

ENSAYOS TEMÁTICOS

El impacto del caso Karen Atala y Niñas *vs.* Chile en el ordenamiento jurídico mexicano

Geraldina González de la Vega*

* Coordinadora jurídica de Ombudsgay.



Resumen

La sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Atala Riffo y Niñas es el primer precedente jurisprudencial del sistema interamericano respecto a los derechos humanos de las personas pertenecientes a la comunidad LGTBTTI. En este sentido, el presente escrito explica, de manera general, cuál es el impacto que esta sentencia tiene en el sistema jurídico mexicano a la luz de diversas resoluciones nacionales en la materia así como de la reciente reforma constitucional en derechos humanos.

Palabras clave: Karen Atala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, comunidad LGTBTTI, derechos humanos, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti, intersexual, no discriminación, orientación sexual, reforma constitucional.

Abstract

The judgment rendered by the Inter-American Court of Human Rights in the case Karen Atala and daughters is the first precedent in the inter-american system of human rights related to human rights of the LGBTI community. In this sense, this paper explains, in general, the impact of this judgment in the mexican legal system according to different national decisions on this matter and to the recent humans rights constitutional amendment.

Key words: Karen Atala, Inter-American Court of Human Rights, LGBTI community, human rights, gay, bisexual, transexual, transgender, transvestite, intersexual, non-discrimination, sexual orientation, constitutional reform in human rights.

Sumario

I. Transexuales, II. Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal; III. Controversias sobre el matrimonio en el Distrito Federal; IV. Reformas constitucionales y caso Radilla; v. Acción de Inconstitucionalidad 155/2007 (inaplicación de la norma constitucional); VI. Contradicción de las tesis 293/2011 y 21/2011.

Resulta complicado presentar un panorama completo sobre el impacto de la sentencia del caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* en el ordenamiento jurídico mexicano, sin embargo, la presente reflexión esboza tan sólo la conexión entre algunos precedentes en nuestro país y dicha sentencia.

El caso de la jueza Karen Atala y Niñas contra el Estado chileno¹ es el punto de arranque para la unificación del discurso interamericano sobre los derechos del colectivo lésbico, gay, bisexual, transexual, transgénero, travestista e intersexual (LGBTTTI) en el ámbito familiar. Al igual que en el sistema europeo, donde *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* fue el caso paradigmático que disparó el discurso sobre los derechos de las familias diversas, el de la jueza Atala ha plantado en el continente americano premisas que abordan temas cruciales para la lucha por la equidad de género y la no discriminación por orientación sexual.

Si bien el de Karen Atala surge 22 años después del caso de Joo Manuel Salgueiro,² afortunadamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fue mucho más allá en su sentencia, e inclusive considero que rebasó a la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH).

El caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* aborda los derechos a la igualdad y no discriminación, a la vida privada, a la vida familiar, los derechos del niño y las garantías judiciales.

Para hilar la influencia de la sentencia Atala en México quisiera detenerme en algunos precedentes relevantes de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) con los que encaja perfectamente tal sentencia.

¹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

² CEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal (Aplicación núm. 33290/96)*, juicio del 21 de diciembre de 1999.

I. Transexuales

En 2009 la SCJN falló en el Amparo Directo en materia civil 6/2008 (conocido como *Transexuales*)³ que la dignidad es el principio vértice de los demás derechos fundamentales. La Suprema Corte señaló que de la dignidad de la persona se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad. Tal vez lo más relevante es que la SCJN reconoció el derecho a la identidad personal como aquél que tiene toda persona a ser ella misma, en la propia conciencia y en la opinión de los otros. Y por ello, explicó la SCJN, se encuentra relacionado estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que implica el derecho a la identidad sexual.

II. Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal

En la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010,⁴ nueve de 11 ministros fallaron a favor de las familias diversas, la identidad sexual y el derecho a expresarla, y la igualdad y no discriminación de los niños en familias homoparentales. La SCJN interpretó el artículo 4º constitucional en el sentido de que la protección a la familia comprende a las familias diversas, incluidas las formadas por parejas del mismo sexo, y que la institución matrimonial no es un concepto inmutable ni se encuentra definido desde la Constitución.

Por otro lado, en esta misma sentencia la Suprema Corte se pronunció respecto de los efectos en toda la república de los matrimonios contraídos en el Distrito Federal, la tesis sobre ello fue votada por más de ocho ministros, de manera que se convirtió en obligatoria: “El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal tiene validez en otras entidades federativas conforme al artículo 121 de la Constitución general de la república.”

III. Controversias sobre el matrimonio en el Distrito Federal

En este 2012, el Pleno de la SCJN revisó dos controversias constitucionales (13/2010 y 14/2010)⁵ que fueron presentadas por los estados de Baja California y Jalisco, respectivamente, en contra de las reformas a los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal. Por mayoría, los ministros determinaron que los estados no demostraban su interés legítimo, pues el artículo 121 constitucional era claro al declarar válidos en toda la república a los matrimonios en términos de la ley civil del Distrito Federal, de manera que de entrar al fondo del asunto se corría el riesgo de que el concepto de validez que refiere la fracción

³ SCJN, Amparo Directo en materia civil 6/2008 relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS, 6 de enero de 2009.

⁴ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Promovente: procurador General de la República, 15 de agosto de 2010.

⁵ SCJN, Controversia Constitucional 13/2010. Actor: estado de Baja California, 23 de enero de 2012. Asimismo, véase SCJN, Controversia Constitucional 14/2010. Actor: estado de Jalisco, 23 de enero de 2012.

IV del 121 se relativizara. La determinación reiteró la tesis anterior sobre la validez de los matrimonios en toda la república.

IV. Reformas constitucionales y caso Radilla

En junio de 2011 se publicaron dos importantes reformas que hoy tienen especial relevancia: por un lado, la reforma de derechos humanos⁶ que, entre otras cuestiones, remozca el artículo 1º de la Constitución e incluye una serie de principios interpretativos de corte garantista; ubica a nivel constitucional los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, lo que implica que son vinculantes directamente para todas las autoridades; y establece el principio de interpretación *pro personae*, el cual señala que por la vía interpretativa se deberá favorecer siempre la más amplia protección a las personas. Por otro lado, la reforma de amparo,⁷ que incluye, entre otros aspectos, la posibilidad de buscar el amparo de la justicia por violaciones a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, el principio de interés legítimo y la violación de derechos por omisión de la autoridad.

La reforma de derechos humanos en nuestro sistema constitucional integra el llamado *control de convencionalidad*, es decir, el contraste y la verificación de todas las normas no sólo con la Constitución sino con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Este tipo de control ya lo había estado exigiendo la Corte IDH al Estado mexicano concretamente en cuatro casos: Rosendo Radilla Pacheco (2009);⁸ Fernández Ortega y Otros (2010);⁹ Rosendo Cantú y Otra (2010);¹⁰ y Cabrera García y Montiel Flores (2010).¹¹

En julio de 2011 la Suprema Corte tuvo ocasión de pronunciarse sobre el caso Radilla Pacheco vs. México, pues la Corte IDH condenó al Estado mexicano en su conjunto, y estableció ciertas obligaciones que atañían a la SCJN. Así, el asunto Varios 912/2010 revolucionó el paradigma constitucional mexicano ratificando el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la existencia de un control difuso de constitucionalidad, que contiene, gracias a la reforma al artículo 1º, un control de convencionalidad.

Sin embargo, la Corte mexicana decidió por mayoría de seis de 11 votos que los criterios o precedentes de la Corte IDH son orientadores, lo que implica, de acuerdo con seis ministros,

⁶ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

⁷ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 6 de junio de 2011.

⁸ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

⁹ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

¹¹ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

que las decisiones de la Corte en que México no sea parte –como la sentencia de Karen Atala–, no son vinculantes para las autoridades mexicanas.

v. Acción de Inconstitucionalidad 155/2007 (inaplicación de la norma constitucional)

Durante 2012 la SCJN discutió la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007 y la mayoría de las y los ministros que la integran determinó inaplicar una norma constitucional en atención al principio *pro personae* por considerar que existía una norma en un tratado internacional más protectora. Para los seis ministros del bloque mayoritario, al traducir el principio *pro homine* se debe realizar una interpretación armónica de los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales y, en consecuencia, se debe preferir la norma que contenga una protección más amplia cuando se trate de reconocer derechos y la más restrictiva cuando se trate de limitarlos.

Pese a que los ministros no quisieron determinar si lo anterior da lugar a un bloque de constitucionalidad, es claro que esta interpretación del artículo 1º da pie a un conjunto de normas materialmente constitucionales.

vi. Contradicción de las tesis 293/2011 y 21/2011¹²

Son dos contradicciones pendientes de resolver. En ellas se plantean las cuestiones sobre el bloque de constitucionalidad, la jerarquía de tratados internacionales y la vinculatoriedad de precedentes de la Corte IDH.

El expediente de contradicción de tesis 293/2011 quedó pendiente de votación pues no se alcanzó la mayoría para ser aprobada. Plantea las dos tesis siguientes:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LOS QUE EL ESTADO MEXICANO SEA PARTE, FORMAN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS.

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES OBLIGATORIA PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

La contradicción de tesis 21/2011 fue retirada para su modificación. Ésta refiere la jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales, y la interpretación de los artículos 1º y 133 constitucionales.

¹² SCJN, Contradicción de tesis entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver, respectivamente, el amparo directo 1060/2008 y los amparos directos 344/2008 y 623/2008. Ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Asimismo, véase SCJN, Contradicción de tesis entre las sustentadas por la Primera y Segunda Salas de este alto Tribunal, al resolver los amparos directos en revisión 2336/2010 y 1169/2008, respectivamente. Ponencia del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

De la resolución de ambas contradicciones se obtendrán principios jurisprudenciales sobre estos temas, los cuales posibilitarán que los criterios de la sentencia del caso Atala sean vinculantes en todo el país.

* * *

Así, los seis precedentes mencionados son los vehículos de entrada para la sentencia de Karen Atala a nuestro ordenamiento jurídico.

La decisión Atala es un compendio acerca de las decisiones más relevantes sobre orientación sexual e identidad de género dictadas por el TEDH y el sistema universal de los derechos humanos, como son los comités de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y las cortes nacionales como la colombiana o la mexicana. Es una lectura obligada para cualquier interesado en los temas relativos a los derechos sexuales, los derechos de las mujeres, los derechos de los niños y la impartición de la justicia relacionada con estos tópicos.

Es preciso señalar que el argumento central de la sentencia de la jueza Atala descansa en sus párrafos 91 al 93. En éstos la Corte IDH deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la CADH y, en consecuencia, la Convención proscribiera cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.

Además, resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerada como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos ni para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que éstas han sufrido.

Expone que la CADH proscribiera la discriminación en general, incluyendo aquellas categorías como las de la orientación sexual, la cual no puede servir como sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en ella.

Existen otros criterios importantes que expone la sentencia Atala y que servirían para argumentar diversos temas, sin embargo, en este documento no lo abordaré.

Por otra parte, aunque en el expediente Varios 912/2010 se votó por mayoría el carácter orientador de los criterios, considero que su aplicabilidad, de acuerdo con los principios del nuevo artículo 1º, será obligatoria, pues dicho precepto establece:

- El rango constitucional de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales.
- El principio *pro personae*, es decir, preferir aquella interpretación que favorezca a los derechos de la persona.
- Que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

De acuerdo con la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH –cuya competencia fue aceptada soberanamente por México en 1998– es el órgano facultado para interpretar la Convención y sus decisiones son definitivas e inapelables. Por lo anterior, es incongruente argumentar la no vinculatoriedad de los precedentes de la Corte Interamericana, con que la Corte haya resuelto la obligatoriedad del control de convencionalidad y la reforma al artículo 1°. La Corte IDH es la autoridad facultada para dar sentido y alcance a las normas de la Convención, resulta absurdo decir que las normas son vinculantes pero su interpretación no.

El artículo 1° convierte los criterios interamericanos en normas obligatorias cuando éstas benefician a la persona, y la autoridad que no las acate estará incumpliendo con una obligación constitucional.

Los derechos y libertades son entendidos como facultades frente al Estado, y éste tiene el deber de abstenerse y permitir su ejercicio, sin embargo, los derechos fundamentales también son comprendidos como un orden de valores objetivo que irradia a todo el sistema jurídico y que el Estado en cada una de sus decisiones debe tomar en cuenta. Además, de acuerdo con el artículo 1° constitucional, el Estado está vinculado inmediatamente a todos los derechos.

A partir de esta función objetiva de los derechos surge la idea de los derechos como obligaciones de protección para la autoridad y los efectos de los derechos entre particulares. Ambas de especial relevancia para el tema de la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género.

De la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 y de las dos controversias 13/2010 y 14/2010 se desprende la llamada *libertad configurativa* de los estados en materia civil, sin embargo, es fundamental destacar que esta libertad no es absoluta, sino que sucede dentro del marco constitucional. Los artículos 121, 124 y 133 constitucionales regulan en general la distribución de competencias y la jerarquía normativa en materia civil, la regla general que declara que las competencias no otorgadas expresamente a la Federación son facultades de los estados, ante la ausencia de una regulación federal e interpretada en conjunto con el artículo 121 implica que la materia civil es cuestión local, que cada estado podrá determinar de forma autónoma su regulación y que será válida en todos los estados de la república. Sin embargo, esta determinación local no es ilimitada, pues el artículo 133 establece la jerarquía normativa, es decir, todas las normas inferiores a la Constitución general deberán ser conformes con ella, así las constituciones locales y, por supuesto, los códigos civiles locales no podrán contradecirla.

Por otro lado, también en los artículos 40 y 41 constitucionales se establece la obligación de los estados a no contravenir la Constitución general. De tal forma que la libertad configurativa, reconocida en el artículo 121 e interpretado en conjunción con el principio de distribución de competencias federal del artículo 124, la supremacía constitucional del 133 y el Pacto Federal del 40 y 41, lleva a concluir que los estados tienen el deber de ceñirse a los principios de rango constitucional y, por lo ya señalado, a los criterios de la sentencia Atala.

Los criterios expuestos implican que los estados no solamente tienen el deber de abstenerse sino de realizar acciones positivas tendientes a proteger los derechos de las personas, incluyendo los del colectivo LGBTTTI y de sus familias. La reforma constitucional en materia de amparo permite a las personas buscar la protección de la justicia en caso de violación a sus derechos por *omisión* de la autoridad. Así, en México es posible exigir a la autoridad la protección y la garantía por esta vía.

Entonces, de acuerdo con los criterios del caso Atala, transportados sobre y junto con los precedentes de la Suprema Corte, así como la interpretación de los artículos 1º y 4º en conjunción con los artículos 121, 124 y 133 constitucionales, todos los ámbitos de poder político –los tres poderes y los tres niveles de gobierno– están obligados no sólo a no discriminar a las personas por su orientación sexual e identidad de género, sino a proteger la expresión de su identidad –lo que implica protecciones laborales, educativas, de salud, etc.–, proteger sus relaciones familiares, prohibir la discriminación hacia niños o miembros de familias diversas, y muchas otras más. Por esta vía sería posible abrir el matrimonio igualitario en todo el país. Observemos a estados como Oaxaca y Quintana Roo.

Por último, es importante recordar una frase de la sentencia de la jueza Karen Atala que me parece fundamental para el avance en la igualdad y la no discriminación:

“El derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.”¹³

Bibliografía

- CEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal (Aplicación núm. 33290/96)*, juicio del 21 de diciembre de 1999.
- Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párr. 120.
- , *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.
- , *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.
- , *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.
- , *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

¹³ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párr. 120.

- Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 6 de junio de 2011.
- SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Promovente: procurador general de la República, 15 de agosto de 2010.
- , Amparo Directo Civil 6/2008 relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS, 6 de enero de 2009.
- , Contradicción de tesis entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver, respectivamente, el amparo directo 1060/2008 y los amparos directos 344/2008 y 623/2008. Ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
- , Contradicción de tesis entre las sustentadas por la Primera y Segunda Salas de este alto Tribunal, al resolver los amparos directos en revisión 2336/2010 y 1169/2008, respectivamente. Ponencia del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.
- , Controversia Constitucional 13/2010. Actor: estado de Baja California, 23 de enero de 2012.
- , Controversia Constitucional 14/2010. Actor: estado de Jalisco, 23 de enero de 2012.