

# **“LA FAMILIA HOMOPARENTAL BAJO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: CASO KAREN ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE”**

*Por: Luisana Isell Vega Zeña*

## **CASO: KAREN ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)**

---

*El argumento en favor de extender a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (personas LGBT) los mismos derechos que gozan todas las demás personas no es radical ni complicado. Se basa en dos principios fundamentales que sustentan las normas internacionales de derechos humanos: igualdad y no discriminación. Las palabras iniciales de la Declaración Universal de Derechos Humanos son inequívocas: “Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.*

Navi Pillay

### **SUMILLA DEL CASO**

*Proceso llevado a cabo en sede supranacional por la señora Karen Atala Riffo y otros abogados, representantes de diversas organizaciones, quienes presentaron el 24 de noviembre de 2004 su denuncia contra el Estado de Chile (Estado) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestando que el Estado, a través de la sentencia de la Corte Suprema, revocó la tenencia de sus menores hijas a la señora Karen Atala, fundamentándose exclusivamente en su orientación sexual. La CIDH, luego de comprobar el incumplimiento por parte del Estado de las recomendaciones (contenidas en su informe de fondo, emitido el 18 de diciembre de 2009), somete, el 17 de setiembre de 2010, ante la Corte Interamericana de Derechos humanos (CorteIDH) el Caso N° 12.502, solicitando se declare la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio por su orientación sexual y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de la señora Karen Atala. La CorteIDH, emite su sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, declarando la responsabilidad del Estado por la violación al derecho de igualdad y no discriminación en perjuicio de la señora Karen y las niñas, ordenando las medidas de reparación pertinentes.*

## INTRODUCCIÓN

Este tema, "*la familia homoparental*", satanizado por los sectores más conservadores de los países, en especial del nuestro, es realidad que se debe de afrontar más tarde que temprano y muy a pesar de muchos (en la sociedad y en la política). En lo personal es una cuestión de suma importancia y de debate aún invisible. En el caso en concreto, el de Karen Atala, tuve la oportunidad de sustentarlo como expediente único en la Pontificia Universidad Católica del Perú y que ahora es parte de mi tesis, por ello, el seminario en igualdad fue importante para tener por cierta la idea que el colectivo LGBT es un grupo históricamente vulnerable, y de pronto es uno de los más vulnerables, que despierta apasionamientos, prejuicios y subjetividades comprobadas no solo en profesores sino además en mis compañeros de la maestría que curiosamente están llevando una maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

Concuerdo sin embargo con la idea que a este colectivo LGBT, no hay que "reconocerles más derecho", pues el presupuesto es que todos gozamos de derechos consustanciales a nosotros por el solo hecho de ser seres humanos y sujetos de derecho, es por ello que la frase corta pero definitiva de Navi Pillay, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, es la que siempre acompañará mis trabajos en materia de derechos humanos para colectivos vulnerables, especialmente el LGBT. Solo son dos supuestos que ella menciona "igualdad y no discriminación", que son dos pilares de garantía para todos los seres humanos en una sociedad que se precia de ser democrática bajo un sistema garantistas de protección irrestricta de derechos humanos.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala Riffó e hijas vs. Chile, contiene relevancia jurídica extraordinaria, pues es la primera vez en la historia de la Corte Interamericana, que ésta se pronuncia sobre un caso de discriminación por orientación sexual en relación a la custodia de hijos, 13 años después que lo hiciera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Salgueiro da Silva Mouta vs Portugal, caso, también, relacionado a la custodia de hijos por padre homosexual.

1. En este caso emblemático la CorteIDH sustenta su resolución bajo dos ejes centrales que irradian todo el razonamiento que realiza a lo largo de su sentencia, éstos son: *el derecho a la igualdad y la no discriminación* (incluyendo la protección de la categoría de la orientación sexual al amparo del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y la existencia de una diferencia de trato por parte del Estado de Chile<sup>1</sup>, a través de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile en el proceso de tuición, que terminó revocándole a la señora Karen Atala, de manera definitiva, la tenencia de sus hijas, teniendo como único fundamento, su orientación sexual. Por otro lado, respecto al proceso disciplinario en el ámbito laboral en contra de la señora Karen Atala, la CorteIDH vuelve a razonar sobre la orientación sexual en relación a los procesos disciplinarios laborales concluyendo que la orientación sexual o su ejercicio no pueden ser fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, así como tampoco, en el marco de este proceso, se faculta a las personas encargadas de llevar a cabo las investigaciones disciplinarias, la injerencia arbitraria en la vida privada de los investigados por faltas disciplinarias laborales.
2. Los problemas jurídicos se desarrollan en este caso en torno a si la orientación sexual como elemento integrante de la sexualidad humana y su manifestación ante la familia<sup>2</sup> o la sociedad constituyen *per se* causales de inhabilidad para asumir y ejercer ciertas obligaciones y derechos, de tal manera que aquella inhabilidad afecte el desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida, en el caso en particular, de la comunidad de personas lesbianas, gais, transgénero, bisexuales e intersex, en adelante, Comunidad (LGTBI).

---

<sup>1</sup> Para el Estado de Chile, la orientación sexual y/o su expresión califican como una incapacidad para ejercer los roles materno o paterno en relación directa a la pseudo protección del Interés Superior del Niño. Este hecho constituye un trato discriminatorio en desmedro de la señora Karen Atala (parte del grupo minoritario de lesbianas, gais, transgénero, bisexuales e intersex); con ello el Estado institucionaliza un discurso discriminatorio que debiera ser proscrito en un Estado democrático.

<sup>2</sup> En la actualidad, definir el concepto de familia desbordaría cualquier intento de enmarcarla dentro de un solo punto de vista o de una disciplina; la familia, su desarrollo, evolución dinámica y diversificación, tienen mayor relación con el campo sociológico, cultural o antropológico que con ámbito jurídico. Por ello es casi arbitrario que instituciones del Estado, definan, asignen y establezcan derechos y deberes a lo que jurídicamente puede concebirse como familia bajo una concepción estructurada rígidamente por parámetros tradicionalistas, subjetivos o religiosos. Esto pone al margen del derecho a grupos que constituyen una familia de hecho, diversa o atípica a quienes el Estado niega el ejercicio pleno de algunos de sus derechos que como consecuencia, promueven que la Comunidad LGTBI, planteé legítimamente reivindicaciones sobre la igualdad de trato en el ámbito familiar.

3. Para comprender el tema, es importante tener en cuenta la definición de discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género a la que arriba la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o resultado –ya sea de iure o de facto– anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.<sup>3</sup>

4. Seguidamente, analizaré El artículo 1.1<sup>4</sup> de la CADH que suscribe la obligación de los Estados parte de respetar los derechos y libertades de toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna, específicamente sin importar su **condición social**. Si analizamos lo que significa el término *condición*, tendremos que ésta es un estado, una situación especial en que se halla alguien o algo;<sup>5</sup> es una categoría filosófica que expresa la relación del objeto con los fenómenos que le rodean, sin los cuales no puede existir.<sup>6</sup> Por otro lado, tenemos el término *social*, que expresa, pertenencia a la sociedad.<sup>7</sup> En consecuencia, la *condición social*, vendría a ser una situación natural y particular que define a una persona en la sociedad en la que se desenvuelve y que sin esta particularidad, la persona perdería su esencia e identidad en el contexto en el cual se desarrolla. De acuerdo a esto, se puede concluir que la orientación sexual de una persona constituye parte de su esencia, de su identidad y del cómo quiere mostrarse frente a la sociedad sin recibir por ello alguna sanción o castigo de cualquier tipo, ni de parte de los individuos conformantes de la colectividad ni de sus autoridades, de lo contrario operaría una suerte de discriminación en desmedro de todas las personas con una orientación diferente a la heterosexual.

---

<sup>3</sup> CONSEJO PERMANENTE DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. OEA Ser.G CP/CAJP/INF.166/12 del 23 de abril de 2012. “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”. [Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género]. <<http://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28504S.pdf>>. Última visualización [31.10.17].

<sup>4</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 1.1. 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.

<sup>5</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <<http://dle.rae.es/?w=condici%C3%B3n&m=form&o=h>>, última visualización [23.10.2017].

<sup>6</sup> ROSENTAL, M.M. Diccionario Filosófico. Ediciones Pueblos Unidos. Impreso en Perú. (El ejemplar no consigna fecha de impresión).

<sup>7</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <<http://dle.rae.es/?w=social&m=form&o=h>>, última visualización [23.10.2017].

5. Sobre el estigma social y discriminación histórica que ha tenido este grupo en particular son ampliamente demostradas. Así tenemos países que incluyen en sus legislaciones penas que van desde castigos físicos hasta la muerte por este motivo (Afganistán, Arabia Saudí, Irán (latigazos), Mauritania, Argelia (prisión), Pakistán, Sudán, Yemen, Bangladesh (que impone cadena perpetua) y algunos Estados del norte de Nigeria); en Nicaragua, ser homosexual recién dejó de ser un delito desde el 2009; por otro, aún se percibe a la homosexualidad como enfermedad pues se siguen insistiendo en “terapias” reparativas o reorientadoras para curar la homosexualidad.<sup>8</sup>
  
6. La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile (31/05/2004), está basada en estereotipos y prejuicios respecto a la orientación sexual de la señora Karen Atala, pues supone que la orientación sexual homosexual de un padre o madre lo descalifica de plano para ejercer la tenencia de sus hijos. La decisión de la Corte Suprema sólo se fundamenta en la orientación sexual de la señora Atala, sin considerar pruebas médicas, psicológicas y sociológicas que concluyan de manera determinante que la orientación sexual no tiene relación perjudicial directa ni indirecta en contra de la formación de las menores, por tanto la Corte Suprema, discrimina a una persona por el sólo hecho de su preferencia sexual distinta a lo que la Corte Suprema y la mayoría de la población considera “normal”. La Corte Suprema hace un juicio de valor de una cuestión íntima como es la homosexualidad, que en el presente caso no tendría por qué tomarse en cuenta en el plano jurídico, por tanto concluyo que la Corte Suprema realizó un escrutinio desproporcionado a la vida íntima de la señora Karen y no lo hizo de la misma manera con su ex esposo, el señor Ricardo López Allende, discriminando a la señora Karen quien encarna a todo un grupo históricamente discriminado, como es la comunidad LGTBI. Finalmente la Corte Suprema no aplicó el Control Convencional Interno difuso en su sentencia final, vulnerando los derechos fundamentales de Karen y omitiendo la responsabilidad suscrita por el artículo 1.1 de la CADH, además de no tomar en cuenta que la categoría “orientación sexual” se encontraba protegida por el art. 1.1 de la CADH, faltando por ello a su obligación de garantizar los derechos de la señora Karen Atala.

---

<sup>8</sup> Sobre crímenes y tortura sufridos actualmente por el grupo LGTBI en el mundo, véase la publicación de Amnistía Internacional, denominada “Crímenes de odio, conspiración de silencio, tortura y malos tratos basados en la identidad sexual”, 2001.

7. Tomé en cuenta Jurisprudencia comparada respecto a la igualdad de las personas al margen de su orientación sexual (sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica sobre el matrimonio igualitario<sup>9</sup> (las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho fundamental al matrimonio en todos los estados de Norte América y la exposición de los 4 principios sobre la institución matrimonial), la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre Caso Alejandro Martínez Caballero<sup>10</sup> (una sentencia casi perfecta que concluye que la homosexualidad está determinada por una condición genética y biológica y que la segregación por esta razón, constituye una discriminación inaceptable y que un trato distinto fundado en la diferente orientación sexual rara vez cumple algún propósito constitucionalmente relevante, además de analizar las categorías sospechosas de discriminación), y finalmente, la controversia resuelta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Salgueiro Da Silva Mouta Vs. Portugal, ( caso muy similar al de la Sra. Atala, en este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resolvió que el Estado de Portugal violó el artículo 8º en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos humanos, manifestando que la Corte de Apelaciones de Lisboa llevó a cabo una diferencia de trato en desmedro del señor Salgueiro Da Silva, que no pasó por el test de proporcionalidad y razonabilidad).<sup>11</sup>
8. Retomando el caso de la señora Atala, manifiesto que la orientación sexual<sup>12</sup> de la señora Karen Atala no constituye una causal objetiva de inhabilidad para ejercer el

---

<sup>9</sup> Supreme Court of The United States. Syllabus Obergefell Et Al. V. Hodges, Director, Ohio Department of Health, Et Al. Certiorari to The United States Court of Appeals For The Sixth Circuit. No. 14–556. Argued April 28, 2015—Decided June 26, 2015. [http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf). Última visualización [10.01.2016].

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia, Stc. C-481/98. Caso Alejandro Martínez Caballero. la inconstitucionalidad del art. 46 del Decreto 2277 de 1979, que señalaba: “ARTICULO 46. Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados, constituyen causales de mala conducta. b- El homosexualismo, o la práctica de aberraciones sexuales [...]”.

<sup>11</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Salgueiro Da Silva Mouta Vs. Portugal, Estrasburgo, el 21 de diciembre de 1999.

<sup>12</sup> La orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género; se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren entre las diferentes culturas.

La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Definiciones sustraídas de la OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA DEL SUR DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH). “Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. <http://acnudh.org/2013/11/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/> . Última visualización [24.10.2016].

rol materno así como la expresión de su orientación sexual (convivencia con su pareja del mismo sexo) no vulneró el Interés Superior<sup>13</sup> de las niñas M, V, y R, en cuanto al desarrollo y bienestar de éstas.

9. Respecto a la homoparentalidad<sup>14</sup> y el Interés Superior del Niño (ISN), existen estudios de todo tipo (psicológicos, sociológicos, educacionales, etc) que se dividen

---

<sup>13</sup> El Comité de los Derechos del Niño Interés superior del niño orientado en: a) **Un derecho sustantivo**: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para adoptar una decisión que afecte a un niño, b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental**: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño y c) **Una norma de procedimiento**: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o niños. Los Estados partes deberán explicar cómo es que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones generales o de casos concretos. Información sustraída de NACIONES UNIDAS. Comité de los Derechos del Niño. Convención sobre los Derechos del Niño. Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), dicha observación también señala que el ISN es flexible y adaptable y que debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general.

<sup>14</sup> En el tema sobre los estudios a favor y en contra de la homoparentalidad revisé una serie de documentación que por razones de espacio no desarrollaré una a una, pero dejaré la fuente para mayor consulta: (a favor: Beverly Hoeffler, Children's Acquisition of Sex-Role Behavior in Lesbian-Mother Families, 51 Am. J. of Orthopsychiatry 536 (1981), citado por National Center for Lesbian rights. Adoption By Lesbian, Gay, And Bisexual Parents: An Overview of Current Law. <http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2013/07/adptn0204.pdf>. Última visualización 4/11/16); American Academy of Pediatrics, Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents, 109 Pediatrics 341 (Feb. 2002). citado por National Center for Lesbian rights. Adoption By Lesbian, Gay, And Bisexual Parents: An Overview of Current Law. <http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2013/07/adptn0204.pdf>. Última visualización 4/11/17; Golombok et al, J. (2003). Children with lesbian parents: A community study. Developmental Psychology, 39, 20-33. citado en el artículo denominado "Growing up under the Rainbow: A Study of Child Development in Lesbian Gay Households." <http://www.swarthmore.edu/writing/growing-under-rainbow-a-study-child-development-lesbian-gay-households>. Última visualización [6.11.2017]; UNIVERSIDAD DE SEVILLA. Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación. "El Desarrollo Infantil y Adolescente en Familias Homoparentales. Informe Preliminar". [http://www.educadiversa.org/estudios/familiashomoparentales\\_colpsicologos.pdf](http://www.educadiversa.org/estudios/familiashomoparentales_colpsicologos.pdf). Última visualización [6.11.2017]) en contra (PEDIATRICS. Official Journal of the American Academy of Pediatric. Promoting the Well-Being of Children Whose Parents Are Gay or Lesbian. <http://pediatrics.aappublications.org/content/early/2013/03/18/peds.2013-0377>. Última visualización [10.11.2016]; Cameron, Paul, and Kirk Cameron. "Homosexual parents: A comparative forensic study of character and harms to children." Psychological reports 82.3c (1998): 1155-1191. <http://www.amsciepub.com/doi/abs/10.2466/pr0.1998.82.3c.1155?journalCode=pr0>. Última visualización [6.11.2015]. El estudio tomó muestras aleatorias de 40 casos desde los años de 1956 a-1991 del Decennial Digest indexes; Stacey, J. & Biblarz, J. (2001). Does the sexual orientation of parents matter? American Sociological Review, 66, 159-183, citado en el artículo denominado "Growing up under the Rainbow: A Study of Child Development in Lesbian Gay Households."

en dos posturas en contra y a favor, ambas posturas parecen irreconciliables entre sí y sin ningún punto de acuerdo, pero se puede concluir que temas como la posible estigmatización social, el probable estrés y el potencial aislamiento de los menores en la sociedad, así como la utilización de términos como “vergüenza o confusión” o plantear la apresurada relación entre el SIDA y el homosexualismo no pueden ser datos que validen una investigación o alguna línea de opinión que se precie de ser objetiva, muchos de los estudios que se muestran en contra son elaborados por Institutos de Familia (cristianas/religiosas en su mayoría) y como tal tienen apreciaciones sesgadas respecto al concepto de familia y expresan intolerancia hacia la diversificación de las familias homoparentales o de familias que no se adscriben a los “principios de la familia heterosexual”.

10. Desde hace poco más de 3 décadas se viene estudiando de manera cada vez más científica a través de investigaciones empíricas y estadísticas en el campo de la psicología y las áreas sociales, los efectos de la homoparentalidad en la crianza y adopción de niños desterrando ciertos paradigmas o mitos en relación al tema, como por ejemplo que hasta el momento no hay pruebas para sugerir que los padres tienen influencia determinante en la orientación sexual de sus hijos (uno de los mayores miedos de los detractores de la homoparentalidad). Como bien señaló la Suprema Corte de Justicia de México, en la sentencia de 2010 sobre el derecho a las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, que “la heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad – homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas (...).<sup>15</sup>”

11. La señora Karen Atala, su pareja, la señora Emma de Ramón Acevedo y sus menores hijas constituían una familia protegida bajo el artículo 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La señora Karen Atala, su pareja, la señora Emma y las niñas M, R y V., si conformaban una familia con una historia autónoma y con caracteres de “normalidad” configurando el desarrollo en sociedad de cada uno de los miembros que la componía, por tal motivo debió haber sido protegida por la Constitución de Chile que señala en su art. 1° que La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, ésta familia no debió ser objeto de

---

<http://www.swarthmore.edu/writing/growing-under-rainbow-a-study-child-development-lesbigay-households>. Última visualización [6.11.2015]).

<sup>15</sup> CORTEIDH. C. No 126. Refiriéndose a la Acción de Inconstitucionalidad A.I. 2/2010 del 16 de agosto de 2010.

injerencias arbitrarias por parte de las instituciones jurisdiccionales del Estado. Ésta familia se encontraba también protegida por el Art. 17.1 de la Convención Americana de Derechos humanos que señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

12. Como punto a parte, no puedo dejar de mencionar un caso reciente, resuelto por Primer Juzgado de Familia de San Miguel - Región Metropolitana del país de Chile (23.02.2016), cuyos hechos y resolución expondré brevemente: Jacqueline y C.B fueron pareja, pero al terminar la relación, la segunda abandonó el hogar y a su hija. En diciembre pasado (2015), la madre biológica, la señora C.B, se llevó a la niña M.J.S de 5 años, sin el consentimiento de Jacqueline (“madre de crianza”), la que inició una inédita lucha por recuperar a su hija. El Juzgado de Familia obligó a la progenitora y al padre biológico a devolver a la niña a la madre de crianza, Jacqueline, a quien le entregó el cuidado provisorio de la niña. El Juzgado concluye que “la niña refiere que tiene dos mamás y las ama a ambas”, sin embargo, es la madre de crianza el “principal personaje” que responde a “las necesidades emocionales y básicas de la niña”, por lo que la progenitora debió devolver a su hija al lugar que siempre ha sido su hogar, la casa de la madre de crianza. El Juzgado, además señaló que la niña M.J.S al lado de su madre biológica “se encuentra en situación de riesgo”, recordando que en mayo de 2015 había retirado a su hija del hogar de Jacqueline, regresándola dos meses después “con signos de mal cuidado, bajo peso, pediculosis, con temor a la oscuridad y manifestando tener miedo a que se le terminara la comida”. Esta sentencia estuvo basada en un Informe de la Oficina de Protección de Derechos de San Ramón<sup>16</sup>.
  
13. Es grato reconocer que el caso Karen Atala, llevado ante la CorteIDH marcó un antes y un después en la manera de concebir categorías como familia, estado de vulnerabilidad o riesgo y el Interés Superior del Niño, replanteados en el caso “Jackeline”, pues la menor M.J.S (5) se encontraba en situación de riesgo, al entender de la jueza, no por vivir con una madre de crianza lesbiana, sino porque la madre biológica no confería a la menor las condiciones materiales y espirituales necesarias para la realización personal de su hija, ponderándose verdaderamente el Interés Superior de la menor por sobre la tenencia de la madre biológica.

---

<sup>16</sup> MOVILH. Hito: Tribunal entrega el cuidado de una niña a mujer y ex pareja de la madre biológica. <<http://www.movilh.cl/hito-tribunal-entrega-el-cuidado-de-una-nina-a-mujer-y-ex-pareja-de-la-madre-biologica/>> Última visualización [04/03/2016].

14. Es interesante resaltar iniciativas, sobre todo en el aspecto educativo, de reconocimiento y entendimiento de familias diversas, es así que cuentos infantiles, o como les denominan “cuentos diversos” como el de “Camila tiene dos mamás”<sup>17</sup>, escrito por Verónica Ferrario y “Nicolás tiene dos papás”<sup>18</sup>, producido por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual – Chile (MOVILH), buscan integrar a todas las familias que componen la sociedad, bajo valores de respeto y tolerancia mutua, reconociendo que los hijos con dos padres o dos madres, son tan iguales en derechos y se desarrollan de manera totalmente normal al igual que los hijos de padres heterosexuales.
15. Finalmente la lectura reveladora del seminario fue la de Ferrajoli “Igualdad y diferencia”, materia de un trabajo también, y si pudiera hablar de nuestro país en particular, diría que estamos en el modelo de “*Diferenciación jurídica de las diferencias*” según las cuales se valorizan algunas identidades y en la desvalorizaciones de otras y por lo tanto la jerarquización de las diferentes identidades en desmedro de las otras,<sup>19</sup> lo que considero más peligroso es que si esta jerarquización viene desde arriba, es decir desde los detentadores de poder, pero también el contexto de intolerancia, a propósito del currículo de educación, como **#ConMisHijosNoTeMetas**, formado grupos religiosos ultraconservadores y por asociaciones de defensores de la familia, (familia tradicional de papá, mamá e hijos), que por cierto, es un porcentaje cada vez más minoritario, pues las “nuevas familias”, recompuestas o ensambladas, formadas por padres o madres solteras, que a su vez forman nuevas familias, es la tendencia, no solo en el Perú, sino en el mundo, colectivos que rechazan toda idea, política o iniciativa que contenga la palabra “género”, señalándose incluso que el Nuevo Currículo es una obra satánica por contener la “ideología de género” (Rodolfo Gonzales Cruz, líder del Movimiento Misionero Mundial en Perú - MMM), o lo que señaló Cipriani “*Por qué tanto afán de querer corromper nuestra moral, de creer que es posible darle vuelta a todo... y en lugar de ser honestos, queremos enseñarle a nuestros niños que las mujeres pueden ser hombres y los hombres pueden ser mujeres (...)* *“Si seguimos en este engaño de que todo puede ser, entonces démosle de comer excremento (a los niños) en vez de un pedazo de*

---

<sup>17</sup> FERRARI VERÓNICA. Camila Tiene dos mamás. Editorial. El Armario de Zoe. Edición. Agosto, 2015.

<sup>18</sup> MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL (MOVILH). Nicolás tiene dos papás. Primera Edición, octubre, 2014.

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi. “Igualdad y diferencia”. Disponible <http://idh.uv.es/principiaiuris/articulos/ferrajoli/1.pdf>. [última visualización 18.12.17].

*carne*<sup>20</sup>. Esto parece mostrar un panorama nada alentador para este grupo, sin mencionar la derogatoria del D.L 1323.

16. Aún queda mucho por hacer y por aprender en el Perú, mientras tengamos grupos pseudomoralistas o ultraconservadores, difícil que avancemos hacia una protección plena de derechos humanos de LGTB, como señaló Nelson Mandela “Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad”.

---

<sup>20</sup> Perú 21. Nota de prensa “Queremos enseñarle a nuestros niños que las mujeres pueden ser hombres”, dice Cipriani”. <https://peru21.pe/lima/queremos-ensenarle-ninos-mujeres-hombres-dice-cipriani-62028>. [última visualización 18.12.2017]