

CASO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “ATALA RIFFO Y NIÑAS CONTRA CHILE” (24 DE FEBRERO DE 2012)

Fernando REY MARTÍNEZ*

I. EXPOSICIÓN DE LA SENTENCIA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado una importante sentencia en relación con la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual: la sentencia del caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012.¹ Esta decisión está llamada a convertirse en un genuino *leading case* en relación con la protección jurídica de la homosexualidad en el ámbito regional americano. No obstante, cabe preguntarse por el alcance real de la sentencia en relación con el problema abordado.

La señora Karen Atala contrae matrimonio en marzo de 1993. Tiene tres hijas. En marzo de 2002 se separa de su marido y acuerdan que la custodia de las hijas corra a cuenta de ella, teniendo el padre un derecho de visita semanal. En noviembre de ese mismo año, la compañera sentimental de la señora Atala pasa a convivir con ella y las niñas en el domicilio familiar. El padre reacciona presentando una demanda de custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica por considerar que el desarrollo físico y emocional de sus hijas se habría puesto en peligro. Se concede provisionalmente la custodia al padre, pero se rechaza su demanda de tuición porque la ori-

* Profesor de derecho constitucional en la Universidad de Valladolid (España).

¹ Un inteligente comentario de esta sentencia puede encontrarse en Encarna Carmoña: “Los retos actuales de la protección contra la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género”, en el Coloquio Iberoamericano (11 de julio de 2012) del Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Volkerrecht (texto amablemente cedido por la autora).

tación sexual de la madre no representaría un impedimento para desarrollar una maternidad responsable.

El padre recurre ante la Corte de Apelaciones de Temuco, que, no obstante, confirma la sentencia de instancia. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de Chile, resolviendo el recurso de queja contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, concede la tuición definitiva al padre mediante sentencia del 31 de mayo de 2004. Se trata de una decisión reñida en el seno de la Corte porque se aprueba por el voto de tres magistrados frente a dos.

La Corte Interamericana examina la conformidad con el sistema americano de protección de derechos de tal sentencia, aunque se cuida de precisar que no es competencia suya valorar si es la madre o el padre quien, en el caso concreto, debería asumir la custodia de las hijas. Pues bien, la Corte Interamericana falla a favor de la señora Karen Atala y refuta seriamente la argumentación de la Corte Suprema chilena.

El centro de gravedad de todas las sentencias gira, como es natural, sobre el argumento del cuál es el mejor interés de las menores. La Corte Suprema chilena había sostenido que el interés superior de las menores aconsejaba, por diversas razones, todas ellas derivadas de la convivencia estable de la madre con una pareja del mismo sexo, que no fuera la madre quien tuviera la custodia de las hijas. La Corte Interamericana, tras sostener que el interés superior del menor es un fin “legítimo e imperioso”, pero que no puede ser utilizado para discriminar por la orientación sexual del padre o de la madre a partir de “presunciones infundadas y estereotipadas” (párrafo 111), va a examinar, y a derrotar, todas esas razones esgrimidas por el tribunal chileno. Concretamente, eran cuatro:

Primera. La presunta discriminación social de las niñas, mostrada en que, por la nueva situación de convivencia lésbica de la madre, dejaron de recibir visitas de amigas, etcétera. La Corte Interamericana rechaza de plano este argumento. Aun reconociendo que “ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como... la orientación sexual de las personas”, concluye que “los Estados no pueden utilizar esto para justificar tratos discriminatorios” (párrafo 119). La valoración social de la homosexualidad va cambiando y los Estados y sus ordenamientos deben ayudar a ese cambio cultural y no a lo contrario, es decir, a legitimar y consolidar formas de discriminación lesivas de los derechos humanos (párrafo 120).

Segunda. La alegada confusión de roles de género. La Corte chilena había aceptado que la convivencia lésbica de la madre generaría confusión a las

niñas (en tal sentido se había pronunciado alguna de las empleadas que servían en la casa) y pondría en riesgo su desarrollo integral por la ausencia de un padre varón y su sustitución por otra mujer. Éste es un argumento clave. ¿Perjudica de algún modo a los menores la convivencia con una pareja del mismo sexo? Para contestar a esta pregunta, verdaderamente fundamental, la Corte Interamericana, de un modo técnicamente impecable, a mi juicio, afirma que procede, en primer lugar, invertir la carga de la prueba, de modo que no es la presunta víctima de la discriminación (en este caso, por orientación sexual, la señora Atala) quien debe demostrar que su conducta no perjudica a nadie, sino que debe ser la autoridad que limita o restringe el derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual quien debe probar el daño. Pues bien, la Corte Interamericana constata que ese daño no se ha probado en absoluto. Al contrario, trae a la sentencia, con cita en diversos textos relevantes aplicables, el acuerdo general o mayoritario que se produce en la literatura psicológica o psiquiátrica sobre este asunto:

- a) Las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de las madres o padres heterosexuales.
- b) El desarrollo psicológico y bienestar emocional de los niños cuidados por padres homosexuales son comparables a los de los niños que son criados por parejas heterosexuales.
- c) La orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños con sus padres.
- d) La orientación sexual de los padres no afecta a la orientación sexual de los hijos.
- e) Los niños de padres homosexuales no son afectados por el estigma social más que otros niños (párrafo 128).

Tercera. El supuesto privilegio de intereses de la madre, al optar por la convivencia lesbica, frente a la defensa de los intereses de sus hijas. Con buen criterio, la Corte Interamericana rechaza también este argumento, alegando que el alcance del derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, sino que abarca su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas (párrafo 133). En otras palabras, la homosexualidad válida no se circunscribe al ámbito de lo privado y lo íntimo, sino que también debe poder expresarse en la esfera social y pública. En consecuencia, no puede

ser razonable exigir a la señora Atala que postergara o rechazara su propio proyecto vital y familiar.

Cuarta. El invocado derecho de las niñas a una “familia normal y tradicional”. La Corte Interamericana recuerda, para rechazar este argumento, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no protege un solo modelo de familia.

En consecuencia, la Corte Interamericana falla que la Corte Suprema de Justicia de Chile habría dispensando un trato discriminatorio a la señora Atala por su orientación sexual. También considera que la separación temporal, durante el proceso judicial, de las niñas habría lesionado el derecho a la vida familiar (artículos 11.2 y 17.1 de la Convención); se habría violado, asimismo, el derecho de las niñas a ser oídas en el procedimiento (artículo 8.1) y, finalmente, se habría afectado el derecho de la señora Atala que, en su condición de juez, sufrió una indagación disciplinaria no suficientemente justificada durante el proceso.

II. COMENTARIO CRÍTICO: ¿*LEADING CASE* O SIMPLE SOLUCIÓN JUSTA DE UN CASO CONCRETO?

A mi juicio, la sentencia Atala es una magnífica sentencia, tanto por el fallo que alcanza como, sobre todo, por la argumentación que emplea. La cuestión más interesante que se puede plantear a partir de ella es si estamos en presencia de una decisión judicial que simplemente resuelve un asunto de un modo más o menos correcto, o si va más allá, estableciendo ciertos criterios que podrán servir de parámetro interpretativo en el futuro cuando se presenten ante la Corte otros conflictos en este campo. Desde mi punto de vista, la sentencia Atala ofrece un marco exegético muy claro y potente en defensa de la igualdad de las personas homosexuales y bisexuales que permite pronosticar con bastante seguridad cuál podrá ser su jurisprudencia futura. Es, en ese sentido, una sentencia clave, un *leading case*.

¿Qué elementos centrales y permanentes de doctrina aporta, en mi opinión, la sentencia? Señalaré los cinco siguientes:

Primero. La sentencia halla la prohibición de discriminación por orientación sexual en la penumbra de la lista (abierta) de causas de discriminación, prohibida por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por tanto, *fundamentaliza* la protección frente a la discriminación por dicho motivo. La prohibición de discriminación por

orientación sexual, que no es explícita en el texto de la Convención, pasa a ser considerada expresamente como un derecho fundamental protegido por ella. En este sentido, la Corte recorre en paralelo el camino que llevó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a hacer exactamente lo mismo en la sentencia *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, del 21 de diciembre de 1999 (la sentencia Atala cita esta sentencia: párrafo 83). En *Salgueiro da Silva Mouta*, un caso de discriminación directa flagrante, semejante al planteado en Atala, el Tribunal Europeo falló que se había violado el derecho al respeto a la vida privada del demandante (artículo 8.1, CEDH) por parte de la autoridad judicial portuguesa que, en un caso de divorcio, otorgó la custodia de una hija a la madre y no al padre, exclusivamente sobre la base de la homosexualidad de éste. Los casos Atala y Salgueiro se parecen mucho, pero presentan dos diferencias: en el asunto europeo la víctima era un homosexual varón, y en el americano una mujer; y, sobre todo, la argumentación del Tribunal Europeo gira en torno al derecho de privacidad mientras que la del tribunal americano lo hace sobre la idea de la prohibición de discriminación. Esto es tan interesante como relevante, tal como expondré más abajo. Adelanto, tan sólo, que me convence más el enfoque americano que el europeo.

Segundo. Para alcanzar la conclusión de que la Convención Americana prohíbe la discriminación por orientación sexual, la Corte no sólo emplea el argumento de la, por otro lado, sencilla y evidente comparación con el sistema europeo de protección de derechos, sino otros dos argumentos muy relevantes: un canon de interpretación evolutiva y el recurso al derecho internacional de los derechos humanos.

La interpretación evolutiva es el criterio que la mayoría de tribunales ha utilizado para hacerse eco de la transformación contemporánea de la visión de la homosexualidad, que ha dejado de ser considerada una enfermedad con relevancia penal para concebirse como un derecho fundamental en menos de dos décadas. Terrible pedigree histórico el suyo: primero *pecado*,²

² Ha observado F. Tomás y Valiente (*El derecho penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 226) que la sodomía (homosexual, pero también la heterosexual) fue, sobre todo en los siglos XVI y XVII, el pecado-delito, dentro de los relativos a la moral sexual, “que más horrorizaba y escandalizaba”. Era “el crimen contra el orden natural”, “el pecado nefando contra natura”, pues se trata de un tipo de sexualidad estrechamente hedónico, sin capacidad procreativa. Es “cosa que pesa mucho a Dios con él”, como decían las Partidas. La pena aparejada, según la Pragmática de los Reyes Católicos del 22 de agosto de 1497, era la hoguera (Tomás y Valiente relata varios casos que de-

más tarde *enfermedad*³ y *anomalía psiquiátrica*,⁴ y casi siempre *delito*. No sorprende, por ello, que varios tribunales hayan empleado el canon de interpretación evolutiva precisamente en relación con la identificación de este *nuevo* derecho fundamental a no ser discriminado por la orientación sexual: así, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la sentencia Atala cita (donde se acuña la doctrina del convenio como “instrumento vivo, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”), o en la influyente sentencia de la Corte Suprema de Canadá del 9 de diciembre de 2004. La Corte canadiense considera, en primer lugar, que según el *Common Law*, el matrimonio es “una unión voluntaria entre hombre y mujer permanente y con exclusión de otros”, pero observa que “Canadá es una sociedad pluralista” y que su Constitución es “un árbol vivo” que, por la vía de la interpretación progresiva o evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna (para “asegurar la relevancia y legitimidad de la propia Constitución”), de modo que ni la intención del constituyente es relevante en este caso, ni hay razón suficiente alguna para prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se habían presentado ante el Tribunal dos

muestran la efectiva aplicación de estas leyes). Legalmente, esta interpretación duró hasta el siglo XIX.

³ La homosexualidad fue eliminada del influyente *Manual de estadística y diagnóstico de los trastornos mentales* de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM) en su tercera edición de 1976 y por la Organización Mundial de la Salud de la lista de enfermedades aún más tarde, el 10. de enero de 1993. Esta visión de la homosexualidad como enfermedad (como “inversión sexual”) fue típica durante el siglo pasado, el siglo de la apoteosis del “mundo desencantado” en el sentido webberiano, que no entiende el lenguaje moral como lenguaje científico y transforma, con la misma intención estigmatizadora pero con una formulación mucho más aceptable para la sensibilidad positivista de la época, el lugar moral en concepto médico y antropológico. La psiquiatría sustituyó a la Iglesia en el rango de árbitro supremo de la normalidad sexual. Incluso un sector significativo de la opinión pública llegó a identificar, al menos durante la primera fase de expansión de la pandemia, el SIDA como una especie de “castigo biológico” de la homosexualidad masculina, lo que contribuyó a reforzar aún más los estereotipos contra ella.

⁴ El libro clásico de referencia es de Krafft-Ebing, *Psychopathia Sexualis* (1886). Tras un análisis de casos (entre ellos el de Jack “El Destripador”), este autor concluye que los homosexuales serían “asténicos, superficiales, supersexuados, incapaces de mantener relaciones maduras y proclives a la enfermedad mental”. Freud mantuvo diversas opiniones sobre la homosexualidad a lo largo de su vida, pero también la veía como un desarrollo “anormal” de la sexualidad humana; no una “neurosis” (cuya causa es la represión excesiva de la libido durante la infancia), sino una “perversión”, esto es, “un control incorrecto de la libido” (Ruse, M., *La homosexualidad*, Madrid, Cátedra, 1989, p. 38).

justificaciones principales de la prohibición: 1) el matrimonio es una institución pre-legal que no puede ser modificada por la ley. A esto responde el Tribunal, comparando la situación de las parejas homosexuales con la exclusión que hace tiempo sufrían las mujeres de la consideración de “personas” a efectos de poder acceder al Senado, que la apelación a la historia en este asunto no es concluyente.⁵ 2) Incluso una interpretación evolutiva de la Constitución impediría aceptar el matrimonio *same-sex* porque “excede de los ‘límites naturales’ del matrimonio”. Tampoco le resulta convincente esta idea al Tribunal. Para sostener algo así hay que demostrar primero qué es “natural” en relación con el matrimonio. A su juicio, “lo único ‘natural’ es la unión de dos personas con exclusión de otras”. Más allá de esto, las opiniones divergen.

La propia sentencia del Tribunal Constitucional español que valida el matrimonio homosexual,⁶ la STC 198/2012, utiliza el canon de interpretación evolutiva como eje central de su argumentación, por cierto, con cita expresa de la sentencia canadiense comentada.

El segundo criterio que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos para “descubrir” la prohibición de la discriminación por orientación sexual como “nuevo” derecho de la Convención es el criterio del derecho internacional de los derechos humanos. Ciertamente, se multiplican los textos, vinculantes o no, que en el orden internacional, ya sea universal, ya regional, están incrementando el umbral de protección de las personas homosexuales y su tendencial equiparación en todos los espacios y relaciones jurídicas con los heterosexuales. Podría decirse que esta tutela internacional experimenta en los últimos años una progresión geométrica.

Pues bien, tanto el canon de interpretación evolutiva como el criterio del derecho internacional de los derechos humanos (criterio que, por cierto, es vinculante en el orden interno de cada Estado y no un simple argumento de

⁵ “Las costumbres son aptas para convertirse en tradiciones que son más fuertes que el derecho y permanecen invariables más allá del momento en que desaparece su razón de ser”.

⁶ La STC 198/2012, de 6 de noviembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 72 diputados del Partido Popular contra la reforma del Código Civil, mediante la Ley 13/2005, en materia de derecho a contraer matrimonio. Concretamente se impugnaba la adición de este segundo párrafo del artículo 44 CC: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Pues bien, el Tribunal Constitucional fallará que esta modificación legal es plenamente constitucional.

derecho comparado), son dos métodos muy potentes para construir cualquier argumentación de protección de los derechos de las personas homosexuales. Con ellos en la mano, será muy difícil justificar en el futuro cualquier trato diferente y perjudicial para los homosexuales en comparación con los heterosexuales. De hecho, en la sentencia Atala, la Corte enuncia un aviso muy serio: “Este consenso internacional se impone a la posible falta de consenso dentro de cualquier Estado respecto de la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación” (párrafo 92).

Tercero. En este contexto de la argumentación comparada, creo advertir en la sentencia Atala una influencia decisiva de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México del 16 de agosto de 2010, relativa al derecho de las personas homosexuales a adoptar menores. La Corte Interamericana invoca la sentencia mexicana citada en dos pasajes claves de su argumentación:

- a) Primero, para conectar la orientación sexual nada menos que con la dignidad de la persona humana (párrafo 137). La Corte cita a la sentencia mexicana: “De la dignidad humana deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, su libre opción sexual. La orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, es un elemento relevante en el proyecto de vida que uno tenga y que, como cualquier otra persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo”. Esta íntima conexión con la dignidad y el proyecto de vida refuerza la tesis de la especial protección de las personas por su orientación sexual.
- b) Segundo, para reconocer el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores. La Corte también cita expresamente a la Corte mexicana en este punto verdaderamente crucial (el que más, sin duda) de su sentencia: “La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad o la homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico” (párrafo 127).

Cuarto. La Corte Interamericana expone en su sentencia Atala el que, quizás, podría considerarse el alegato más claro y rotundo de todas cuantas

sentencias semejantes se han ido dictando en los últimos años en el panorama comparado, a favor de la adopción de menores por parte de parejas homosexuales (la cuestión más conflictiva en este asunto). Con su argumentación, que trae el consenso de la literatura psiquiátrica y psicológica, cabe pronosticar sin miedo a equivocarse que su jurisprudencia muestra simpatía a la total equiparación de las uniones de hecho homosexuales con el matrimonio, de manera que una eventual impugnación de una ley nacional de uniones estables homosexuales e incluso de equiparación con el matrimonio, sería encontrada plenamente conforme con el sistema de la Convención Americana, salvo un sorprendente giro copernicano de la doctrina Atala. La conjunción de los argumentos evolutivo, de derecho comparado, del estándar actual del derecho internacional de los derechos humanos, de la conexión con la dignidad y de inversión de la carga de la prueba cuando se alegue, como es el caso, una discriminación por orientación sexual, permite concluir inequívocamente que la Corte Interamericana concibe la prohibición de discriminación por esta causa como equivalente a una exigencia de identidad jurídica de trato entre las personas homosexuales y las heterosexuales.

En ese sentido, la Corte Interamericana ha ido más lejos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este punto. En efecto, el Tribunal Europeo tan sólo ha llegado a reconocer, con alguna vacilación inicial, que no se puede discriminar a nadie por ser homosexual ante un proceso de adopción de menores, pero no ha llegado a declarar que la orientación sexual sea un factor irrelevante en orden al desarrollo integral de los menores, como sí ha hecho la Corte Interamericana en Atala. De hecho, en 2002 todavía el Tribunal Europeo se mostró reacio a la posibilidad de la adopción de un menor por parte de un homosexual. En la sentencia *Fretté c. Francia*, del 26 de febrero de 2002, el Tribunal, aun reiterando su doctrina sobre la orientación sexual como rasgo de discriminación prohibida por el artículo 14 CEDH y, en consecuencia, la exigencia de justificación estricta de todo trato distinto y perjudicial por este motivo, concluye que las decisiones estatales sobre adopción por parte de una persona homosexual gozan de un amplio margen de apreciación. A una persona homosexual se le denegó de modo “decisivo” por este motivo una solicitud de adopción de un niño. El Tribunal comienza recordando que el Convenio de Roma no incluye el derecho a adoptar, y que el “derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8o. CEDH) presupone la existencia de una familia y no protege el simple deseo de fundar una”. Pero

la decisión de las autoridades francesas se fundó en la orientación sexual del señor Fretté, por lo que es aplicable el artículo 14 CEDH (prohibición de discriminación) en relación con el artículo 8o. CEDH (derecho a la vida privada). El gobierno francés alegó que, en materia de adopción, el principio fundamental es el interés superior del menor (“los derechos del niño limitan el derecho a tener el niño”) y que, aún en el caso de que el motivo para denegar la adopción hubiera sido la homosexualidad del solicitante⁷, subsisten dudas en la comunidad científica especializada y en las sociedades democráticas sobre “el impacto potencial” sobre “el desarrollo psicológico” del menor en el caso de las adopciones por homosexuales y, por ello, los Estados deben gozar de un amplio margen de apreciación. El Tribunal hace suyo este argumento: “es indisputable que no hay común acuerdo sobre esta cuestión” y, en consecuencia, es “natural”, dejar un amplio margen de apreciación estatal porque las autoridades internas “están mejor situadas” que el Tribunal para “evaluar las necesidades locales y las condiciones”. En su opinión discrepante, los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens, consideran, no obstante, que aunque no haya un derecho a adoptar (y menos por un *single*), el derecho al respeto de la vida privada ampara esta posibilidad (porque la noción de “vida privada” es abierta y comprende el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos) y, sobre todo, que las autoridades francesas habrían incurrido en discriminación prohibida por el artículo 14 CEDH en relación con el artículo 8.1 CEDH.

La doctrina Fretté ha sido, sin embargo, revocada por la sentencia *E. B. contra Francia* del 22 de enero de 2008. A una mujer francesa, que convivía establemente con otra mujer, se la denegó la solicitud de adopción (recordemos que Francia permite la adopción individual) porque su “estilo de vida” no satisfacía los requisitos necesarios para adoptar un niño. Ella alegó que había sido víctima de discriminación por razón de su orientación sexual (artículo 14 del Convenio, en relación con el derecho al respeto de su vida privada, artículo 8o., que incluye la decisión de solicitar o no una adopción). La sentencia observa las similitudes de este caso con la decisión

⁷ El órgano administrativo francés había encubierto su decisión razonando, con las fórmulas “ausencia de un rol maternal estable” y “estilo de vida elegido”, que el solicitante no garantizaba el cuidado del niño desde el punto de vista psicológico. El Tribunal estimó desde el primer momento, sin embargo, que la homosexualidad del solicitante, implícito en la fórmula “estilo de vida elegido”, había sido el rasgo decisivo para la denegación.

Fretté, pero también sus diferencias (la demandante vivía con otra mujer de modo estable). En cualquier caso, el Tribunal no apreciará ahora la doctrina del margen estatal de apreciación en torno a una cuestión científicamente controvertida (la adopción de menores por homosexuales), como sí lo hiciera en Fretté. La sentencia valora, en primer lugar, las dos razones aportadas por las autoridades nacionales para denegar la solicitud de adopción. Encuentra a una de ellas, el escaso compromiso de la pareja de la demandante ante la solicitud de adopción por parte de ésta, razonable. En efecto, sostiene que la actitud de la pareja estable, aunque sea de hecho (como en el caso), de cualquier solicitante ante la adopción puede ser un elemento a tener en cuenta por las autoridades nacionales a la hora de valorar el superior interés del menor. Pero la segunda razón invocada para la denegación de la solicitud, la carencia de un referente maternal o paternal, sería inválida según el Convenio de Roma, porque impediría la adopción por parte de *singles*, porque en el caso la solicitante convivía de modo estable con otra mujer y porque el gobierno no ha aportado información estadística que pruebe de qué modo esa carencia es o no perjudicial. Pues bien, a juicio del Tribunal, esta invalidez “contaminaría” la corrección de la decisión. El Tribunal va más allá. Aunque no se había alegado la homosexualidad de la demandante como la causa para denegar su solicitud de adopción y aunque el argumento del escaso compromiso de su pareja podría ser válido (y hubiera podido justificar la tesis de que en el caso no se produjo una discriminación por orientación sexual —si no hubiera sido invalidada por la “contaminación” del argumento de la carencia de modelo paternal o maternal—), el Tribunal, tras una lectura atenta del procedimiento administrativo seguido, constata que la homosexualidad sí había sido un factor determinante, aunque de modo implícito y no explícito, para rechazar la solicitud. Concretamente, el Tribunal se apoya en las afirmaciones de un psicólogo que participó en el procedimiento, según las cuales la demandante “tenía una actitud inusual de rechazo hacia los hombres” y que un niño necesitaba un modelo de madre y otro de padre.

En consecuencia, el Tribunal concluye que se discriminó por razón de orientación sexual a la demandante, lanzando el mensaje de que no se puede denegar la solicitud de adopción de una persona a cuenta de su homosexualidad, ya sea de modo explícito o de modo implícito (porque este caso sería, técnicamente, aunque el Tribunal no lo califica así en ningún momento, un supuesto de discriminación directa, pero “oculta”).

Quinto. Una última idea que me parece interesante retener de la sentencia Atala es su afirmación, en el párrafo 133, acerca del alcance de la prohibición de discriminación por orientación sexual, en el sentido de que no abarca sólo el espacio privado, sino también el público. Ésta es una tesis fundamental. Ciertamente, la tutela internacional y/o constitucional de la homosexualidad puede encontrarse en la penumbra de dos derechos: el de la libertad/intimidad/privacidad, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, y el de la igualdad/prohibición constitucional de discriminación. No es irrelevante acudir a una u otra cobertura jurídica. Ambas fuentes reaccionan contra tipos distintos de agresión a la dignidad de las personas homosexuales y conducen, lógicamente, a resultados interpretativos parcialmente diferentes, pero complementarios. Por ello, me parecería estéril (e incluso contraproducente) una eventual polémica sobre cuál de los dos derechos da cobertura a la homosexualidad en exclusiva: son los dos derechos a la vez los que lo hacen. La libertad/intimidad protege, en principio, los actos sexuales en privado y consentidos, porque la expresión de la propia sexualidad es “una de las partes más íntimas de la vida privada de una persona”.⁸ Es un muro jurídico primario que se erige contra la prohibición (penal, administrativa, etcétera) de la homosexualidad en sí misma. Esto es evidente, pero insuficiente para responder a la problemática jurídica que plantea la homosexualidad, la cual no siempre puede considerarse como una actividad “íntima” y cuyo reconocimiento jurídico, en cualquier caso, no puede condicionarse a su confinamiento en el estricto ámbito de lo privado. Esto sería una nueva forma, pero más sutil, del tradicional tratamiento jurídico de la homosexualidad entre nosotros: se toleraría mientras permaneciera invisible, que es la aproximación que se ha mantenido tradicionalmente en el área jurídica latina.⁹ Por eso parece más útil el encaje sistemático de la

⁸ Sentencia del TEDH, *Smith and Grady contra Reino Unido*, del 27 de diciembre de 1999.

⁹ En el mismo sentido se pronuncia Cass R. Sunstein (“Homosexuality and Constitution”, *Indiana Law Journal*, vol. 70, núm. 1, 1994, p. 3): “El problema fundamental para los homosexuales no está bien descrito como una simple ausencia de privacidad. Los homosexuales pueden disfrazar su orientación sexual... Pero la posibilidad del disfraz o el disimulo no es una solución a los problemas. Por esta razón, el énfasis sobre el derecho de privacidad parece desconocer la cuestión básica: la carencia de privacidad contra la intrusión privada o pública es ciertamente un problema, pero lo es sobre todo a causa de un problema más profundo de discriminación. Un recurso al derecho de privacidad es, por tanto, una dirección equivocada o, al menos, una fundamentación incompleta para el derecho constitucional en este campo”.

protección constitucional de la homosexualidad dentro de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual del artículo 14 CE, sin perjuicio de considerar que, eventualmente, pudieran verse afectados otros derechos fundamentales, como el de la intimidad, ya aludido, el de la libertad de expresión,¹⁰ de asociación, la libertad ideológica o incluso el derecho a la integridad moral y a no sufrir tratos degradantes.

La igualdad/prohibición de discriminación tiene un ámbito normativo más amplio porque protege la homosexualidad en los espacios privados (impidiendo que sea tratada por el derecho de un modo irrazonablemente distinto al de la heterosexualidad) pero también en los públicos, en ese mismo sentido. Los poderes públicos tendrán que aportar una razón especialmente convincente o persuasiva para tratar jurídicamente de modo distinto y peor a los homosexuales que a los heterosexuales. Huelga decir que desde el enfoque de la prohibición de discriminación, la protección se hace más eficaz e incisiva, entre otras cosas, porque los argumentos morales o históricos ya no serán suficientes por sí solos para impedir que las personas homosexuales accedan a ciertos derechos que tradicionalmente tenían vetados,¹¹ como, por ejemplo, el derecho a mantener una unión estable reconocida jurídicamente con una persona de su misma orientación sexual. C

¹⁰ Recuérdese la sentencia del TEDH *Norris contra Irlanda*, del 30 de noviembre de 1987. Mr. Norris, el demandante, un profesor del *Trinity College* de Dublín y senador de su país, participó en un programa de televisión en el que confesó su homosexualidad, negando que fuera una enfermedad; se presentó una querella contra la emisión del programa por apología de las relaciones homosexuales. Esta querella no prosperó. Mr. Norris no sufrió una investigación policial ni fue detenido ni acusado ni encarcelado, etcétera. Lo que cuestiona el demandante es la propia existencia de la legislación antisodoma en Irlanda que, aunque no era muy aplicada en la práctica, el TEDH entiende que constituye un límite permanente e intolerable del derecho al respeto de la vida privada de Mr. Norris. Aunque la sentencia no reparara en ello, este hecho es indicativo de cómo la legislación penal antisodoma limita también al derecho fundamental a la libertad de expresión.

¹¹ Sunstein (*op. cit.*, p. 3) observa cómo la cláusula de prohibición de discriminación, al ser una herramienta de “ataque a las tradiciones”, es “más prometedora como fuente de nueva doctrina constitucional que el derecho de privacidad”.