



FUNCEJI

Recibido en el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes
Fecha: 22/05/14
Bautista

Escrito de *Amicus Curiae* presentado por la Fundación Comunidad Esperanza y Justicia Internacional, Inc. – FUNCEJI- en el caso de Demanda en Guarda, interpuesta por el señor ALEXANDER DE JESUS GARCIA ROSARIO, en contra de la señora HANCEL OLVIS TAVARES QUIRO, a favor de las menores de edad H [REDACTED] y E [REDACTED] caso sometido a la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de Santo Domingo, presidida por la Magistrada YSABEL GUZMAN PAREDES, jueza.

FECHA

LUGAR

Distrito Nacional, República Dominicana

COLABORADORES

Susi Pola

Ivanna Molina

Indiana Castillo

Cristhian Jiménez

CONTENIDO

INTERÉS Y FUNDAMENTO LEGAL DE PRESENTACIÓN DEL AMICUS CURIAE.....	2
LA ORIENTACIÓN SEXUAL NO ES UN IMPEDIMENTO PARA CRIAR NIÑOS.	7
BREVE INTRODUCCIÓN QUE REAFIRMA LO IRREGULAR DE LAS ACTITUDES HOMOFÓBICAS.....	7
LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS PADRES NO AFECTA EL DESARROLLO DEL GÉNERO DE LOS NIÑOS.....	9
LA CONSIDERACIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA CUSTODIA DE NIÑOS ES DISCRIMINATORIA.....	11
LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA DOMINICANA PROTEGEN A LAS PERSONAS CONTRA LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL.	19
PROTECCIÓN DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA COMPATIBILIDAD DE LA GUARDA DE PADRES GAYS Y LESBIANAS CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.	23
SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	23
POSICIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	25
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ...	30
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS	36
POSICIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS	41
CONCLUSIÓN.....	43

INTERÉS Y FUNDAMENTO LEGAL DE PRESENTACIÓN DEL AMICUS CURIAE

Este escrito de *Amicus Curiae* (Amigo de la Corte) es presentado por la **Fundación Comunidad Esperanza y Justicia Internacional, Inc. –FUNCEJI-**, una organización no gubernamental sin fines de lucro incorporada bajo las leyes dominicanas conforme la Resolución de Incorporación No. 0072, expedida por la Procuraduría General de la República Dominicana el 07 de Noviembre de 2007 y el Certificado de Registro #109-000000398 expedido el 21 de Diciembre de 2007, titular del número de Registro Nacional de Contribuyente 430061344, con su domicilio social ubicado en Calle Alberto Peguero

Vásquez, No.1, Ensanche Miraflores, Distrito Nacional; la cual tiene como representante legal a su Presidente, señor Cristhian Manuel Jiménez, dominicano, mayor de edad, portador de la cédula de identidad personal y electoral No. 001-1790510-9, licenciado en diplomacia y servicios internacionales, domiciliado y residente en esta ciudad de Santo Domingo, Distrito Nacional.

FUNCEJI fue concebida el 12 de septiembre del año 2004 por estudiantes de la “Licenciatura en Diplomacia y Servicios Internacionales” de la Universidad Católica Santo Domingo (UCSD) y formalmente incorporada en el 2007, tal y como consta en nuestras generales. Somos una institución fundamentada sobre las bases de las relaciones internacionales cuyo propósito principal es educar y promover los derechos humanos en la República Dominicana, a través de la capacitación, investigación y monitoreo de la realidad dominicana en este sentido. La organización es independiente e imparcial con respecto a organizaciones o movimientos políticos, religiosos o económicos.

Para llevar a cabo el propósito y fines asumidos desde su concepción de protección y promoción de los derechos humanos en el país, FUNCEJI emplea las herramientas judiciales y cuasi-judiciales de derecho interno e internacional a su disposición para abarcar diferentes temas vinculados a los derechos consagrados y protegidos nacional e internacionalmente. La presentación de este escrito de *Amicus Curiae* como intervención voluntaria del proceso, obedece al cumplimiento de dicho compromiso asumido.

En ese sentido, con la presentación de este *Amicus Curiae* FUNCEJI pretende edificar

al tribunal sobre varios aspectos de la no discriminación por orientación sexual y su compatibilidad con el interés superior del niño traídos al debate público a partir de la Demanda en Guarda, interpuesta por el señor ALEXANDER DE JESUS GARCIA ROSARIO, en contra de la señora HANCEL OLVIS TAVARES QUIRO, a favor de las menores de edad HESAINY y EMELIN MERCEDES, caso que actualmente usted como Jueza de la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de Santo Domingo conoce.

El caso en cuestión abre una oportunidad para que la justicia dominicana sienta un precedente sobre la igualdad de disfrute del derecho a la familia de las personas sin importar su orientación sexual, es una oportunidad para que las cortes no tomen en cuenta la orientación sexual de los padres como un factor para decidir sobre la custodia de niños, niñas y adolescentes y se eliminen mitos y asunciones erradas sobre la afectación al interés superior del niño al ser criado por un padre homosexual o una madre lesbiana. Es por lo anterior que nuestro amicus presentará información científica sobre la crianza de niños y niñas criados por padres o madres homosexuales o lesbianas, brindará información sobre la jurisprudencia internacional, los pactos, convenciones y resoluciones internacionales que protegen contra la no discriminación por orientación sexual, así como lo que establece la constitución dominicana al respecto. Los argumentos jurídicos son claves en la labor del juez y deben ser puestos en conjunción con la toma en consideración de los preceptos constitucionales; incluso, a riesgo de instalarse en contra de mayorías absolutas coyunturales.¹

¹ Santos, José Antonio. "Moralidad" como límite a la libertad de expresión, dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14692/1/PD_55-2_05.pdf

La importancia de este caso es que la decisión final que tome la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de Santo Domingo como instancia competente, sentará un precedente que puede ser aplicado por todos los tribunales del país respecto de la determinación de custodia tomando como factor la orientación sexual de uno de los padres.

Acerca de la naturaleza del presente escrito, los *Amicus Curiae* o *Amici Curiae* son, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “*presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma.*” Este alto tribunal justifica su admisión en que “los asuntos que son de su conocimiento poseen una trascendencia o interés general que justifica la mayor deliberación posible de argumentos públicamente ponderados, razón por la cual los amici curiae tienen un importante valor para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad, que contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta la Corte.”²

En la legislación dominicana, los escritos de *Amicus Curiae* se encuentran amparados en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos

² Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, Párr. 16; y Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, Párr. 14.

constitucionales, No. 137-11, del 15 de junio de 2011, que regula la participación de “toda persona” de forma voluntaria en el proceso previo al dictado de la sentencia,³ sin ser parte del proceso⁴ y con el único y exclusivo propósito de expresar una opinión fundamentada al juez sobre el tema de debate para informar al juez.⁵

Con anterioridad a la Ley 137-11, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) ya había admitido la presentación de dichos escritos, haciendo mención a los mismos en diferentes sentencias de casos en los cuales han sido presentados, especialmente las relativas a acciones de inconstitucionalidad de leyes o proyectos de leyes, que suelen ser de interés público y tener especial importancia para determinados sectores de la sociedad. Entre los casos en los que la Suprema Corte de Justicia, actuando en materia constitucional, se ha referido a los escritos de *Amicus Curiae* se encuentran la acción de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley tendente a la reforma de la Ley No. 275-97⁶, la acción de inconstitucionalidad de la Ley General de Migración⁷, y la acción de

³ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, No. 137-11, del 15 de junio de 2011. Art. 112, Párrafo I.

⁴ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, No. 137-11, del 15 de junio de 2011. Art. 112, Párrafo III.

⁵ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, No. 137-11, del 15 de junio de 2011. Art. 112, Párrafo II.

⁶ SCJ. *Sentencia del 10 de febrero de 2004, No. 9, B. J. 1119, Vol. I. Acción en Inconstitucionalidad del Proyecto de Ley tendente a la reforma de la Ley No. 275-97. “Visto el escrito de intervención depositado en la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia por la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales (ADE), Asociación Nacional de Jóvenes Empresarios (ANJE), Centro de Estudios Sociales P. Juan Montalvo, S. J., Centro de Planificación y Acción Ecuménica (CEPAE), Consejo Nacional de la Empresa Privada (CONEP), Foro Ciudadano, Fundación Derecho Democracia, Inc., Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc., (FINJUS), Instituto Dominicano de Salud (INSALUD), Participación Ciudadana, el 9 de febrero de 2004, en relación con la acción de que se trata [...]”*

⁷ SCJ. *Sentencia del 14 de Diciembre de 2005, No. 9, B. J. No. 1141. Declara conforme a la Constitución de 2002 los artículos 28, 36, 49, 56, 58, 62, 100, 101, 103, 138 y 139 de la Ley General de Migración No. 285-04 del 27 de agosto de 2004, Págs. 77-91. “Visto el escrito de Intervención de Refutación de la demanda en Declaratoria de Inconstitucionalidad de la Ley sobre Migración núm. 285-04, del 27 de agosto de 2004, depositado en la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia en fecha 30 de septiembre de 2005 y suscrita por: Lic. Juan Miguel Castillo Pantaleón, Licda. Leila Roldán, Dr. Lupo Hernández Rueda, Dr. Jottin Cury, Dr. Jottin Cury (hijo); Dr. Manuel Bergés Chupani, Dr. Manuel Bergés (hijo), Dr. Mario Read Vittini, Dr. Víctor Gómez Bergés, Dr. Julio César Castaños Guzmán, Lic. Juan Manuel Rosario, Dr. Mariano Rodríguez, Dr. Fernando Hernández Díaz, Lic. Vinicio*

inconstitucionalidad del Concordato.⁸

En este escrito FUNCEJI se referirá exclusivamente al tema de la no discriminación por orientación sexual de los padres en casos demanda de custodia de los hijos e hijas. El presente *Amicus Curiae* se trata de una investigación jurídica y científica sobre el tema. Así, este escrito tratará I) el consenso internacional psicológico sobre compatibilidad de la orientación sexual y el interés superior del niño; y II) el marco normativo nacional e internacional que ampara el derecho a la igualdad y no discriminación, con énfasis en los compromisos internacionales asumidos en esta materia por el país.

LA ORIENTACIÓN SEXUAL NO ES UN IMPEDIMENTO PARA CRIAR NIÑOS.

BREVE INTRODUCCIÓN QUE REAFIRMA LO IRREGULAR DE LAS ACTITUDES HOMOFÓBICAS

En 1973 La American Psychology Association, APA, eliminó la homosexualidad del 'Manual de Diagnóstico de los trastornos mentales' (DSM) y urgió a rechazar toda

Castillo Selmán, Lic. Manuel Ramón Tapia López, Lic. Luis Rafael Vilchez Marranzini, Dr. Teófilo Lappot Robles, Dr. Jacobo Simón Rodríguez [...]

⁸ SCJ. *Sentencia del 22 de octubre de 2008, No. 6, B. J. No. 1175, Vol. I.* Declara conforme a la Constitución Dominicana el Concordato Suscrito entre el Estado Dominicano y la Santa Sede. "Visto el escrito de intervención de la Fundación Derecho y Democracia, Inc., en ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Jesús es Sanidad y Vida Eterna, Inc., depositado en la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia, el 1 de agosto de 2006, suscrito por los abogados Julio César Castaños Guzmán y Claudia María Castaños Zouain de Bencosme [...]"

"Visto el escrito de oposición a la instancia en inconstitucionalidad elevada a la Suprema Corte de Justicia y depositada en la Secretaría General, el día 15 de agosto de 2006, suscrita por el Lic. Frank Reynaldo Fermín Ramírez, actuando en su propio nombre [...]"

legislación discriminatoria contra gays y lesbianas, una decisión tomada a partir de una completa revisión científica sobre el tema.

Desde 1975, la Asociación Americana de Psicología, convoca a Psicólogos y Psicólogas a eliminar el estigma de enfermedad mental que ha estado asociado por muchos años con las orientaciones de homosexuales, lesbianas y bisexuales, reiterando que los prejuicios y la discriminación que sufren regularmente las personas que se identifican como lesbianas, gay o bisexuales tienen efectos psicológicos negativos.

Como cambio socio cultural lento, recién en 1990 la Organización Mundial de la Salud (OMS), retiró la homosexualidad de su lista de enfermedades mentales, sin embargo, no retiró la práctica de terapias de todo tipo para intentar de "curar" a los gays y las lesbianas. Ante esta situación, La American Psychology Association, APA, firmó en el año 2000, una declaración en la que expresaba que "no hay evidencia científica que apoye la eficacia de la terapia 'reparativa' para alterar la condición sexual, por lo que no está incluida como tratamiento psiquiátrico".

En la R. Dominicana, existe una reacción homofóbica general, en los últimos años, manifestada en las reacciones acontecidas a partir del reconocimiento de los matrimonios igualitarios en otras latitudes; la llegada al país de un embajador estadounidense formalmente casado con un par y las discusiones públicas que esto ha suscitado.

En general, un buen número de analistas y periodistas, así como personas de opinión en el país, se pronuncian hacia la tolerancia y el respeto de las personas, sus opciones y preferencias; sin embargo, las creencias religiosas tradicionales y arraigadas socio culturalmente también son muchas y trascienden al propio imaginario jurídico legal.

El enfoque de Derechos Humanos de nuestra Constitución de 2010, se enuncia y mantiene desde su preámbulo, donde enuncia los valores supremos y principios fundamentales, señalando que son “la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz”. La dignidad humana es el primer valor o principio que consagra la Constitución dominicana. Catalogada como “la premisa antropológico-cultural que funda la Constitución”. Idea está claramente perceptible en la Constitución dominicana cuando asume, en su artículo 5, la dignidad humana como el valor que le sirve de fundamento a la Constitución misma. Posteriormente la dignidad es definida, en el artículo 7, como un principio rector del Estado social y democrático de derecho, para luego presentarse, en el artículo 8, como el preconcepto sintetizador de la función esencial del Estado y, finalmente, en el artículo 38 se regula en su dimensión de derecho fundamental. Se trata, sin duda, de uno de los conceptos centrales del constitucionalismo y precisamente por esto ha recibido un profundo desarrollo en la práctica de los tribunales constitucionales”.⁹

LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS PADRES NO AFECTA EL DESARROLLO DEL GÉNERO DE LOS NIÑOS.

El profesor Michael Lamb, Director del Departamento de Psicología de la Universidad de Cambridge, Gran Bretaña, refiere que muchos estudios han evaluado el impacto en el desarrollo psicosocial de los niños cuyos padres son gays o lesbianas, los que destacan que los recursos socioeconómicos y la fortaleza de las relaciones entre los miembros de

⁹ Castaños Guzmán, Servio Tulio. Balbuena Batista, Pedro y otros. 2011. *Constitución Comentada*. Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (FINJUS). Santo Domingo, R. Dominicana.

la familia son las variables más importantes que el género de los padres o su orientación sexual en el impacto en el desarrollo de los niños y su bienestar. Lamb concluye, que la orientación sexual tiene poca o nula importancia predictiva en los problemas de desarrollo de los niños.¹⁰

Existe numerosa literatura científica que demuestra que los niños y adolescentes que crecen con padres gays y/o lesbianas les va tan bien en el funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual, que los niños cuyos padres son heterosexuales. La Socióloga y el Sociólogo Judith Stacey y Timothy J. Biblarz, por ejemplo, en el estudio “(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?”, publicado en la *American Sociological Review* (volume 66, number 2, April 2001), concluyen que no hay diferencias en los resultados de desarrollo entre los niños criados por lesbianas u hombres gays y los criados por padres heterosexuales.

Las doctoras británicas, Susan Golombok y Shirlene Badger, la primera Catedrática de Investigación de Familia de la Universidad de Cambridge y directora del Centro para la Investigación Familiar de la misma Universidad, ambas autoridades para el tema, internacionalmente reconocidas por estudio de las estructuras familiares no tradicionales y su impacto en el bienestar psicológico infantil, en el ensayo “Children raised in mother-headed families from infancy: a follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers, at early adulthood”, muestran evidencia que señala que los niños criados por madres heterosexuales solas o madres lesbianas desde la infancia siguen funcionando

¹⁰ (Lamb; 2012. Mencionado por Nancy Polikoff, en <http://beyondstraightandgaymarriage.blogspot.com/2012/05/renowned-psychologist-michael-lamb.html>)

bien al entrar en la edad adulta. ¹¹En otro artículo denominado “Children raised in fatherless families from infancy: a follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers at early adolescence”, escrito por Golombok, esta vez con la Dra. Fiona MacCallum, señalan que no hay evidencia de que la orientación sexual de la madre influye en la interacción padre-hijo o el desarrollo socio emocional del niño o la niña.¹²

Otra investigación de las especialistas belgas Kate Vanfraussen, Ingrid Ponjaert-Kristoffersen y Anne Brewaeys, publicada con el título “What does it mean for youngsters to grow up in a lesbian family created by means of donor insemination?” establece que los problemas de los hijos de parejas lesbianas que nacieron por inseminación artificial, tienen que ver con las burlas de sus pares, y no directamente por el estilo de crianza de éstas, situación que de hecho no interfiere en su bienestar psicológico.¹³

LA CONSIDERACIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA CUSTODIA DE NIÑOS ES DISCRIMINATORIA

El peso de la autoridad internacional sostiene que la discriminación por motivos de orientación sexual viola los derechos humanos, en virtud del derecho internacional consuetudinario, y que la crianza por parte de madres lesbianas y padres gays es compatible con el interés superior del niño. El 24 de febrero de 2012, La Corte

¹¹ Susan Golombok y Shirlene Badger. “Children raised in mother-headed families from infancy: a follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers, at early adulthood”, en Oxford Journals Medicine Human Reproduction Volume 25, Issue 1, Pp. 150-157. En: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/25/1/150.full>

¹² Citado en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15482501>

¹³ En: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16180285>

Interamericana de Derechos Humanos, dictó sentencia para el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile relacionado con el proceso de custodia o tuición interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R, en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Para estos efectos, la Corte analizó, entre otros, los argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica. (En: Ficha técnica: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile)¹⁴

A CONTINUACIÓN, UN RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES Y DETERMINACIONES DE LA CORTE PARA ESTE CASO:

Respecto a la igualdad y no discriminación y la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana

La Corte reiteró que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación

¹⁴http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612

de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidas “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.

Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Respecto al principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo

La Corte Interamericana resaltó que el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En el mismo sentido, indicó que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.

Igualmente, la Corte Interamericana constató que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el

bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, 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.

La Corte observó que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

El Tribunal agregó que una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte consideró que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

En este sentido, bajo el subtítulo de Presunta Discriminación Social, la Corte consideró que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

El Tribunal constató que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, 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.

Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte consideró que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no

puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces, que analizan casos como el presente, constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resaltó que, además, la señora Atala no tenía porqué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual. Por tanto, la Corte concluyó que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R.

Frente a la alegada confusión de roles en las tres niñas que podría generar la convivencia de la señora Atala con su pareja, el Tribunal consideró que tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En efecto, 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. El Tribunal observó que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia de Chile no falló con base en un análisis *in abstracto* del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las

niñas. Por tanto, el Tribunal concluyó que la Corte Suprema de Justicia chilena no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo.

Respecto al alegado privilegio de los intereses de la señora Atala, la Corte indicó que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. La Corte precisó que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del derecho a la privacidad.

En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”.

Al respecto, el Tribunal consideró que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable

o reprochable jurídicamente” que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas.

En consecuencia, la Corte consideró que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, el Tribunal manifestó que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.

Finalmente, ante el presunto derecho de las niñas de vivir en una familia “normal y tradicional”, la Corte observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

En el presente caso, este Tribunal constató que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia

que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).¹⁵

LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA DOMINICANA PROTEGEN A LAS PERSONAS CONTRA LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL.

La Constitución Dominicana, ha sido clara al establecer la no discriminación en todos los aspectos, en especial la Discriminación por orientación sexual.

El reconocimiento de derechos fundamentales, especialmente, los derechos de segunda generación, es decir, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), siempre son derechos que mueven a las sociedades a tomar acción y que los mismos, han sido aprobados y ratificados por la República Dominicana, por encontrarse compatibles y acomodados a la realidad y el avance del país.

Sobre este particular, respecto al reconocimiento de varios derechos que se han visto vulnerados, cabe reconocer que nuestra Carta Magna, nos ilustra sobre la obligación nacional y particular de reconocer, garantizar y respetar tales derechos. Estos están amparados en los siguientes artículos:

El artículo 38 sobre Dignidad Humana, que establece lo siguiente: “El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser

¹⁵ Ibid

humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.”¹⁶

La garantía de que el Estado Dominicano se fundamenta en la dignidad de la persona y que la Carta Suprema nos dice que es sagrada e inviolable, es un asunto de suma consideración. La supremacía de la constitución como norma imperativa nacional sobre otras leyes o consideraciones sociales debe tomarse en cuenta.

Sin embargo, el artículo 39 es mucho más específico: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.”¹⁷ La particularidad de este artículo, sobre este particular reside en el numeral 4, que versa de la siguiente manera: “La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género,” esto fortalece la hipótesis de que el Estado Dominicano hace un llamado obligatorio a cumplir con las normas y costumbres que promuevan la igualdad y prohíbe la discriminación, inclusive, la discriminación sexual.

¹⁶ Art. 38. Constitución de la República Dominicana. 2010.

¹⁷ Art. 39. Ibid.

Otro artículo es el Artículo 43, que nos habla del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual manda a que “toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.”

El artículo 44 que ampara el derecho que tiene toda persona a la intimidad, en donde se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo, así como también, reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen y manda a que toda autoridad o particular que viole este mandato constitucional, está en la obligación de resarcir los daños o repararlos.

Por otro lado, el artículo 55 nos dice que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. En este caso, nos enfocaremos en los numerales siguientes: “1. Toda persona tiene derecho a constituir una familia, en cuya formación y desarrollo la mujer y el hombre gozan de iguales derechos y deberes y se deben comprensión mutua y respeto recíproco; 7. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad, a un nombre propio, al apellido del padre y de la madre y a conocer la identidad de los mismos; 10. El Estado promueve la paternidad y maternidad responsables. El padre y la madre, aun después de la separación y el divorcio, tienen el deber compartido e irrenunciable de alimentar, criar, formar, educar, mantener, dar seguridad y asistir a sus hijos e hijas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de estas obligaciones.

Estas consideraciones, se realizan conforme al artículo 74 Numeral 1, que nos hablan de los Principios de reglamentación e interpretación de los derechos y garantías

fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, cuando nos dice que no tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza.

Las leyes en la República Dominicana que amparan la No discriminación por orientación sexual, son:

1. Ley General de Juventud. Ley No. 49-00, contemplado en su artículo 2 “La finalidad de la presente ley es propiciar el desarrollo integral de los y las jóvenes sin distinción de género, de religión, política, racial, étnica u orientación sexual, y de nacionalidad.”
2. Ley No. 42-01. Ley General de Salud: Artículo 3: “Todos los dominicanos y dominicanas y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, son titulares del derecho a la promoción de la salud, prevención de las enfermedades y a la protección, recuperación y rehabilitación de la salud, sin discriminación alguna.” En este punto, se aplica el artículo 74, Numeral 1 de la Constitución de la República Dominicana.
3. Principio VII del Código de Trabajo de la República Dominicana.
4. El Código Procesal Penal en su Art. 11.- Igualdad ante la ley, dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley y deben ser tratadas conforme a las mismas reglas. Los jueces y el ministerio público deben tomar en cuenta las condiciones particulares de las personas y del caso, pero no pueden fundar sus decisiones en base a nacionalidad, género, raza, credo o religión, ideas políticas, orientación sexual, posición económica o social u otra condición con implicaciones discriminatorias.”

PROTECCIÓN DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA COMPATIBILIDAD DE LA GUARDA DE PADRES GAYS Y LESBIANAS CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha resuelto, en reiteradas ocasiones, condenar la discriminación, incluyendo la discriminación por orientación sexual.

En primer lugar es preciso establecer que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 1(1) que los Estados 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. Como veremos más adelante, el SIDH ha ampliado el concepto de “otra condición social” extendiéndolo hasta la orientación sexual de las personas.

Además, la CADH hace referencia a la igualdad ante la ley en su artículo 24 mediante el cual los Estados deben de garantizar que todas las personas sean consideradas como iguales para efectos legales.

En este sentido es importante precisar que el artículo 1(1) se refiere a la prohibición de la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su

aplicación. Es decir, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión¹⁸. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana, con lo que se evidencia que el Estado Dominicano tiene la obligación convencional de no discriminar y además de velar porque en el derecho interno ningún ser humano sufra el flagelo de la discriminación o exclusión por razones incompatibles con la Convención Americana.

En su Opinión Consultiva 17¹⁹, la Corte IDH hace explícita su consideración respecto de leyes u otros tipos de actos que en apariencia no son discriminatorios pero que sí lo son por sus efectos o impacto; esto es lo que se le ha denominado “discriminación indirecta”. Por su parte la Comisión Interamericana ha señalado que los Estados tienen la obligación no sólo de garantizar la igualdad formal, sino también de cerciorarse de que la igualdad sea una realidad en la práctica; los Estados deben adoptar aquellas medidas que sean necesarias para eliminar la discriminación de facto.²⁰ En este sentido, los Estados a través de sus funcionarios tienen la obligación de velar porque ninguna persona, sea discriminada de manera directa o indirecta, debiendo de tomar las medidas necesarias para tales efectos.

¹⁸ Corte IDH *Caso Atala Riffo y Niñas v Chile*, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 24 d febrero de 2012, serie 239, párr. 82

¹⁹ Corte IDH *Opinión Consultiva 17/02 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”* solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 28 de agosto de 2002

²⁰ CIDH, *Informe sobre la situación de la mujer en las Américas*, 13 de octubre de 1998, OEA/Ser.L/V/II.100

Por otro lado, en la Asamblea General celebrada el 4 de junio de 2012, la Organización de los Estados Americanos resolvió condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a eliminar las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGTBI) en el acceso a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada²¹.

Además dicha asamblea resolvió alentar a los Estados Miembros a que, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación de personas a causa de orientación sexual e identidad de género.

Como veremos más adelante, negarle la guarda y custodia a un padre o a una madre tomando como argumento su orientación sexual, más que adoptar políticas públicas y leyes en contra de la discriminación por esta cuestión, sería legitimar y agravar la situación de vulneración y exclusión que atraviesan a lo largo de su vida las personas LGBTI, situación condenada por los Sistemas Interamericano y Europeo de derechos humanos.

POSICIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

²¹ AG/RES. 2653 (XLI-O/11) “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de género”

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado, en varias ocasiones, acerca de la obligación de los Estados de no discriminar por la orientación sexual de las personas. Este organismo, mediante su relatoría para los derechos de las personas LGBTI²², ha establecido que discriminar por orientación sexual, identidad de género o expresión de género es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por 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 categorías²³.

Desde 1999²⁴ la Comisión se ha pronunciado en cuanto a vulneraciones a la esfera de derechos de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI. El primer caso fue el de Martha Lucia Álvarez Giraldo de Colombia, a quien el Estado le había negado el derecho a las visitas íntimas en el sistema penitenciario por su orientación sexual, alegando que permitir visitas íntimas a homosexuales afectaría el régimen de disciplina interna de los establecimientos carcelarios dado que, en su opinión, la cultura latinoamericana es poco tolerante de las prácticas homosexuales en general²⁵. La CIDH declaró admisible el caso entendiendo que existían posibles violaciones a los derechos a la integridad personal, protección de la honra y la dignidad y la igualdad ante la ley, consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todo esto en virtud

²² La relatoría fue creada en noviembre de 2013 e inició sus funciones en febrero del presente año

²³ CIDH, Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI, *Algunos términos y precisiones*, recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>

²⁴ En esta fecha la Comisión Interamericana emitió el primer Informe de admisibilidad por un caso de orientación sexual de Martha Lucia Álvarez Giraldo de Colombia.

²⁵ Caso CIDH *Martha Lucía Álvarez Giraldo v Colombia*, Informe de Admisibilidad no. 71/99 del 4 de mayo de 1999, caso 11.656, párr. 2

de que los argumentos preponderantes para las resoluciones emitidas por el Estado Colombiano, estaban basadas en argumentos prejuiciosos y discriminatorios en virtud de estar sustentados sobre la orientación sexual de la señora Giraldo²⁶.

Años después, la Comisión volvió a acoger el tema en el caso de la jueza Karen Atala Riffo de Chile, a quien el Estado había resuelto quitarle la tuición²⁷ de sus menores hijas fundamentando dicha resolución en su orientación sexual. En este caso la Comisión Interamericana, por primera vez, sostuvo que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la frase “otra condición social” establecida en el artículo 1(1) el cual hemos reproducido con anterioridad.

En este sentido, los Estados deben de garantizar que todas las personas, incluyendo a las y los LGBTI gocen de todos los derechos igual que cualquier otro ser humano, como es el derecho a detentar la guarda y custodia de los hijos si se cumple con los requisitos legales para ello, con todas las consecuencias que ello implica respecto de las demás garantías consagradas en la Convención Americana, incluyendo el artículo 24 referente a la igualdad ante la ley con el cual los Estados Americanos se han obligado a garantizar que todas las personas sean consideradas iguales ante la ley sosteniendo esta obligación a través de todas las leyes y políticas públicas que desarrollen de manera interna. La CIDH ha estimado que toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es sospechosa y se presume incompatible con la Convención

²⁶ Ídem

²⁷ De conformidad con la Ley 20.680 la tuición en el derecho chileno se refiere al cuidado personal, régimen de relación directa y regular (visitas) y patria potestad de los menores, es decir, lo que en la República Dominicana se equipara, entre otras cosas, a la guarda y custodia.

Americana, por lo que corresponde al Estado probar que dicha diferencia de trato no es discriminatoria sino que es una distinción que cumple con las características de objetiva y razonable²⁸. En este sentido, en el caso que nos atañe, la autoridad judicial competente debe de verter argumentos suficientes que indiquen que un trato diferenciado de la demandada responderían a medidas objetivas y razonables y no discriminatorias.

En el mismo sentido la CIDH estableció que si un Estado no presenta información alguna que demuestre que la orientación sexual del padre o la madre, o la expresión de la misma en su proyecto de vida, constituye un riesgo para sus hijos o hijas, el Estado carece de fundamento para probar que la diferencia de trato haya sido objetiva y razonable, incurriéndose así en discriminación y no distinción²⁹.

En cuanto a interferencias por las autoridades en base a la orientación sexual de una persona, la CIDH, haciendo eco de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido que las mismas afectan una parte íntima de la vida privada de una persona, requiriendo que los Estados presenten razones particularmente convincentes y de mucho peso para ser justificadas.³⁰

²⁸ Caso CIDH *Karen Atala v Chile*, Demanda ante la Corte Interamericana del 17 de septiembre de 2010, caso 12.502, párr. 95

²⁹ *Ibidem*, párr. 103

³⁰ CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 111 citando a Corte Europea de Derechos Humanos, *E.B. v. Francia*, Aplicación No. 43546/02, 22 de enero de 2008, párr. 91; Corte Europea de Derechos Humanos, *Smith and Grady v. Reino Unido*, Aplicaciones Nos. 33985/96 y 33986/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 89; Corte Europea de Derechos Humanos, *Lustig-Prean and Beckett v. Reino Unido*, Aplicaciones Nos. 31417/96 y 32377/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 82; Corte Europea de Derechos Humanos, *Karner v. Austria*, Aplicación No. 40016/98, 24 de julio 2003, párr. 37.

En el caso en cuestión, tal y como obra en autos, la orientación sexual de la demandada ya ha sido puesta en tela de juicio por parte de personas involucradas en el proceso, por lo que en este sentido es preciso señalar que a la luz de lo establecido por la CIDH³¹, en el marco de un proceso de tuición o guarda y custodia puede ser necesario que la autoridad judicial examine aspectos de la vida privada de una persona, siempre que tales aspectos sean relevantes a fin de determinar la capacidad de los padres para ejercer la custodia de sus hijos, o que de esos aspectos de la vida privada, pueda derivarse un riesgo respecto de aquellos. Se ha enfatizado³² que la orientación sexual de una persona, por si sola, no es un criterio relevante para determinar su capacidad de ejercer la custodia de sus hijos, ni ella constituye un riesgo para los mismos por lo que no debe de ser un argumento a examinar por la autoridad que ejerce las funciones jurisdiccionales.

A la luz de lo anterior, se hace visible que la Comisión Interamericana ha reprochado y condenado públicamente el hecho de que la orientación sexual de los padres sea valorada al momento de dilucidar sobre un juicio de guarda y custodia toda vez que la misma no constituye un riesgo latente para los hijos ni se interpone, como veremos más adelante, con el interés superior del niño.

De manera más reciente se ha hecho referencia a la no discriminación por orientación sexual en el caso ante la Comisión de Ángel Alberto Duque de Colombia³³ a quien no se le había permitido el acceso a la pensión de sobrevivencia de su pareja fallecida, en vista

³¹ *Ibíd*em párr. 114

³² *ídem*

³³ Caso CIDH *Ángel Alberto Duque Colombia*, Informe 150/11 del 2 de noviembre de 2011

de que las normas que regulan el derecho a la seguridad social excluían de dicho beneficio a las parejas del mismo sexo. La CIDH consideró que esta exclusión podía vulnerar, entre otros, el derecho a la igualdad ante la ley del Sr. Duque por lo que consideró admisible dicho caso el 2 de noviembre del 2011.

En adición a los pronunciamientos en informes de casos, la Comisión Interamericana ha aprovechado otros espacios para reprochar la discriminación como lo hizo durante su 137º periodo de sesiones en donde instó a los Estados a adoptar medidas urgentes a fin de avanzar en forma decidida en la prevención y el combate de todas las formas de discriminación³⁴.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte IDH se ha referido a la no discriminación en reiteradas ocasiones. En su Opinión Consultiva 18/03 hizo alusión a la, prohibición total de la discriminación considerando que el principio de igualdad ante la ley igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. La

³⁴ Este periodo de sesiones se celebró el 13 de diciembre de 2009 en Washington D.C.

Corte consideró que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*³⁵.

De manera específica, en cuanto a la no discriminación por orientación sexual la Corte Interamericana se ha referido al tema en el fondo del caso *Atala Riffo y niñas v Chile*, en donde ahondó sobre la no discriminación por orientación sexual y la compatibilidad de esta última con el interés superior del niño. Los criterios vertidos por la Corte en el caso de la jueza Atala, sirven como referente para toda la región en materia de comunidades LGBTI por lo que a continuación será analizado con el fin de establecer los fundamentos pertinentes para la resolución más favorable del caso que nos atañe.

Como ya hemos explicado anteriormente, conforme a lo establecido por la Corte en el caso Atala, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas, en este caso las personas LGBTI. Además, esto también implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias³⁶, en este sentido y en referencia al caso que nos atañe, otorgarle la guarda y custodia al demandante,

³⁵ Corte IDH Opinión Consultiva 18/03 “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*” solicitada por los Estados Unidos Mexicanos el 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

³⁶ Corte IDH *Caso Atala Riffo y Niñas v Chile*, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 24 d febrero de 2012, serie 239, párr. 80

basándose en la orientación sexual de la madre, constituiría una forma de legitimizar la discriminación a la que han sido sometidas las personas LGBTI a lo largo de la historia.

La Corte IDH estableció claramente que si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están obligados internacionalmente a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención Americana por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.³⁷

El Tribunal estableció que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad.

En virtud de lo anterior, 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.

³⁷ *Ibíd.*, párr. 119

Es preciso recordar que tal y como lo estableció la Corte³⁸, la Convención Americana, voluntariamente suscrita por el Estado Dominicano, prohíbe la discriminación de *iure o de facto*, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación.

Cuando un derecho le ha sido reconocido a las personas, como en el caso que nos ocupa el derecho de la demandada a conservar la guarda y custodia de sus hijos, éste no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual³⁹.

Ahora bien, ese H. Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, debe de velar por el interés superior del niño y puede encontrarse en la disyuntiva de si la orientación sexual de la madre puede ser contrario o no a este principio. En este sentido la Corte Interamericana a través de sus criterios jurisprudenciales nos brinda la luz necesaria para resolver dichas disyuntivas.

La Corte IDH ha constatado⁴⁰ que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones,

³⁸ *Ibíd*em, párr.82

³⁹ *Ibíd*em Párr. 93

⁴⁰ *Ibíd*em Párr. 109

presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia⁴¹.

Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el Atala Riffo constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar o consolidar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad.

Además, la Corte IDH hizo suya una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México del 2010 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, en donde dicha Suprema Corte estableció 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 y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico⁴².

⁴¹ Ídem

⁴² La Corte IDH citó dicha sentencia a modo de reforzar los argumentos vertidos en el párr. 126 del caso Atala Riffo y niñas v Chile citado con anterioridad

Además, la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende a las condiciones de sus padres o familiares, como en el caso que nos atañe a la orientación sexual de la demandada.⁴³

En suma, en el caso Atala la Corte IDH resolvió que al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales⁴⁴.

Además, el trato discriminatorio en contra de jueza Atala tuvo repercusión en sus hijas, pues fue el fundamento para decidir no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma.

Por otro lado, la Opinión Consultiva 17/02 emitida por la Corte IDH, establece claramente que *“Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”*⁴⁵. En este sentido y en concordancia con todo lo vertido en el presente escrito, se puede entender que la orientación sexual de la madre,

⁴³ *Ibíd*em, párr. 151

⁴⁴ *Ibíd*em, párr. 154

⁴⁵ Corte IDH *Opinión Consultiva 17/02 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”* solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 28 de agosto de 2002, párr. 62

no constituye una razón excepcional por la que un niño pueda ser separado de su madre, ya que esta característica de la vida privada de la persona no es incompatible con el interés superior del niño.

A la luz de lo anteriormente expuesto entendemos que la Corte Interamericana, a la cual la República Dominicana ha reconocido competente para conocer de violaciones a los derechos humanos consagrados en los documentos que componen el *corpus iuris* del SIDH, establece las directrices que determinan que la orientación sexual de la demandada no puede ser considerada como una circunstancia excepcional ni mucho menos una causal judicial que impida que la madre detente la guarda y custodia de sus hijos y que no puede ser considerada como incompatible con el interés superior del niño.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Europea de Derechos Humanos, utilizada como referente por la Corte IDH, ha estudiado el tema de la guarda y custodia y la orientación sexual de los padres a profundidad. Los criterios han sido muy novedosos y son pioneros en la materia. Es nuestro interés analizar los criterios de esta H. Corte con la esperanza de que puedan ser tomados en cuenta para el caso en concreto. Tal y como lo señala la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Corte Europea ha protegido la igualdad y no discriminación bajo tres categorías: discriminación directa, discriminación indirecta, y el acoso o instrucción de discriminar. La discriminación directa se define en el contexto europeo como aquellas situaciones en las que *“aquellas personas que están en situaciones similares deben recibir un trato similar y no ser*

tratadas de manera menos favorable, simplemente por una particular característica que poseen."⁴⁶

Por su parte la discriminación indirecta se enmarca en aquellas situaciones en las que *"aquellos individuos que se encuentran en diferentes situaciones deben recibir un trato diferente en la medida en que esto es necesario para que puedan disfrutar de las oportunidades particulares en la misma base que los demás."*⁴⁷

Tanto los casos en los que se alega discriminación directa como indirecta, la Corte Europea ha sido insistente en señalar la necesaria evaluación de cuatro variables: (i) la objetividad de la distinción, (ii) la razonabilidad de la distinción, (iii) el fin legítimo de la distinción, y (iv) un criterio de comparación que permita evaluar los tres factores anteriores.

En el caso *Salgueiro Da Silva Mota v Portugal*, la CEDH estableció que la orientación sexual no puede ser considerada como un criterio que impida que los padres detenten la guarda y custodia de sus hijos toda vez que sería propiciar un trato discriminatorio a la luz de lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁸.

La CEDH reconoció que la razón de velar por la salud y los derechos de la niña constituían una medida legítima, sin embargo se consideró que no cumplía con el segundo requisito permitido para realizar distinciones de trato, esto es que sea una

⁴⁶ European Union Agency for Fundamental Rights & European Court of Human Rights - Council of Europe. *Handbook on European non-discrimination law*.2011. Pg. 21 (traducción realizada por nosotros)

⁴⁷ Ídem

⁴⁸ C.E.D.H. *Caso Salgueiro Da Silva Mouta v Portugal*, sentencia de 21 de marzo del 2000, párr. 28

medida razonablemente proporcionada, ello en virtud de que la misma estuvo basada en preceptos y concepciones discriminatorias.

Uno de los argumentos de la CEDH en dicho caso fue el siguiente:

“Existía una diferencia de tratamiento (...) basada en la orientación sexual del demandante, un concepto que indudablemente aborda el artículo 14 del Convenio. Al respecto, el Tribunal reitera que la lista enunciada de dicha disposición (artículo 14) es ilustrativa y no exhaustiva, como indican las palabras especialmente por...”⁴⁹

Como podemos ver, ha sido criterio constante de la CEDH que la orientación sexual es una de las categorías que pueden ser incluidas dentro de la expresión “cualquier otra situación” del artículo 14 del Convenio de Derechos Humanos⁵⁰ reproducido a continuación:

“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.”

⁴⁹ Íbidem párr.28; la especificación de (artículo 14) no pertenece al texto original y fue añadida por nosotros.

⁵⁰ C.E.D.H. *Caso Alekseyev vs Rusia*, sentencia del 21 de octubre del 2010, párr. 108, *Caso J. M. vs Reino Unido*, sentencia del 28 de septiembre del 2010, párr. 55., *Caso Clift vs Reino Unido*, sentencia del 13 de julio del 2010, párr. 57, *Caso Kozak vs Polonia*, sentencia del 2 de marzo del 2010, párr. 92, *Caso E.B. vs Francia*, sentencia de 22 de enero del 2008, párr. 50, *Caso L y V vs Austria*, sentencia del 9 de enero del 2003, párr. 45., *Caso S.L vs Austria*, sentencia del 9 de enero del 2003, párr. 37., *Caso Fretté vs Francia*, sentencia del 26 de febrero del 2002, párr. 32, *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs Portugal*, sentencia del 21 de diciembre de 1999, párr. 28.

El Caso *Clift vs Reino Unido* es de especial relevancia para el análisis del presente asunto, ya que en el párrafo 57 se concluye expresamente que la orientación sexual es una categoría de discriminación prohibida por el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual la República Dominicana es parte.

En similar perspectiva, en un caso sobre el retiro de la custodia de una menor de edad por las creencias religiosas de la madre, la Corte Europea criticó la falta de prueba concreta y directa que demostrara el impacto que las creencias religiosas tenían en la crianza y en la vida diaria de los niños, por lo que consideró que el tribunal interno había fallado en abstracto y bajo el fundamento de consideraciones generales sin establecer una relación entre las condiciones de vida de los niños y de la madre.⁵¹

En el caso *Karner Vs. Austria*, la CEDH estableció que “el objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo.”⁵²

⁵¹ C.E.D.H., *Caso Palau-Martínez Vs. Francia*, (No. 64927/01), Sentencia de 16 de diciembre de 2003. Final, 16 de marzo de 2004, párrs. 42 y 43.

⁵² C.E.D.H., *Caso Karner v Austria*, (No. 40016/98), Sentencia de 24 de julio de 2003. Final, 24 de octubre de 2003, párr. 41

En este sentido, en un caso sobre discriminación por orientación religiosa en el contexto de una decisión judicial sobre la custodia de menores de edad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó el argumento de un tribunal nacional, según el cual el interés superior de dos menores de edad podría verse afectado por el riesgo de una estigmatización social por las creencias de la madre, perteneciente al grupo religioso de los Testigos de Jehova.⁵³

A la luz de todo lo anterior se evidencia que el Sistema Europeo de Derechos Humanos, al igual que el Sistema Interamericano, se han pronunciado en distintas ocasiones en contra de la discriminación por orientación sexual, resolviendo casos específicos de guarda y custodia de niñas y niños, condenando a los Estados por utilizar argumentos discriminatorios, especulativos y estereotipados en contra de padres y madres homosexuales.

⁵³ C.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Austria*, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párr. 15 y 33 a 36.

POSICIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Según la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay 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”.⁵⁴

Desde comienzos del decenio de 1990 los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas han expresado repetidamente su preocupación por esas y otras violaciones conexas. Entre esos mecanismos figuran los órganos creados en virtud de tratados para supervisar el cumplimiento por los Estados de los tratados internacionales de derechos humanos y los relatores especiales y otros expertos independientes nombrados por la anterior Comisión de Derechos Humanos y su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos, a fin de investigar los retos apremiantes relativos a los derechos humanos e informar acerca de ellos. En 2011, el Consejo de Derechos Humanos aprobó una resolución en la que expresó su “grave preocupación” por la violencia y discriminación que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género. La necesidad de adoptar medidas para poner fin a esas violaciones se reconoce cada vez más, si es que no se la acepta universalmente.⁵⁵

⁵⁴ Nacidos Libres e Iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos, Naciones Unidas, 2012.

⁵⁵ Ibid 54.

En su jurisprudencia, observaciones generales y observaciones finales, los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados han sostenido uniformemente que la orientación sexual y la identidad de género son fundamentos prohibidos de discriminación con arreglo al derecho internacional. Además, hace tiempo que los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos han reconocido la discriminación que existe en razón de la orientación sexual y la identidad de género.⁵⁶

Los Comités de Tratados de Naciones Unidas han establecido lo siguiente:

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados parte [en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto... La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación.”⁵⁷
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer “La discriminación de la mujer por motivos de sexo y de género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como... la orientación sexual y la identidad de género.”⁵⁸
- Comité de Derechos Humanos: “La prohibición contra la discriminación establecida en el artículo 26 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] también incluye la discriminación basada en la orientación sexual.”⁵⁹
- Comité de los Derechos del Niño: interpreto que el derecho a la no discriminación del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluye la orientación sexual y la identidad de género⁹. En sus observaciones finales, ese Comité ha expresado su preocupación por las leyes que no protegen a las personas contra

⁵⁶ Ibid 54.

⁵⁷ Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 20 (2009)

⁵⁸ Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general No. 28 (2010).

⁵⁹ Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, “X versus Colombia” (2007).

la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género y sobre la insuficiencia de lo hecho para combatir ese tipo de discriminación.⁶⁰

CONCLUSIÓN

La sociedad científica internacional, reconoce que la homosexualidad no es una enfermedad mental y llama a rechazar toda legislación discriminatoria contra gays y lesbianas, una decisión tomada a partir de una completa revisión científica sobre el tema. Además, la Constitución dominicana de 2010, consagra a la dignidad humana como el primer valor o principio, catalogada como “la premisa antropológico-cultural que funda la Constitución”.

Existe jurisprudencia internacional, con la sentencia dictada por La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 24 de febrero de 2012, para el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, que determina que la orientación sexual y su convivencia con una persona del mismo sexo, per se, no produce daños en los niños ni en las niñas.

Como hemos mencionado en reiteradas ocasiones, los Sistema Interamericano y Europeo de derechos humanos nos brindan la luz y los fundamentos jurídicos adecuados para resolver el caso de guarda y custodia en cuestión, siendo estos la incompatibilidad de la negación de la guarda y custodia a un padre o madre homosexual basado en la orientación sexual de la persona con el respeto a los derechos humanos.

⁶⁰ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño respecto de Nueva Zelanda (CRC/C/NZL/ Co/3-4), párr. 25; Eslovaquia (CRC/C/SVK/CO/2), párr. 27; Malasia (CRC/C/MYS/CO/1), párr. 31; China (CRC/C/CHN/CO/2), párr. 31; Isla de Man, Reino Unido (CRC/C/15/Add.134), párr. 22.

La República Dominicana ha aceptado y ratificado los tratados internacionales que le otorgan competencia a la Corte Interamericana para resolver violaciones a los derechos humanos cometidas dentro del territorio nacional, lo que además conlleva ser fieles a la jurisprudencia emitida por dicha Corte y a todo el andamiaje jurídico que compone el *corpus juris* interamericano, en este sentido es importante que esa H. Sala Civil del Tribunal de Niños Niñas y Adolescentes tome en especial consideración lo establecido por la Corte Interamericana, la Comisión Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos, manteniéndose fieles a los argumentos vertidos por dichos organismos y garantizando, al igual que ellos, una sociedad basada en el respeto pleno a los derechos humanos los cuales son la base necesaria para alcanzar una sociedad verdaderamente democrática; dicho respeto debe de comenzar a ser construido desde el caso de especie que nos ocupa.