, en los últimos años, en el seno de varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental. Cuando se aprobó en España

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 8. p. 40

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9 p. 40

la Ley 13/2005, aquí cuestionada, sólo los Países Bajos (Ley de 2000), Bélgica (Ley de 2003), y el Estado de Massachusetts en EEUU (Sentencia de la Supreme Judicial Court, *Goodridge v. Department of Public Health*, de 2004) reconocían el matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde entonces la institución se ha reconocido también en otros ordenamientos como los de Canadá (Civil Marriage Act de 2005), Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006), Ciudad de México (Ley de 2009), Noruega (Ley de 2009), Suecia (Ley de 2009), Portugal (Ley núm. 9/2010), Islandia (Ley de 2010), Argentina (Ley de 2010), Dinamarca (Ley de 2012) y en varios Estados de Estados Unidos de América, en algunos casos a resultas de la interpretación judicial, en otros de la actividad del legislador [Connecticut -2008-, Iowa -2009-, Vermont -2009-, New Hampshire -2010-, Distrito de Columbia (Washington) -2010-, y New York -2011-]. Existen además proyectos legislativos, en distinto estadio de tramitación, en Eslovenia (cuyo Tribunal Constitucional declaró en sentencia de 2 de julio de 2009 que era inconstitucional que las uniones estables del mismo sexo no gozasen de los mismos derechos que las parejas casadas de sexo distinto) y Finlandia.⁴⁷

Creemos aquí con firmeza en otro argumento de sustento sólido: la tendencia progresiva y a favor, por parte de las legislaciones europeas en materia de derechos de personas del mismo sexo, representa una línea evolutiva creciente que los Estados y sus jueces, al decidir sobre conflictos a propósito de estas materias en sus diversos rangos, no pueden soslayar y más aún, contra la cual resulta de suyo complejo legislar o resolver en contra. Y frente a aquellas situaciones contrarias a esta tendencia, precisamente son los tribunales los que determinan la expulsión de la norma, o su inaplicación (de corresponder), o la responsabilidad internacional de los Estados en aquellos casos en los cuales se juzguen actos contrarios a los derechos protegidos por los instrumentos en materia de derechos humanos.

Acota el Tribunal que “el art. 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo.”⁴⁸ En la misma línea del concepto de interpretación evolutiva, ni podemos forzar contenidos ni podemos restringir nuevas lecturas de las normas si éstas exigen ser compatibilizadas con las subsecuentes interpretaciones en materia de derechos humanos. Por lo tanto, la nueva concepción del matrimonio deja atrás una lectura estática de esta institución para pasar a asumir un nuevo rol dinámico omnicompreensivo de las relaciones interpersonales con objetiva inclusión de personas del mismo sexo.

La reflexión va más allá al señalarse que “tampoco en el ámbito del derecho público existen especiales dificultades para que cónyuges del mismo sexo sean destinatarios de las normas que contemplan al cónyuge como sujeto de obligaciones o de derechos, tales como el régimen tributario, el correspondiente a las prestaciones de Seguridad Social o incluso para aplicar el sistema penal en los casos en que la situación del cónyuge como víctima o como responsable de infracción penal sea determinante.”⁴⁹ En adición a ello se destaca que “el régimen jurídico del

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9 p. 42

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9 p. 44

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9 p. 46

matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo.”⁵⁰

La distorsión de las instituciones puede representar un efecto contrario si ellas son sometidas a modificaciones incompatibles con su naturaleza. No sucede ello con el matrimonio si adjetivamos su conformación con personas de distinto o del mismo sexo. Nos retrotraemos a una idea primigenia en este trabajo: los derechos humanos demandan una progresividad que los Estados no pueden soslayar y ésta es precisamente una línea de interpretación evolutiva que apunta hacia mayores derechos en materia de minorías sexuales y ése es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Finalmente señala el Tribunal que “ desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada.”⁵¹

La demanda es finalmente desestimada conservando eficacia la modificación legislativa al artículo 44 del Código Civil español, decisión a partir de la cual podemos asumir la inserción de España en una tendencia progresiva de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Si bien la decisión fue duramente criticada por los sectores conservadores de España, no podemos hacer a un lado este concepto fuerte de la decisión respecto a la “interpretación evolutiva”, en el sentido de un espacio ganado por las minorías sexuales tanto en el ámbito del derecho europeo de los derechos humanos así como su influencia innegable en el sistema interamericano.

Conclusiones

Realizados los enfoques que anteceden, podemos llegar a algunas conclusiones de interés:

1. Los derechos de los grupos LGTBI han sufrido un rechazo histórico que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha logrado revertir progresivamente. En ello, ha tenido lugar el desarrollo del concepto de “interpretación evolutiva”, premisa sobre la cual las minorías sexuales han logrado los primeros espacios de consolidación de sus derechos.
2. Los grupos LGTBI aún siguen siendo objeto, tanto en el sistema interamericano como en el sistema europeo de derechos humanos, de escenarios de discriminación negativa, materializados en las decisiones de jueces influenciados por estereotipos, situación que configura una forma de trato desigual entre iguales.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9 p. 46

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9. p. 47

3. Sin perjuicio de ello, las más altas instancias representativas de la defensa de los derechos humanos en los ámbitos interamericano y europeo, han asumido un rol tuitivo de orden gravitante en las controversias relativas a los derechos de las minorías sexuales, afianzando un concepto de progresividad que ni las legislaciones ni tras decisiones judiciales restrictivas minoritarias han podido soslayar.
4. En el ámbito interamericano, el caso Karen Atala Riffo y niñas vs Chile, representa un parámetro jurisprudencial de primera importancia, en tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad del Estado chileno tras haber retirado la justicia chilena a la señora Atala, la tuición de sus tres menores hijas. La Corte IDH determinó contraria a la Convención la decisión de la justicia chilena sobre pérdida de tuición, al haberse basado en la orientación sexual de la señora Atala, con lo cual se configuró la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación, consagrada en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
5. El caso de la decisión del Tribunal Constitucional español sobre la Ley 13/2005, en relación a la acción de inconstitucionalidad promovida por el Partido Popular de España, para dejar sin efecto una modificación del artículo 44 del Código Civil español que a su vez permitía la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, representa otro avance sustantivo de los derechos de los grupos LGTBI. En efecto, la aludida modificación legal, al permitir el matrimonio homosexual, sentó las bases de un nuevo hito en la defensa de los derechos de estas minorías.
6. Finalmente, queda aún mucho por trabajar respecto a los derechos de los grupos LGTBI a propósito de las modificaciones legislativas favorables a estos núcleos y las decisiones de los jueces, tanto en el sistema interamericano como en el sistema europeo. Aún existe con fuerza, en muchos ámbitos, ideas estereotipadas y prejuicios respecto a estas minorías sexuales cuyos derechos no pueden ser soslayados. En esa misma lógica, corresponde una mayor difusión de las decisiones relevantes de los órganos jurisdiccionales encargados de la legitimidad democrática de estos derechos, entre ellos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y diversos Tribunales y Cortes Constitucionales.

Publicado en REVISTA JURIDICA DEL PERU Nro. 149. Julio de 2013. pp. 37-53