Lesbianismo constitucional

LA CORTE INTERAMERICANA IGUALA DEFINITIVAMENTE A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES Y HETEROSEXUALES EN TODOS LOS ASPECTOS

Publicamos íntegro la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Justicia (San José de Costa Rica) en el trascendente caso “ATALA RIFFO” cuya versión original puede verse aquí.
Es un fallo imperdible. Sustancioso, contundente, profundísimo. Un manual sobre familia y derechos humanos.
En síntesis explica que no pueden discriminarse las familias homosexuales de las heterosexuales.
Que no hay argumentos para sostener que no puedan ser criados los niños igual de adecuadamente por un papá y una mamá, o por dos papás o por dos mamás.
Es un fallo que marca un antes y un después en toda América. Porque, por sus fundamentos y alcances, termina definitivamente las discusiones sobre los diferentes derechos de las parejas.
Deja definitivamente en claro la Corte que las uniones homosexuales se encuentran amparadas por la Convención Americana de Derechos Humanos. Y que se encuentran equiparadas en todos sus aspectos a las uniones heterosexuales.
El precedente deja abierto un camino que atemoriza a muchos, pero reafirma lo que muchos constitucionalistas venimos diciendo: la adopción por parte de parejas homosexuales no podría impedirse en los países que estamos bajo el paraguas del Pacto de San José de Costa Rica…
Ahora sí, a leerlo que se viene una América nueva.

———————————-

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS *VS.* CHILE
SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012
(Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso *Atala Riffo y niñas*,
la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte”, o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces[1]:
Diego García-Sayán, Presidente;
Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente;

Leonardo A. Franco, Juez;
Margarette May Macaulay, Jueza;
Rhadys Abreu Blondet, Jueza;
Alberto Pérez Pérez, Juez, y
presentes además,
Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta;
de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y con los artículos 31, 32, 56, 57, 65 y 67 del Reglamento de la Corte[2] (en adelante “el Reglamento”), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

I. Introducción
de la Causa y
OBJETO DE LA CONTROVERSIA 4
II.
PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE 5
III. COMPETENCIA 8
IV. PRUEBA 8
A. Prueba documental, testimonial y pericial 9
B. Admisión de la prueba documental 11
C. Admisión de la prueba testimonial y
pericial 12
V. DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE
DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA
VIDA PRIVADA, DERECHO A LA VIDA FAMILIAR,
DERECHOS DEL NIÑO, DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL
EN RELACIÓN CON LA
OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS RESPECTO AL
PROCESO DE TUICIÓN 13
A. Hechos probados en relación con el
procedimiento de tuición 13
1. Proceso de tuición 14
2. Tuición provisional concedida al padre 17
3. Sentencia de primera instancia otorgando
la tuición de las niñas a la señora Atala 18
4. Apelación ante la Corte de Apelaciones de

Temuco y concesión de orden de no innovar en favor del padre 20
5. Interposición del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia y concesión de la segunda orden de no innovar a favor del padre 21
6. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile 21
B. Consideraciones previas 23
1. Consideración previa sobre el objeto del caso ante la Corte Interamericana 23
2. Consideración previa sobre la participación de las niñas M., V. y R. 25
C. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación 26
1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación 28
2. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana 29
3. Diferencia de trato basada en la orientación sexual 35
4. El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo 37
4.1. Presunta discriminación social 40
4.2. Alegada confusión de roles 42
4.3. Alegado privilegio de intereses 46
4.4. Alegado derecho a una familia “normal y tradicional” 49
4.5. Conclusión 50
5. Trato discriminatorio en contra de las niñas M., V. y R. 50
D. Derecho a la vida privada y derecho a la vida familiar 52
E. Garantías judiciales y protección judicial 58
1. Garantías judiciales y protección judicial en relación con la señora Atala 58
2. Derecho de las niñas M., V. y R. a ser escuchadas y a que se tengan en cuenta sus opiniones 62
VI. DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA

VIDA PRIVADA Y DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE
RESPETAR Y GARANTIZAR RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA 66
A. Hechos probados respecto a la investigación disciplinaria contra la señora Atala 67
B. El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación 68
C. Derecho a la vida privada 70
D. Garantías judiciales 71
VII.
REPARACIONES 73
A. Parte Lesionada 74
B. Obligación de investigar e imponer consecuencias legales a los funcionarios responsables 75
C. Otras medidas de reparación integral: satisfacción y garantías de no repetición 76
1. Rehabilitación: asistencia médica y psicológica a las víctimas 76
2. Satisfacción 76
a) Publicación de la Sentencia 76
b) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional 77
3. Garantías de no repetición 78
a) Capacitación a funcionarios públicos 79
b) Adopción de medidas de derecho interno, reformas y adecuación de leyes contra la discriminación 79
D. Indemnización Compensatoria por daño material e inmaterial 82
1. Daño material 83
2. Daño inmaterial 85
E. Costas y gastos 86
F. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados 87
VIII. PUNTOS RESOLUTIVOS 88
Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez.

IINTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 17 de septiembre de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra el Estado de Chile (en adelante “el Estado” o “Chile”) en relación con el caso 12.502[3]. La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 24 de noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo (en adelante la “señora Atala”) representada por abogados de la Asociación Libertades Públicas, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y la Fundación Ideas[4].

2. El 23 de julio de 2008 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No. 42/08 y el 18 de diciembre de 2009 emitió el Informe de Fondo No. 139/09, de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana[5]. El 17 de septiembre de 2010 la Comisión Interamericana consideró que el Estado no había dado cumplimiento a las recomendaciones del Informe de Fondo, por lo que decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana. La Comisión Interamericana designó como delegados a Luz Patricia Mejía, Comisionada, y a su Secretario Ejecutivo Santiago A. Canton, y como asesoras legales a las señoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, Silvia Serrano Guzmán, Rosa Celorio y María Claudia Pulido, abogadas de la Secretaría Ejecutiva.

3. De acuerdo a la Comisión, el presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el 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. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios. La Comisión solicitó a la Corte que declare la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17.1 y 17.4 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25.1 y 25.2 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que ordenara al Estado la adopción de medidas de reparación.

4. La demanda fue notificada al Estado y a los representantes el 19 de octubre de 2010.

5. El 25 de diciembre de 2010 Macarena Sáez, Helena Olea y Jorge Contesse, indicando que actuaban como representantes de la señora Atala y las niñas M., V. y R.[6] (en adelante “los representantes”), presentaron ante la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”), conforme al artículo 40 del Reglamento de la Corte[7]. Los representantes indicaron que coincidían totalmente con los hechos presentados en la demanda y solicitaron al Tribunal que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. En consecuencia, requirieron a la Corte que ordene diversas medidas de reparación.

6. El 11 de marzo de 2011 Chile presentó ante la Corte su escrito de contestación al escrito de demanda y de observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “escrito de contestación”). En dicho escrito, el Estado controvirtió la totalidad de las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, y rechazó su responsabilidad internacional por las alegadas violaciones a la Convención Americana. En relación con las reparaciones solicitadas por la Comisión y los representantes, el Estado solicitó a la Corte que las desestimara en todos sus términos. El Estado designó al señor Miguel Ángel González y a la señora Paulina González Vergara como Agentes.

IIPROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

7. Mediante Resolución de 7 de julio de 2011[8], el Presidente de la Corte ordenó recibir diversas declaraciones en el presente caso. Asimismo, convocó a las partes a una audiencia pública que fue celebrada los días 23 y 24 de agosto de 2011 durante el 92 Período Ordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo en la ciudad de Bogotá, Colombia[9].

8. El 18 de agosto, 6 de septiembre y 18 de octubre de 2011 el señor Reinaldo Bustamante Alarcón remitió diversas comunicaciones en representación de Jaime López Allendes, padre de las niñas M., V. y R. en relación con el presente caso. En dichos escritos, *inter alia*, se plantearon estas solicitudes: i) participación de las menores de edad y representación legal por parte del padre en el proceso ante la Corte Interamericana; ii) solicitud de incorporación al proceso como tercero interviniente; iii) solicitud de nulidad de todo lo actuado ante la Comisión y la Corte, y iv) coadyuvancia al escrito del Estado.

9. El 30 de noviembre de 2011 fue remitida al señor Bustamante una nota de Secretaría, siguiendo instrucciones del pleno de la Corte, en la que se

señaló la respuesta a los escritos presentados (*supra* párr. 8). En dicha nota se informó que: i) mediante Resolución de 29 de noviembre de 2011, el Tribunal decidió disponer, como prueba para mejor resolver, que las tres niñas sean informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte (*infra* párrs. 12 y 13); ii) el Tribunal no tiene competencia para atender las solicitudes formuladas por individuos u organizaciones distintos a las presuntas víctimas que participan en la tramitación de un caso ante la Corte; iii) la Corte no encuentra irregularidades en la forma en que se realizó la notificación en el presente caso, y iv) debido a que el señor López no es parte dentro del presente caso y no se ha aceptado su participación como tercero interviniente, éste no se encuentra legitimado para presentar argumentos de fondo o evidencia[10].

10. Por otra parte, el Tribunal recibió escritos en calidad de *amici curiai* de: 1) la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile[11]; 2) la organización Ombudsgay[12]; 3) José Pedro Silva Prado, Profesor de Derecho Procesal y Presidente del Instituto Chileno de Derecho Procesal; 4) José Ignacio Martínez Estay, Catedrático Jean Monnet de Derecho Público de la Unión Europea de la Universidad de los Andes, Chile; 5) el Núcleo de Derechos Humanos del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro[13]; 6) Diego Freedman, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; 7) María Inés Franck, Presidenta de la Asociación Civil Nueva Política, y Jorge Nicolás Lafferriere, Director del Centro de Bioética, Persona y Familia; 8) del Seminario de Investigación en el Derecho de Familia y las Personas, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Argentina[14]; 9) Luis Armando González Placencia, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, y José Luis Caballero Ochoa, Coordinador de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana; 10) Úrsula C. Basset, profesora e investigadora de la Universidad de Buenos Aires[15]; 11) Judith Butler, Catedrática Maxine Elliot de la Universidad de California, Berkeley; 12) Alejandro Romero Seguel y Maite Aguirrezabal Grünstein, Profesores de Derecho Procesal en la Universidad de los Andes, Chile; 13) Carlos Álvarez Cozzi, Catedrático de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Económicas y de Administración y Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay; 14) James J. Silk, Director de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos Allard K. Lowenstein de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale; 15) María Sara Rodríguez Pinto, Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile; 16) Natalia Gherardi, Directora Ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, y Josefina Durán, Directora del Área de Justicia de dicha organización; 17) Laura Clérico, Liliana

Ronconi, Gustavo Beade y Martín Aldao, docentes e investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; 18) Carlo Casini, Antonio Gioacchino Spagnolo y Joseph Meaney[16]; 19) del rector y algunos miembros de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo[17]; 20) María del Pilar Vázquez Calva, Coordinadora de Enlace Gubernamental de Vida y Familia A.C.; 21) Suzanne B. Goldberg y Michael Kavey, Abogados de la "Sexuality & Gender Law Clinic" de la Universidad de Columbia y Adriana T. Luciano, Abogada de Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrisson LLP; 22) Elba Nuñez Ibáñez, Gabriela Filoni, Jeannette Llaja y Gastón Chillier[18]; 23) Brent McBurney y Bruce Abramson, Abogados de "Advocates International"; 24) Gail English, Presidente de "Lawyers Christian Fellowship", y de Shirley Richards; 25) de Colombia Diversa y del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional[19]; 26) Piero A. Tozzi y Brian W. Raum de "Alliance Defense Fund"; 27) Jorge Rafael Scala, Profesor en la Maestría en Desarrollo Humano de la Universidad Libre Internacional de las Américas y Profesor Honorario de la Universidad Ricardo Palma; 28) del Centro para la Justicia Global, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho de la Facultad de Derecho de Regent University[20]; 29) Álvaro Francisco Amaya Villareal, Bárbara Mora Martínez y Carolina Restrepo Herrera; 30) Lisa Davis, Jessica Stern, Dorothy L. Fernández, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer, Erin I Herlihy, y Justin D. Hoogs[21]; 31) Andrea Minichiello Williams y Ruth Ross, y Mark Mudri[22], y 32) del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas[23].

11. El 24 de septiembre de 2011 los representantes y el Estado remitieron sus alegatos finales escritos y la Comisión Interamericana presentó sus observaciones finales escritas al presente caso. Asimismo, en dicha oportunidad las partes dieron respuesta a preguntas formuladas por los jueces, así como a solicitudes de prueba para mejor resolver realizadas por la Corte. Tales escritos fueron transmitidos a las partes, a quienes se dio oportunidad para que presentaran las observaciones que estimaran pertinentes.

12. El 29 de noviembre de 2011 la Corte emitió una Resolución en la que ordenó, como prueba para mejor resolver, que las tres niñas M., V. y R. fueran informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implicaba, con el objetivo de que las tres niñas manifestaran lo que desearan al respecto[24].

13. El 8 de febrero de 2012 la Secretaría de la Corte Interamericana llevó a cabo en Santiago de Chile una diligencia en la que las niñas M. y R. participaron. Por motivos de fuerza mayor, la niña V. no estuvo presente en dicha diligencia. En dicha

diligencia las niñas manifestaron diversas observaciones en relación con el caso, las cuales poseen un carácter reservado (*infra* párrs. 67 a 71).

14. El 16 de febrero de 2012 se transmitió a las partes el acta de la diligencia anteriormente descrita[25].

III
COMPETENCIA

15. La Corte Interamericana es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención para conocer el presente caso, en razón de que Chile es Estado Parte de la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha.

IV
PRUEBA

16. Con base en lo establecido en los artículos 46, 49 y 50 del Reglamento, así como en su jurisprudencia relativa a la prueba y su apreciación[26], la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por las partes en diversas oportunidades procesales, así como las declaraciones de la presunta víctima, los testimonios y los dictámenes periciales rendidos mediante declaración jurada ante fedatario público y en la audiencia pública ante la Corte, así como las pruebas para mejor resolver solicitadas por el Tribunal. Para ello, el Tribunal se atendrá a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente[27].

A. Prueba documental, testimonial y pericial

17. El Tribunal recibió las declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidávit*) por siete peritos y seis testigos:

a) *Stefano Fabeni*, perito propuesto por la Comisión, Director del programa acerca de la comunidad LGTBI (Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales) de la Organización Global Rights, quien rindió dictamen sobre: i) las medidas legislativas y de otra índole que debe adoptar un Estado para prevenir las manifestaciones de la discriminación con base en la orientación sexual en el ejercicio del poder público, y particularmente, en el poder judicial, y ii) los distintos elementos que deben tomarse en cuenta al momento de diseñar y aplicar políticas efectivas para erradicar y prevenir el

uso de prejuicios discriminatorios basados en la orientación sexual en dicho ámbito;

b) *Leonor Etcheberry*, perito propuesta por los representantes, Abogada y profesora de derecho de familia de la Universidad Diego Portales en Chile, quien rindió dictamen sobre: "la forma en que se revisan y fallan las causas de tuición en el derecho chileno y su relación con la forma en que se llevó a cabo el proceso [...] de la Jueza Atala Riffo";

c) *Fabiola Lathrop*, perito propuesta por los representantes, Abogada y profesora de derecho de familia de la Universidad de Chile, quien rindió dictamen sobre: los conceptos relativos a tuición en Chile y en el derecho comparado, con énfasis en la discriminación por orientación sexual;

d) *Miguel Cillero*, perito propuesto por los representantes, profesor de derecho de la Universidad Diego Portales en Chile, quien rindió dictamen sobre: el tratamiento del principio del interés superior del niño en el derecho internacional;

e) *Mónica Pinto*, perito propuesta por los representantes, profesora de derechos y decana de la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien rindió dictamen sobre: el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en materia de no discriminación y del tratamiento de la orientación sexual como categoría sospechosa;

f) *María Alicia Espinoza Abarzúa*, perito propuesta por los representantes, psiquiatra infanto-juvenil, quien rindió dictamen sobre: el presunto daño psicológico causado y la alegada necesidad de terapia de las hijas de la señora Atala Riffo;

g) *Claudia Figueroa Morales*, perito propuesta por los representantes, psiquiatra de adultos, quien rindió dictamen sobre: i) el estado de salud mental y el presunto impacto en el proyecto de vida de la señora Atala Riffo a raíz del proceso de custodia, y ii) las alegadas necesidades de apoyo psiquiátrico que requiere la señora Atala Riffo en el futuro;

h) *Juan Pablo Olmedo*, testigo propuesto por los representantes, quien declaró sobre: la alegada intervención en la vida privada de la señora Atala durante el proceso de tuición en el que él fue abogado;

i) *Sergio Vera Atala,* testigo propuesto por los representantes, quien declaró sobre: el alegado impacto en su vida familiar, la de su madre, la señora Atala Riffo y sus hermanas como resultado del proceso judicial en Chile;

j) *María del Carmen Riffo Véjar,* testigo propuesta por los representantes, quien declaró sobre: el presunto impacto que tuvo el fallo de la Corte

Suprema de Chile en su vida familiar, en el de su hija la señora Atala Riffo, y sus nietas;

k) *Judith Riffo Véjar,* testigo propuesta por los representantes, quien declaró sobre: el impacto que tuvo el fallo de la Corte Suprema de Chile en su vida familiar, en el de su sobrina, la señora Atala Riffo y sus sobrinas nietas;

l) *Elías Atala Riffo,* testigo propuesto por los representantes, quien declaró sobre: el presunto impacto que tuvo el fallo de la Corte Suprema de Chile en su vida familiar, en el de su hermana, la señora Atala Riffo y sus sobrinas, y

m) *Emma De Ramón*, testigo propuesta por los representantes, quien declaró sobre: el proceso vivido por la familia de la señora Atala durante el juicio de tuición y luego de la sentencia de la Corte Suprema de Chile.

18. En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones de la presunta víctima y cinco peritos:

a) *Karen Atala Riffo*, presunta víctima propuesta por los representantes, quien declaró sobre: i) la alegada violación a sus derechos desde el comienzo del juicio de tuición de sus hijas, y ii) el presunto impacto de la decisión de la Corte Suprema de Chile en su proyecto de vida personal y familiar;

b) *Juan Carlos Marín*, perito propuesto por los representantes, Abogado chileno y profesor de derecho civil en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, quien rindió dictamen sobre: el uso del recurso de queja en Chile y el uso excepcional del mismo;

c) *Robert Warren Wintemute*, perito propuesto por los representantes, Profesor de Derechos Humanos del King’s College London, quien rindió dictamen sobre: el estado del derecho internacional en cuanto a la discriminación por orientación sexual, con énfasis en el Sistema Europeo de Derechos Humanos;

d) *Rodrigo Uprimny*, perito propuesto por la Comisión, experto en el derecho a la igualdad y no discriminación, quien rindió dictamen sobre: i) los estándares internacionales de derechos humanos en materia de orientación sexual y su relación con los derechos a la igualdad, no discriminación y vida privada, y ii) el tratamiento que el derecho internacional ha dado a la orientación sexual como un criterio prohibido de distinción, así como un aspecto de la vida privada de las personas y la jurisprudencia relevante en el sistema universal, en otros sistemas regionales de derechos humanos y en el derecho comparado;

e) *Allison Jernow*, perito propuesta por la Comisión, Abogada de la Comisión Internacional de Juristas y encargada del proyecto sobre orientación

sexual e identidad de género, quien rindió dictamen sobre: i) el uso de la orientación sexual como un factor en las decisiones judiciales de custodia, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de igualdad, no discriminación y vida privada y familiar, y ii) la relación entre los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y los temas de custodia en el presente caso, y

f) *Emilio García Méndez,* perito propuesto por la Comisión, consultor internacional respecto a los derechos de los niños y las niñas, quien rindió dictamen sobre: i) los estándares internacionales sobre derechos humanos de los niños y niñas aplicables en casos relacionados con su custodia y cuidado; ii) la forma en que el interés superior de los niños y niñas y el derecho a participar y ser escuchados en los asuntos que les conciernen, deben verse reflejados en la actuación de las autoridades judiciales que deciden dichos casos, y iii) las consecuencias nocivas en el interés superior de los niños y niñas cuando se aplican prejuicios discriminatorios en tales decisiones.

B. Admisión de la prueba documental

19. En el presente caso, como en otros[28], el Tribunal admite el valor probatorio de aquellos documentos remitidos por las partes en la debida oportunidad procesal, que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda, exclusivamente en la medida en que sean pertinentes y útiles para la determinación de los hechos y sus eventuales consecuencias jurídicas.

20. En cuanto a las notas de prensa, este Tribunal ha considerado que podrán ser apreciadas cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso[29]. Por tanto, el Tribunal decide admitir las notas de prensa que se encuentren completas o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación, y los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, las observaciones de las partes y las reglas de la sana crítica.

21. Con respecto a algunos documentos señalados por las partes por medio de enlace electrónicos, el Tribunal ha establecido que si una parte proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal, porque es inmediatamente localizable por el Tribunal y por las otras partes[30]. En este caso, no hubo oposición u observaciones de las otras partes sobre el contenido y autenticidad de tales documentos.

22. De otra parte, junto con sus alegatos finales escritos los representantes y el Estado remitieron diversos documentos como prueba, los cuales fueron

solicitados por el Tribunal con fundamento en lo dispuesto en el artículo 58.b del Reglamento de la Corte y se otorgó una oportunidad a las partes para presentar las observaciones que estimaran pertinentes. La Corte incorpora dichos documentos como prueba, los cuales serán valorados en lo pertinente teniendo en cuenta el conjunto del acervo probatorio, las observaciones de las partes y las reglas de la sana crítica.

23. Con posterioridad a la celebración de la audiencia pública, fueron remitidas las versiones escritas de los peritajes presentados en la audiencia pública del presente caso por Juan Carlos Marín, Robert Warren Wintemute y Allison Jernow. Dichas declaraciones fueron transmitidas a las demás partes. El Tribunal admite dichos documentos en lo que se refiera al objeto oportunamente definido por el Presidente del Tribunal para dichas declaraciones periciales (*supra* párr. 18), porque los estima útiles para la presente causa y no fueron objetados, ni su autenticidad o veracidad puesta en duda.

C. Admisión de la prueba testimonial y pericial

24. En cuanto a las declaraciones rendidas ante fedatario público y aquellas presentadas en audiencia pública, la Corte las admite y estima pertinentes en lo que se ajusten al objeto definido por el Presidente del Tribunal en la Resolución que ordenó recibirlas (*supra* párrs. 17 y 18). Estas declaraciones serán valoradas en el capítulo que corresponda, en conjunto con los demás elementos del acervo probatorio y tomando en cuenta las observaciones formuladas por las partes[31].

25. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, las declaraciones de las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, ya que son útiles en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las alegadas violaciones y sus consecuencias[32]. Con base en lo anterior, el Tribunal admite la declaración de la presunta víctima Karen Atala, cuya valoración se realizará con base en el criterio mencionado.

26. Por otra parte, respecto a los peritos, el Estado desarrolló diversas observaciones que se basan, en general, en: a) su discrepancia con el contenido de algunos de los dictámenes, contradiciendo o brindando su opinión sobre los mismos; b) el alcance de las manifestaciones de los peritos en relación con el objeto del dictamen, que en ocasiones el Estado asocia con observaciones sesgadas o meramente personales; c) algunos elementos que tuvieron para realizarlos, y d) la metodología utilizada para realizar algunos de los dictámenes.

27. El Tribunal considera pertinente señalar que, a diferencia de los

testigos, quienes deben evitar dar opiniones personales, los peritos proporcionan opiniones técnicas o personales en cuanto se relacionen con su especial saber o experiencia. Además, los peritos se pueden referir tanto a puntos específicos de la *litis* como a cualquier otro punto relevante del litigio, siempre y cuando se circunscriban al objeto para el cual fueron convocados y sus conclusiones estén suficientemente fundadas[33]. En ese sentido, en cuanto a las observaciones sobre el contenido de los peritajes, el Tribunal entiende que las mismas no impugnan su admisibilidad, sino que apuntan a cuestionar el valor probatorio de los dictámenes, por lo que serán consideradas en lo pertinente en los capítulos correspondientes de la presente Sentencia.

28. En particular, respecto de las observaciones del Estado sobre la alegada "falta de objetividad y las consideraciones personales" efectuadas fuera del objeto para el cual fue convocada la perito Espinoza, el Tribunal considerará la observación del Estado y reitera que sólo admite aquellas manifestaciones que se ajustan al objeto oportunamente definido (*supra* párr. 17). Sobre la metodología del dictamen de la señora Espinoza, sin perjuicio de tomar en cuenta lo manifestado por el Estado, el Tribunal observa que en dicho dictamen consta una explicación sobre el procedimiento empleado. La perito Espinoza señaló que basó su informe en sus reuniones con las niñas López Atala y su madre, así como diversos antecedentes. La Corte considera que las objeciones al método utilizado por la perito, el cual se infiere de lo señalado en su informe, no afectan su admisibilidad.

VDERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA VIDA PRIVADA, DERECHO A LA VIDA FAMILIAR, DERECHOS DEL NIÑO, DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL EN

RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS RESPECTO AL PROCESO DE TUICIÓN

29. De manera preliminar, la Corte considera necesario resaltar que el objeto del presente caso no es dirimir si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas (*infra* párrs. 64 a 66). En el presente caso la controversia entre las partes se relaciona con dos aspectos: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. El presente capítulo se concentra en los debates en torno al juicio de tuición. En un capítulo posterior se analizará el proceso disciplinario.

A. Hechos probados en relación con el procedimiento de tuición

30. La señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes el 29 de marzo de 1993[34]. Las niñas M., V. y R., nacieron en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente[35]. La señora Atala tiene un hijo mayor, Sergio Vera Atala, nacido en un matrimonio anterior. En marzo de 2002 la señora Atala y el señor López Allendes decidieron finalizar su matrimonio por medio de una separación de hecho. Como parte de dicha separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco[36]. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella, sus tres hijas y el hijo mayor[37].

1. Proceso de tuición[38]

31. El 14 de enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica al considerar que el "desarrollo físico y emocional [de las niñas estaría] en serio peligro" de continuar bajo el cuidado de su madre. En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala "no se enc[ontraba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, dado que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía]

demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s". Además, el señor López argumentó que "[l]a inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo [conllevaba a] desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre mujer, y por lo tanto altera[ba] el sentido natural de la familia, [...] pues afecta[ba] los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad", por lo que "la opción sexual ejercida por la madre altera[ría] la convivencia sana, justa y normal a que t[endrían] derecho [las niñas M., V. y R.]". Por último, el señor López arguyó que "habr[ía] que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implica[ría] para las menores [de edad] vivir junto a una pareja lésbica[, pues e]n efecto sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales est[aría]n expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes [y al] sida"[39].

32. El 28 de enero de 2003 la señora Atala presentó la contestación a la demanda de custodia interpuesta por el señor López. En dicha contestación la señora Atala manifestó "la tristeza que [causó] en [ella] la lectura de las imputaciones que se h[icieron] en el libelo y la forma en que se describ[ió] y juzg[ó] la que fuera [su] relación familiar y la que [era su] vida privada". La señora Atala indicó que los alegatos presentados en la demanda de tuición la "conmovieron por su agresividad, el prejuicio, la discriminación, el desconocimiento del derecho a la identidad homosexual, por la distorsión en los hechos que expon[ía] y, por último, por su desprecio al superior interés de [sus] hijas", y aseveró que "la[s] alegaciones que se h[icieron] de [su] identidad sexual nada tienen que ver con [su] función y rol como madre, y en consecuencia, debieran quedar fuera de la litis ya que situaciones de conyugalidad o de opción sexual no son extensivas a relaciones de parentalidad, materia del proceso de autos". La señora Atala finalmente alegó que ni el Código Civil chileno ni la ley de menores de edad contemplaban como causal de "inhabilitación parental" el tener una "opción sexual distinta" [40].

33. El 28 de enero de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica ordenó recibir "la causa a prueba para termino legal", por lo cual decidió fijar como "hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos": i) "habilidad e inhabilidad de las partes para tener la tuición de las menores" de edad, y ii) "medio ambiente que pueden ofrecer las partes a las menores" de edad. Además, el Juzgado decidió fijar audiencia y solicitar, *inter alia,* la siguiente prueba: i) "informe psicológico de ambas partes y de las menores" de edad; ii) "informe psiquiátrico de ambas partes"; iii) oír "a las menores de autos en audiencia privada"; iv) "informe socioeconómico integral de la demandada y menores" de edad, y v) solicitar a la "facultad de psicología de la Universidad de Chile [que informara] si ha[bían] estudios a nivel nacional e internacional en psicología que revel[ara]n si existen

diferencias entre los hijos criados por parejas heterosexuales y/o homosexuales y las consecuencias que pudieren acarrear a los menores [de edad] dichas circunstancias"[41].

34. Una serie de medios de comunicación ofrecieron cobertura al juicio de tuición incluyendo diarios de circulación nacional como "*Las Últimas Noticias"* y "*La Cuarta"*[42]. A partir de estas noticias, entre otras razones relacionadas con el presunto uso indebido de recursos del tribunal penal de Villarrica en el que la señora Atala tenía el cargo de jueza (*infra* párr. 211), el 19 de marzo de 2003 el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó al Ministro Lenin Lillo[43], a fin de que efectuara una visita extraordinaria a dicho tribunal penal.

35. El 11 de marzo de 2003 el apoderado de la señora Atala presentó prueba documental, solicitó que se recibieran seis testimonios y se decretaran otras diligencias probatorias, lo cual fue aceptado por el Juzgado[44]. Además, el apoderado solicitó que se practicaran diversas diligencias[45]. Por su parte, la apoderada del señor López solicitó que se llamaran a rendir veintidós testimonios, lo cual también fue aprobado por el Juzgado[46]. El 3 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica recibió los testimonios de seis familiares del demandante y tres familiares de la demandada[47].

36. El 8 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica escuchó en audiencia privada a las niñas M., V. y R., y "se guardó registro de la audiencia privada en sobre cerrado en la caja de fondos del Tribunal". El Juzgado también escuchó en audiencia privada al hijo mayor de la señora Atala[48].

37. El 10 de abril de 2003 se llevó a cabo la audiencia para presentar prueba testimonial[49]. El 14 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica recibió cuatro testimonios de personas propuestas por la parte demandante, especialmente de una psicóloga y una asistente social[50]. En particular, la asistente social señaló, al preguntársele si "los menores que se crían bajo parejas homosexuales sufren consecuencias adversas", que "s[í] hay consecuencias sociales, como modelos paternales y maternales confusos que afectan la conformación de la identidad sexual". Además, agregó que "otra de las consecuencias que hace, es que en Chile según estudio [...] sobre la tolerancia y la discriminación [del] año 1997, se llegó a la conclusión que los chilenos poseen un alto rechazo hacia las minorías homosexuales[,] un 60.2% fue la carga valórica de este rechazo. [Con] base [en] lo anterior, y en conocimiento de esta alta discriminación[,] se estaría exponiendo a estas menores [de edad] a situaciones de discriminación social que ellas no se han buscado"[51].

38. Además de los familiares y amigos cercanos que declararon en el proceso (*supra* párr. 35), también rindieron declaración tres trabajadoras del hogar,

quienes se expresaron señalando, *inter alia*, que el padre se preocupaba mucho más por sus hijas que la señora Atala[52]. Una de ellas describió, además, algunos comportamientos de las niñas[53].

2. Tuición provisional concedida al padre

39. En el marco del proceso de tuición, la apoderada del padre de las niñas presentó una demanda de tuición provisoria el 10 de marzo de 2003, con el fin de obtener la custodia de sus hijas antes de la conclusión del proceso. Al respecto, la apoderada del señor López argumentó la presunta "incapacidad que la opción sexual asumida por la madre y demandada, [la señora] Atala Riffo, y que se tradujo en su reconocimiento expreso de ser lesbiana, provoca[ba] y provocar[ía] en el desarrollo integral tanto psíquico como socio-ambiental de estas tres pequeñas, sin perjuicio de las conductas poco maternales y violentas que ésta ha demostrado a través de los años no sólo con su familia, sino con su entorno social". Además, alegó que "la necesidad que tiene la demandada de ser feliz y de realizarse en todas las esferas de su vida [...] no es homo[lo]gable con el ser padres, que incluye una capacidad funcional de maternización [...], que al parecer la demandada ha obviado egoístamente". Por otra parte, la apoderada del padre de las niñas arguyó el derecho de las niñas de vivir en una familia conformada por un padre y una madre de sexo distinto[54].

40. El 13 de marzo de 2003 la señora Atala respondió a la solicitud de la demanda de tuición provisoria, en el cual solicitó que se rechazaran todas las pretensiones. En particular, el apoderado de la señora Atala argumentó que:

> [L]a representante legal del demandante aspira[ba] a dejar sin efecto el *estatus quo* logrado a [esa] fecha, situación a la que ella misma ha[bía] contribuido con su asistencia, participación y contribución personal como profesional en los comparendos realizados, habiéndose logrado un régimen transitorio que refleja en mejor medida el interés superior de las menores de edad [...]. El hecho de que [la señora Atala] es lesbiana y asuma su condición de tal no afecta su aptitud maternal y su capacidad para generar un entorno de amor, afecto, respeto y tolerancia para los efectos de la educación y desarrollo de las niñas como seres humanos y futuras ciudadanas de nuestra nación[55].

41. El 2 de mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En particular, el Juzgado motivó la decisión, *inter alia*, con los siguientes argumentos: i) "que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la

normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas", y ii) "que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia"[56].

42. El 8 de mayo de 2003, en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado de Menores de Villarrica, la señora Atala entregó a sus tres hijas al padre de las mismas[57]. En respuesta a dicha decisión, el 13 de mayo de 2003 la señora Atala solicitó la inhibición del Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica de seguir conociendo el proceso de tuición, por haber incurrido en la causal de implicancia contenida en el Código Orgánico de Tribunales[58]. La representación de la señora Atala sostuvo que en la resolución del 2 de mayo de 2003 el Juez dio "forma y contenido con fuerza de resolución judicial a un determinado modelo de sociedad, visión que a no dudarlo es materia de fondo de la cuestión planteada, y que resulta discriminador por fundarse en estereotipos y supuestos patriarcales que no acogen y valoran la diversidad y pluralismo en el seno social"[59].

43. El 14 de mayo de 2003 el Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica declaró "bastante la causal" de implicancia, sin pronunciarse sobre su fondo, y se abstuvo de intervenir en el proceso de tuición. Además, ordenó cumplir con lo dispuesto en el artículo 120 del Código de Procesamiento Civil "mientras se res[olviera el] incidente"[60].

3. Sentencia de primera instancia otorgando la tuición de las niñas a la señora Atala

44. Dada la inhabilitación del Juez Titular, correspondió dictar sentencia sobre el fondo del asunto a la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica el 29 de octubre de 2003[61]. En dicha Sentencia el Juzgado rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su "rol de madre" y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Igualmente, se concluyó que "tampoco se ha[bía] acreditado la existencia de hechos concretos que perjudi[caran] el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar". Asimismo, consideró que había

quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba “ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno”.

45. En su evaluación sobre la presunta inhabilidad de la señora Atala para ser madre, por haberse declarado lesbiana y convivir con una pareja del mismo sexo, se tuvieron en cuenta una gama de informes de entidades como la Organización Panamericana de la Salud, el Departamento de Psicología de la Universidad de Chile y la Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, los cuales señalaron que: i) “la homosexualidad es un conducta normal y que no es una manifestación de ninguna patología”, y ii) “la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida [...] no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres”[62]. Por otra parte, se valoraron informes psicológicos de las menores de edad e informes psicológicos de la demandada y del demandante, los cuales concluyeron que “la presencia de la pareja de la madre en la casa en que vivieron las menores [de edad] con su madre no configura[ba] una causal de inhabilidad personal para ejercer el cuidado personal de sus hijas [y que] tampoco se ha[bía] acreditado la existencia de hechos concretos que perjudi[caran] el bienestar de las menores [de edad] derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar”.

46. Sobre la calidad del cuidado de la señora Atala con sus hijas, se tuvo bajo consideración un informe emitido por una enfermera del Hospital de Villarrica e informes educacionales, sobre los cuales el Juzgado indicó que dicha prueba “constituye manifestaciones objetivas de una preocupación constante de la madre de las menores de autos por su salud y educación y en consecuencia se t[uvo] por establecido que la demandada ha[bía] velado por la crianza, cuidado personal y educación de sus hijas”. El Juzgado indicó que pese a que en la demanda se señaló que las niñas habían sido objeto de malos tratos por la señora Atala, “no se descr[ibieron] cuáles son los hechos concretos que lo constitu[ía]n y si se trata[ba] de maltrato físico o psicológico. [Además, declaró que] el tribunal ha[bía] adquirido la convicción que no exist[ió] ningún antecedente que permiti[era] acreditar algún tipo de maltrato por parte de la madre hacia las menores” de edad.

47. Sobre el argumento del demandante referente al riesgo de las niñas a contraer enfermedades de transmisión sexual, el Juzgado consideró certificados médicos de la señora Atala y su pareja, mediante los cuales confirmó que no había evidencia de la existencia de dichas enfermedades. Sobre el peligro moral que presuntamente enfrentaban las menores de edad, se citó un informe social de la demandada demostrando un ambiente familiar armónico, “con normas y límites claros y una rutina familiar que funciona[ba] apropiadamente con la supervisión de

la madre, a quien el contexto de una relación de pareja satisfactoria, se le aprecia[ba] en armonía con su entorno y preocupada y cercana a sus hijas". Además, se mencionó la conclusión del informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile aduciendo que "la orientación sexual de la madre no constituye un peligro para la moralidad de las menores [de edad], porque, según ya se señaló, siendo una condición o forma normal de la sexualidad humana, no es susceptible de un juicio ético o moral, sino que sólo puede ser considerada como una condición física de una persona, no susceptible por si sola de un juicio de valor".

48. En relación con la potencial discriminación que podrían sufrir las niñas y que fue expresado por los parientes y testigos de la parte demandante, el Juzgado concluyó "que las menores [de edad] no ha[bían] sido objeto de ninguna discriminación a [esa] fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiesta[ron era] un temor a una posible discriminación futura". Por tanto, el Juzgado considero "que [dicho] tribunal deb[ía] fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores".

49. Finalmente, el Juzgado en la sentencia de primera instancia indicó "[q]ue consta en las actas guardadas en caja fuerte del tribunal que las menores [de edad] fueron oídas por este [Juzgado]. En estas audiencias se constató que la voluntad de las tres menores [de edad] es que sus padres vuelvan a vivir juntos, y en la última de las audiencias realizada con fecha 8 de octubre de 2003, [R.] y [V.] expresaron su deseo de volver a vivir con su madre y en el caso de [M.] sólo se detectó una leve preferencia por la figura materna". Al respecto, el Juzgado señaló que las declaraciones rendidas en audiencia por las menores de edad fue un antecedente considerado, pero no condicionaba su decisión en razón de su corta edad y la posibilidad de que estas opiniones se vieran afectadas "artificialmente por factores externos que las influencien, distorsionen o inhabiliten al fin propuesto"[63].

4. Apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco y concesión de orden de no innovar en favor del padre

50. De conformidad con la Sentencia dictada el 29 de octubre de 2003, el Tribunal de Menores de Villarrica ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003[64]. Sin embargo, el 11 de noviembre de 2003 el padre de las niñas interpuso un recurso de apelación de la Sentencia y posteriormente una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la Sentencia implicaría un cambio radical y violento del *status quo* actual de las menores de edad[65].

51. El 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco

concedió la orden de no innovar manteniendo el padre la custodia[66]. Sobre esta orden de no innovar, la señora Atala presentó una queja disciplinaria contra dos integrantes de dicha Corte, alegando causales de recusación y de inhabilitación[67]. La Corte Suprema de Justicia de Chile falló sobre este recurso de queja el 2 de julio de 2004, declarando por mayoría que no existió falta o abuso de los Ministros demandados. Sin perjuicio de lo anterior, algunos de los Ministros de la Corte "estuvieron por hacer un severo llamado de atención a los recurridos por la omisión que se les reprocha por la quejosa"[68].

52. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco, sin los dos Ministros que se habían apartado del proceso (*supra* párr. 51), confirmó la Sentencia apelada por el padre de las niñas, por lo que ratificaron las consideraciones realizadas por la primera instancia y dejaron sin efecto la orden de no innovar concedida el 24 de noviembre de 2003[69]. La Corte de Apelaciones no expuso fundamentos nuevos y acogió plenamente la sentencia de primera instancia.

5. Interposición del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia y concesión de la segunda orden de no innovar a favor del padre

53. El 5 de abril de 2004 el padre de las niñas presentó ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. El padre de las niñas argumentó que mediante la Sentencia de apelación los jueces recurridos habían cometido una "falta y un abuso grave y notorio", debido a: i) haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas; ii) haber faltado en su deber legal de proteger su vulnerabilidad, y iii) haber trasgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia[70]. En particular, el señor López Allendes alegó que los jueces habían ignorado toda la evidencia probatoria en autos que demostraría que la "exteriorización del comportamiento lésbico, produjo en forma directa e inmediata en [M., V. y R.], una confusión en los roles sexuales que interfirió y va a interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida"[71]. La Corte Suprema concedió la orden de no innovar solicitada el 7 de abril de 2004[72].

6. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile

54. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre[73].

55. En primer lugar, la Corte Suprema destacó que “en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”. Además, la Corte Suprema expresó que el inciso primero del artículo 225 del Código Civil chileno, el cual provee que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, no es una norma “absoluta y definitiva”. Por lo tanto, la Corte declaró que “el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una ‘causa calificada’ que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo”.

56. En particular, la Corte Suprema concluyó que: i) “se ha[bía] prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, […] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro”; ii) “el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”; iii) “no e[ra] posible desconocer que la madre de las menores de [edad], al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno […] ha[bía] antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”, y iv) “aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas”.

57. La Corte Suprema, además, estimó que las niñas se encontraban en una “situación de riesgo” que las ubicaba en un “estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se

diferencia[ba] significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal". Por tanto, la Corte consideró que las condiciones descritas constituyen "causa calificada" de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba "un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración". La Corte concluyó que los jueces recurridos fallaron en "no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso" y al "haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja"[74].

58. Los dos jueces de la Sala de la Corte Suprema que votaron por rechazar el recurso de queja, presentaron argumentos sobre la naturaleza de dicho recurso[75]. Además, los jueces disidentes estimaron que, de acuerdo con el artículo 225 y la preferencia que establece este artículo por la madre en el cuidado de los hijos en casos de separación, "el juez no puede variar la norma general de la radicación de cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un 'indispensable' interés del niño"[76].

B. Consideraciones previas

1. Consideración previa sobre el objeto del caso ante la Corte Interamericana

Alegatos de las partes

59. La Comisión argumentó que el presente caso "se relaciona con la discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de [la señora] Atala, ocurridas en el contexto de un proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas". Lo anterior, debido a que presuntamente la "orientación sexual [de la señora] Atala y, principalmente la expresión de dicha orientación en su proyecto de vida, fueron la base principal de las decisiones mediante las cuales se resolvió retirarle la custodia de las niñas".

60. Los representantes coincidieron con los alegatos generales de la

Comisión y agregaron que “el proceso iniciado ante el [S]istema [I]nteramericano […] no ha tenido ni tiene por objeto reabrir el proceso de tuición y usar al [S]istema [I]nteramericano como una cuarta instancia”. Además, argumentaron que “el Estado le present[ó] a esta […] Corte razones que la Corte Suprema no expresó en la sentencia del recurso de queja, apoyándose en documentos que la Corte Suprema tuvo en su conocimiento y que desestimó al fallar”.

61. Por su parte, el Estado argumentó que “no es efectivo que la razón por la que los tribunales chilenos resolvieron remover la tuición de la madre para entregársela al padre en el caso de las niñas López Atala, fuera la orientación sexual” de la señora Atala. En particular, el Estado alegó que “el objeto del juicio de custodia […] no fue la declaración de inhabilitación de la madre, sino la determinación del padre o madre que en ese momento ofrecía mejores condiciones para asegurar el bienestar de las tres niñas”. En este sentido, arguyó que “[n]o es efectivo que el fundamento de las referidas resoluciones fuera la orientación sexual de la madre ni su sola expresión. Por el contrario, del tenor de las mismas se desprende […] que su fundamento fue el interés superior del niño, y que en dicho contexto, la orientación sexual de la demandada fue considerada, entre otras circunstancias, en la medida que su expresión tuvo efectos concretos adversos al bienestar de las niñas”. De acuerdo con el Estado, “la sentencia de la Corte Suprema resolvió que los tribunales inferiores incurrieron en falta o abuso grave al infringir las reglas de apreciación de la prueba, […] pues […] dichos tribunales no ponderaron en su conjunto el mérito de la totalidad de la prueba”.

62. De manera general, el Estado alegó que en el proceso de tuición “exist[ía] abundante prueba […] que acredita[ba …] las mejores condiciones que el padre ofrecía a[l] bienestar” de las niñas. Concretamente, el Estado argumentó que “existía evidencia contundente que daba cuenta que la demandada demostraba una intensa actitud centrada en sí misma y características personales que dificultaban el ejercicio adecuado de su rol maternal, circunstancias que llevaron a concluir que la madre no ofrecía un medio ambiente idóneo para el desarrollo de sus hijas”.

63. Por otra parte, el Estado arguyó que “respecto del padre existía evidencia considerable […] que avala[ría]: i) su dedicación y esmero en el cuidado de sus hijas; ii) sus aptitudes para el ejercicio de la crianza; iii) el ambiente favorable que ofrecía al bienestar de sus hijas, y iv) la positiva relación que existía entre las niñas y la pareja del demandante”. Además, el Estado manifestó que al examinar la prueba obrante en el expediente, se evidenciaría que la decisión de custodia provisoria “incluía también materias ajenas a la referida orientación sexual, como la determinación del padre o madre que ofrecía un mayor grado de

compromiso y de atención a las niñas".

Consideraciones de la Corte

64. De los alegatos presentados por el Estado, así como de la prueba que obra en el expediente, la Corte considera que en el juicio de tuición se debatieron, *inter alia*, los siguientes aspectos: i) la orientación sexual de la señora Atala; ii) la personalidad de la señora Atala; iii) los presuntos daños que se habrían ocasionado a las niñas, y iv) la alegada prevalencia que daría la señora Atala a sus intereses personales. Por su parte, respecto del padre de las niñas se expusieron, en el marco del proceso de tuición, argumentos a favor y en contra sobre si él podría brindar un mejor bienestar a éstas. El Estado consideró que la Corte Interamericana debe analizar la totalidad de prueba ventilada en el juicio de tuición y no solamente las sentencias emitidas por los tribunales internos.

65. Al respecto, el Tribunal reitera que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario[77], coadyuvante y complementario[78], en razón de lo cual no desempeña funciones de tribunal de "cuarta instancia". La Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos entre las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales de derechos humanos. Es por ello que ha sostenido que, en principio, "corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares"[79].

66. De acuerdo con lo anterior, no corresponde a este Tribunal determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas ni valorar prueba con ese fin específico, pues ello se encuentra fuera del objeto del presente caso, cuyo propósito es definir si las autoridades judiciales han afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención. Asimismo, y en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver respecto a la custodia de las tres niñas M., V. y R., por cuanto esto es materia del derecho interno chileno. De manera que la tuición actual de las menores de edad no es materia del presente caso.

2. Consideración previa sobre la participación de las niñas M., V. y R.

67. En la Resolución de 29 de noviembre de 2011 (*supra* párr. 12), la Corte señaló que en ninguna parte del expediente había una manifestación precisa por parte de las niñas M., V. y R. respecto a si estaban de acuerdo con la

representación que ejercía cualquiera de sus padres y de si deseaban ser consideradas como presuntas víctimas en el presente caso. La Corte indicó que, si bien existían dos escritos mediante los cuales tanto el padre como la madre manifestaban que actuaban en representación de las tres niñas ante este Tribunal, la posición de la madre y el padre no necesariamente representaban los intereses de las niñas.

68. Por otra parte, el Tribunal, en dicha Resolución, señaló que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. Por tanto, al llevarse a cabo la diligencia realizada según lo dispuesto en la mencionada Resolución (*supra* párr. 13) se tuvo en cuenta que las tres niñas tienen en este momento 12, 13 y 17 años de edad y, por tanto, podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una. En el presente caso, el 8 de febrero de 2012 se escuchó a dos de las niñas (*supra* párr. 13).

69. Durante dicha diligencia, el personal de la Secretaría estuvo acompañado por la psiquiatra María Alicia Espinoza[80]. Antes de realizar la diligencia, la delegación de la Secretaría de la Corte sostuvo una reunión previa con dicha psiquiatra, la cual consistió en un intercambio de ideas con el fin de garantizar que la información brindada fuera accesible y apropiada para las niñas. Teniendo en cuenta los estándares internacionales sobre el derecho de las niñas y los niños a ser oídos (*infra* párrs. 196 a 200), las niñas M. y R. fueron, en primer lugar, informadas de manera conjunta por el personal de la Secretaría sobre su derecho a ser oídas, los efectos o consecuencias que podían producir sus opiniones dentro del proceso contencioso en el presente caso, la posición y los alegatos de las partes en el presente caso, y se les consultó si querían continuar participando en la diligencia. Posteriormente, en lugar de desarrollar un examen unilateral, se sostuvo una conversación con cada niña por separado, con el objetivo de brindar un ambiente propicio y de confianza a las niñas. Durante la diligencia no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes. Además, la diligencia realizada con las niñas fue privada en razón del pedido de confidencialidad de la identidad de las niñas que han realizado tanto la Comisión como los representantes en el presente caso (*supra* nota 3), como por la necesidad de proteger el interés superior de las niñas y su derecho a la intimidad. Además, las niñas solicitaron expresamente que se mantuviera absoluta reserva de todo lo que manifestaran en la reunión.

70. Durante la diligencia realizada el 8 de febrero de 2012, las niñas M. y R. manifestaron que conocían y entendían los temas relacionados con las tres alegadas violaciones por las cuales fueron presentadas como presuntas víctimas en el presente caso (*infra* párrs. 150, 176, 178 y 201). De las manifestaciones rendidas por las dos niñas y teniendo en cuenta el desarrollo progresivo de los derechos de los niños y las niñas, la Corte observa que las dos niñas expresaron de manera libre e independiente sus propias opiniones y juicios formados sobre los hechos del caso que atañen a ellas, así como algunas de sus expectativas e intereses en la resolución del presente caso. Por tanto, la Corte las considerará presuntas víctimas en el presente caso (*infra* párrs. 150, 176, 178 y 208).

71. Como se indicó anteriormente, la niña V. no participó en dicha diligencia por motivos de fuerza mayor (*supra* párr. 13). Con base en las consideraciones anteriores, el Tribunal no halla ningún elemento para considerar que la niña V. no se encuentra en la misma condición que sus hermanas (*infra* párrs. 150, 176, 178 y 208). Sin embargo, para efectos de las reparaciones la autoridad nacional competente para la infancia deberá constatar en forma privada la opinión libre de la niña V. sobre si desea ser considerada parte lesionada.

C. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación

Alegatos de las partes

72. Respecto a la presunta violación de los artículos 24[81] y 1.1[82] de la Convención Americana, la Comisión alegó que “existe un amplio reconocimiento en los Estados americanos en el sentido de que la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida”. Argumentó que “la orientación sexual [...] fue el sustento de la decisión de la Corte Suprema de Justicia” debido a que presuntamente se determinó que la señora Atala “no debía conservar la custodia de sus hijas[, por cuanto] convivía con una persona de su mismo sexo”. Añadió que se “efectuó una distinción en perjuicio de [la señora] Atala en la aplicación de la ley relevante para la determinación de asuntos de familia, con base en una expresión de su orientación sexual, como lo es la decisión de conformar una pareja y establecer una vida con ella”. Agregó que la “decisión de tuición provisional [...] constituyó también una distinción efectuada con base en la orientación sexual de la señora Atala”. Por otra parte, manifestó que “en el derecho constitucional comparado se ha acudido a la figura de “categoría sospechosa” y, consecuentemente, se ha aplicado un escrutinio estricto a casos relacionados con la orientación sexual”.

73. Los representantes señalaron que los Estados “suscribieron la Convención Americana con una cláusula abierta de no discriminación, por tanto no pueden ahora alegar que su nivel de desarrollo político social no les permite entender que se incluye la orientación sexual dentro de las razones prohibidas para discriminar”. Alegaron que “[l]a decisión del recurso de queja resulta [...] ser un juicio de escrutinio a la [señora] Atala y a su vida privada, sin considerar sus habilidades maternales, que eran el tema a considerar”. Indicaron que dicho “juicio de escrutinio [no se realizó] a la vida del [señor] López, del que nada se sabe, cuestiona o investiga, o de sus habilidades parentales”. Por tanto, consideraron que “[e]se sólo hecho constituye un tratamiento diferenciado no contemplado en el derecho chileno, y claramente prohibido por el derecho internacional”. Además, alegaron que “[l]a Corte Suprema de Chile [...] cre[ó] una categoría de personas que por su sola naturaleza, sin importar su comportamiento, no serían hábiles para cuidar a sus propios hijos, equiparándolos con situaciones de maltrato y descuido”.

74. El Estado argumentó que “el [S]istema [Interamericano de Derechos Humanos] requiere de la credibilidad y confianza de los Estados miembros. Una relación de confianza recíproca puede ser afectada si la Corte toma un rol demasiado regulador, sin otorgar consideración al sentir mayoritario de los Estados”. El Estado alegó que “al suscribir la [Convención Americana], los Estados miembros consintieron en obligarse por sus disposiciones. Si bien la interpretación jurídica puede ser flexible y el lenguaje de los derechos humanos reconoce su desarrollo progresivo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían. De ser necesario ampliar el alcance del tratado, en materias en que no existe un consenso mínimo, la misma [Convención Americana] establece un procedimiento para la incorporación de protocolos que protejan otros derechos”.

75. Asimismo, el Estado señaló “que la orientación sexual no era una categoría sospechosa de la cual hubiera un consenso durante el año 2004”, en el que fue emitida la sentencia de la Corte Suprema en el presente caso. Alegó que “no resultaría procedente exigirle [a la Corte Suprema de Chile] pasar un test de escrutinio estricto para una categoría en la cual el consenso interamericano es reciente”. Añadió que “el establecimiento de una ‘supercategoría sospechosa’, como sería en este caso la orientación sexual de uno de los padres u otras similares, puede terminar por girar el centro de un juicio de familia a la consideración prioritaria de los derechos de los padres en desmedro del bien superior del niño en el caso concreto”.

76. Finalmente, el Estado alegó que “no es arbitraria la resolución que,

declarando a la madre legalmente habilitada, resolvió [...] acoger la demanda de cuidado personal interpuesta por el padre con fundamento en el interés superior de las niñas y su mejor bienestar". Indicó que "[n]o es efectivo que el fundamento de las referidas resoluciones fuera la orientación sexual de la madre ni su sola expresión" y que "la orientación sexual de la demandada fue considerada, entre otras circunstancias, en la medida en que su expresión tuvo efectos concretos adversos al bienestar de las niñas".

Consideraciones de la Corte

77. Para resolver estas controversias la Corte analizará: 1) los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; 2) la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana; 3) si existió en el presente caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y 4) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual se evaluarán en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas.

1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

78. La Corte ha establecido 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 de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "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[83].

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado[84] que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado 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*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico[85].

80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse

de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*[86]. 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. Esto 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 discriminatorias[87].

81. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación". Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[88] y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[89], el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "Comité de Derechos Humanos") ha definido la discriminación como:

> toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas[90].

82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley"[91]. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe 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. En otras palabras, 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 cuestión. 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[92].

2. La orientación sexual como categoría protegida por

el artículo 1.1 de la Convención Americana

83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales[93]. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[94].

84. En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano[95].

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo[96].

86. Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante "OEA") ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios[97].

87. Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es "otra condición" mencionada en el artículo 14[98] del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convenio Europeo"), el cual prohíbe tratos discriminatorios[99]. En particular, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal,* el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo[100]. Asimismo, en el *Caso Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida

bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona[101].

88. En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1[102] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2[103] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso *Toonen Vs. Australia* que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas[104]. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados[105].

89. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”[106]. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño[107], el Comité contra la Tortura[108] y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[109] han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”[110]. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”[111]. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”[112]. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas[113].

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía

establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por 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.

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido[114]. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

3. Diferencia de trato basada en la orientación sexual

94. El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión[115].

95. En el presente caso se alega un presunto trato discriminatorio respecto a dos hechos distintos en el marco del proceso de tuición: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. Para determinar si existió un vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de Menores de Villarrica, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido las decisiones judiciales, con el fin de establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual[116]. Al respecto, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal,* el Tribunal Europeo concluyó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro hombre como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final.

96. Respecto al contexto del proceso judicial de tuición, la Corte nota que la demanda de tuición fue interpuesta bajo el supuesto de que la señora Atala "no se encontra[ba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, ya que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s"[117]. Por tanto, el proceso de tuición giró, además de otras consideraciones, en torno a la orientación sexual de la señora Atala y las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, por lo que esta consideración fue central en la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso (*supra* párrs. 41 y 56).

97. En particular, el Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia de Chile invocó las siguientes razones para fundamentar su sentencia: i) el presunto "deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual" y los "efectos que esa convivencia p[odía] causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas"; ii) la alegada existencia de una "situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deb[ían] ser protegidas" por "la eventual confusión de roles sexuales que p[odía] producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino"; iii) la supuesta existencia de "un estado de vulnerabilidad en su medio social" por el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad "al tomar la decisión de explicitar

su condición homosexual"[118]. Estos argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual.

98. Respecto a la decisión de tuición provisoria, el Tribunal observa que el Juzgado de Menores de Villarrica[119] utilizó como fundamentos: i) que supuestamente la señora Atala había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas (*supra* párr. 41), y ii) que en "el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional" el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas (*supra* párr. 41). Al respecto, la Corte constata que, al igual que en la sentencia de la Corte Suprema (*supra* párr. 97), la decisión de tuición provisoria tuvo como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala, por lo que este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en esta categoría.

99. Para determinar si dichas diferencias de trato constituyeron discriminación, a continuación se analiza la justificación que hizo el Estado para efectuarlas, es decir, la alegada protección del interés superior del niño y los presuntos daños que las niñas habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre.

4. El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo

Alegatos de las partes

100. La Comisión alegó que el interés superior del niño "constituye no sólo un fin legítimo sino una necesidad social imperiosa", mas "la falta de adecuación o relación de causalidad entre ese fin nominal y la distinción, resulta evidente de la misma motivación especulativa y abstracta de las sentencias".

101. La Comisión manifestó que "ambas autoridades judiciales [(la Corte Suprema y el Juzgado de Menores de Villarrica)] se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado". Al respecto, arguyó que "la decisión [de la Corte Suprema] tuvo como sustento las propias concepciones estereotipadas de los jueces sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo".

102. Los representantes argumentaron que el interés superior de las niñas "[e]fectivamente, en teoría [...] sería un fin legítimo". Sin embargo, manifestaron que "[n]o basta [...] aducir un fin legítimo para que lo sea; el Estado tiene la obligación de demostrar que tal fin es real". En este sentido, alegaron que "el Estado simplemente dice proteger a las niñas pero no fundamenta de manera

objetiva el daño que se habría irrogado en las niñas y, por lo tanto, la decisión carece de un fin legítimo".

103. Los representantes también señalaron que "corresponde observar si la separación completa de la madre cumple con el objetivo declarado de proteger los derechos de las niñas". Al respecto, alegaron que podría "estimarse que sí lo hace aunque de un modo que no satisface el principio de interdicción de la arbitrariedad, pues el nivel de intensidad con que se afecta[ría]n los derechos [sería] ciertamente muy alto, y se genera[ría]n con ello vulneraciones de sus derechos". En concreto, indicaron que las decisiones judiciales "separ[aron] a las niñas de su figura materna, su referente, su lugar de residencia, colegios, amigos y mascotas". Por otra parte, los representantes manifestaron que el Estado "reescribe la sentencia que hubiera querido que la Corte Suprema escribiera, pero no es la que origina este proceso".

104. Respecto a la decisión de tuición provisional, los representantes argumentaron que "constituía una discriminación" ya que "no era objetiva ni razonable". Además, alegaron que el "juez asumió que vivir con una pareja en el caso de mujeres lesbianas es un interés egoísta que solo puede traer bienestar a la madre".

105. Por su parte, el Estado manifestó que en el marco de un proceso de custodia se establece "una prioridad a favor del interés superior del niño por sobre cualquier otro interés protegido en conflicto, [por lo que] resulta evidente que en un juicio de custodia debe necesariamente entender el referido interés como causal calificada que autoriza la modificación del régimen de cuidado personal" del niño. Concretamente, el Estado alegó que "la sentencia de la Corte Suprema resolvió que los tribunales inferiores incurrieron en falta o abuso grave al infringir las reglas de apreciación de la prueba, afectando el interés superior de las niñas". Por otra parte, el Estado indicó que en la decisión de tuición provisoria "el tribunal declaró [...] que es tarea del sentenciador asegurar el interés superior del niño y procurar su máximo bienestar [...] y en consecuencia resolvió conceder la solicitud de custodia provisoria en favor del padre". Además, argumentó que "la decisión de custodia provisoria, tras apreciar la totalidad de la prueba que a la fecha obraba en el proceso [...] concluy[ó] que: i) las niñas presentaban perturbaciones de orden psicológico y carencias afectivas [...], y ii) que el padre daba certeza de ofrecer un entorno adecuado".

106. El Estado señaló que "en relación a la 'adecuación' que deben tener las medidas de los Estados para que no sean discriminatorias, basta para satisfacer el test de ponderación [...] el haberse acreditado en la causa la situación de daño sufrido por las niñas". En concreto, el Estado alegó que "existe abundante prueba

en autos que acredita[rían]: i) los efectos concretos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de sus hijas, y ii) las mejores condiciones que el padre ofrecía [para] su bienestar, cuestión que en nada dice relación con la orientación sexual de la demandada". Además, arguyó que "exist[ía] evidencia contundente que daba cuenta que la demandada demostraba una intensa actitud centrada en sí misma y características personales que dificultaban el ejercicio adecuado de su rol maternal, circunstancias que llevaron a concluir que la madre no ofrecía un medio ambiente idóneo para el desarrollo de las hijas". Igualmente, manifestó que "existió abundante prueba en autos, no sólo sobre los efectos negativos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de sus hijas, sino también sobre circunstancias totalmente ajenas, tales como la determinación del padre o madre que ofrecía un mejor ambiente para el desarrollo de las niñas y un mayor grado de compromiso y atención hacia las mismas".

Consideraciones de la Corte

107. La Corte Interamericana constata que, entre sus consideraciones, la Corte Suprema de Justicia de Chile indicó que "en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo[s] de sus padres"[120]. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoría, manifestó que "es tarea del sentenciador asegurar [...] el interés superior del niño, lo que importa realizar un análisis preventivo o anticipado conducente al fin último que ha de tenerse en cualquier resolución judicial que afecte a un menor [de edad] y que no es otro que procurar su máximo bienestar"[121].

108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades[122]. En el mismo sentido, conviene observar 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"[123].

109. Igualmente, la Corte constata 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[124].

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa 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[125]. 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.

111. 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[126]. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones 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[127].

112. Por otra parte, el Tribunal resalta que, si bien dentro del proceso de tuición se produjo prueba relacionada con algunos alegatos específicos del Estado sobre como el padre presuntamente ofrecería un mejor ambiente para las niñas, la Corte sólo tomará en cuenta, para el análisis de la adecuación de la medida, aquellas pruebas y argumentación que hayan sido explícitamente utilizadas para la motivación de sus decisiones por la Corte Suprema o el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria (*supra* párrs. 41 y 56).

113. El Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala[128]; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo[129]; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres

hijas[130], y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre[131]. La Corte Suprema concluyó que los jueces recurridos fallaron en "no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso" y que al "haber preterido el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que deb[ía] ser corregido por la vía de acoger el [...] recurso de queja"[132]. La decisión de tuición provisoria utilizó como fundamento principal la supuesta prevalencia de intereses y el alegado derecho de las niñas a vivir en una familia tradicional (*supra* párr. 41), por lo que en estos puntos el examen se realizará de manera conjunta.

114. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte procede a analizar si dichos argumentos eran adecuados para cumplir con la finalidad declarada por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica, es decir, la protección del interés superior de las tres niñas.

4.1. Presunta discriminación social

115. La Corte observa que entre los testimonios recabados en el proceso, una de las testigos manifestó que "se ha producido una discriminación en contra de las niñitas, pero no a nivel de [los] niños, sino de los padres, quienes reprimen a los niños, no me consta que hayan hechos concretos de discriminación pero pusieron como ejemplo, que si se hacía una piyamada en la casa de [K]aren no le darían permiso a sus hijas para ir"[133]. Asimismo, algunos de los testigos indicaron que: i) "que las niñas van a ser discriminadas y afectadas en sus relaciones sociales"[134]; ii) "en el ambiente del colegio y de sus pares [...] ellas están siendo señaladas, me preocupa que por vivir en [esta] ciudad tan pequeña, esta situación sea complicada"[135], y iii) "los padres de los compañeros de colegio y [los] amiguitos toman actitudes de 'protección' de sus hijos respecto de esta situación que la ven como contradictoria con la formación que ellos le proporcionan a sus hijos y eso necesariamente debe generar situaciones negativas y de aislamiento respecto a las niñitas, cosa que de acuerdo a lo me han comentado lamentablemente está ocurriendo"[136].

116. Asimismo, la asistente social que declaró en el proceso indicó que "en Chile según un estudio [...] sobre la tolerancia y la discriminación [del] año 1997, se llegó a la conclusión que los chilenos poseen un alto rechazo hacia las minorías homosexuales[,] un 60.2% fue la carga valórica de este rechazo. [Con] base [en] lo anterior, y en conocimiento de esta alta discriminación[,] se estaría exponiendo a estas menores [de edad] a situaciones de discriminación social que ellas no se han

buscado”[137].

117. Por otra parte, la Corte nota que en el expediente de tuición obran ocho declaraciones juradas de padres de compañeros y amigos de las tres niñas en las que se expresa, *inter alia*, que “jamás h[an] discriminado a [las] hijas [de la señora Atala] en ningún sentido, de manera que [sus] hijos se juntaban, jugaban y participaban de actividades con las niñas López Atala”[138].

118. Al respecto, el Tribunal constata que, si bien existía prueba dentro del expediente de personas que manifestaban que las niñas podrían estar siendo discriminadas en su entorno social por la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo, también se evidencia prueba en contrario respecto a este punto (*supra* párr. 115, 116 y 117). Sin embargo, la Corte nota que la manera en que planteó la Corte Suprema la posible discriminación social que podrían enfrentar las tres niñas era condicional y abstracta, por cuanto se manifestó que: i) “las niñas podrían ser objeto de discriminación social”, y ii) “es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”[139].

119. La Corte considera 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.

120. El Tribunal constata 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[140], 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[141].

121. 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" valido 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 inadmisible legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía porque sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.

122. Por tanto, la Corte concluye 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..

4.2. Alegada confusión de roles

123. Sobre la posible confusión de roles que podría producirse en las tres niñas por convivir con su madre y su pareja, la Corte Suprema motivó su decisión señalando que: i) "el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja", y ii) "aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas"[142].

124. Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso[143], 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[144]. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.

125. 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. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo (*supra* párrs. 109 y 111) vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales.

126. La jurisprudencia de algunos países, así como numerosos informes científicos, se han referido a esta temática con claridad. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su sentencia de 2010 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, consideró relevante que los demandantes no sustentaron empíricamente, con base en documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño en estos casos. Por el contrario, la Suprema Corte tomó en cuenta los estudios existentes sobre el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales[145]. Además, la Suprema Corte indicó, por ejemplo, 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 estadístico[146].

127. Por otra parte, diversas sentencias de tribunales internacionales[147] permiten concluir que en decisiones judiciales respecto a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña. Esto en aras de la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales (*supra* párr. 92 y 124).

128. Por su parte, los peritos Uprimny y Jernow citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico. Dichos estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son

equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños[148]. Asimismo, la perita Jernow mencionó varios fallos de tribunales nacionales que se refirieron a investigaciones científicas como prueba documental para afirmar que el interés superior del niño no se vulnera con la homosexualidad de los padres[149].

129. La Corte resalta que la "American Psychological Association", mencionada por la perita Jernow, ha calificado los estudios existentes sobre la materia como "impresionantemente consistentes en su fracaso para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico [...] las capacidades de personas gays o lesbianas como padres y el resultado positivo para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos más autorizados disienten"[150]. En consecuencia, la perita concluyó que:

> cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia[151].

130. El Tribunal observa 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[152], 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[153]. La Corte Suprema de Justicia afirmó la existencia de un "deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores" de edad, como consecuencia de la convivencia de la madre con su pareja, sin especificar en qué consistía la relación de causalidad entre dicha convivencia y el supuesto deterioro. No expuso argumentos para desvirtuar la posibilidad que el supuesto deterioro no se hubiera producido con ocasión de la nueva convivencia, sino como consecuencia de la separación anterior de la madre y el padre y los posibles efectos negativos que se podrían generar para las menores de edad. La

Corte Suprema de Justicia tampoco se ocupó de exponer argumentos específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable. La motivación de la Corte Suprema de Justicia se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña.

131. La Corte Interamericana concluye que la Corte Suprema de Justicia 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. Además, el Tribunal considera que, en el caso concreto, el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del rol paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas.

4.3. Alegado privilegio de intereses

132. La Corte Suprema indicó en su sentencia que "no es posible desconocer que la madre de las menores de [edad], al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas"[154]. En igual sentido, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisional, declaró que "la demandada ha[bía] privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que p[odían] afectar el desarrollo posterior de las menores de autos"[155].

133. La Corte Interamericana considera necesario recalcar 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. Al respecto, en el *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada[156].

134. Al respecto, el perito Wintemute manifestó que:

"la jurisprudencia del Tribunal Europeo deja claro que la orientación sexual

también incluye la conducta. Esto significa que la protección contra la discriminación basada en la orientación sexual no se relaciona únicamente sobre un trato menos favorable por ser lesbiana o gay. También abarca la discriminación porque un individuo actúa según su orientación sexual, al optar por participar en actividades sexuales consentidas en privado o decidir iniciar una relación de pareja a largo plazo con una persona del mismo sexo"[157].

135. 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 éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo[158]. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional[159].

136. 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[160]. 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"[161].

137. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que:

> 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. [L]a orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, [es] un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo[162].

138. En el presente caso, el Tribunal observa que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Juzgado de Menores de Villarrica fundamentaron sus decisiones para entregar la tuición al padre bajo el supuesto de que la señora Atala podía declararse abiertamente como lesbiana. Sin embargo, indicaron que, al ejercer su

homosexualidad cuando decidió convivir con una pareja del mismo sexo, privilegió sus intereses sobre los de sus hijas (*supra* párrs. 41 y 56).

139. Al respecto, el Tribunal considera 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[163], no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como "reprochable o reprobable jurídicamente", bajo ninguna circunstancia, 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.

140. En consecuencia, la Corte considera 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, la Corte considera 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.

4.4. Alegado derecho a una familia "normal y tradicional"

141. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló que se desconoció "el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio"[164]. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoria, indicó que "el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia"[165].

142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio[166].

143. En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de

edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)[167].

144. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el *Caso Karner Vs. Austria*, 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"[168].

145. En el presente caso, este Tribunal constata 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", refleja 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")[169].

4.5. Conclusión

146. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (*supra* párr. 121, 131 y 139) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (*supra* párr. 118, 119, 125, 130, 140 y 145), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

5. Trato discriminatorio en contra de las niñas M., V. y R.

Alegatos de las partes

147. La Comisión alegó, en relación con el artículo 19 de la Convención Americana[170], que "la Corte Suprema vulneró el interés superior de las niñas [...] por la falta de determinaciones basadas en evidencia y en hechos concretos".

148. Los representantes argumentaron que mediante la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se habría vulnerado el interés superior del niño "al contravenir el derecho de las niñas M., V. y R. a no ser separadas de su familia". Además, agregaron que los niños no pueden ser discriminados por las condiciones de sus padres.

149. El Estado indicó que las presuntas violaciones en relación con las tres niñas "resultan refutadas desde el momento en que se ha demostrado que dicha sentencia no nace de una discriminación en razón de la orientación sexual, sino del análisis de los hechos concretos que se acreditaron en el juicio de custodia".

Consideraciones de la Corte

150. La Corte ya ha concluido que tanto la Sentencia de la Corte Suprema como la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica, respecto a la tuición provisoria, constituyeron un trato discriminatorio en contra de la señora Atala (*supra* párr. 146), por lo que procederá a analizar si dicho trato generó una discriminación, a su vez, a las niñas M., V. y R.. Al respecto, el Tribunal considera que la prohibición de discriminación, en casos en que se relacionen menores de edad, debe ser interpretada a la luz del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que:

> 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
>
> 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

151. Al respecto, la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende,

además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales[171].

152. Por otra parte, respecto a la relación del interés superior del niño y la prohibición de discriminación el perito Cillero Bruñol señaló que:

> "una decisión justificada en el interés superior del niño, entendido como la protección de sus derechos, no puede al mismo tiempo pretender legitimar una decisión *prima facie*, o en abstracto, discriminatoria, que afecta el derecho del niño a ser cuidado por su madre"[172].

153. Por su parte, el perito Wintemute resaltó que:

> "la discriminación basada en [...] la orientación sexual de los padres del niño nunca protege el interés superior del niño"[173].

154. 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 heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño[174].

155. Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, 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 tanto, la Corte concluye que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R..

D. Derecho a la vida privada y derecho a la vida familiar

Alegatos de las partes

156. La Comisión alegó, respecto a la presunta violación del artículo 11[175] de la Convención Americana, que el "derecho a la vida privada abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares[, en este sentido] la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo". Sostuvo que "la interferencia del Estado en la vida privada de Karen Atala fue arbitraria, dado que la

decisión de tuición fue fundada en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual [y] también interfirió en su autonomía para tomar decisiones sobre su vida personal de acuerdo a dicha orientación. Esto último [...], sin que existieran razones objetivas para ello, la Corte Suprema de Justicia basándose en la expresión de su orientación sexual la privó de la custodia de sus hijas y la vida en común con ellas, aspecto fundamental de su plan de vida".

157. Por su parte, los representantes argumentaron que "la interferencia es arbitraria porque la única justificación es la manifestación de la orientación sexual de la madre, que forma parte de su identidad personal, cualidad esencial de todo individuo y que no dice relación alguna con el bienestar de las hijas". Para los representantes es "incuestionable que tanto [la señora] Atala como sus hijas sufrieron injerencias arbitrarias en su vida privada".

158. Por otra parte, la Comisión y los representantes, en relación con los artículos 11.2 y 17[176], alegaron una "interferencia ilegítima y arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar, el cual se extiende al desarrollo de las relaciones entre los miembros de una familia y al rol de las relaciones afectivas en el proyecto de vida de cada integrante". Los representantes manifestaron que "[n]o hay un concepto único de familia" y que es "indudable que la [señora] Atala, sus hijas, y la [señora] De Ramón constituían un núcleo familiar que fue fraccionado por decisiones basadas en prejuicios en contra de la expresión de la orientación sexual de la Jueza Atala".

159. El Estado argumentó que "en un juicio de tuición, que tiene por objeto estimar qué padre tendrá el cuidado personal de los hijos, el juez no sólo tiene la facultad sino la obligación de evaluar todas y cada una de las condiciones y circunstancias concretas que determinen el interés superior del niño. [...] Resulta por tanto inherente al juicio de tuición [...] que el juez pueda, de acuerdo a la ley, investigar aspectos íntimos de la vida de las personas". Alegó "que la búsqueda del mejor interés para el menor [de edad] debe primar frente a una concepción pétrea del derecho a la intimidad, ya que el ámbito de la vida privada no puede quedar fuera del conocimiento y ponderación del juez". Agregó que "ni [la] Corte Suprema ni los demás tribunales nacionales han afectado el derecho previsto en el artículo 11.2 de la Convención Americana al resolver sobre el juicio de tuición [...] sino que, por el contrario, no han hecho más que pronunciarse sobre las consideraciones propias de un juicio de esa naturaleza".

160. Finalmente, el Estado alegó que no es "atribuí[ble] la separación de la familia a la actuación de los tribunales chilenos [pues] la labor de los tribunales chilenos fue justamente la contraria, esto es, respondiendo al requerimiento de las partes [...] resolver, según el interés superior de las niñas, qué nuevo núcleo

familiar constituía un mejor sustento para su desarrollo".

Consideraciones de la Corte

161. El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública[177].

162. Además, el Tribunal ha precisado, respecto al artículo 11 de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula "Protección de la Honra y de la Dignidad", su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada[178]. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos[179]. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás[180].

163. La Corte observa que los alegatos de la Comisión respecto a la presunta violación del derecho a la vida privada de la señora Karen Atala se centraron en la sentencia de la Corte Suprema. Por su parte, los representantes añadieron la decisión sobre la tuición provisional como otro hecho presuntamente generador de la violación del derecho a la vida privada de la señora Atala. Por tanto, para resolver sobre la violación de este derecho, se analizarán estas dos decisiones.

164. El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática[181].

165. Al respecto, la Corte resalta que la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de "idoneidad, necesidad y proporcionalidad". Distinto es que en el marco de un proceso de tuición se puedan analizar las conductas parentales concretas que, supuestamente, pudieran haber ocasionado un daño en el niño o la niña (*supra* párrs.109 y 111).

166. Dado que los tribunales internos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la señora Atala al momento de decidir sobre la tuición, expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso. El Tribunal observa que la razón esgrimida por dichos tribunales para interferir en la esfera de

la vida privada de la señora Atala era la misma que fue utilizada para el trato discriminatorio (*supra* párr. 107), es decir, la protección de un alegado interés superior de las tres niñas. La Corte considera que, si bien dicho principio se relaciona *in abstracto* con un fin legítimo (*supra* párr. 110), la medida era inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala.

167. El Tribunal constata que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala (*supra* párr. 146), se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

168. Por otra parte, el Tribunal observa que uno de los argumentos centrales que se analizaron en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Juzgado de Menores de Villarrica sobre la tuición provisoria fue la convivencia de la señora Atala con su pareja del mismo sexo (*supra* párrs. 41 y 56), por lo que esta Corte considera indispensable entrar a analizar la presunta violación a la vida familiar argumentada por la Comisión y los representantes.

169. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar[182]. El Tribibunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho[183], pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas[184].

170. En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1. de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[185], V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre[186], 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[187], y 8 del Convenio Europeo[188].

Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia[189].

171. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia[190], y el artículo 8 del Convenio Europeo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar[191].

172. Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar[192]. De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de "familia" en términos amplios. Respecto a parejas de diferente sexo, ha señalado reiteradamente que:

> La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de 'familia' *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y[, en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio[193].

173. En el *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que:

> Al decidir si una relación puede considerarse como 'vida familiar', una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios[194].

174. En primer lugar, y respecto a la protección convencional de parejas del mismo sexo, en el *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, el Tribunal Europeo revisó su jurisprudencia vigente hasta ese momento, en la cual solamente había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye "vida privada", pero no había considerado que constituyera "vida familiar", aun al tratarse de una relación a largo plazo en situación de convivencia[195]. Al aplicar

un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”[196], pues consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8” del Convenio Europeo[197].

175. El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.

176. En el presente caso, el Tribunal observa que desde noviembre de 2002 hasta la decisión de tuición provisoria, en mayo de 2003 (*supra* párrs. 41 y 42), existía un vínculo cercano entre la señora Atala, la señora De Ramón, el hijo mayor de la señora Atala y las tres niñas. Al respecto, la señora Atala manifestó que “éramos una familia absolutamente normal. Un niño, tres niñas, un gato, un perro, una perra, una casa, teníamos proyecto como familia. Teníamos sueños como familia”[198]. Además, la señora De Ramón declaró que “[l]a vida de los cinco miembros de la familia, seis [con ella] era muy cercana a lo idílico[, pues e]stablecieron una relación de mucha comunicación, al menos entre las mujeres de la familia”[199].

177. Por tanto, es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre.

178. Este Tribunal ya concluyó que los fundamentos presentados tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria constituyeron una medida inidónea para proteger el interés superior del niño (*supra* párr. 146), lo cual tuvo además como resultado la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas. Ello constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y

de las niñas M., V. y R.. Respecto de éstas últimas, dichas violaciones a la vida familiar ocurren también en relación con el artículo 19 de la Convención, dado que fueron separarlas de manera no justificada de uno de sus entornos familiares.

E. Garantías judiciales y protección judicial

1. Garantías judiciales y protección judicial en relación con la señora Atala

Alegatos de las partes

179. La Comisión y los representantes alegaron la presunta violación de la garantía judicial de imparcialidad por la aproximación estereotipada de los jueces al caso. La Comisión señaló que "al considerar [la] orientación sexual" de la señora Atala como "un elemento fundamental de su habilidad para ser madre, así como el uso evidente de prejuicios discriminatorios", se podría concluir que la señora Atala "no contó con la garantía de imparcialidad". Los representantes agregaron que la revocación de la sentencia de apelación de la Corte de Apelaciones por la Corte Suprema de Justicia constituía una violación a la garantía de independencia judicial. La Comisión y los representantes plantearon que todo lo anterior impactaba en el derecho de acceso a la justicia, razón por la cual alegaron la violación del artículo 8.1[200] y el artículo 25[201] de la Convención Americana.

180. Además, los representantes argumentaron que la Corte Suprema "acog[ió] un recurso de queja [...], en un caso en que no procedía, vulnerando las reglas del debido proceso y la independencia [objetiva interna] de los jueces" y al sancionar disciplinariamente a los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco "por tener una interpretación determinada" del Código Civil. Consideraron que "por medio de un recurso que por disposición legal no constituye instancia, como lo es el recurso de queja, la Corte Suprema entró a conocer y a fallar un caso que ya había sido resuelto y tramitado por las autoridades pertinentes ante los tribunales competentes respectivos". Asimismo, los representantes arguyeron una violación a la garantía de imparcialidad judicial porque la decisión de la Corte Suprema "se sustenta[ba] sobre un prejuicio y carec[ía] de sustento racional y jurídico". Por último, indicaron que la señora Atala no desea que "nuevamente se [...] someta [a las niñas] a la presión de un juicio de custodia [...] renunciando a que se restableciera [... a] las niñas al núcleo familiar con su madre".

181. El Estado alegó que "la Corte Suprema de Justicia no se extralimitó en el ejercicio de sus facultades, ni abusó de las mismas, cuando tras declarar la efectividad de la falta o abuso grave, acogiendo el recurso de queja, resolvió invalidar la resolución impugnada dictando en su lugar una sentencia de reemplazo". De otra parte, el Estado negó una violación al artículo 25.1 de la

Convención con el argumento que la señora Atala “hubiera podido y aún puede intentar revocar la decisión de la Corte Suprema interponiendo [...] una nueva petición de tuición sobre las niñas, con el único requisito de demostrar que alguna de las circunstancias que motivaron el fallo se ha modificado”, dado que la resolución que otorgó la tuición al padre de las niñas sólo posee cosa juzgada formal. Concluyó que “para que se afecte el derecho al recurso en contra de una resolución judicial, es fundamental que se acredite la existencia de una violación al debido proceso con motivo de su dictación, sin que exista un medio de impugnación a disposición de la parte agraviada, cualquiera sea [é]ste, por el cual sea posible revertir la supuesta vulneración de derechos fundamentales”.

Consideraciones de la Corte

182. En el presente caso, la Corte Suprema de Justicia consideró que los jueces de la Corte Apelaciones de Temuco “cometieron falta o abuso grave tanto al aplicar las normas legales que rigen la materia, como al apreciar los antecedentes de la causa en que pronunciaron la sentencia que ha originado el recurso [de queja]”[202].

183. Al respecto, la Corte observa que el alegato de los representantes sobre la aceptación indebida del recurso de queja por la Corte Suprema de Justicia está directamente relacionado con la presunta inexistencia de una falta grave por parte de la Corte de Apelaciones de Temuco. Al respecto, cabe señalar que el recurso de queja en Chile se encuentra previsto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales[203]. Es un recurso disciplinario que tiene su fuente en el artículo 82 de la Constitución[204] y, en general, encuentra su origen en la práctica jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia[205].

184. En opinión del perito Marín, la práctica de usar el recurso de queja como medio para revisar sentencias alteró el sistema procesal al desplazar el recurso de casación como recurso jurisdiccional natural previsto por el legislador nacional para corregir los errores de los jueces de instancia[206]. Según el perito, el recurso de queja provocó de facto la creación de una tercera instancia, donde la Corte Suprema alteraba los hechos probados en la respectiva instancia y la forma como los jueces habían valorado dicha prueba[207].

185. De otra parte, la Corte observa que, según la doctrina jurídica chilena remitida por el Estado, el recurso de queja es definido como “el acto jurídico procesal de parte que se ejerce directamente ante el Tribunal superior jerárquico y en contra del juez o jueces inferiores que dictaron en un proceso del cual conocen una resolución con falta o abuso grave, solicitándole que ponga pronto remedio al mal que motiva su interposición mediante la enmienda, revocación o invalidación

de aquélla, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones disciplinarias que fueren procedentes por el pleno de ese Tribunal respecto del juez o jueces recurridos"[208]. Dicho recurso se interpone "directamente ante el Tribunal superior jerárquico de aquel que hubiere dictado la resolución con falta o abuso grave, para que sea conocido y resuelto por el mismo". No se interpone en contra de una resolución, sino contra el juez o los jueces que dictaron la resolución con falta o abuso grave, para que ésta sea modificada, enmendada o dejado sin efecto. El recurso no ha sido "creado para corregir simples errores de interpretación, sino faltas o abusos ministeriales [...] que caigan dentro del ámbito de [l]a jurisdicción disciplinaria del superior jerárquico". Por lo tanto, "no constituye instancia para la revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho, sino que únicamente faculta al superior de examinar si se cometió la falta o abuso grave". El tribunal superior queda facultado para la revocación, enmienda o invalidación de la resolución[209]. La falta o abuso grave cometido por un juez puede derivar de la contravención formal de la ley, la interpretación errada de la ley o la falsa apreciación de los antecedentes del proceso[210].

186. Para analizar si en el presente caso se desconoció la garantía de independencia judicial al aceptar el recurso de queja, la Corte recuerda que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces, cuyo objetivo radica en evitar que el sistema judicial y sus integrantes se vean sometidos a restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación[211]. Además, la garantía de la independencia judicial abarca la garantía contra presiones externas[212], de tal forma que el Estado debe abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico, y debe prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan[213].

187. La Corte considera que en este caso no existen suficientes elementos probatorios que permitan inferir la existencia de presiones externas contra los jueces que conocieron de la causa dirigidas a fallar en contra de la señora Atala. Por otra parte, dado que los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco que fueron sancionados por el recurso de queja no son presuntas víctimas en el presente caso, ello limita el pronunciamiento que puede hacer el Tribunal en relación con una posible violación del artículo 8.1 de la Convención por dicha decisión sancionatoria.

188. Finalmente, la Corte ha señalado anteriormente que no constituye una cuarta instancia que pueda realizar una valoración de la prueba referente a cuál de

los padres de las tres niñas ofrecía un mejor hogar para las mismas (*supra* párr. 66). En similar sentido, el Tribunal tampoco es una cuarta instancia que pueda pronunciarse sobre la controversia entre diversos sectores de la doctrina local sobre los alcances del derecho interno respecto a los requisitos de procedencia del recurso de queja.

189. De otra parte, respecto a la presunta imparcialidad de la Corte Suprema al adoptar su decisión sobre el recurso de queja, esta Corte recuerda que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. Mientras que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta[214], sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho[215].

190. La Corte Interamericana resalta que, si bien es cierto que en el presente caso se han declarado algunas violaciones a la Convención (*supra* párrs. 146, 155 y 178), una violación del artículo 8.1. por la presunta falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales.

191. El Tribunal constata que ni la Comisión ni los representantes han aportado elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces. Tampoco se han aportado elementos convincentes que permitan cuestionar la imparcialidad objetiva de los jueces en la sentencia de la Corte Suprema. Una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar por este Tribunal una falta de la imparcialidad objetiva.

192. En consecuencia, la Corte considera que el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención en relación con la decisión

de la Corte Suprema de Justicia en el presente caso.

2. Derecho de las niñas M., V. y R. a ser escuchadas y a que se tengan en cuenta sus opiniones

Alegatos de las partes

193. La Comisión alegó "como particularmente grave que en el proceso de tuición las preferencias y las necesidades de las niñas no fueron consideradas por la Corte Suprema de Justicia, lo que sí fue tomado en cuenta por tribunales inferiores". Agregó que la Corte Suprema de Justicia de Chile no emprendió esfuerzos para escuchar a las niñas.

194. Los representantes argumentaron que aunque "existen mecanismos procesales cuidadosamente diseñados [en Chile] a fin que las opiniones de los niños tengan injerencia en las decisiones que les afectan y se adopten efectivamente decisiones en su interés, antes que en el de otras personas intervinientes[, l]a Corte Suprema obvió completamente estos mecanismos y arbitrariamente eligió dar mayor peso a opiniones basadas en prejuicios y estereotipos, en detrimento de la opinión experta de profesionales y, más importante aún, de las propias niñas, como sí lo hicieron los tribunales de instancia".

195. El Estado manifestó que "en el contexto del conocimiento de un medio de impugnación extraordinaria, como es el recurso de queja, no existe la oportunidad procesal para reiterar las declaraciones de las niñas, y ello es innecesario en vistas al debido proceso. Desde la perspectiva del interés y la protección de las niñas es contraproducente, además de innecesario, exigirles que vuelvan a declarar en el mismo procedimiento sobre la separación de sus padres y su deseo de vivir con uno de ellos, aumentando así su grado de victimización". Agregó que "las niñas sí fueron oídas por los jueces de la instancia, y la Corte Suprema tuvo a la vista dichos antecedentes". Además, indicó que, "[p]or otro lado, el principio de reconocimiento de la autonomía y la subjetividad de las niñas en ningún caso implica o puede ser asimilado a la posibilidad de imponerles la responsabilidad final de decidir sobre sus destinos. […] Cuando entra en colisión la opinión del niño, niña o adolescente y sus deseos con su 'interés superior' […], sin que sea posible su compatibilidad, deberá necesariamente privilegiarse su interés por sobre sus deseos, pues de lo contrario quedaría sin sustento el régimen especial de protección del que gozan".

Consideraciones de la Corte

196. La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso

concreto[216]. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño[217], el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino[218].

197. De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el "interés superior del niño" y el derecho a ser escuchado, al afirmar que "no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida"[219].

198. Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) "no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones"[220]; ii) "el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto"[221]; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) "la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias"[222]; v) "la capacidad del niño […] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso"[223], y vi) "los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica", por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de "la capacidad […] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente"[224].

199. Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal[225] (*supra* párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de

sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso[226]. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

200. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño[227]. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso[228]. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión[229]. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones[230].

201. En el presente caso, la Corte observa que el 8 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica escuchó en audiencia privada a M., V. y R. y "se guardó registro de la audiencia privada en sobre cerrado en la caja de fondos del Tribunal"[231]. Además, en la resolución de la demanda de tuición provisional, adoptada por el Juzgado de Menores de Villarrica el 2 de mayo de 2003, se indicó "[q]ue, según consta del cuaderno principal de tuición, se escuchó en audiencia privada a las menores" de edad[232].

202. Por su parte, en la sentencia de primera instancia se manifestó "[q]ue consta en las actas guardadas en caja fuerte del tribunal que las menores [de edad] fueron oídas por este [Juzgado]. En estas audiencias se constató que la voluntad de las tres menores [de edad] es que sus padres vuelvan a vivir juntos, y en la última de las audiencias realizada con fecha 8 de octubre de 2003, [R.] y [V.] expresaron su deseo de volver a vivir con su madre y en el caso de [M.] sólo se detectó una leve preferencia por la figura materna"[233]. Además, el Juzgado aclaró que "las audiencias decretadas para escuchar a las menores [de edad], tuvieron como único fin cumplir con el mandato del [...] artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y sólo constituyen un antecedente a considerar, sin que condicione la decisión

[…], ello en razón de que por su corta edad no están en condiciones de emitir un acertado juicio acerca de la situación que las rodea y teniendo presente además que la opinión de las menores [de edad] puede verse afectada artificialmente por factores externos que las influencien, distorsionen o inhabiliten al fin propuesto"[234]. Finalmente, el Juzgado tuvo en cuenta una serie de informes psicológicos ordenados por el mismo para determinar el estado psicológico y emocional de las menores de edad[235].

203. Al respecto, el Tribunal constata que en la primera instancia en el proceso de tuición se cumplió con las obligaciones que se desprenden del derecho de las niñas y niños a ser oídos en un proceso judicial que los afecte, por cuanto no sólo las escuchó en audiencia, sino que además es explícito que se tuvo en cuenta las opiniones de las tres niñas teniendo en cuenta la madurez y capacidad de las mismas en ese momento.

204. Por otra parte, la Corte nota que en el expediente de tuición no obra prueba de que las niñas fueran escuchadas nuevamente por la Corte Suprema de Justicia de Chile en el marco del recurso de queja, ni tampoco hay mención alguna en la sentencia de la Corte Suprema respecto a la decisión de apartarse de la voluntad que las niñas habían manifestado dentro del proceso.

205. En el presente caso, el Tribunal toma en cuenta la naturaleza particular del recurso de queja, que constituye principalmente un recurso disciplinario en contra de los jueces de instancia y en la cual no se recauda más prueba de la que ya ha sido aportada durante todo el proceso de tuición (*supra* párr. 185). Asimismo, esta Corte advierte que un niño o niña no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos, dado que el proceso de "escuchar" a un niño o niña puede resultar difícil y puede causar efectos traumáticos[236]. Por esto, el Tribunal no considera que la Corte Suprema tuviera que realizar una nueva audiencia en el marco de la decisión sobre el recurso de queja para escuchar a las menores de edad sobre sus preferencias respecto a la convivencia con uno de los padres, si dentro del expediente de tuición existían varias pruebas en las que constaba la voluntad de las mismas.

206. Sin embargo, el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña. En este sentido, el perito García Méndez expresó que:

En cualquier tipo de controversia entre la opinión de los niños y la autoridad parental o las autoridades institucionales, [...] la opinión de los niños no puede ser descartada discrecionalmente. Es decir, lo que significa esto es que [...] hay que construir en forma muy sofisticada, argumentos para eventualmente oponerse a lo que sea esta opinión de los niños. [L]a opinión de los niños automáticamente no produce jurisprudencia [...]. Pero también la opinión de los niños no puede ser descartada automáticamente sin una argumentación seria y profunda[237].

207. Igualmente, el perito Cillero Bruñol manifestó que:

[Existe la] obligación [de las autoridades estatales] de considerar su opinión dentro de la deliberación que conduce a una decisión que afecta a los niños. [... L]os adultos que son responsable de la decisión no deben decidir arbitrariamente cuando el niño dice algo relevante para la decisión. [...] Si los niños son lo suficientemente desarrollados en sus opiniones y visiones, ellas deberían prevalecer respecto a asuntos que los afectan, salvo razones muy calificadas en contra. Esto quiere decir que si las opiniones de los niños aparecen fundadas, precisas, con suficiente conocimiento de los hechos y consecuencias que implican, deben *prima facie* prevalecer sobre otras argumentaciones para determinar la decisión que afectará al niño en cuanto a los hechos y estados que se refieran a él mismo. Este primado viene exigido por el principio del interés superior del niño del artículo 3 de la [Convención sobre los Derechos del Nino]. Lo anterior no quiere decir que siempre van a coincidir la determinación del interés superior del niño en el caso concreto con las opiniones del niño, aun cuando el niño tenga la edad y madurez para formarse su juicio propio [...] El juez o el responsable del procedimiento deben evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación a sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales, así como en relación al nivel de madurez del niño, pero esta valoración [...] exige una carga argumentativa superior a la decisión que se aleja de la opinión del niño[238].

208. La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la

voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (*supra* párr. 197). Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R..

VI
DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

209. Uno de los aspectos de la controversia es el proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. En lo que atañe a ese tema, en el presente capítulo se establecerán los hechos probados relacionados con dicho proceso para luego analizar las controversias en torno a: i) derecho a la igualdad; ii) vida privada, y iii) garantías judiciales.

A. Hechos probados respecto a la investigación disciplinaria contra la señora Atala

210. El 17 de marzo de 2003 la Presidenta del Comité de Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Villarrica puso en conocimiento del Ministro Visitador de la Corte de Apelaciones de Temuco, el señor Lenin Lillo, “una situación puntual acaecida el 12” de marzo de 2003. En dicho escrito, la Presidenta del Comité de Jueces informó que la señora Atala había pedido a una de sus subalternas que “transcribi[era], redactar[a] e imprimier[a] oficios a nombre del Juzgado de Letras y de Menores de Villarrica, en los cuales se pedían diligencias en la causa por tuición […] en que dicha magistrad[a era] parte litigante”. Además, manifestó que “proced[ió] a efectuar una reunión de carácter privado con la magistrad[a] Atala Riffo […] señalándole lo improcedente de su actuar y su in[j]erencia en un ámbito dado a otro Tribunal, donde ella no [era] juez, sino parte demandada”[239].

211. Ese mismo día y el 19 de marzo de 2003 el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó mediante acuerdos al señor Lillo[240], a fin de que efectuara una visita extraordinaria en el Tribunal penal de Villarrica en el que la señora Atala tenía el cargo de jueza. Al respecto, se expresó que “dicha visita obedec[ía] a dos hechos fundamentales: uno, las publicaciones aparecidas en los diarios ‘Las Últimas Noticias’ […] y ‘La Cuarta’ […] en las que se ha[ría] referencia

al carácter de lesbiana que se atribu[ía] en dichas publicaciones a la [señora] Atala"[241] y el otro, correspondía a los hechos reseñados en la denuncia de 17 de marzo de 2003.

212. Después de realizada la visita al Juzgado en el que la señora Atala era titular, el señor Lillo presentó un informe a la Corte de Apelaciones de Temuco[242], mediante el cual informó respecto a tres presuntos hechos irregulares, a saber: i) "utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez [...] de menores"; ii) "utilización indebida del sello del Tribunal", y iii) "publicaciones aparecidas en la prensa". Respecto al primer hecho, se realizó un recuento respecto a los hechos informados por la Presidenta del Comité de Jueces y se concluyó que dichos hechos "rev[estían] a juicio de [ese] visitador especial gravedad dado que la señora [...] Atala [...] prevaleciéndose de medios y personal del Tribunal que forma [p]arte se ha involucrado directamente en el cumplimiento de actuaciones decretadas en el juicio que se s[eguía] ante el Juez de Menores". En relación con el segundo hecho, el señor Lillo manifestó que "rev[estían] una especial gravedad por cuanto la Juez Karen Atala ha[bía] excedido el límite de sus atribuciones con su proceder al utilizar elementos del Tribunal que est[aba]n a cargo de terceros para favorecer a personas relacionadas con su círculo de amistades".

213. Por último, el señor Lillo hizo referencia a las publicaciones aparecidas en los Diarios "Las Últimas Noticias" y "La Cuarta", en las cuales se daba a conocer a la opinión pública la demanda de tuición y se hacía referencia a "la relación lésbica que" de la señora Atala "sostendría con otra mujer".

214. Sobre estos hechos, el señor Lillo concluyó en su informe que:

> no está en el ánimo de este visitador emitir juicios de valor respecto de la inclinación sexual de la Magistrad[a] Atala, sin embargo no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el Ilmo. Tribunal[243].

215. El 2 de abril de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco aprobó la visita realizada por el señor Lillo y formuló cargos en contra de la señora Atala respecto a los tres presuntos hechos irregulares señalados en el informe[244]. Posteriormente, el 9 de mayo de 2003 la Corte de Apelaciones profirió "un severo llamado de atención por la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de Letras de Menores [...] en una causa en la cual ella e[ra] una de las partes de la controversia"[245].

B. El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación

Alegatos de las partes

216. Los representantes alegaron que la señora Atala "llevaba una relación estable de pareja que no se diferenciaba de otras relaciones de pareja, salvo por el hecho que su pareja era de su mismo sexo", por lo que "la orden de investigar y de constituirse una visita al tribunal en que servía la jueza Atala, se basaba exclusivamente en un rechazo discriminatorio a su orientación sexual".

217. El Estado argumentó que "el informe del ministro Lillo al pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco, contiene una serie de antecedentes graves que ameritaron el 'severo llamado de atención'" y que dicho llamado de atención a la señora Atala "no dice relación con su homosexualidad, sino que corresponde a denuncias y hechos constatados por el Ministro Lillo, completamente ajenos a ésta".

Consideraciones de la Corte

218. El Tribunal nota que la Corte de Apelaciones de Temuco recibió el 17 de marzo de 2003 una denuncia contra la señora Atala por el uso de implementos y personal del Juzgado para asuntos de interés personal (*supra* párr. 210). Sin embargo, la Corte observa que, de acuerdo con lo plasmado en el informe del ministro visitador, se expresaron otras consideraciones para llevar a cabo la visita al sitio de trabajo de la señora Atala. Ellas estaban expresamente referidas a su orientación sexual, pues se relacionaban con "las publicaciones aparecidas en el diario 'La Cuarta' de fecha 28 de febrero de [2003] y en 'Las Últimas Noticias' de fecha 1 de marzo [de 2003], en las cuales se d[ió] a conocer a la opinión pública el contenido de una demanda de tuición entablada por el [señor López] en contra de su esposa [...] porque esta última sostendría una relación lésbica con otra mujer"[246]. De manera que uno de los motivos de la visita al sitio de trabajo de la señora Atala era constatar lo manifestado por las publicaciones de prensa respecto a su orientación sexual.

219. La Corte observa que la investigación disciplinaria y la visita extraordinaria mencionadas tienen fundamento legal en los artículos 544 inciso 4[247], 559[248] y 560[249] del Código Orgánico de Tribunales. Al ser uno de los propósitos de la visita el indagar sobre la orientación sexual de la señora Atala con base en las noticias de prensa, se constata un trato diferenciado en perjuicio de la señora Atala al incorporar como materia investigable en el proceso disciplinario su orientación sexual y su relación con una persona del mismo sexo.

220. El Estado alegó que, finalmente, el "llamado de atención" de la Corte de Temuco se basó "exclusivamente" en "la utilización de elementos y personal para

cumplir diligencias decretadas" por el Juzgado a cargo del proceso de tuición, por lo cual la señora Atala no habría sido sancionada, según ese alegato, por un hecho relacionado con su orientación sexual. No obstante, el Tribunal constata que en el informe realizado por el ministro visitador, el cual fue posteriormente aprobado por la Corte Apelaciones de Temuco y con base en el cual se formularon cargos en contra de la señora Atala, se manifestó que "no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la [señora] Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el [...] Tribunal"[250]. Por tanto, si bien la señora Atala no fue sancionada expresamente por la Corte de Temuco por su orientación sexual, ese aspecto fue parte de las consideraciones incorporadas en el informe del ministro visitador, las que no fueron desautorizadas ni cuestionadas por la Corte de Temuco.

221. Ahora bien, respecto al fin legítimo que se perseguía con dicha investigación, en el informe presentado no fue precisado con claridad cuál era el fin de la visita respecto a la indagación de la orientación sexual, por cuanto sólo se hizo referencia a las noticias de prensa que se habían publicado. En este sentido, si bien el fin legítimo no fue explicitado en el reporte, de lo expresado en el informe se podría llegar a inferir que mediante la indagación respecto a la orientación sexual de la señora Atala se buscaba proteger la "imagen del poder judicial". Sin embargo, la alegada protección de la "imagen del poder judicial" no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la "imagen del poder judicial" y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual.

222. Por tanto, al ser discriminatoria una diferenciación en una indagación disciplinaria relacionada con su orientación sexual, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo.

C. Derecho a la vida privada

Alegatos de las partes

223. Los representantes manifestaron que la investigación disciplinaria constituyó una injerencia en la vida privada de la señora Atala, por cuanto se "revisó [su] oficina [...], incluido su computador e impresora, [se] entrevistó al

personal del tribunal [...] sobre posibles visitas de mujeres que la [señora] Atala hubiese recibido [y se] interrogó a la [señora] Atala sobre su vida privada y su relación de pareja". Agregaron que se "expuso de manera ilegitima a [la señora] Atala ante su comunidad social y profesional, violando su vida privada".

224. El Estado indicó que la visita "no generó ninguna sanción administrativa en contra de la [señora] Atala, ya que la Corte de Apelaciones de Temuco consideró que sus actividades privadas y vida familiar no entorpecían su labor judicial".

Consideraciones de la Corte

225. El artículo 11 de la Convención, como ya que quedado señalado (*supra* párr. 161), prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, por lo que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de la autoridad pública[251]. Según la jurisprudencia de la Corte, para determinar si existió una injerencia arbitraria a la vida privada se deben analizar, entre otros requisitos, la legalidad y la finalidad de la medida.

226. En el presente caso, la señora Atala declaró respecto a la visita realizada a su sitio de trabajo que:

> el ministro se instaló en mi escritorio, en mi Despacho, me revisó mi computador personal [y] revisó todas las páginas web que yo había visitado. Después interrogó a todos los funcionarios, uno por uno del Tribunal, uno por uno, y además interrogó al personal de aseo y después interrogó a mis colegas jueces porque yo me había colegiado con tres jueces y fue al Tribunal de garantía, porque yo era del Tribunal oral penal, interrogó a los dos jueces de ahí y además a la secretaria del juzgado de Villarrica. Es decir pasaron seis colegas interrogados sobre si yo era o no era lesbiana[252].

227. Ante este tratamiento, la señora Atala señaló que:

> "me sentí profundamente humillada, expuesta, como que me hubieran desnudado y arrojado a la plaza pública"[253].

228. Además, la señora Atala explicó que, antes de la visita extraordinaria, la Corte de Apelaciones de Temuco le había dirigido a los funcionarios del Juzgado de Villarrica un cuestionario con preguntas para indagar sobre la orientación sexual de la señora Atala[254]. Estos hechos no fueron controvertidos por el Estado.

229. En particular, la Corte nota que en el informe de la visita del señor Lillo se establecieron, como conclusión, entre otros, los siguientes hechos: i) que la señora Atala "comenzó a ser visitada en su oficina por una gran cantidad de mujeres a partir de mediados del 2002"[255], incluyendo a su pareja "con quien pasaba horas en su oficina"; ii) que la señora Atala "fue visitada en el Tribunal por

los padres" de su pareja y que informó que "se trataba[n] de sus suegros", y iii) que la señora Atala "manifestó su homosexualidad abiertamente" al señor Lillo y "defendió su determinación de comunicárselo abiertamente a los funcionarios y Magistrados del Tribunal"[256].

230. La Corte constata que, si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal[257] y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello, lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

D. Garantías judiciales

231. La Comisión calificó "el contenido de la visita extraordinaria decretada por la Corte de Apelaciones de Temuco como un ejemplo de la falta de imparcialidad y los prejuicios discriminatorios presentes en el poder judicial chileno para la época del juicio de tuición". Por otra parte, argumentó "el impacto de esta visita en el juicio de tuición en materia de prejuzgamiento, ya que el Ministro Lenin Lillo terminó participando en la concesión de la orden de no innovar el 24 de noviembre de 2003".

232. Los representantes arguyeron que "[c]uando una Corte de Apelaciones del Estado de Chile decide iniciar un procedimiento disciplinario contra una jueza y nombra a un ministro en visita extraordinaria porque se ha filtrado [en la prensa] su orientación sexual, también hay una violación a la imparcialidad ya que la visita es un procedimiento y su origen se debe a un prejuicio". Además, alegaron que la "violación del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial se produce en el momento en que el 24 de noviembre de 2003 dos Ministros que habían emitido una opinión negativa respecto de la orientación sexual de la Jueza Atala participaron en el otorgamiento de la orden de no innovar". En particular, los representantes manifestaron que "los Ministros Lenin Lillo y Archivaldo Loyola estaban legalmente impedidos" para participar en la orden de no innovar, ya que "el primero [había] actua[do] como ministro visitador en el marco de la investigación" disciplinaria y el segundo por haber "exhort[ado] derechamente a la [señora] Atala a que renunciara a sus hijas".

233. El Estado no se pronunció sobre estos alegatos respecto a la visita extraordinaria. Por otra parte, alegó que "no es efectivo que la respectiva sala de la Corte de Apelaciones de Temuco [...] haya estado integrada por dos Ministros legalmente impedidos de actuar, pues no habiéndose invocado la causal de inhabilidad, se entiende que aquella parte que podía invocarla renunció al ejercicio

de su derecho".

Consideraciones de la Corte

234. La Corte reitera que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida, salvo prueba en contrario (*supra* párr. 189)[258]. Para el análisis de la imparcialidad subjetiva, el Tribunal debe intentar averiguar los intereses o motivaciones personales del juez en un determinado caso[259]. En cuanto al tipo de evidencia que se necesita para probar la imparcialidad subjetiva, el Tribunal Europeo ha indicado que se debe tratar de determinar si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales[260].

235. La Corte ya ha establecido (*supra* párrs. 222 y 230) que la visita extraordinaria afectó el derecho a la igualdad y a la no discriminación y la vida privada de la señora Atala. Asimismo, se ha concluido que era discriminatorio incorporar en la investigación disciplinaria la orientación sexual o la relación de pareja de la señora Atala, por cuanto no existía relación alguna con su desempeño profesional (*supra* párr. 221) y por lo cual tampoco existía fundamento para concluir que la orientación sexual de la señora Atala podía derivar en una falta disciplinaria. Sin embargo, en el informe de la visita al sitio de trabajo se determinó, con relación a la orientación sexual de la señora Atala, que los hallazgos eran hechos que "rev[estían] una gravedad que merec[ía] ser observada por [la Corte de Apelaciones de Temuco]" (*supra* párr. 214).

236. Además, el Tribunal toma en cuenta las circunstancias de la realización de la visita extraordinaria, ya que antes y durante la visita se llevaron a cabo una serie de interrogatorios a funcionarios y empleados del Juzgado de Villarrica para indagar sobre la orientación sexual y los hábitos de la señora Atala (*supra* párrs. 228 y 229). También se observa que las conclusiones del informe de la visita presentadas a la Corte de Apelaciones, en su conjunto, fueron aprobadas por dicha Corte el mismo día que fue presentado dicho informe. La Corte de Apelaciones procedió entonces a imputarle cargos disciplinarios a la señora Atala, entre otras cosas, por su orientación sexual (*supra* párr. 215).

237. Teniendo en cuenta todos los hechos reseñados anteriormente, la Corte considera que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia, la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria, por lo que el Estado vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la

Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo.

238. En relación al Ministro Loyola, la Corte observa que en el expediente no consta prueba con la que se pudiera corroborar que el señor Loyola, en una reunión privada que se habría llevado a cabo en marzo de 2003, le hubiera sugerido a la señora Atala que entregara sus hijas al padre de las mismas. Por otra parte, el Tribunal reitera que la garantía a la imparcialidad judicial debe ser respetada por las autoridades judiciales de manera *ex oficio*. Por lo tanto, cualquier juez, al respecto del cual exista una razón legítima y objetiva para poner en duda su imparcialidad, debe inhibirse de participar en la adopción de la decisión[261]. Por lo anterior, el señor Lillo debió apartarse de la decisión de no innovar de 24 de noviembre de 2003, después de haber llevado a cabo la visita extraordinaria en el marco de la investigación disciplinaria. No obstante, la Corte constata que inmediatamente después de dicha decisión la Corte de Apelaciones de Temuco decidió confirmar las consideraciones de la primera instancia y dejar sin efecto dicha orden de no innovar[262].

VII
REPARACIONES
(APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

239. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana[263], la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente[264], y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado[265].

240. El Estado alegó que el presente caso “no ha supuesto una violación de los derechos humanos [...] de la señora Karen Atala ni de sus tres hijas”. Sin embargo, en consideración de las violaciones a la Convención Americana declaradas en los capítulos anteriores, el Tribunal analizará las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, así como las posiciones presentadas por el Estado, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcances de la obligación de reparar, con el objeto de disponer las medidas tendientes a reparar los daños ocasionados a las víctimas.

241. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos

conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados[266]. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados[267].

242. Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por tanto, de acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención declaradas en los capítulos anteriores, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho[268].

A. Parte Lesionada

243. El Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho consagrado en la misma[269]. En el caso bajo examen la Corte declaró que el Estado violó los derechos humanos de Karen Atala Riffo y las niñas M., V. y R. (*supra* párrs. 146, 155, 178, 208, 222, 230 y 237). En lo que atañe a la niña V., a los efectos de las reparaciones, se debe estar a lo establecido en el párrafo 71.

244. La Corte nota que los representantes han solicitado que entre los beneficiarios de las reparaciones se incluyan a personas que no fueron presentadas por la Comisión Interamericana como presuntas víctimas en este caso. En específico, solicitaron "la reparación integral de los perjuicios materiales e inmateriales" presuntamente ocasionados a: i) María del Carmen Riffo Véjar, madre de Karen Atala y abuela de M., V. y R.; ii) Emma Zelmira María De Ramón Acevedo, pareja de Karen Atala hasta el año 2010; iii) Sergio Ignacio Javier Vera Atala, hijo mayor de Karen Atala; iv) Judith Riffo Véjar, tía abuela de las niñas M., V. y R., y v) Elías Atala Riffo, hermano de Karen Atala.

245. Sin embargo, la Corte observa que la Comisión no alegó en el informe de fondo ni en la demanda que dichas personas sean víctimas de violaciones a derechos consagrados en la Convención Americana. En razón de lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal[270], la Corte no considera como "parte lesionada" a los familiares de las víctimas en el presente caso y precisa que éstos serán acreedores a reparaciones únicamente en calidad de derechohabientes, es decir, si las víctimas han fallecido, y de conformidad con lo establecido en la legislación interna[271].

246. La jurisprudencia internacional y, en particular, de la Corte

Interamericana, ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación[272]. No obstante, considerando las circunstancias del presente caso, y las afectaciones a las víctimas derivadas de las violaciones de los artículos 24, 11.2, 17.1, 19, 8.1 y 1.1 de la Convención Americana, declaradas en perjuicio de la señora Atala y las niñas M., V. y R., la Corte estima pertinente fijar algunas medidas de reparación según se explica en los siguientes apartados.

B. Obligación de investigar e imponer consecuencias legales a los funcionarios responsables

247. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado "investigar e imponer las consecuencias legales que correspondan por el actuar de funcionarios judiciales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de M., V. y R.".

248. Los representantes no presentaron alegatos al respecto.

249. El Estado señaló que la pretensión de la Comisión "parece apartarse de la jurisprudencia" de la Corte Interamericana y manifestó su "profunda preocupación" por la solicitud de que se sancione a los miembros del Poder Judicial. El Estado alegó que la Corte no posee atribuciones "para investigar y sancionar la conducta individual de los agentes [estatales] que hubiesen [cometido] violaciones [a derechos humanos pues sólo es competente] para [declarar] la responsabilidad internacional de los Estados".

250. Al respecto, la Corte constata que la Comisión no hizó precisiones que le dieran al Tribunal elementos suficientes para analizar en profundidad esta solicitud. Por ejemplo, no fue señalado si existen normas del derecho interno que faculten a las autoridades disciplinarias para investigar la comisión de actos discriminatorios. Asimismo, no se analizaron las particularidades de este caso en relación con otros casos anteriores donde se han ordenado este tipo de medidas. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que en el presente caso no es procedente la solicitud presentada por la Comisión.

C. Otras medidas de reparación integral: satisfacción y garantías de no repetición

251. El Tribunal determinará otras medidas que buscan reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, y dispondrá medidas de alcance o repercusión pública[273].

1. Rehabilitación: asistencia médica y psicológica a las víctimas

252. La Comisión solicitó que se dispongan medidas de rehabilitación a favor de las víctimas. El Estado no realizó ninguna observación a dicha solicitud mientras que los representantes hicieron mención a estas medidas en el marco de su solicitud de indemnización por daño material (*infra* párr. 287).

253. La Corte observa que los informes presentados por las psiquiatras aluden a diversas afectaciones que padecen la señora Atala y las niñas M., V. y R. como consecuencia de algunas de las violaciones de derechos ocurridas en el presente caso.

254. La Corte estima, como lo ha hecho en otros casos[274], que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades. Por lo tanto, habiendo constatado las violaciones y los daños sufridos por las víctimas en el presente caso, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, hasta por cuatro años, el tratamiento médico y psicológico que requieran. En particular, el tratamiento psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales especializadas en la atención de víctimas de hechos como los ocurridos en el presente caso. Al proveer dicho tratamiento se deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que se les brinden tratamientos familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas, después de una evaluación individual[275]. Los tratamientos deben incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos que estén directamente relacionados y sean estrictamente necesarios.

255. En particular, dicho tratamiento se deberá brindar, en la medida de las posibilidades, en los centros más cercanos a su lugar de residencia. Las víctimas que soliciten esta medida de reparación, o sus representantes legales, disponen de un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, para dar a conocer al Estado su intención de recibir atención psicológica o psiquiátrica.

2. Satisfacción

a) Publicación de la Sentencia

256. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado la publicación de las partes pertinentes de la Sentencia que emita el Tribunal.

257. En igual sentido, los representantes solicitaron que se publicara “un extracto de los hechos probados y la parte resolutiva completa [...] por dos veces, en días domingos sucesivos, en los diarios ‘El Mercurio’, ‘La Tercera’, ‘Las Últimas

Noticias' y 'La Cuarta'". Además, solicitaron a la Corte que ordene al Estado la publicación del texto completo de la Sentencia en la página web inicial del Poder Judicial de Chile "por un término no inferior a 6 meses".

258. El Estado no presentó ningún argumento destinado a controvertir la reparación solicitada por la Comisión y los representantes.

259. Al respecto, la Corte estima, como lo ha dispuesto en otros casos[276], que el Estado deberá publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia:

– el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial;
– el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y
– la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio *web* oficial.

b) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional

260. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado efectuar un reconocimiento público de responsabilidad internacional.

261. En similar sentido, los representantes solicitaron la realización de un acto público de "desagravio" a las víctimas "en forma verbal y escrita" que debería contar con la presencia de las más altas autoridades del Estado, incluyendo "al Presidente de la República y al Presidente de la Corte Suprema".

262. El Estado no se pronunció respecto a la solicitud de la Comisión y los representantes.

263. La Corte ha determinado que en ciertos casos se justifica que los Estados realicen un reconocimiento de responsabilidad que debe realizarse en un acto público para que surta sus efectos plenos[277]. En el presente caso procede adoptar una medida de dicha naturaleza y el Estado deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. El Estado deberá asegurar la participación de las víctimas que así lo deseen, e invitar al evento a las organizaciones que representaron a las víctimas en las instancias nacionales e internacionales. La realización y demás particularidades de dicha ceremonia pública deben consultarse previa y debidamente con los representantes de las víctimas. Para cumplir con esta obligación el Estado cuenta con un plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia.

264. En cuanto a las autoridades estatales que deberán estar presentes o participar en dicho acto, el Tribunal, como lo ha hecho en otros casos, señala que deberán ser de alto rango. Corresponderá al Estado definir a quienes se

encomienda tal tarea. Sin embargo, deberá existir representación del Poder Judicial en el acto.

3. Garantías de no repetición

265. Los alegatos presentados por la Comisión y los representantes referidos a la implementación de garantías de no repetición guardan estrecha relación con: i) la capacitación a funcionarios públicos, y ii) la adopción de medidas de derecho interno, reformas y adecuación de leyes contra la discriminación.

266. El Estado alegó que "no resultan procedentes" dichas solicitudes "porque la legislación nacional no es discriminatoria". Consideró que "la aplicación de medidas de no repetición de carácter legislativo [solamente se justifica,] cuando el tribunal internacional declara que existe una violación general por parte de un Estado a un derecho fundamental, vulneraciones que no han sido acreditadas en esta causa ni corresponde hacerlo, por escaparse del objeto del procedimiento". Alegó que "no es correcta la afirmación" de la señora Atala al señalar en la audiencia pública que "la sentencia de la Corte Suprema ha generado una línea jurisprudencial discriminatoria contra las madres homosexuales en juicios de custodia de sus hijos". Asimismo, el Estado mencionó y anexó una serie de decisiones judiciales de tribunales de primera instancia, la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, para mostrar el apego de la jurisprudencia nacional al derecho internacional[278].

267. La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales (*supra* párr. 92), particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo[279] hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. En esta línea a continuación se analizarán las solicitudes de la Comisión y los representantes.

a) Capacitación a funcionarios públicos

268. La Comisión destacó la importancia de llevar a cabo "capacitaciones a autoridades judiciales" y "la realización de campañas a fin de contribuir a un ambiente de tolerancia frente a una problemática que ha sido invisibilizada".

269. Los representantes instaron a la Corte a que dictamine que el Estado debe "[i]ncorporar cursos obligatorios sobre [D]erechos [H]umanos con especial énfasis en temas de [g]énero relacionados con la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género". A consideración de los representantes

estos cursos “deberán ser impartidos por la Corporación Administrativa del Poder Judicial a todos los escalafones” de la administración de justicia. Además, solicitaron la asignación de una partida presupuestaria para el Instituto Nacional de Derechos Humanos con la finalidad de que dicha institución lleve a cabo programas de prevención de “discriminación, diseminación y educación en derechos humanos, e investigaciones”.

270. El Estado informó que se han llevado a cabo “[c]apacitaciones en materias de [d]iversidad y no [d]iscriminación, especialmente a funcionarios de diversas reparticiones públicas a lo largo del territorio nacional, buscando la difusión de los diferentes instrumentos nacionales e internacionales de protección de la diversidad”.

271. El Tribunal toma nota de los desarrollos llevados a cabo por el Estado en materia de programas y acciones de capacitación dirigidos a capacitar a funcionarios públicos. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los cursos deben estar dirigido a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

272. Dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual y a la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención. Debe ponerse especial atención para este efecto, en normas o prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales.

b) Adopción de medidas de derecho interno, reformas y adecuación de leyes contra la discriminación

273. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado chileno “la adopción de medidas correctivas como legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia”.

274. Los representantes solicitaron a la Corte que dicte medidas tendientes a reformar la legislación existente en Chile. En específico, solicitó que se enviara un "Mensaje de Suma Urgencia" al proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación (Boletín 3815-07) con el fin de que en dicho proyecto de ley se proscriba expresamente la discriminación por orientación sexual y se "preve[an] recursos legales para reclamar por su vulneración". Por otro lado, los representantes exigieron la derogatoria y modificación de toda la normativa que "al tenor del artículo 2 de la Convención entrarí[a] en conflicto con el derecho a la igualdad entre las personas, perpetuando y validando la discriminación por orientación sexual".

275. El Estado indicó que la decisión de la Corte Suprema no supone "la presencia de una práctica constante y amparada en la ley (o en la insuficiente regulación de ésta) que permita [...] a los tribunales nacionales [...] interpret[ar] las normas de tuición de manera discriminatoria respecto de la orientación sexual de los progenitores". Agregó que "la legislación chilena en materia de determinación de la tuición no establece discriminación [...] directa ni indirecta por la opción sexual de los padres".

276. Por otro lado, el Estado expresó que el derecho a la igualdad se encuentra garantizado con amplitud en la Constitución de Chile, a saber, "los artículos 1º, 5º, 19 No. 2, 19 No. 3, 19 No. 17, 19 No. 20 y 19 No. 22 de la Carta Fundamental" y "una acción de protección para asegurar su protección eficaz en el artículo 20". Además, precisó que el Congreso Nacional discute actualmente un proyecto de ley sobre no discriminación (Boletín Nº 3815-07) que establece "de manera expresa" ciertas categorías prohibidas de discriminación y "otra acción judicial para garantizar su adecuada protección y respeto". En igual sentido, en relación con iniciativas legislativas, expresó que el Gobierno de Chile ha presentado "el proyecto de ley acuerdo de vida en pareja (Boletín Nº 7873-07)" que busca "mejorar a nivel legal las condiciones de igualdad entre personas con distintas orientaciones sexuales". El Estado allegó como prueba documental un informe elaborado por el señor Claudio Nash, en el cual se señala que la legislación chilena en materia de determinación de la tuición no establece discriminación directa o indirecta por la orientación sexual de los padres y que la ley procedimental no señala que la orientación sexual de los padres "los incapacite para desempeñar su rol".

277. Asimismo, el Estado indicó que actualmente existen "innumerables políticas públicas, programas y directivas estatales destinados a erradicar la discriminación en todas sus formas, incluyendo aquella con base en la orientación sexual". Refirió que la Dirección de Organizaciones Sociales del Ministerio

Secretaría General de Gobierno preparó el Programa Diversidad Sexual 2011 que tiene como finalidad "[p]romover una política de respeto por todas las personas [...] velando porque no existan discriminaciones arbitrarias contra las minorías".

278. El Estado manifestó, respecto a sus políticas públicas de lucha contra la discriminación, que la División de Organizaciones Sociales ("DOS"), adscrita al Ministerio Secretaría General de Gobierno, ha venido implementando desde el año 2000 el programa denominado "Tolerancia y no discriminación". El Estado informó que en el año 2006 este programa se convirtió en el Departamento de Diversidad y no Discriminación, para promover la integración social de personas y grupos vulnerables a la discriminación, incluyendo la orientación sexual como uno de los criterios de discriminación contemplados. Dicho departamento, actuando a través de la Sección No Discriminación y la Sección Diversidad, ha realizado una serie de programas, proyectos y actividades para promover la no discriminación de minorías sexuales[280].

Consideraciones de la Corte

279. La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención[281]. Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen[282].

280. En el presente caso, la Corte se limitó a examinar la relación entre la aplicación judicial de ciertas normas con prácticas discriminatorias. El Tribunal no analizó la compatibilidad de una determinada norma con la Convención Americana ni fue ello materia de este caso. Asimismo, los representantes no aportaron elementos suficientes que permitan inferir que las violaciones se hayan derivado de un problema de las leyes en sí mismas. Por tanto, la Corte considera que no es pertinente, en las circunstancias del presente caso, ordenar la adopción, modificación o adecuación de normas específicas de derecho interno.

281. De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico[283]. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están

sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[284].

283. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica[285], el Tribunal Constitucional de Bolivia[286], la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana[287], el Tribunal Constitucional del Perú[288], la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina[289], la Corte Constitucional de Colombia[290], la Suprema Corte de la Nación de México[291] y la Corte Suprema de Panamá[292] se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso[293]. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana (*supra* apartado C.2).

D. Indemnización Compensatoria por daño material e inmaterial

285. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia los conceptos de daño material[294] e inmaterial[295] y los supuestos en que corresponde indemnizarlos.

1. Daño material

286. La Comisión solicitó a la Corte que "fije en equidad el monto de la indemnización correspondiente al daño material [...] causado".

287. Los representantes solicitaron el pago de "daños emergentes, que [la señora Atala] ha tenido o tendrá que sufragar en el futuro, así como la pérdida de legítimas ganancias o utilidades que ha dejado y dejará de percibir". Esta

reparación supondría:

i) gastos relacionados con la "asistencia psiquiátrica y terapéutica [...] y la correlativa prescripción de numerosos medicamentos [...] en los que ha incurrido la peticionaria y los que se estima se generará[n] en el futuro", gastos que ascenderían a US$62.205 (sesenta y dos mil doscientos cinco dólares de los Estados Unidos de América);

ii) gastos de transporte, teniendo en cuenta que las hijas de la señora Atala viven en Temuco y que "la proyección que h[icieron] con relación a los gastos futuros, está calculada hasta el cumplimiento de la mayoría de edad de la menor" de las niñas, gastos que ascenderían a US$38.752 (treinta y ocho mil setecientos cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de América), y

iii) respecto al lucro cesante, los representantes alegaron que la señora Atala no pudo disponer adecuadamente de un bien inmueble, ubicado en la ciudad de Villarrica, debido al tiempo que ha mantenido el régimen periódico de visitas. Argumentaron que la víctima no pudo arrendar dicho inmueble ni obtener una utilidad de ello. Los representantes consideraron que el cálculo debe ser hecho en equidad y hasta la fecha en que la menor de las niñas cumpla la mayoría de edad. Al respecto, solicitaron el pago de la suma de US$96.600 (noventa y seis mil seiscientos dólares de los Estados Unidos de América), basando esta pretensión en un cálculo que toma en cuenta el pago del último dividendo de la señora Atala por la casa, considerando que el pago del dividendo equivale en la mayoría de los casos a la renta de arrendamiento. Alegaron que "esta ganancia legítima [...] se habría producido de no mediar la decisión arbitraria de la Corte Suprema que determinó la separación de sus hijas".

288. Para el Estado, al no existir acto discriminatorio alguno, "no proceden las indemnizaciones solicitadas". Asimismo, alegó, en referencia al caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, que el Tribunal Europeo "no otorgó ninguna compensación [pues] el haber[se] declarado que existió una violación [...] constituy[ó] en sí mism[a] una justa compensación con respecto a los daños que se alega[ron]". Finalmente, el Estado expresó que buscó alcanzar un acuerdo amistoso "que no logró concretarse debido a lo[s] elevados [...] montos solicitados por la presunta víctima, [que] no se condecían con la magnitud del alegado daño".

289. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y ha establecido que éste supone "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso"[296].

290. En relación con el presunto lucro cesante generado por las pérdidas económicas de la señora Atala por no haber podido arrendar su casa en Villarrica u obtener otra utilidad de dicha casa ante la necesidad de disponer de ella durante las visitas a sus hijas, los representantes basaron sus pretensiones en un cuadro que abarca el período de junio de 2004 a diciembre de 2010, y de enero de 2011 a octubre 2017, cuando la hija menor de la señora Atala cumpla la mayoría de edad. Los representantes cuantificaron el lucro cesante en US$47.400 (equivalente a $ 23.700.000 pesos chilenos) para el primer período, y US$49.200 (equivalente a $24.600.000 pesos chilenos), para un total de US$96.600. Indicaron que la Corte debe utilizar el mencionado cuadro como orientación para fijar una estimación de las ganancias perdidas con base en el criterio de equidad.

291. El criterio de equidad ha sido utilizado en la jurisprudencia de esta Corte para la cuantificación de daños inmateriales[297], de los daños materiales[298] y para fijar el lucro cesante[299]. Sin embargo, al usar este criterio ello no significa que la Corte pueda actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios[300]. Corresponde a las partes precisar claramente la prueba del daño sufrido así como la relación específica de la pretensión pecuniaria con los hechos del caso y las violaciones que se alegan. En el presente caso, los representantes se limitaron a anexar una copia del pago del último dividendo de la señora Atala por la mencionada casa y un listado de los valores diarios de la Unidad de Fomento del Banco Central[301]. El Tribunal considera que ello no constituye una argumentación suficientemente detallada y clara para determinar la relación entre las mencionadas unidades de fomento, el pago del dividendo hipotecario, el cuadro demostrativo de las ganancias dejadas de percibir y la cantidad de lucro cesante que, por este concepto, se solicita sea fijada en equidad por la Corte.

292. Además, dado que debe existir un nexo causal entre los hechos analizados por el Tribunal, las violaciones declaradas anteriormente y el presunto lucro cesante (*supra* párrs. 287 y 291), la Corte reitera que no le corresponde realizar una ponderación de la prueba obrante en el expediente de tuición del presente caso referente a cuál de los padres de las tres niñas ofrecía un mejor hogar para las mismas. Por lo tanto, no es procedente que el Tribunal se pronuncie sobre la afirmación de los representantes en el sentido que la pérdida de ganancias respecto a la casa de Villarrica no se habría producido sin la sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

293. Similar conclusión se extiende al análisis de los gastos de transporte de la señora Atala destinados a la visita de sus hijas. En efecto, si la Corte no ha entrado a determinar a cuál de los padres le correspondía la tuición, tampoco puede valorar el impacto económico del régimen de visitas fijado en las decisiones

judiciales internas sobre la tuición.

294. Finalmente, en relación a los gastos relacionados con el tratamiento médico y la compra de medicamentos, la Corte observa que obra prueba en el expediente respecto a dichos gastos y su relación con los efectos que tuvo en la señora Atala la pérdida de la tuición de sus niñas[302]. El Tribunal considera que dicha prueba es razonable para concluir que las violaciones declaradas en la presente Sentencia pudieron tener efectos negativos respecto al bienestar emocional y psicológico de la señora Atala. Sin embargo, el monto solicitado por los gastos en medicamentos realizados hasta 2010 (US$ 14.378) no se desprende de manera clara de los certificados anexados. De otra parte, la Corte observa que la señora Atala recibía atención médica por la afectación de su salud desde antes del proceso de tuición. Por lo tanto, la Corte no puede determinar con precisión qué componentes del tratamiento médico se relacionaron exclusivamente con las afectaciones sufridas por las violaciones declaradas en el presente caso. Respecto al pago de los gastos futuros del tratamiento médico por el periodo 2012-2017, la Corte considera que dicho gasto será cubierto por medio de la implementación de la medida de rehabilitación de asistencia médica y psicológica ya ordenada (*supra* párr. 254 y 255). Por lo tanto, la Corte fija, con base en un criterio de equidad, la suma de US$ 10.000 por concepto de los gastos ya realizados por atención médica y psicológica.

2. Daño inmaterial

295. La Comisión solicitó que se fije en equidad el monto de la indemnización correspondiente al daño inmaterial causado.

296. Los representantes solicitaron a la Corte que ordene al Estado el pago de "una indemnización pecuniaria" que repare el "sufrimiento y las aflicciones que ha causado la vulneración de [los] derechos fundamentales", el "detrimento ostensible en el proyecto de vida" y el "doloroso distanciamiento y la pérdida recíproca de madre e hijas". La solicitud de indemnización por daño inmaterial asciende a US$ 100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las víctimas.

297. El Estado reiteró los argumentos esgrimidos sobre daño material (*supra* párr. 288).

298. La Corte observa que en la audiencia pública la señora Atala señaló, respecto a la investigación disciplinaria efectuada en su contra (*supra* párr. 227), que se sintió "profundamente humillada, expuesta, como que [la] hubieran desnudado y arrojado a la plaza pública". Por otro lado, expresó que la decisión de la Corte Suprema de Chile que resolvió el recurso de queja tuvo incidencia directa

en su identidad de madre al privarle de sus hijas por ser lesbiana, provocándole "humillación [...] como mujer", estigmatizándola como "incapaz" para ser madre y "criar a sus propios hijos". Además, la víctima manifestó que a causa de las violaciones ocurridas en el presente caso su reputación, actividad profesional, relaciones sociales y familiares se vieron afectadas. Finalmente, las peritos que efectuaron una evaluación psicológica de la señora Atala y de las niñas M., V. y R. diagnosticaron diversos daños relacionados con los hechos de discriminación y afectación a la vida privada y familiar que han sido mencionados en esta Sentencia.

299. Al respecto, la Corte observa que las violaciones declaradas generaron en las víctimas diversos daños en su cotidianidad, diversos niveles de estigmatización y desasosiego. En atención a las indemnizaciones ordenadas por el Tribunal en otros casos, y en consideración de las circunstancias del presente caso, los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) para la señora Atala y de US$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las niñas M., V. y R. por concepto de indemnización por daño inmaterial.

E. Costas y gastos

300. Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación establecido en el artículo 63.1 de la Convención Americana[303].

301. La Comisión solicitó que la Corte "ordene al Estado de Chile el pago de las costas y gastos que se [...] origina[ron] de la tramitación del [...] caso tanto en el ámbito interno como ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos".

302. Los representantes solicitaron un pago por concepto de las costas y gastos del litigio a nivel nacional e internacional. El monto solicitado en el escrito de solicitudes argumentos y pruebas ascendía a US$80.200 (ochenta mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América). En los alegatos finales escritos se incluyeron un conjunto de conceptos por los que se solicitaba, en total, una suma mayor a dicho monto[304].

303. Por su parte, el Estado no presentó observaciones a las pretensiones sobre costas y gastos de los representantes.

304. El Tribunal ha señalado que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas

y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento[305]. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde a la Corte apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable[306].

305. En el presente caso, el Tribunal observa que no consta en el expediente respaldo probatorio respecto a las costas y gastos solicitados por los representantes. En efecto, el monto requerido por concepto de honorarios no fue acompañado por argumentación de prueba específica sobre su razonabilidad y alcance. Sin embargo, la Corte considera que es posible suponer que tanto durante el proceso interno como en el proceso ante el Sistema Interamericano la víctima realizó erogaciones económicas.

306. Teniendo en cuenta los alegatos presentados por las partes, así como la ausencia de material probatorio, la Corte determina en equidad que el Estado debe entregar la cantidad de US$12.000 (doce mil dólares de los Estados Unidos de América) a la víctima, por concepto de costas y gastos. Dicha cantidad deberá ser cancelada dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia. La señora Atala entregará, a su vez, la cantidad que estime adecuada a quienes fueron sus representantes en el fuero interno y en el proceso ante el Sistema Interamericano. Igualmente, el Tribunal precisa que en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la presente Sentencia, podrá disponer el reembolso a la víctima o sus representantes, por parte del Estado, de los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal.

F. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

307. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial directamente a las víctimas, o en su defecto a sus representantes legales, así como el reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos siguientes.

308. En caso de que la beneficiaria fallezca antes de que le sea entregada la indemnización respectiva, ésta se efectuará directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

309. El Estado debe cumplir sus obligaciones mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en su equivalente en pesos chilenos, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.
310. Si por causas atribuibles a la beneficiaria de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera chilena solvente, en dólares estadounidenses y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de 10 años la indemnización no ha sido reclamada, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.
311. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización y como reintegro de costas y gastos deberán ser entregadas a la persona indicada en forma íntegra, conforme a lo establecido en este Fallo, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.
312. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en Chile.
313. En cuanto a las indemnizaciones ordenadas a favor de las niñas M., V. y R., el Estado deberá depositarlas en una institución financiera chilena solvente en dólares estadounidenses. Las inversiones se harán dentro del plazo de un año, en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, mientras las beneficiarias sean menores de edad. Dicha suma podrá ser retirada por aquellas cuando alcancen la mayoría de edad, en su caso, o antes si así conviene al interés superior de las niñas, establecido por determinación de una autoridad judicial competente. Si no se reclaman las indemnizaciones correspondientes una vez transcurridos diez años contados a partir de la mayoría de edad de cada niña, la suma será devuelta al Estado con los intereses devengados. En lo que atañe a la niña V., a los efectos de las reparaciones, se debe estar a lo establecido en el párrafo 71 de la presente Sentencia.

VIIIPUNTOS RESOLUTIVOS

314. Por tanto,

LA CORTE
DECLARA,
por unanimidad, que:
1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo,

de conformidad con lo establecido en los párrafos 94 a 99, 107 a 146 y 218 a 222 de esta Sentencia.
por unanimidad, que:
2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 150 a 155 de esta Sentencia.
por unanimidad, que:
3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 161 a 167 y 225 a 230 de esta Sentencia.
El juez Diego García-Sayán y las juezas Margarette May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet votaron a favor del siguiente punto resolutivo. Los jueces Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco y Alberto Pérez Pérez votaron en contra. En consecuencia, en aplicación de los artículos 23.3 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 16.4 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declara que:
4. El Estado es responsable de la violación de los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 168 a 178 de esta Sentencia.
por unanimidad, que:
5. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 196 a 208 de esta Sentencia.
por unanimidad, que:
6. El Estado es responsable por la violación de la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 234 a 237 de esta Sentencia.
por cinco votos a favor y uno en contra, que:
7. El Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica, en los términos de los párrafos 187 a 192 de la presente Sentencia.

Disiente la jueza Margarette May Macaulay.

Y DISPONE

por unanimidad, que:

1. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

2. El Estado debe brindar, la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten, de conformidad con lo establecido en los párrafos 254 y 255 de la presente Sentencia.

3. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 259 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

4. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en los párrafos 263 y 264 de la presente Sentencia.

5. El Estado debe continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en los párrafos 271 y 272 de la presente Sentencia.

6. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 294 y 299 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, en los términos del párrafo 306 de la misma.

7. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

8. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El Juez Alberto Pérez Pérez hizo conocer a la Corte su Voto Parcialmente Disidente, el cual acompaña esta Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 24 de febrero de 2012.

Diego García-Sayán
Presidente

Manuel E. Ventura Robles — Leonardo A. Franco
Margarette May Macaulay — Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Diego García-Sayán
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ ALBERTO PEREZ PEREZ
SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE*
DE 24 DE FEBRERO DE 2012

1. He votado negativamente el punto resolutivo 4, según el cual "[e]l Estado es responsable de la violación de los artículos 11.2 y 17.1" de la Convención Americana, pues entiendo que solamente se debía haber mencionado como violado al artículo 11.2, porque ante los hechos del presente caso: I) es suficiente declarar una violación del artículo 11.2, y II) no es necesario ni prudente declarar una violación del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo.

I. ES SUFICIENTE INVOCAR EL ARTÍCULO 11.2

2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra derechos relacionados con la familia en el artículo 11.2 y el artículo 17, y asimismo contiene importantes referencias a la familia en los artículos 19, 27.2 y 32.1:

> *Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad*
> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de

Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. (...).

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

3. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales contiene dos disposiciones atinentes a este ámbito, correlativas de los artículos 11 y 17.2 de la Convención Americana:

Articulo 8 — Derecho al respeto de la vida privada y familiar

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Articulo 12 — Derecho a contraer matrimonio

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

4. Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que correctamente y con valor persuasivo se cita en la sentencia, se refiere a las disposiciones del Convenio Europeo correlativas al artículo 11.2 y al artículo 17.2 de la Convención Americana[307], pues no existen disposiciones referidas a los temas previstos en los párrafos 1, 3, 4 y 5 del artículo 17.

5. Importa sobre todo conocer las sentencias en las que el TEDH consideró las situaciones de convivencia entre personas del mismo sexo o género[308] a la luz del artículo 8 del Convenio Europeo, en su relación con el 14. Como dice bien la sentencia de esta Corte en su párrafo 174:

“en el *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, el Tribunal Europeo revisó su jurisprudencia

vigente hasta ese momento, en la cual solamente había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye “vida privada”, pero no había considerado que constituyera “vida familiar”, aun al tratarse de una relación a largo plazo en situación de convivencia. Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”, pues consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8[309]”. [Notas a pie de página omitidas.]

6. También se indica (párr. 173), correctamente, que, “[e] el *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que:

> Al decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios[310]”.

7. Para mayor claridad, y teniendo asimismo en vista el recurso futuro a la jurisprudencia o las decisiones de otros órganos de protección de los derechos humanos, reseñaré brevemente los hechos de cada uno de los casos citados, así como las conclusiones de derecho del TEDH.

El caso Schalk y Kopf vs. Austria

8. *Los hechos del caso* pueden resumirse así: Los demandantes, nacidos en 1962 y 1960, respectivamente, son una pareja del mismo sexo que vive en Viena. En 2002 iniciaron trámites para contraer matrimonio, y las autoridades austríacas entendieron que carecían de capacidad para ello, porque ambos eran hombres, y según el artículo 44 del Código Civil sólo puede contraerse matrimonio entre dos personas de sexo opuesto (párrs. 7 a 9). En Austria existe una Ley sobre uniones registradas (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*), que da a las parejas de un mismo sexo “un mecanismo formal para reconocer sus relaciones y darles efecto jurídico” con caracteres análogos a los del matrimonio en muchos aspectos (tales como “el derecho sucesorio, el derecho laboral, social y de seguros sociales, el derecho fiscal, el derecho relativo al procedimiento administrativo, el derecho relativo a la protección de datos y a la función pública, las cuestiones relativas a pasaportes y registro, y el derecho relativo a los extranjeros” (párrs. 16 a 22). No obstante, subsisten diferencias en varios otros aspectos, en particular en lo tocante a la posibilidad de adoptar o de recurrir a la inseminación artificial.

9. *Las consideraciones de derecho* comienzan (párrs. 24 a 26) con un análisis de la normativa de la Unión Europea (artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales[311] y varias directivas), y en particular del derecho de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (párrs. 27 a 34). Sólo seis de ellos prevén que las parejas de un mismo sexo tengan igualdad de acceso al matrimonio; otros 13 tienen "ciertas disposiciones legislativas que permiten que las parejas de un mismo sexo registren su relación". Un Estado "reconoce a las parejas de un mismo sexo que cohabitan a ciertos efectos limitados, pero no les de la posibilidad de registro". Con referencia a las consecuencias materiales, parentales y de otra índole, el TEDH dice que "las consecuencias jurídicas de las uniones registradas varían desde las que son casi equivalentes al matrimonio hasta las que dan derechos relativamente limitados". El TEDH pasa entonces a considerar los principios generales y su aplicación al caso concreto, y finalmente examina la aplicabilidad del artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8 y la alegación de que había sido violado.

10. *Principios generales*. El TEDH recuerda que, según su jurisprudencia establecida, "el artículo 12 asegura el derecho fundamental de un hombre y una mujer a casarse y fundar una familia", un derecho cuyo ejercicio da lugar a "consecuencias personales, sociales y jurídicas". Si bien está sujeto a las leyes nacionales de los Estados Contratantes, "las limitaciones que por esa vía se introduzcan no deben restringir ni reducir el derecho de un modo o en una medida tales que se afecte la esencia misma del derecho" (párr. 49). Por otro lado, el TEDH "aún no había tenido la oportunidad de examinar si dos personas que son del mismo sexo pueden invocar un derecho a casarse", pero "podían derivarse ciertos principios" de su jurisprudencia relativa a transexuales, en la que inicialmente consideró que "el apego al concepto tradicional de matrimonio que subyace al artículo 12 constituía una razón suficiente para que el Estado demandado siguiera adoptando criterios biológicos para determinar el sexo de una persona a los efectos del matrimonio" (párrs. 50-51). Esa jurisprudencia cambió a partir del caso *Christine Goodwin*[312], en el que, teniendo en cuenta los "importantes cambios sociales en la institución del matrimonio" ocurridos después de la adopción del Convenio, citando el artículo 9 de la Carta Europea y tomando nota de que había "una aceptación generalizada del matrimonio de transexuales en su género asignado", consideró que "los términos del artículo 12 no tenían que seguir entendiéndose en el sentido de determinar el género por criterios puramente biológicos". En consecuencia, "la imposibilidad de que una transexual postoperatoria se casara en su género asignado violaba el artículo 12" (párr. 52). En otros dos casos relativos a matrimonios integrados por una mujer y una transexual que había pasado del sexo

masculino al sexo femenino[313], el TEDH había determinado (párr. 53) que la queja relativa a la exigencia legal de que pusieran fin a su matrimonio para que la transexual pudiera “obtener el pleno reconocimiento jurídico de su cambio de género” era “manifiestamente infundada”. El TEDH observó que “el derecho interno sólo permitía el matrimonio entre personas de género opuesto, ya fuese derivado de la atribución al nacer o de un procedimiento de reconocimiento de género, mientras que no se permitían los matrimonios de un mismo sexo”, y que “el artículo 12 consagraba el concepto tradicional de que el matrimonio era entre un hombre y una mujer”. Si bien “reconoció que varios Estados Contratantes habían extendido el ámbito del matrimonio para comprender a parejas de un mismo sexo”, señaló que “ello reflejaba la visión propia [de dichos Estados] acerca del papel del matrimonio en sus sociedades” pero “no derivaba de una interpretación del derecho fundamental consagrado en el Convenio en 1950”. Por lo tanto, “estaba dentro del margen de apreciación del Estado la forma de regular los efectos del cambio de género en los matrimonios preexistentes”. Por otro lado, si los demandantes optaban por divorciarse, tenían la posibilidad de entrar en una unión civil, cosa que “contribuía a la proporcionalidad del régimen de reconocimiento de género que impugnaban”.

11. *Aplicación al caso concreto*. El TEDH dijo que el derecho a casarse es otorgado por el artículo 12 a “el hombre y la mujer” (“*men and women”*, “*l´homme et la femme*”) y que, si bien dicho artículo considerado aisladamente podría interpretarse en el sentido de “excluir el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres”, considerado en el contexto debía tenerse presente que, “en contraste, todos los demás artículos sustantivos del Convenio otorgan los derechos y libertades a “toda persona” o disponen que “nadie” podrá ser sometido a ciertos tipos de tratos prohibidos”. La elección de las palabras “el hombre y la mujer” debía considerarse “deliberada”, especialmente en “el contexto histórico” del decenio de 1950, cuando “el matrimonio se entendía en el sentido tradicional de unión entre contrayentes de sexo diferente”. En lo tocante a “la conexión entre el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia”, la conclusión a que había llegado el TEDH en el caso *Christine Goodwin* de que “la imposibilidad de una pareja para concebir o actuar como padres de un niño” no excluía *per se* el derecho a casarse, “no permitía llegar a conclusión alguna acerca de la cuestión del matrimonio entre personas de un mismo sexo” (párr. 56). Si bien “el Convenio es un instrumento viviente que debe interpretarse en las condiciones actuales”, y “el matrimonio ha sufrido importantes cambios sociales”, el TEDH observó que “no hay un consenso europeo acerca del matrimonio entre personas de un mismo sexo”, que sólo está permitido en seis de los 47 Estados partes en el Convenio (párr. 58). El caso que se

consideraba debía distinguirse del caso *Christine Goodwin,* en el que se había reconocido que había “una convergencia de estándares acerca del matrimonio de transexuales en su género asignado” y se trataba del “matrimonio entre personas de distinto género”, si éste no se toma sólo en sentido biológico (párr. 59). [Con ello, el TEDH estaba coincidiendo con la afirmación de las organizaciones no gubernamentales intervinientes en el caso, según las cuales “si bien el tribunal había subrayado frecuentemente que el Convenio era un instrumento viviente que debía interpretarse en las condiciones actuales, sólo había utilizado ese enfoque para desarrollar su jurisprudencia cuando había percibido una convergencia de estándares entre los Estados miembros”.]

12. *Influencia del artículo 9 de la Carta Europea*. En cuanto al artículo 9 de la Carta Europea (ilustrado por su comentario oficial), la eliminación deliberada de la referencia a “un hombre y una mujer” ampliaba su alcance en relación con los artículos concordantes de otros instrumentos de derechos humanos, pero “la referencia al derecho interno reflejaba la diversidad de las reglamentaciones nacionales, que van desde permitir el matrimonio entre personas del mismo género hasta la prohibición explícita” y dejaba librada a los Estados la decisión al respecto[314] (párr. 60). Teniendo en cuenta el artículo 9 de la Carta, el TEDH concluyó que “ya no consideraría que el derecho a casarse consagrado en el artículo 12 debe limitarse en toda circunstancia al matrimonio entre dos personas de sexo opuesto”, por lo cual dicho artículo era aplicable al caso, pero subrayó que “la cuestión de si se ha de permitir o no el matrimonio entre personas de un mismo sexo está librado a la reglamentación por el derecho nacional” de cada Estado (párr. 61). Observó que “el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales profundamente arraigadas que pueden diferir ampliamente de una sociedad a otra”, y que el TEDH “no puede apresurarse a anteponer su propio criterio al de las autoridades nacionales, que están mejor ubicadas para responder a las necesidades de la sociedad” (párr. 62). En consecuencia, determinó que “el artículo 12 no impon[ía] al Gobierno demandado la obligación de otorgar el derecho a casarse a una pareja de personas de un mismo sexo, como los demandantes” (párr. 63), y que no se había violado dicho artículo (párr. 64).

13. *Aplicabilidad del artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8*. Según el TEDH, “el artículo 14[315] complementa las demás disposiciones sustantivas del Convenio y sus Protocolos. No tiene existencia independiente, pues surte efecto únicamente en relación con “[e]l goce de los derechos y libertades” salvaguardados por dichas disposiciones” (párr. 89). En distintas sentencias (la última de los cuales[316] era de 2001), el TEDH había determinado que “la noción de familia” en el artículo 12 comprendía también a las uniones de hecho, “cuando

las partes viven juntas sin estar casadas", pero en cuanto a las parejas de un mismo sexo sólo había reconocido que constituían "vida privada" pero no "vida familiar" (párrs. 91-92). En el caso *Schalk y Kopf vs. Austria,* el TEDH cambia esa jurisprudencia (como se indica acertadamente en el párr. 174 de la sentencia a que se refiere el presente voto), por considerar que después de 2001 se había producido "una rápida evolución de las actitudes sociales hacia las parejas de un mismo sexo en numerosos Estados miembros", y "una considerable cantidad" de éstos había "otorgado reconocimiento jurídico a las parejas de un mismo sexo". Asimismo en varias disposiciones de la Unión Europea se reflejaba "una creciente tendencia a incluir a las parejas de un mismo sexo en la noción de 'familia'" (párr. 93). "Habida cuenta de esa evolución," el TEDH consideró "artificial mantener la opinión de que, en contraste con una pareja de sexos opuestos, una pareja de un mismo sexo no puede gozar de 'vida familiar' a los efectos del artículo 8", y que, "[c]onsiguientemente, la relación entre los demandantes, una pareja del mismo sexo que cohabita y vive en una unión de hecho estable, está comprendida en la noción de 'vida familiar', como lo estaría una relación de una pareja de sexos opuestos en la misma situación" (párr. 94).

14. *Alegación de violación del artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8.* Habiendo determinado así que los hechos del caso estaban comprendidos "tanto en la noción de 'vida privada' como en la de 'vida familiar'", y que era aplicable el artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8 (párr. 95), el TEDH pasó a considerar si había sido violado (párrs. 96-110). Para llegar a tal determinación tendría que encontrar "una diferencia en el trato de personas en situaciones relevantemente análogas", que será "discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un fin legítimo o si no hay una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados el fin perseguido". A ese respecto, los Estados "gozan de un margen de apreciación" (párr. 97). Por un lado, "igual que las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren como justificación razones particularmente serias", pero habitualmente se reconoce a los Estados "un amplio margen" en lo tocante a "medidas generales de estrategia económica o social" (párr. 97), y uno de los factores pertinentes para determinar el alcance del margen de apreciación puede ser "la existencia o inexistencia de un espacio de coincidencia (*common ground*)". El TEDH partió de "la premisa de que las parejas de un mismo sexo son tan capaces como las parejas de sexos diferentes de mantener relaciones estables de compromiso", por lo cual están en "una situación relevantemente análoga a la de una pareja de sexos diferentes en lo tocante a su necesidad de reconocimiento jurídico y protección de su relación" (párr. 99). No obstante,

determinó que, si bien no se había permitido que los demandantes se casaran, una ley posterior a la presentación de la demanda pero anterior a la sentencia (la Ley sobre uniones registradas[317], que entró en vigor el 1 de enero de 2010) había brindado un reconocimiento legal alternativo (párr. 102). Si bien “existe un incipiente consenso europeo hacia el reconocimiento de las parejas del mismo sexo”, que se desarrolló “rápidamente durante el último decenio”, todavía no son mayoría los Estados que dan otorgan ese reconocimiento jurídico. Se trata de una esfera en que “los derechos están en evolución y no hay un consenso establecido”, de modo que “los Estados deben gozar también de un margen de apreciación en cuanto a la fecha en que introducen los cambios legislativos” (párr. 105). En conclusión, luego de analizar la condición jurídica de las uniones registradas y las diferencias que subsistían con respecto a los matrimonios, el TEDH dijo que no veía “ninguna indicación de que el Estado demandado hubiese excedido su margen de apreciación al seleccionar los derechos y obligaciones conferidos por las uniones registradas” (párr. 109) y determinó que no se había violado el artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8 (párr. 110).

El caso X, Y y Z vs. Reino Unido

15. *Los hechos del caso* pueden resumirse así: El primer demandante, “X”, nació, con cuerpo femenino, en 1955, pero desde los cuatro años se sentía sexualmente inadecuada y le atraían roles de conducta “masculinos”. Esa discrepancia le hizo sufrir depresión suicida durante su adolescencia. En 1975, inició un tratamiento hormonal y comenzó a vivir y trabajar como hombre. Desde 1979 ha vivido en unión permanente y estable con la segunda demandante, “Y”, una mujer nacida en 1959, y poco después de iniciar dicha convivencia, se sometió a cirugía de reasignación de género. La tercera demandante, “Z”[318], fue dada a luz en 1992 por “Y” mediante inseminación artificial por un donante (IAD). Posteriormente, “Y” dio a luz otro hijo por el mismo método. El planteamiento ante el TEDH se debió a que las autoridades del Reino Unido habían denegado la petición de “X” de ser inscripto como padre de “Z” en el registro civil.

16. *Consideraciones de derecho.* El TEDH recordó, citando varias sentencias anteriores, que “la noción de ‘vida familiar’ en el artículo 8 no se limita únicamente a las familias basadas en el matrimonio y puede abarcar otras relaciones de hecho”, y añadió que “[a]l decidir si puede considerarse que una relación constituye ‘vida familiar’, pueden ser pertinentes varios factores, entre ellos, si la pareja vive junta, la duración de su relación y si han demostrado su compromiso mutuo teniendo hijos conjuntamente o por otros medios (párr. 36)”. Como punto de partida, consideró que “debe tenerse en consideración el justo equilibrio (*fair balance*) que debe lograrse entre los intereses en competencia del individuo y de la comunidad en

conjunto” y que “el Estado goza de cierto margen de apreciación” (párr. 41). En lo tocante al punto concreto del reconocimiento como padre (párr. 44), el TEDH observó que “no hay un estándar común europeo con respecto al otorgamiento de derechos parentales a los transexuales” y que no se ha demostrado “que existe un enfoque generalmente compartido entre las Altas Partes Contratantes acerca de la manera en que debería reflejarse en el derecho la relación social entre un niño concebido mediante IAD y la persona que desempeña el papel de padre”. Añadió que, “si bien la tecnología de la procreación médicamente asistida ha estado disponible en Europa durante varios decenios, muchas de las cuestiones que plantea, en particular con respecto a la cuestión de la filiación, siguen siendo objeto de debate. Por ejemplo, no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la cuestión de si los intereses de un niño concebido de tal manera son mejor contemplados preservando el anonimato del donante del esperma o si el niño debería tener derecho a conocer la identidad del donante”. De allí se deriva que las cuestiones planteadas en el caso “afectan esferas en las que hay muy poco espacio de coincidencia (*common ground*)” entre los Estados miembros del Consejo de Europa y, en general, el derecho parece estar en una etapa de transición, debe reconocerse al Estado demandado una amplio margen de apreciación”. Finalmente dijo que, “habida cuenta de que la transexualidad plantea complejas cuestiones científicas, jurídicas, morales y sociales, con respecto a las cuales no existe un enfoque generalmente compartido entre los Estados Contratantes, el Tribunal opina que no puede considerarse, en este contexto, que el artículo 8 implique una obligación del Estado demandado de reconocer como padre de un niño a una persona que no sea el padre biológico”. Por lo tanto (párr. 52), “el hecho de que la legislación del Reino Unido no otorgue un reconocimiento jurídico especial a la relación entre X y Z no configura un incumplimiento del deber de respetar la vida familiar en el sentido de dicha disposición”.

17. Desde luego, las extensas citas de sentencias del TEDH no significan que la Corte Interamericana deba tomarlas como precedentes obligatorios. Como ya se dijo (*supra,* párr. 3), tienen “valor persuasivo” en la medida en que el razonamiento contenido en ellas sea intrínsecamente convincente, cosa que dependerá, en buena medida, “de la jerarquía de la corte de que emanen, y de la personalidad del juez que redactó el fallo”[319]. Habida cuenta de la jerarquía del TEDH y la similitud entre sus funciones y las de la Corte Interamericana, las sentencias que se citan en el presente voto razonado tienen una gran importancia, como se verá en el capítulo II.

II. NO ES NECESARIO NI PRUDENTE INVOCAR EL ARTÍCULO 17.1

18. Como ya he indicado, no considero necesario ni prudente declarar una

violación del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo. En efecto, el artículo 17 contiene una serie de disposiciones conexas entre sí, que comienzan con la declaración de principio de que “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad” a la que sigue, dentro del mismo párrafo 1, la disposición según la cual la familia “debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, y más adelante varias disposiciones que podrían interpretarse (punto sobre el cual en este voto no se hace ningún pronunciamiento) en el sentido de que presuponen que la familia se basa en el matrimonio o la unión de hecho heterosexual. El derecho a no “ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada” ni “en la de su familia”, consagrado en el artículo 11.2, es un aspecto específico y autónomo del deber general de protección, de modo que no es necesario invocar al artículo 17.1 acumulativamente con el 11.2. La determinación de que unos mismos hechos violan un deber general y un deber específico (o los derechos correspondientes) no cambia la naturaleza ni la gravedad de la violación, y tampoco lleva a que se dispongan reparaciones distintas que si sólo se invocara la disposición que consagra el derecho o el deber específico. En cambio, la invocación del artículo 17.1 comprende a la declaración de principio mencionada y, por implicancia, podría abarcar al resto del artículo 17.

19. La declaración de principio relativa a la familia que figura en el artículo 17.1 coincide básicamente con las disposiciones de numerosas constituciones latinoamericanas:

> *Bolivia:* Artículo 62. El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades.
> Artículo 63. I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.
> II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas.
> *Brasil*: Artículo 226. La familia, base de la sociedad, tiene protección especial del Estado.
> El artículo continúa con disposiciones específicas relativas, entre otras

cosas, al casamiento o matrimonio, y a la “unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar”.
Chile: Artículo 1 (contenido en el Capítulo I, Bases de la institucionalidad). Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos
La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.
El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.
El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.
Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.
Colombia: Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.
Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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.
El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.
La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.
Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco entre todos sus integrantes.
Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a ley.
Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.
La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de

sus hijos, y deberá obtenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.
Las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.
Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.
Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.
También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.
La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.
Costa Rica: Artículo 51. La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.
Artículo 52. El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.
Artículo 53. Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él.
Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.
Cuba: Artículo 35. El Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio.
El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones.
Artículo 36. El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que este resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos.
La ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se

derivan.
Ecuador: Artículo 67. Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.
El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.
Artículo 68. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.
La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.
El Salvador: Artículo 32. La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia.
Artículo 33. La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer.
Nicaragua: Artículo 70. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado.
Artículo 71. Es derecho de los nicaragüenses constituir una familia. Se garantiza el patrimonio familiar, que es inembargable y exento de toda carga pública. La ley regulará y protegerá estos derechos. ...
Artículo 72. El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia.

Artículo 73. Las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer.
Los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades. Los hijos a la vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres. Estos deberes y derechos se cumplirán de acuerdo con la legislación de la materia.
Paraguay: Artículo 49. De La Protección A La Familia
La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes.
Artículo 50. Del Derecho A Constituir Familia
Toda persona tiene derecho a constituir familia, en cuya formación y desenvolvimiento la mujer y el hombre tendrán los mismos derechos y obligaciones.
Artículo 51. Del Matrimonio Y De Los Efectos De Las Uniones De Hecho
La ley establecerá las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer, los requisitos para contraerlo, las causas de separación, de disolución y sus efectos, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre cónyuges.
Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley.
Artículo 52. De La Unión En Matrimonio
La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia.
Perú: Artículo 4. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.
La forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.
Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a

una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.
Uruguay: Artículo 40. La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.
Artículo 41. El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten.
La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.
Artículo 42. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.
La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.
Venezuela: Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.
Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.
Artículo 76. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el

> puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.
> El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquél o aquella no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.
> Artículo 77. Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

20. Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes (ver *supra*, párr. 9). Tal es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la Sentencia), pues existe no sólo entre los Estados partes de la Convención Americana, sino entre todos los Estados miembros de la OEA, un claro concepto al respecto, expresado en las resoluciones de la Asamblea General que se citan (nota 97).

21. No puede decirse que ocurra lo mismo en relación con la evolución de la noción de familia y su calidad de base o elemento esencial o natural de la sociedad, que sigue estando presente incluso en las Constituciones de numerosos Estados partes (*supra,* párr. 19). El hecho incontrovertible de que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia, como se recoge en la nota 191 de la sentencia[320], no quiere decir que necesariamente todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la Convención Americana, incluso interpretada evolutivamente según los parámetros mencionados (*supra,* párrs. 9 y 18), entiende por familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, o a lo que los Estados partes que tienen disposiciones análogas entienden por tal. Tampoco quiere decir que todos los Estados partes deban reconocer a todos los conceptos o modelos de familia. Precisamente, en su Observación General N° 19, el Comité de Derechos Humanos, en el mismo párrafo en que observa que :

“*el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto*”.

22. Destaca que:
“cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, *en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros*”. (Cursivas añadidas)
23. En otras palabras, es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un *margen de apreciación nacional*, para lo cual habrá que hacer una indagación que no corresponde llevar a cabo en el presente caso, sino que deberá hacerse cuando el punto sea objeto de un caso planteado ante esta Corte y se escuchen los argumentos que al respecto formulen las partes y eventualmente los *amici curiai* que se presenten.
24. Todo ello me reafirma en la convicción de que no es necesario ni prudente que en este caso se declare una violación del párrafo 1 del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo.

Alberto Pérez Pérez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

[1] De conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte Interamericana aplicable al presente caso (*infra* nota 2), que establece que “[e]n los casos a que hace referencia el artículo 44 de la Convención, los Jueces no podrán participar en su conocimiento y deliberación, cuando sean nacionales del Estado demandado”, el Juez Eduardo Vio Grossi, de nacionalidad chilena, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia.

[2] Reglamento de la Corte aprobado por el Tribunal en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009; el cual aplica al presente caso, de conformidad con el artículo 79 del mismo. Según el artículo 79.2 de dicho Reglamento, “[c]uando la Comisión hubiese adoptado el informe al

que se refiere el artículo 50 de la Convención con anterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento, la presentación del caso ante la Corte se regirá por los artículos 33 y 34 del Reglamento anteriormente vigente. En lo que respecta a la recepción de declaraciones se aplicarán las disposiciones del presente Reglamento". Por tanto, en lo que se refiere a la presentación del caso, son aplicables los artículos 33 y 34 del Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones.

[3] A solicitud de la Comisión Interamericana se reserva la identidad de las tres hijas de la señora Karen Atala Riffo, a quienes se identificará con las letras "M., V. y R." (expediente de fondo, tomo I, folio 1). Asimismo, a solicitud de los representantes, y con el objeto de proteger el derecho a la intimidad y vida familiar de M. V. y R., procede mantener en reserva todas las declaraciones ante fedatario público remitidas por las partes y "relativas a la situación familiar" de la señora Atala y las niñas M., V. y R. (expediente de fondo, tomo III, folio 1162).

[4] En la petición inicial la señora Atala indicó que la Fundación Ideas era representada por Francisco Estévez Valencia y nombró como sus representantes ante la Comisión Interamericana a Verónica Undurraga Valdés, Claudio Moraga Klenner, Felipe González Morales y Domingo Lovera Parmo (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1533 y 1572).

[5] En el Informe de Fondo No. 139/09 la Comisión concluyó que el Estado de Chile "violó el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento". Asimismo, "vulneró los derechos consagrados en los artículos 11(2), 17(1), 17(4), 19, y 8(1) y 25(1) de la Convención Americana en relación con el artículo 1(1) del mismo instrumento, en perjuicio de las personas mencionadas en las secciones respectivas". La Comisión recomendó al Estado: i) "[r]eparar integralmente a Karen Atala y a M., V. y R. por las violaciones de derechos humanos establecidas en el [...] informe, tomando en consideración su perspectiva y necesidades" y ii) "[a]doptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia. Estas medidas deben ser acompañadas de recursos humanos y financieros adecuados para garantizar su implementación y programas de capacitación para funcionarios involucrados en garantizar estos derechos". Informe de Fondo No. 139/09, Caso 12.502, Karen Atala e hijas, 18 de diciembre de 2009 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, apéndice 2, folios 22 a 67).

[6] Tal como se precisa posteriormente (*infra* párrs. 12, 13 y 67 a 71), en

relación con la representación de las niñas M., V. y R., en la Resolución de 29 de noviembre de 2011 la Corte señaló que en ninguna parte del expediente había una manifestación precisa por parte de las niñas M., V. y R. respecto a si estaban de acuerdo con la representación que ejerce cualquiera de sus padres y de si deseaban ser consideradas como presuntas víctimas en el presente caso. Teniendo en cuenta lo anterior, se realizó una diligencia judicial para escuchar directamente a las niñas M. y R (*infra* párr. 13).

[7] La señora Karen Atala Riffo designó como sus representantes a Macarena Sáez de la organización "Libertades Públicas A.G.", a Helena Olea de la "Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género", y a Jorge Contesse del "Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales".

[8] *Cfr. Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala.pdf Los representantes solicitaron una modificación en la modalidad de dos declaraciones, lo cual fue aceptado por el pleno de la Corte. *Cfr. Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2011. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_21_08_11.pdf

[9] A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Rodrigo Escobar Gil, Comisionado, Silvia Serrano y Rosa Celorio, asesoras legales; b) por los representantes: Helena Olea Rodríguez, Macarena Sáez Torres, Jorge Contesse Singh, José Ignacio Escobar Opazo, Francisco Cox Vial y Catalina Lagos Tschorne, y c) por el Estado: Miguel Ángel González Morales y Paulina González Vergara, Agentes; Gustavo Ayares Ossandón, Embajador de Chile en Colombia; Ricardo Hernández Menéndez, Consejero de la Embajada de Chile en Colombia; Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Felipe Bravo Alliende y Alberto Vergara Arteaga.

[10] Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal constató que la documentación probatoria allegada por el señor Bustamante, concerniente a peritajes psicológicos de las tres niñas y declaraciones de varias personas, fue aportada por las partes como anexos a sus escritos principales, los cuales incluían una copia de los documentos principales del proceso de tuición.

[11] El escrito fue presentado por Leopoldo Llanos Sagristá, Ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco, Chile, y Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile.

[12] El escrito fue presentado por Geraldina González de la Vega, Consultora Jurídica, y Alejandro Juárez Zepeda, Coordinador General.

[13] El escrito fue presentado por Márcia Nina Bernardes, Profesora del Departamento de Derecho y Coordinadora del Núcleo de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro; Andrea Schettini, Luiza Athayde, Maria Fernanda Marques, Isabella Benevides, Isabella Maioli, Julia Rosa, Juliana Streva, Karen Oliveira y María Eduarda Vianna, y Felipe Saldanha.

[14] El escrito fue presentado por Jorge Nicolás Lafferriere y Úrsula C. Basset, Co-Directores del seminario.

[15] Úrsula C. Basset es Miembro del Comité Ejecutivo de la Academia Internacional para la Jurisprudencia sobre la Familia y del Comité Ejecutivo de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia.

[16] Carlo Casini es Diputado del Parlamento Europeo, Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo y Presidente del Movimiento por la Vida Italiano. Antonio Gioacchino Spagnolo es Profesor ordinario de Bioética y Director del Instituto de Bioética de la Universidad Católica del Sagrado Corazón con sede en Roma. Joseph Meaney es Director de Coordinación Internacional de Vida Humana Internacional.

[17] El escrito fue firmado por Hugo Calienes Bedoya, Rector y Director del Instituto de Bioética de la USAT, y por Carlos Tejeda Lombardi, Director de la Escuela de Derecho de la USAT, Rafael Santa María D´Angelo, Coordinador del Área de Historia y Filosofía del Derecho, Javier Colina Seminario, Asesor Legal de la USAT, Rosa Sánchez Barragán, Coordinadora del Área de Derecho Civil, Erika Valdivieso López, Decana de la Facultad de Derecho de la USAT, Angélica Burga Coronel, Profesora de Protección Jurídica de los Derechos, Ana María Olguin Britto, Directora del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia de la USAT, y Tania Diaz Delgado, todos ellos profesores de la Facultad de Derecho y del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y Familia de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

[18] Elba Nuñez Ibáñez es Coordinadora Regional del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Gabriela Filoni es Responsable del Programa de Litigio del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Jeannette Llaja pertenece al Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer de Perú. Gastón Chillier es Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales.

[19] El escrito fue presentado por Marcela Sánchez Buitrago, Directora Ejecutiva de Colombia Diversa y Mauricio Noguera Rojas y Santiago Medina Villareal, en representación de Colombia Diversa; y Viviana Bohórquez Monsalve, en representación del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional.

[20] El escrito fue presentado por Lynne Marie Kohm, en representación del Centro para la Justicia Global, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho perteneciente a la Facultad de Derecho de Regent University.

[21] El escrito fue presentado por Lisa Davis, Clinical Professor of Law, de la International Women's Human Rights Clinic at the City University of New York School of Law; Jessica Stern, de la International Gay and Lesbian Human Rights Commission; y Dorothy L. Fernández, Justin D. Hoogs, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer y Erin I. Herlihy, de Morrison & Foerster LLP. En este escrito participaron Amnistía Internacional; ARC Internacional; Centro de Derechos Constitucionales; Consejo para la Igualdad Mundial, Human Rights Watch; Lawyers for Children Inc; Sociedad de Ayuda Legal de Nueva York; Legal Momentum; MADRE; Centro Nacional de Derechos Lésbicos; Iniciativa Nacional de Derechos Económicos y Sociales; la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York; Women's Link Worldwide y la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES).

[22] Andrea Minichiello Williams es Directora General de "Christian Legal Center / Christian Legal Fellowship". Ruth Ross es Directora Ejecutiva de "Christian Legal Fellowship". Mark Mudri es Facilitador Regional de "Advocates Oceanía".

[23] El escrito fue presentado por Estefanía Vela Barba y Alejandro Madrazo Lajous, del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas.

[24] *Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_29_11_111.pdf

[25] Mediante escrito de 23 de febrero de 2012, el Estado presentó observaciones en torno a la confidencialidad del acta mencionada.

[26] *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 50 y *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 26.

[27] *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. *Fondo.* Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 76 y *Caso Chocrón Chocrón*, *supra* nota 26, párr. 26.

[28] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 140 y *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 13.

[29] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 28, párr. 146 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 14.

[30] *Cfr. Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas*.* Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 26 y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 54.

[31] *Cfr. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 43 y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 25.

[32] *Cfr. Caso Loayza Tamayo, supra* nota 31, párr. 43 y *Caso Chocrón Chocrón*, *supra* nota 26, párr. 34.

[33] *Cfr. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197*,* párr. 42 y *Caso Familia Barrios*, supra nota 31, párr. 28.

[34] *Cfr.* Certificado de matrimonio de 22 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5926).

[35] *Cfr.* Informes psicológicos de M., V. y R. de 15 de noviembre de 2002 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 23, folios 2680, 2683 y 2686).

[36] *Cfr.* Sentencia del Juzgado de Letras de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 12, folio 2581).

[37] Al respecto, el Juzgado de Villarrica estableció que "en junio de 2002 [la señora Atala] inició una relación afectiva con [la señora] Emma de Ramón[,] quien desde noviembre de 2002 se desempeñ[ó] como coordinadora del archivo regional de la Araucanía en la ciudad de Temuco [y por tanto, se t]ras[ladó] al hogar común e incorpor[ó] a[l] núcleo familiar"*.* Sentencia del Juzgado de Letras de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 12, folio 2582).

[38] La tuición o custodia de los menores de edad en Chile se encuentra regulada por el artículo 225 del Código Civil, el cual dispone que: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2671).

[39] Demanda de tuición interpuesta ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarrica de 14 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 1, folios 2499, 2500, 2503 y 2504).

[40] Contestación a la demanda de tuición de 28 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 2, folios 2507, 2513, 2516, 2521 y 2522).

[41] Auto del Juzgado de Menores de Villarrica de 28 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 113 y 114).

[42] *Cfr.* Nota de prensa aparecida en el periódico “La Cuarta” el 28 de febrero de 2003 titulada “Abogado exige tuición de sus hijas porque esposa jueza sería lesbiana” y Nota de prensa aparecida en el Diario “Las últimas noticias” de 1 de marzo de 2003 titulada “Abogado exige tuición de hijas porque su ex mujer es lesbiana (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexos 3 y 4, folios 2529 a 2532).

[43] *Cfr*. Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunzinker de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5927).

[44] En particular, el representante allegó la siguiente prueba documental: i) informes psicológicos de V. y R. de diciembre de 2002; ii) informe psicológico de M. de diciembre de 2002; iii) informe psicológico de las menores de edad y su

madre; iv) constancia emitida por la enfermera del centro clínico al que asistían las menores de edad, en la cual se deja constancia de que “no se han observado huellas o signos físicos de maltrato en” las tres niñas; v) copia de los informes de escolaridad de M. y V.; vi) tarjeta de navidad elaborada por M.; vii) copia de las resoluciones exentas “en las que se reconocen a las menores de [edad] como cargas familiares de la demandada”; viii) certificado de la “Isapre Más Vida”; ix) copia de las calificaciones obtenidas por la señora Atala en su desempeño profesional; x) copia de la escritura pública de transacción de alimentos entre la señora Atala y el padre de su hijo mayor; xi) copia del certificado de salud, “certificando la ausencia de herpes genitales”; xii) copia del certificado de salud de Emma De Ramón, “certificando la ausencia de herpes genitales” de Karen Atala; xiii) copia del examen negativo de VIH de la señora Atala; xiv) copia del examen negativo de VIH de la señora De Ramón, y xv) copia notarial del nombramiento como coordinadora del archivo regional de la Araucanía de la señora De Ramón. *Cfr.* Escrito del apoderado de la señora Atala de 11 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 192 a 193).

[45] El apoderado solicitó: i) informe del médico psiquiatra que realizó la terapia matrimonial entre la señora Atala y el demandante; ii) se oficiara al departamento de recursos humanos del sitio de trabajo del demandante; iii) se solicitara información a la Organización Panamericana de la Salud para que informara sobre “la fecha en que la homosexualidad fue eliminada del catálogo de conductas patrológicas”; iv) se solicitara información al Servicio Nacional de la Mujer para que informara respecto al “concepto de familia incorporado en el Informe de la Comisión Nacional de Familia”; v) se solicitara al Ministerio General de Gobierno la remisión del plan para superar la discriminación en Chile, y vi) se solicitara al Director del Departamento de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores para que informara “respecto de las obligaciones internacionales asumidas por el [...] Estado de Chile en materia de no discriminación por orientación o identidad sexual”. Escrito del apoderado de la señora Atala de 11 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 193 a 195).

[46] *Cfr.* Escrito de la apoderada del señor López Allendes de 11 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 197 a 199).

[47] *Cfr.* Acta del Juzgado de Menores de Villarrica de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 327 a 334).

[48] *Cfr.* Acta del Juzgado de Menores de Villarrica de 8 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 350 y 351).

[49] *Cfr.* Acta del Juzgado de Menores de Villarrica de 10 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 352 a 373).

[50] *Cfr.* Acta del Juzgado de Menores de Villarrica de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 374 a 393).

[51] Testimonio de Edith Paola Retamal Arevalo de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 390).

[52] *Cfr.* Pruebas testimoniales producidas mediante declaraciones orales rendidas el 14 de abril de 2003 ante el Juzgado de Menores de Villarrica por Erecilda Teresa Solis Ruíz (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 370), Ana Delia Pacheco Guzmán (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 375), y Graciela del Carmen Curín Jara (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 377).

[53] *Cfr.* Prueba testimonial producida mediante declaración oral rendida el 14 de abril de 2003 ante el Juzgado de Menores de Villarrica por Ana Delia Pacheco Guzmán (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 376).

[54] *Cfr.* Demanda de Tuición Provisoria del señor López Allendes de 10 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2546 a 2552).

[55] Respuesta al Incidente de Tuición Provisoria de 13 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2554 a 2557).

[56] Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 10, folios 2559 a 2567). En el marco del proceso de tuición provisional, el Juzgado de Menores recabó como pruebas testimoniales las declaraciones de: i) un padrino de una de las niñas; ii) una psicóloga; iii) una amiga de la familia; iv) una empleada de casa, y v) una niñera (expediente de fondo, tomo XII, folios 5919 a 5921). Además, el Juzgado consideró como pruebas documentales varias publicaciones de periódicos, un informe socioeconómico, un set de fotografías, un informe emitido por la psiquiatra de la señora Atala, un informe de una psicóloga encargada de la terapia de las niñas y el informe de una enfermera universitaria (expediente de fondo, tomo XII, folios 5918 a 5921). Asimismo, el Juzgado consideró que “exist[ían] los antecedentes suficientes para alterar el deber del cuidado personal, establecido legalmente, [por lo que] se acced[ió] a la petición del demandante”.

[57] *Cfr*. Constancia de 15 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, folio 572).

[58] Al respecto, el Código Orgánico de Tribunales dispone:

Art. 194. Los jueces pueden perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o por recusación declaradas, en caso necesario, en virtud de causas legales.

Art. 195. Son causas de implicancia: [...] 8. Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia.

Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf (última visita el 22 de febrero de 2012).

[59] Solicitud de inhibición del Juez Luis Humberto Toledo Obando de 13 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2573).

[60] Decisión del Juzgado de Menores de Villarrica de 14 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, folio 569). El Artículo 120 del Código de Procedimiento Civil de Chile vigente para la fecha de los hechos establecía que: "Una vez aceptada como bastante la causal de inhabilitación, o declarada ésta con arreglo al inciso 2º del artículo anterior, se pondrá dicha declaración en conocimiento del funcionario cuya implicancia o recusación se haya pedido, para que se abstenga de intervenir en el asunto de que se trata mientras no se resuelva el incidente". Disponible en: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986 (último acceso 20 de febrero de 2012), dirección electrónica suministrada por el Estado en su escrito de alegatos finales (expediente de fondo, tomo XII, folio 5914).

[61] Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2607).

[62] Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2591, 2594 y 2595).

[63] Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2596, 2597, 2599, 2600, 2601 y 2605).

[64] *Cfr.* Auto del Juzgado de Menores de Villarrica de 5 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, folio 933).

[65] *Cfr.* Recurso de apelación interpuesto por el señor López Allendes de 11 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2614 a 2632) y solicitud de orden de no innovar interpuesta por el señor López Allendes de 22 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2634 a 2636).

[66] *Cfr.* Concesión de orden de no innovar emitida por la Corte de Apelaciones de Temuco de 24 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2638).

[67] El 7 de enero de 2004 la relatora de la Corte de Apelaciones de Temuco certificó que "el Ministro señor Archibaldo Loyola, se manifestó inhabilitado para conocer de la presente causa y que el Ministro señor Lenin Lillo Hunzinker manifestó afectarle la causal de recusación del artículo 196 No. 10 del Código Orgánico de Tribunales, toda vez que tomó conocimiento de la presente causa, a propósito de la investigación que le correspondió dirigir en visita extraordinaria al Juzgado de Letras de Menores de Villarrica". *Cfr.* Certificado de 7 de enero de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2640).

[68] *Cfr.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 2 de julio de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2645).

[69] *Cfr.* Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 30 de marzo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2643).

[70] Recurso de queja y solicitud de orden de no innovar interpuestos por el señor López Allendes de 5 de abril de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2652 a 2655).

[71] Recurso de queja y solicitud de orden de no innovar interpuestos por el señor López Allendes de 5 de abril de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2654).

[72] *Cfr.* Concesión de orden de no innovar por la Corte Suprema de Chile de 7 de abril de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2666).

[73] *Cfr.* Sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 22, folios 2669 a 2677).

[74] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2670, 2671, 2672, 2673).

[75] En particular, indicaron que "no es un recurso procesal que habilite a este Tribunal para resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes en el pleito. Es plenamente sabido que de acuerdo al artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales el recurso de queja es un recurso disciplinario, cuya exclusiva finalidad es la corrección de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de una resolución jurisdiccional, a través, a) de la invalidación de ella y b) de la aplicación de medidas disciplinarias a los jueces que incurrieron en la grave

falta o abuso contenida en la resolución anulada. Que, entonces, y descartando por imperativo legal que el recurso de queja pueda significar en esta Corte Suprema la apertura de una tercera instancia – que nuestro sistema procesal no acepta- o que fuese un medio apto para imponer opiniones o interpretaciones discutibles, corresponde examinar si los jueces impugnados han incurrido en alguna falta o abuso grave al entregar a su madre, doña Jacqueline Karen Atala Riffo el cuidado de sus tres hijas menores, [M., V. y R.]". Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004, voto en contra de los Ministros José Benquis C. y Orlando Álvarez H. (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2673 y 2674).

[76] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004, voto en contra de los Ministros José Benquis C. y Orlando Álvarez H. (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2675). En dicho marco de análisis, los jueces consideraron que: i) "no aparecen de los autos tenidos a la vista que exist[ieran] antecedentes de los que pudiera especularse que la madre […] hubiese maltratado o descuidado a sus hijas", y ii) "los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva sicológica o siquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal". Por lo tanto, los jueces concluyeron que el "restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad – como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas – involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria".

[77] *Cfr. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66 y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 16.

[78] En el Preámbulo de la Convención Americana se sostiene que la protección internacional es "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". Ver también *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 26 y *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 28, párr. 61.

[79] *Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones Preliminares y*

Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 80 y *Caso Cabrera García y Montiel Flores, supra* nota 77, párr. 16.

[80] Mediante escrito de 3 de febrero de 2012 el Estado presentó observaciones respecto a la participación de la psiquiatra Espinoza en la diligencia. Al respecto, el 6 de febrero de 2012, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte, se informó a las partes que la psiquiatra Espinoza fue designada para realizar un acompañamiento, en caso de ser necesario, a la delegación de la Secretaría. Asimismo, en el acta que fue transmitida a las partes se indicó que, si bien se había previsto el apoyo de la psiquiatra Espinoza como apoyo de contención, ello no fue necesario.

[81] El artículo 24 de la Convención (Igualdad ante la Ley) estipula que:

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

[82] El artículo 1.1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que:

> Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[83] *Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr 53 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 268.

[84] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota 83, párr. 55.

[85] *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota 83, párr. 269.

[86] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 85, párr. 103 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota 83, párr. 271.

[87] *Cfr*. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 85, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota 83, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10

de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

[88] El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: “En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

[89] El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

[90] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, *supra* nota 87, párr. 6.

[91] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota 83, párrs. 53 y 54 y *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174.

[92] *Mutatis mutandi, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de los Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209 y *Caso Barbani Duarte y otros, supra* nota 91, párr. 174.

[93] *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106. En el Tribunal Europeo ver T.E.D.H., Caso *Tyrer v. Reino Unido*, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

[94] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* nota 93, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, *supra* nota 93, párr. 106.

[95] *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención*

Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52, y *Caso de la Masacre de Mapiripán, supra* nota 93, párr. 106.

[96] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* nota 93, pára. 115.

[97] *Cfr.* AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 ("LA ASAMBLEA GENERAL […] RESUELVE: 1. 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 su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación"); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 ("LA ASAMBLEA GENERAL […] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género"); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 ("LA ASAMBLEA GENERAL […] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. 2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia"), y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 ("LA ASAMBLEA GENERAL […] RESUELVE: 1. Manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género").

[98] Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "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".

[99] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28; *Caso L. y V. Vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 45; *Caso S. L. Vs. Austria*, (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 37, y *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50.

[100] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, *supra* nota 99, párr. 28 ("the applicant`s sexual orientation […] [is] a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words [`]any ground such as[´]). Ver también T.E.D.H., *Caso Fretté Vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; T.E.D.H., Caso *Kozak Vs. Polonia*, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, (No. 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010. Final, 28 de diciembre de 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev Vs. Russia*, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108 ("The Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14").

[101] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Clift Vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57 ("the Court has considered to constitute [`]other status[´] characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent). Sin embargo, el Tribunal Europeo no decidió limitar con esto el concepto de "otra condición" a que las características sean inherentes o innatas de la persona. *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Clift*, *supra* nota 101, párr. 58 ("However, in finding violations of Article 14 in a number of other cases, the Court has accepted that "status" existed where the distinction relied upon did not involve a characteristic which could be said to be innate or inherent, and thus [`]personal[´] in the sense discussed above").

[102] Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción

alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[103] Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[104] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen Vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7 ("The State party has sought the Committee's guidance as to whether sexual orientation may be considered an "other status" for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to "sex" in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation"). Asimismo, ver *X Vs. Colombia*, Comunicación No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007, párr. 7.2. ("The Committee recalls its earlier jurisprudence that the prohibition against discrimination under article 26 comprises also discrimination based on sexual orientation"). En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos, *Edward Young v. Australia*, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4. Véase también Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Polonia*, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999, párr. 23.

[105] *Cfr., inter alia,* Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007, párr. 16 ("Aunque observa con satisfacción la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables, el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud (artículos 2 y 26 del Pacto). El Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los prejuicios sociales"); *Observaciones finales, Barbados*, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007, párr. 13 ("El Comité expresa su preocupación por la discriminación que sufren los homosexuales en el Estado Parte y, en particular, por la penalización de los actos sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo (art. 26)"); *Observaciones finales, Estados Unidos de*

América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, párr. 25 (“También observa con preocupación que en muchos Estados no se ha prohibido la discriminación en el empleo por motivos de orientación sexual (arts. 2 y 26). El Estado Parte debería aceptar su obligación jurídica en virtud de los artículos 2 y 26 de garantizar a todas las personas los derechos amparados por el Pacto, así como la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, sin discriminación por motivos de orientación sexual”); *Observaciones finales, El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 16 (“El Comité expresa su preocupación por los casos de personas atacadas, y aun muertas, con motivo de su orientación sexual (artículo 9), por el bajo número de investigaciones en relación con estos actos ilícitos, y por las disposiciones existentes (como las “Ordenanzas Contravencionales” de carácter local) utilizadas para discriminar contra las personas en razón de su orientación sexual (artículo 26)”).

[106] *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32 (“En `cualquier otra condición social´, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual”). *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18. El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12 (“en virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de […] orientación sexual”); Observación No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13 (“el Pacto proscribe toda discriminación por motivos de […] orientación sexual”); Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18 (“En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de […] orientación sexual”).

[107] *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 (“es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales”); Observación General No. 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes

en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6 (“Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño”. Deb[e] añadirse también la orientación sexual”).

[108] *Cfr.* Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observación General No. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 20 y 21 (“El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. […] Los Estados Partes deben velar porque, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que se[a] su […] orientación sexual”).

[109] *Cfr.*Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13 (“La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por […] orientación sexual”) y Proyecto de Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 18 (“La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual”).

[110] Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3.

[111] Naciones Unidas, Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género, presentada por Colombia en el 16º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf (último acceso el 22 de febrero de 2012).

[112] Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.

[113] *Cfr.,* entre otros informes, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párrs. 32 y 38 (“Las normas internacionales de los derechos humanos prohíben toda discriminación en el acceso a la atención de la salud y a sus factores determinantes básicos, así como a los medios para conseguirlos, por motivos de orientación sexual […]. Las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos excluyen por completo la discriminación por razones de orientación sexual”). Véase también el Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Misión en Brasil, E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006, párr. 40; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer, Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA, E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, párrs. 27 y 58; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2003/3, 13 de enero de 2003, párrs. 66 y 67; Informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, A/57/138, 2 de julio de 2002, párr. 37; Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, párr. 89. g); Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párrs. 17 a 25; Informe sobre los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, E/CN.4/2002/76, 27 de diciembre de 2001, pág. 14; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64; Informe del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía,

E/CN.4/2004/9, 5 de enero de 2004, párr. 118, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión No. 7/2002 (Egipto), E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 de enero de 2003, pág. 72, párr. 28. En el marco del derecho comparado algunos Estados prohíben explícitamente la discriminación por orientación sexual en sus Constituciones (por ejemplo Bolivia, Ecuador, Kosovo, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Suiza, entre otros Estados) o a través de leyes, como por ejemplo en materia de derecho familiar, dirigidas a otorgarles a las personas homosexuales los mismos derechos que a las personas heterosexuales. Por ejemplo, en Argentina, a través de los artículos 2 y 4 de la Ley No. 26.618 del 21 de julio de 2010, se estableció que: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo" y que "en casos de matrimonio constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá [sobre la tuición] teniendo en cuenta el interés del menor". Uruguay aprobó la Ley No. 18.246 (Diario Oficial No. 27402, 10 enero de 2008), que reconoce las uniones civiles ("uniones concubinarias") de parejas del mismo sexo. En 2009, mediante la Ley No. 18.590, (Diario Oficial No. 27837, 26 octubre 2009), se autorizó la adopción conjunta por parte de parejas en unión civil.

[114] De acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales (en adelante "LGTBI") es inaceptable porque: i) la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona (*infra* párr. 139). Asimismo: ii) la comunidad LGTBI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad. *Cfr.* Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 33 ("la discriminación y la estigmatización siguen representando una grave amenaza contra la salud sexual y reproductiva de muchos grupos, como [...] las minorías sexuales"); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64 ("Las actitudes y creencias derivadas de mitos y miedos relacionados con el VIH/SIDA y la sexualidad contribuyen a la estigmatización y la discriminación contra las minorías sexuales. Además, la percepción de que los miembros de estas minorías no respetan las barreras sexuales o cuestionan los conceptos predominantes del papel atribuido a cada sexo parece contribuir a su vulnerabilidad a la tortura como manera de 'castigar' su comportamiento no aceptado"). Por otra parte: iii) constituyen una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones

negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. *Cfr.* Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28 ("Travestis, transexuales y homosexuales son también con frecuencia víctimas de episodios de violencia y discriminación. Cuando recurren al sistema judicial, se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí"), y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Finalmente: iv) la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, párr. 25. En esta sentencia, respecto al derecho de los profesores de colegios públicos a no ser despedidos por su condición homosexual, la Corte Constitucional colombiana señaló que separar a un profesor de su trabajo por esa razón se funda "en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a esta población y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica" (párr. 29). Por su parte, la sentencia C-507 de 1999 declaró inconstitucional una norma que establecía como falta disciplinaria el homosexualismo en las fuerzas militares. En la sentencia C-373 de 2002 la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional una norma que disponía como causal de inhabilidad para ejercer el cargo de notario el haber sido sancionado disciplinariamente por la falta de "homosexualismo".

[115] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso E.B*, *supra* nota 99, párrs. 88 y 89 ("notwithstanding the precautions taken by the Nancy Administrative Court of Appeal, and subsequently by the *Conseil d'Etat*, to justify taking account of the applicant's [']lifestyle[´], the inescapable conclusion is that her sexual orientation was consistently at the centre of deliberations in her regard and omnipresent at every stage of the administrative and judicial proceedings. The Court considers that the reference to the applicant's homosexuality was, if not explicit, at least implicit. The influence of the applicant's avowed homosexuality on the assessment of her application has been established and, having regard to the foregoing, was a decisive factor leading to the decision to refuse her authorisation to adopt").

[116] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta, supra* nota 99*,* párrs. 28 y 31 y *Caso E.B., supra* nota 99*,* párr. 85.

[117] Demanda de tuición interpuesta ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarrica de 14 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 1, folio 2500).

[118] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2669 a 2677).

[119] El Juzgado señaló que "según lo dispone el artículo 225 del Código Civil, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, y en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el Juez podrá entregar el cuidado personal al otro de los padres". Agregó que "se impone al Juez la ingrata labor judicial de dirimir cual de los padres resulta más apto para hacer efectivo el Derecho de Tuición, que tiene las menores [de edad], para lo cual debe recurrir a parámetros objetivos – como es el mérito del proceso – y a un juicio de probabilidad, resolviendo incidentalmente por la urgencia que el bienestar que las niñas amerita, con cuál de los dos padres es conveniente que permanezcan". Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2559 a 2567).

[120] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2670).

[121] Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2566).

[122] *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56. En igual sentido, ver: Preámbulo de la Convención Americana.

[123] Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 60.

[124] *Cfr., inter alia,* en Australia: *In the Marriage of C. and J.A. Doyle*, (1992) 15 Fam. L.R. 274, 274, 277 ("el estilo de vida de los progenitores no es relevante sin considerar sus consecuencias en el bienestar del niño"); en las Filipinas: Corte Suprema de las Filipinas, *Joycelyn Pablo-Gualberto v. Crisanto Rafaelito Gualberto*, G.R. No. 156254 de 28 de junio de 2005, señalando que la preferencia sexual en sí misma no es muestra de la incompetencia parental de ejercer la custodia de menores ("sexual preference or moral laxity alone does not prove parental neglect or incompetence. […] To deprive the wife of custody, the husband must clearly establish that her moral lapses have had an adverse effect on the welfare of the

child or have distracted the offending spouse from exercising proper parental care"); en Sudáfrica: Corte Constitucional de Sudáfrica, *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* (CCT40/01) [2002] ZACC 20; 2002 (10) BCLR 1006; 2003 (2) SA 198 (CC) (10 September 2002), permitiendo la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo por considerar que no afectará el interés superior del niño, y Corte Constitucional de Sudáfrica, *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others* (CCT46/02) [2003] ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 March 2003).

[125] En similar perspectiva, en un caso sobre el retiro de la custodia de una menor de edad por las creencias religiosas de la madre, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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. *Cfr.* T.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.

[126] Al respecto, la perita Jernow manifestó que "el análisis del interés superior del niño […] no puede basarse en presunciones o estereotipos infundados sobre la capacidad parental" (expediente de fondo, tomo XI, folios 5069). Asimismo, el perito Wintemute manifestó que "la discriminación basada en la raza, la religión, el sexo o la orientación sexual del padre o la madre de un niño nunca es en el interés superior del niño. Lo que respeta el interés superior del niño es una decisión de custodia que tenga en cuenta las cualidades de los dos padres, sin examinar consideraciones que son irrelevantes, y que muchas veces están ligadas a prejuicios sociales. […] Una decisión de custodia no discriminatoria no debería referirse a la orientación sexual del padre o de la madre. Debería enfocarse solamente en las capacidades parentales del padre o de la madre, el tipo de hogar que pueden brindar, etc. No debería haber la necesidad de si quiera mencionar la orientación sexual" (expediente de fondo, tomo XI, folios 5355 y 5358). En similar sentido, el perito García Méndez en la audiencia pública resaltó que "la conducta sexual que los tribunales en general han tenido en cuenta en casos de esta naturaleza, son conductas sexuales que se refieren a la promiscuidad, […] sin ningún otro tipo de consideración".

[127] Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, *cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones*

y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

[128] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

[129] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

[130] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

[131] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

[132] La Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituyen "causa calificada" de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba "un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración". Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2672 y 2673).

[133] Testimonio de 10 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 360).

[134] Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 327).

[135] Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 328).

[136] Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 329).

[137] Testimonio de la asistente social de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 390).

[138] Declaraciones juradas de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 458 a 465).

[139] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

[140] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando la decisión de un tribunal de otorgarle la custodia de un menor de edad al padre por considerar que la nueva

relación de la madre con su nueva pareja de otra raza implicaría un sufrimiento para el niño por la estigmatización social de la relación de la madre. ("La cuestión, sin embargo, es si la existencia de prejuicios privados y la posible vulneración que pueden causar, son consideraciones admisibles para el retiro de un niño de la custodia de la madre natural. Tenemos pocas dificultades para concluir que no los son. La Constitución no puede controlar esos prejuicios [,] pero tampoco los pueden tolerar. Las parcialidades particulares pueden estar fuera del alcance de la ley, pero la ley no puede, directa o indirectamente, permitir su aplicación").

[141] 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. *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Austria*, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párrs. 15 y 33 a 36.

[142] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

[143] *Cfr.* T.E.D.H., *Karner Vs. Austria*, (No. 40016/98), Sentencia de 24 de julio de 2003. Final, 24 de octubre de 2003, párr. 37 ("very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention"), y T.E.D.H., *Caso Kozak*, *supra* nota 100, párr. 92.

[144] *Cfr.* T.E.D.H, *Caso E.B*, *supra* nota 99, párr. 74 (The Court observes, moreover, that the Government, on whom the burden of proof lay […], were unable to produce statistical information on the frequency of reliance on that ground according to the – declared or known – sexual orientation of the persons applying for adoption, which alone could provide an accurate picture of administrative practice and establish the absence of discrimination when relying on that ground); *Caso D.H. y otros Vs. República Checa*, (No. 57325/00), Sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 177 (As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Orsus y otros Vs. Croacia*, (No. 15766/03), Sentencia de 16 de marzo de 2010, párr. 150 (discrimination potentially contrary to the Convention may result from a de facto situation. Where an applicant produces prima facie evidence that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden of proof will shift on to the respondent State, to whom it

falls to show that the difference in treatment is not discriminatory); *Caso Andrejeva Vs. Letonia*, (No. 55707/00), Sentencia de 18 de febrero de 2009, párr. 84 (Lastly, as to the burden of proof in relation to Article 14 of the Convention, the Court has held that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Serife Yigit Vs. Turquía*, (No. 3976/05), Sentencia de 2 de noviembre de 2010, párr. 71 (As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified), y *Caso Muñoz Díaz Vs. España*, (No. 49151/07), Sentencia de 8 de marzo de 2010, párr. 50.

[145] *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 336.

[146] Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 338.

[147] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso M. y C. Vs. Rumania*, (No. 29032/04), Sentencia de 27 de septiembre de 2011. Final, 27 de diciembre de 2011, párr. 147, y *Caso Palau-Martinez*, *supra* nota 125, donde el Tribunal Europeo estableció que una decisión judicial sobre la entrega de la custodia de menores de edad a una institución estatal no debe tener en cuenta *en abstracto* los posibles efectos de una determinada condición de los padres en el bienestar del menor de edad, cuando dicha condición se encuentra protegida contra tratos discriminatorios.

[148] *Cfr.* declaración rendida por el perito Rodrigo Uprimny en la audiencia pública realizada el 23 de agosto de 2011, haciendo referencia a: American Psychology Association, *Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children,* Adopted by the APA Council of Representatives July 28 / 30, 2004. (“No existen pruebas científicas de que la efectividad parental esté relacionada con la orientación sexual de los progenitores: las madres y los padres homosexuales son tan propensos como las madres y los padres heterosexuales a proporcionar un entorno sano y propicio para sus hijos [y …] la ciencia ha demostrado que la adaptación, el desarrollo y el bienestar psicológico de los niños no están relacionados con la orientación sexual de los progenitores, y que los hijos de padres homosexuales tienen las mismas probabilidades de desarrollarse que los de los padres heterosexuales”). Disponible en: http://www.apa.org/about/governance/council/policy/parenting.aspx (última visita el 19 de febrero de 2012). Asimismo, ver declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011, mencionando los siguientes estudios: R. McNair, D. Dempsey, S. Wise, A. Perlesz, *Lesbian Parenting: Issues*

Strengths and Challenges, en: Family Matters Vol. 63, 2002, Pág. 40; A. Brewaeys, I. Ponjaert, E.V. Van Hall, S. Golombok, *Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families*, en: Human Reproduction Vol. 12, 1997, Pág. 1349 y 1350; Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, American Journal Orthopsychiatry Vol. 65, 1995, Pág. 203; K. Vanfraussen, I. Ponjaert-Kristofferson, A. Breways, *Familiy Functioning in Lesbian Families Created by Donor Insemination*, en: American Journal of Orthopsychiatry Vol. 73, 2003, Pág. 78; Marina Rupp, *The living conditions of children in same-sex civil partnerships,* Ministerio Federal de Justicia de Alemania, 2009, Pág. 27; Henry M.W. Bos, Frank van Balen, Dymphna C. van den Boom, *Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families*, en: Journal of Child Psychology and Psychiatry Vol. 45, 2004, Pág. 755; Rafael Portugal Fernandez, Alberto Arauxo Vilar, *Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción en parejas homosexuales*, en: Avances en salud mental relacional Vol. 3, 2004. En este estudio se indica que “tampoco se encuentran diferencias significativas entre homosexuales y heterosexuales en cuanto a la calidad con que ejercen su función como padres” y que “la investigación realizada hasta el momento señala de manera unánime que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en identidad sexual, tipificación sexual, orientación sexual, relaciones sexuales con compañeros y adultos, relaciones de amistad, popularidad”; Stéphane Nadaud, «Quelques repères pour comprendre la question homoparentale», en: M. Gross, Homoparentalités, état des lieux, Ed. érès «La vie de l’enfant», Toulouse, 2005, y Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, en: American Journal Orthopsychiatry Vol. 65, 1995, Pág. 203. *Cfr*. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5079 y 5080).

[149] *Cfr.* declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011, mencionando los casos *Re K and B and Six Other Applications*, Ontario Supreme Court, 24 de mayo de 1995, párr. 89; *Boots v. Sharrow*, Ontario Supreme Court of Justice, 2004 Can LII 5031, 7 de enero de 2004; *Bubis v. Jones*, Ontario Supreme Court, 2000 Can LII 22571, 10 de abril de 2000, Tribunal Superior de Justicia (Brasil), Ministerio Público del Estado de Rio Grande do Sul v. LMGB, 27 de abril de 2010, y Corte Distrital de Porto Alegre (Brasil), Adopción de VLN, No. 1605872, 3 de julio de 2006. *Cfr*. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5082 y 5083).

[150] *Cfr.* declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011 en la cual se cita: Brief of Amici Curiae presentado por American Psychological Association, Arkansas Psychological Association, National Association of Social Workers and National Association of Social Workers, Arkansas Chapter, in *Department of Human Services v. Matthew Howard*, Supreme Court of Arkansas (December 2005) at 10-11 ("The APA has described the studies as 'impressively consistent in their failure to identity any deficits in the development of children raised in a lesbian or gay household […] the abilities of gay and lesbian persons as parents and the positive outcome for their children are not areas where credible scientific researchers disagree'"). *Cfr*. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5081).

[151] *Cfr.* declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011 ("Where speculation about potential future harm to a child´s development is soundly refuted by all available social science research, such speculation cannot possibly establish the evidentiary basis for a custody determination"). *Cfr*. *Cfr*. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5083).

[152] La Corte Suprema hizo referencia a los testimonios de las empleadas domésticas sobre la supuesta confusión de roles experimentada por las niñas. *Cfr*. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004, considerado décimo quinto (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

[153] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

[154] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

[155] Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2567).

[156] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, (No. 21627/93; 21826/93; 21974/93), Sentencia de 19 de febrero de 1997, párr. 36 ("There can be no doubt that sexual orientation and activity concern an intimate aspect of private life"). Ver también *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*, (No. 7525/76), Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 52, y *Caso A.D.T. Vs. Reino Unido*, (No. 35765/97), Sentencia de 31 de Julio de 2000. Final, 31 de octubre de 2000, párr. 23

("the Court recalls that the mere existence of legislation prohibiting male homosexual conduct in private may continuously and directly affect a person's private life").

[157] *Cfr.* declaración escrita rendida por el perito Robert Wintemute el 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5360). Asimismo, señaló que la Corte Suprema de Canadá en el *Caso Egan v. Canadá* estableció que "[la] orientación sexual es más que simplemente un 'estatus' que un individuo posee: es algo que es demostrado por medio de la conducta de un individuo por la elección de una pareja. Justamente como la Carta [Canadiense de Derechos y Libertades] protege las creencias religiosas y la práctica religiosa como aspectos de la libertad de religión, así también debería reconocerse que la orientación sexual abarca aspectos de ´estatus' y ´conducta' y que ambos deberían recibir protección". *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR, 513, 518 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5360).

[158] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Pretty Vs. Reino Unido* (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61 ("the concept of ['']private life['] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person […]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity […]. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 […]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world […]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees"); *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 90 ("It is undisputed […] that the relationship of a same-sex couple like the applicants' falls within the notion of ['']private life['] within the meaning of Article 8"); *Caso Dudgeon*, *supra* nota 156, párr. 41 ("the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1"); *Caso Burghartz Vs. Suiza*, (No. 16213/90), Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 24, y *Caso Laskey, Jaggard y Brown*, *supra* nota 156, párr. 36.

[159] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57 ("Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that

elements such as gender identification, name, sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8. That Article also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and it may include activities of a professional or business nature. There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of [‘]private life[’]”), citando T.E.D.H., *Caso P.G. y J.H. Vs. Reino Unido* (No. 44787/98), Sentencia de 25 de septiembre de 2001. Final 25 de diciembre de 2001, párr. 56. *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemania*, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29 (“The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of [‘]private life[’]. However, it would be too restrictive to limit the notion to an [‘]inner circle[’] in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of [‘]private life[’] should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world”).

[160] *Mutatis mutandi*, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

[161] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003. La Corte Constitucional ha definido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia, como el derecho de las personas a “optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997), y “la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia” (Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998).

[162] Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párrs. 263 y 264.

[163] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Clift*, *supra* nota 101, párr. 57 (“Court has considered to constitute ‘other status’ characteristics which, like some of the specific examples

listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent. Thus in Salgueiro da Silva Mouta, […] it found that sexual orientation was [‘]undoubtedly covered[’] by Article 14”).

[164] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2673).

[165] Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2567).

[166] Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párrs. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., *Caso Keegan Vs. Irlanda,* (No. 16969/90), Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y *Caso Kroon y otros Vs. Países Bajos,* (No. 18535/91), Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.

[167] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta, supra* nota 99, párrs. 34 a 36.

[168] T.E.D.H., *Caso Karner*, *supra* nota 143, párr. 41 (“The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. […] as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realizing the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people”).

[169] En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño. Por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor de edad y de obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras. *Cfr*. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 333.

[170] El artículo 19 de la Convención Americana establece que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

[171] *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005, párr. 12.

[172] Declaración escrita rendida por el perito Miguel Cillero Bruñol el 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folio 929).

[173] Declaración escrita rendida por el perito Robert Wintemute el 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5355).

[174] Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 137, opinión 2.

[175] El artículo 11 de la Convención establece que:

> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
>
> 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
>
> 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

[176] El artículo 17 de la Convención dispone en lo pertinente:

> 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

[177] *Cfr. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 194 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 48.

[178] *Cfr. Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 177, párr. 193 y *Caso Rosendo Cantú y otras Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119.

[179] *Cfr. Caso Rosendo Cantú y otra*, *supra* nota 178, párr. 119, y *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 129, citando T.E.D.H., *Caso Dudgeon, supra* nota 156, párr. 41, *Caso X y Y Vs. Países Bajos*, (No. 8978/80), Sentencia de 26 de marzo de 1985, para. 22, *Caso Niemietz*, *supra* nota 159, párr. 29, y *Caso Peck*, *supra* nota 159, párr. 57.

[180] *Cfr. Caso Rosendo Cantú y otra*, *supra* nota 178, párr. 119, y *Caso Fernández Ortega y otros, supra* nota 179, párr. 129, citando T.E.D.H., *Caso Niemietz*, *supra* nota 159, párr. 29, y *Caso Peck*, *supra* nota 159, párr. 57.

[181] *Cfr. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No.193, párr. 56 y *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y*

Costas. Sentencia de 6 de julio 2009. Serie C No. 200, párr. 116.

[182] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 66 y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 30, párr. 157.

[183] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párrs. 71 y 72 y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 30, párr. 157.

[184] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 77.

[185] El artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

[186] El artículo V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dispone que "[t]oda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".

[187] El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

[188] En este sentido, el artículo 8.1 del Convenio Europeo dispone que "[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". Asimismo, el artículo 8.2 dispone que "[n]o puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

[189] *Cfr*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 71.

[190] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 72, citando T.E.D.H., *Caso Buchberger Vs. Austria*, (No. 32899/96), Sentencia de 20 de diciembre de 2001. Final, 20 de marzo de 2003, párr. 35; *Caso K. y T. Vs. Finlandia*, (No. 25702/94), Sentencia de 12 de julio de 2001, párr. 151; *Caso Elsholz Vs. Alemania,* (No. 25735/94), G.C., Sentencia de 13 de julio de 2000, párr. 43; *Caso Bronda Vs. Italia*, (No. 22430/93), Sentencia de 9 junio de 1998, párr. 51, y *Caso Johansen Vs. Noruega*, (No. 17383/90), Sentencia de 7 de agosto de 1996, párr. 52.

[191] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Olsson Vs. Suecia*, (No. 10465/83), Sentencia de 24 de marzo de 1988, párr. 81.

[192] *Cfr.* Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13 ("La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención"); Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, *supra* nota 171, párrs. 15 y 19 ("El Comité reconoce que 'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. […] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños"); Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 2 ("El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto"), y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5 ("En cuanto al término 'familia', los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate").

[193] T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 158, párr. 91 ("the notion of family […] is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family" ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is ipso jure part of that "family" unit from the moment and by the very fact of his birth. Thus there exists between the child and

his parents a bond amounting to family life. The Court further recalls that the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life, even if the relationship between the parents has broken down, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8 of the Convention"), citando T.E.D.H., *Caso Elsholz*, *supra* nota 190, párr. 43; *Caso Keegan*, *supra* nota 166, párr. 44, y *Caso Johnston y otros Vs. Irlanda*, (No. 9697/82), Sentencia de 18 de diciembre de 1986, párr. 56; *ver también* T.E.D.H., *Caso Alim Vs. Rusia* (No. 39417/07), Sentencia de 27 de septiembre de 2011, párr. 70; *Caso Berrehab Vs. Países Bajos*, (No. 10730/84), Sentencia de 21 de junio de 1988, párr. 21, y *Caso L. Vs. Países Bajos*, (No. 45582/99), Sentencia de 1 de junio de 2004. Final, 1 de septiembre de 2004, párr. 36.

[194] T.E.D.H.*, Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, (No. 21830/93), Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36 ("When deciding whether a relationship can be said to amount to 'family life', a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means"). *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Marckx Vs. Bélgica*, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 31; *Caso Keegan*, *supra* nota 166, párr. 44, y *Caso Kroon y otros*, *supra* nota 166, párr. 30.

[195] T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 158, párr. 92 ("the Court's case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes 'private life' but has not found that it constitutes 'family life', even where a long-term relationship of cohabiting partners was at stake").

[196] T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 158, párr. 94 ("a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of 'family life', just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would") y *Caso P.B. y J.S. Vs. Austria*, (No. 18984/02), Sentencia de 22 de julio de 2010. Final. 22 de octubre de 2010, párr. 30.

[197] T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 158, párr. 94 ("the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8")y *Caso P.B. y J.S.*, *supra* nota 196, párr. 30.

[198] Declaración de la señora Karen Atala Riffo rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública del presente caso.

[199] Declaración de Emma de Ramón de 4 de agosto de 2011 (expediente de

fondo, tomo II, folio 762).

[200] El artículo 8.1 de la Convención Americana (Garantías Judiciales) establece que:

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

[201] El artículo 25.1 de la Convención Americana (Protección Judicial) establece que:

> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

[202] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2673).

[203] *Cfr.* El artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales señala: “El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma. El fallo que acoge el recurso de queja contendrá las consideraciones precisas que demuestren la falta o abuso, así como los errores u omisiones manifiestos y graves que los constituyan y que existan en la resolución que motiva el recurso, y determinará las medidas conducentes a remediar tal falta o abuso. En ningún caso podrá modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, salvo que se trate de un recurso de queja interpuesto contra sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores. En caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o

las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada" (expediente de fondo, tomo XI, folio 5398).

[204] *Cfr.* El artículo 82 de la Constitución Política establece que "la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional, y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales" (expediente de fondo, tomo XI, folio 5393).

[205] *Cfr.* Informe escrito del perito Marín González sobre el recurso de queja en Chile presentado el 21 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5393 y 5411).

[206] *Cfr.* Informe escrito del perito Marín González sobre el recurso de queja en Chile, *supra* nota 205, folio 5411.

[207] Al respecto, el perito Marín citó los motivos legislativos para la aprobación de la ley 19.374 de 1995, mediante la cual se modificó el recurso de queja, y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para explicar que el legislador chileno modificó el recurso de queja, con el objetivo de limitar este recurso disciplinario e impedir la distorsión del sistema procesal y de la función jurisdiccional de los tribunales superiores de justicia, con la finalidad de evitar su práctica abusiva y, por ende, la revisión de juicios a través de una tercera instancia que vulneraba abiertamente el principio de la bilateralidad de la audiencia. *Cfr.* Informe escrito del perito Marín González sobre el recurso de queja en Chile, *supra* nota 205, folios 5397, 5398, 5400 y 5411.

[208] Mario Mosquera Ruíz y Cristián Maturana Miquel, *Los Recursos Procesales*, 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pág. 383, prueba documental anexada por el Estado al escrito de alegatos finales (expediente de fondo, tomo XII, folio 5945).

[209] *Cfr.* Mario Mosquera Ruíz y Cristián Maturana Miquel, *Los Recursos Procesales*, págs. 383 y 384, *supra* nota 208, folios 5945 y 5946.

[210] *Cfr.* Mario Mosquera Ruíz, Cristián Maturana Miquel, *Los Recursos Procesales*, pág. 387, *supra* nota 208, tomo XII, folio 5949.

[211] *Cfr. Caso Apitz Barbera y otros*, *supra* nota 92, párr. 55 y *Caso Reverón Trujillo*, *supra* nota 33, párr. 67.

[212] *Cfr. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 75, y *Caso Reverón Trujillo*, *supra* nota 33, párr. 80. Ver también T.E.D.H., Caso *Campbell y Fell Vs. Reino Unido*, (No. 7819/77; 7878/77), Sentencia de 28 de junio de 1984, párr. 78, y *Caso Langborger Vs. Suecia*, (No. 11179/84), Sentencia de 22 de junio de 1989, párr. 32. Ver también Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

[213] *Cfr. Caso Reverón Trujillo*, *supra* nota 33, párr. 146.

[214] Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, *supra* nota 212.

[215] *Caso Apitz Barbera y otros*, *supra* nota 92, párr. 56.

[216] *Mutatis mutandi, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121.

[217] El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Añadido fuera del texto)

[218] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 99. Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño", implica que "esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones". Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 32. En particular, UNICEF ha indicado que "'todo procedimiento [...] judicial que afecte al niño cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de

divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia, religión, educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales". Traducción al castellano de la Secretaría de la Corte Interamericana. Unicef, Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (Tercera edición enteramente revisada) 2007, p. 156.

[219] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 74.

[220] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 20

[221] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 21

[222] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 25

[223] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 28

[224] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 30

[225] *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, *supra* nota 171, párr. 17.

[226] Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 102

[227] *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 15.

[228] *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párrs. 28 y 29.

[229] *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 44.

[230] *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párrs. 28 y 29.

[231] Acta del Juzgado Menores de Villarrica de 8 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 350).

[232] Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de

Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003, considerado séptimo (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2565).

[233] *Cfr.* Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003, considerado trigésimo sexto (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2605).

[234] *Cfr.* Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003, considerado trigésimo sexto (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2605).

[235] *Cfr.* Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003, considerado trigésimo sexto (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2589).

[236] *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 24.

[237] Declaración del perito García Méndez en la audiencia pública celebrada en el presente caso el 23 de agosto de 2011.

[238] Declaración escrita rendida por el perito Cillero Bruñol el 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folios 935, 939, 940).

[239] Escrito de la Presidente del Comité de Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Villarrica de 17 de marzo de 2003 (expediente de fondo, tomo XIII, folio 7040).

[240] *Cfr.* Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5927).

[241] Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5927).

[242] *Cfr.* Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folios 5927 a 5934).

[243] Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5934).

[244] La Corte de Apelaciones de Temuco señaló que “se aprueba la visita practicada por el Ministro Lenin Lillo […] y se formulan como cargos en contra de la señora Karen Atala Riffo, los tres capítulos del informe evacuados por el visitador”. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente

de fondo, tomo XII, folio 5935).

[245] Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco de 9 de mayo de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5937).

[246] Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5934).

[247] El artículo 544 inciso 4 del Código Orgánico de Tribunales dispone que: "[l]as facultades disciplinarias que corresponden a la Corte Suprema o a las Cortes de Apelaciones, deberán especialmente ejercitarse respecto de los funcionarios del orden judicial que se encuentren en los casos que siguen: […] 4. Cuando por irregularidad de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público comprometieren el decoro de su ministerio". Disponible en: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563 (último acceso 20 de febrero de 2012), dirección electrónica suministrada por el Estado (expediente de fondo, tomo XII, folio 5914).

[248] El artículo 559 del Código Orgánico de Tribunales establece que: "[l]os Tribunales Superiores de Justicia decretarán visitas extraordinarias por medio de alguno de sus ministros en los juzgados de su respectivo territorio jurisdiccional, siempre que el mejor servicio judicial lo exigiere". Disponible en: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563 (último acceso 20 de febrero de 2012) (expediente de fondo, tomo XII, folio 5914).

[249] El artículo 560 del Código Orgánico de Tribunales señala que: "[e]l tribunal ordenará especialmente estas visitas en los casos siguientes: 1. Cuando se tratare de causas civiles que puedan afectar las relaciones internacionales y que sean de competencia de los tribunales de justicia; 2. Cuando se tratare de la investigación de hechos o de pesquisar delitos cuyo conocimiento corresponda a la justicia militar y que puedan afectar las relaciones internacionales, o que produzcan alarma pública y exijan pronta represión por su gravedad y perjudiciales consecuencias, y 3. Siempre que sea necesario investigar hechos que afecten a la conducta de los jueces en el ejercicio de sus funciones y cuando hubiere retardo notable en el despacho de los asuntos sometidos al conocimiento de dichos jueces". Disponible en: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563 (último acceso 20 de febrero de 2012) (expediente de fondo, tomo XII, folio 5914).

[250] Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5934).

[251] *Cfr. Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 177, párr. 194 y *Caso*

Fontevecchia y D`Amico, *supra* nota 28, párr. 48.

[252] Declaración de la señora Karen Atala Riffo rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública del presente caso.

[253] Declaración de la señora Karen Atala rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública del presente caso.

[254] Declaración de la señora Karen Atala rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública del presente caso.

[255] Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003, *supra* nota 43, folio 5933.

[256] Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003, *supra* nota 43, folio 5934.

[257] Ver las normas disciplinarias (*supra* párr. 219).

[258] En similar sentido, en la jurisprudencia europea, ver T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (No. 73797/01), Sentencia de 27 de enero de 2004, párr. 119 (“In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary”), citando T.E.D.H., *Caso Hauschildt Vs. Dinamarca*, (No. 10486/83), Sentencia de 24 de mayo de 1989, párr. 47.

[259] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Kyprianou*, *supra* nota 258, párr. 118 (“a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case”).

[260] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Kyprianou*, *supra* nota 258, párr. 119 (“As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will or has arranged to have a case assigned to himself for personal”). Ver asimismo, T.E.D.H., *Caso Bellizzi Vs. Malta*, (No. 46575/09), Sentencia de 21 de junio de 2011. Final, 28 de noviembre de 2011, párr. 52 y *Caso De Cubber Vs. Bélgica*, (No. 9186/80), Sentencia de 26 de octubre de 1996, párr. 25. Además, el Tribunal Europeo señaló que la imparcialidad subjetiva de un juez puede determinarse, según las circunstancias concretas del caso, con base en el comportamiento del juez durante el procedimiento, el contenido, los argumentos y el lenguaje utilizados en la decisión, o los motivos para llevar a cabo la investigación, que indiquen una falta de distancia profesional frente a la decisión. *Cfr*. T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (No. 73797/01), G.C., Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párrs. 130 a 133.

[261] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Micallef Vs. Malta*, (No. 17056/06), G.C., Sentencia del 15 de octubre de 2009, párr. 98 ("What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. Thus, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw"); T.E.D.H., *Caso Castillo Algar Vs. España*, (No. 28194/95), Sentencia de 8 de octubre de 1998, párr. 45.

[262] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 30 de marzo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2643).

[263] El artículo 63.1 de la Convención Americana dispone:

> 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

[264] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 97.

[265] *Cfr. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 50 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 97.

[266] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 264, párr. 26 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 98.

[267] *Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 93, párr. 294 y *Caso Barbani Duarte y otros, supra* nota 91, párr. 240.

[268] *Cfr. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 183 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 101.

[269] *Cfr. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 126 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 101.

[270] *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 112 y *Caso Mejía*

Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 131.

[271] *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría"), supra* nota 270, párr. 114 y *Caso Abril Alosilla y otros Vs. Perú. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de Marzo de 2011. Serie C No. 223, párr.90.

[272] *Cfr. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas*, Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 56 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 102.

[273] *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, *Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84 y *Caso Familia Barrios*, *supra* nota 31, párr. 326.

[274] *Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87, párrs. 42 y 45 y *Caso Familia Barrios*, *supra* nota 31, párr. 329.

[275] *Cfr. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 278 y *Caso Familia Barrios*, *supra* nota 31, párr. 329.

[276] *Cfr. Caso Barrios Altos*, *supra* nota 274, Punto Resolutivo 5.d) y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 108.

[277] *Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 81 y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 254.

[278] *Cfr.* Sentencias de primera instancia: *Sentencia RIT No. C-178-2005* emitida por el Juzgado de Familia de Santa Cruz; *Sentencia RIT No. C-917-2005* emitida por el Juzgado de Familia de Temuco; *Sentencia RIT No. C-1075-2008* emitida por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, y *Sentencia RIT No. C-1049-2010* emitida por el Juzgado de Familia de Villarrica. Sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de Chile: *Vásquez Martínez*, Rol No. 559-2004 de 13 de diciembre de 2006; *Albornoz Agüero,* Rol No. 4183-2006 de 18 de abril de 2007; *Massis con Sánchez*, Rol No. 608-2010 de 24 de junio de 2010; *Mesa con De la Rivera*, Rol No. 4307-2010 de 16 de agosto de 2010; *Poblete con Díaz*, Rol. 5770-2010 de 18 de noviembre de 2010; *Barrios Duque*, Rol. 1369-09 de 20 de enero de 2010; *Encina Pérez*, Rol No. 5279-2009 de 14 de abril de 2010; *"Episodio Chihuío"*, Rol No. 8314-09 de 27 de enero de 2011; *Farías Urzúa*,

Rol No. 5219-2010 de julio de 2011; *Iribarren González*, Rol No. 9474-2009 de 21 de diciembre de 2011; *Silva Camus*, Rol No. 1198-2010 de 20 de diciembre de 2010; *Figueroa Mercado*, Rol No. 3302-2009 de 18 de mayo de 2010; *González Galeano*, Rol No. 682-2010 de 19 de agosto de 2011; *Ríos Soto*, Rol No. 6823-2009 de 25 de agosto de 2011; *Hermanos Vergara Toledo*, Rol No. 789-2009 de 4 de agosto de 2010; *Prats González*, Rol No. 2596-2009 de 8 de julio de 2010; *Aldoney Vargas*, Rol No. 4915-2009 de 5 de mayo de 2011; *Linares Solís*, Rol No. 2263-2010 de 27 de abril de 2011; *Ortega Fuentes*, Rol No. 2080-2008 de 8 de abril de 2010; *Robotham y Thauby*, Rol No. 5436-2010 de 22 de junio de 2011; *Juan Llaupé y otros*, Rol No. 5698-2009 de 25 de enero de 2011, y *Soto Cerna*, Rol No. 5285-2010 de 11 de junio de 2011. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional: *Rol No. 786-07* de 13 de junio de 2007, y *Rol No. 1309-09* de 20 de abril de 2010 (expediente de fondo, tomo XII, folios 5882, 5912, 5913, 5914, 5956 a 6325, y expediente de fondo, tomo XIII, folios 6325 a 7039).

[279] En similar sentido, *cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, *supra* nota 127, párr. 450.

[280] Entre dichos programas, el Estado mencionó: la edición del "Diagnóstico de la Oferta Pública en materia de Diversidad y no Discriminación", que corresponde a un levantamiento sobre la oferta pública en 12 regiones del país, realizado en el año 2007; la realización de un Encuentro entre Acción Social Gay, Alianza Trans, el Sindicato Afrodita de Valparaíso y la Secretaría Regional Ministerial de Gobierno, en el marco de la difusión del diagnóstico mencionado; capacitaciones en materias de diversidad y no discriminación a funcionarios a nivel nacional; apoyo a la realización de eventos públicos organizados por el movimiento LGBT, como por ejemplo la Gay Parade; el Segundo Encuentro Nacional de Organizaciones Trans Femininas "Dificultades, Avances y Desafiós en la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos", organizado por el sindicato "Amanda Jofré" y la Agrupación de Travestis Travesnavia, en el año 2006; la Primera Jornada de Capacitación "Planificación estratégica a la red de la Diversidad de la Región del Biobío", organizada, entre otros, por la Red de Organizaciones de Diversidad Sexual en el año 2007; el Primer Encuentro Nacional "Género, familia y diversidad sexual", organizado por ACCION GAY el año 2009; diseño del Programa de Diversidad Sexual para el año 2011, del cual se han implementado las siguientes acciones: la realización del seminario "Diversidad Sexual y Discriminación en Chile", realizado el 27 de enero de 2011 y la realización de 12 encuentros de la "Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual", creada por la División de Organizaciones Sociales con el fin de reunir representantes de la comunidad gay, lesbiana, bisexual, transgénero, transexual e intersexual (GLBTTI), centros de estudios superiores, fundaciones,

corporaciones e instituciones internacionales. *Cfr.* escrito de alegatos finales presentado por el Estado (expediente de fondo, tomo XII, folios 5833 a 5837).

[281] *Cfr. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, párr. 50 y *Caso Chocrón Chocrón*, *supra* nota 26, párr. 140.

[282] *Cfr. Caso Gangaram Panday*, *supra* nota 281, párr. 50 y *Caso Chocrón Chocrón*, *supra* nota 26, párr. 140.

[283] *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 93.

[284] *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 283, párr. 124 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 93.

[285] *Cfr.* Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

[286] *Cfr.* Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3. sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

[287] *Cfr.* Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

[288] *Cfr.* Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12 y sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

[289] *Cfr.* Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, considerando 6 y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20.

[290] *Cfr.* Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6.

[291] *Cfr.* Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Expediente Varios 912/2010, decisión de 14 de julio de 2011.

[292] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acuerdo No. 240 de 12 de mayo de 2010, mediante el cual se da cumplimiento a la sentencia de 27 de enero de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Santander Tristan Donoso contra Panama.

[293] *Cfr*. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 228.

[294] *Cfr. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 114.

[295] El Tribunal ha establecido que el daño inmaterial "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia". *Caso de los "Niños de la Calle", supra* nota 273, párr. 84 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 120.

[296] *Cfr. Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 294, párr. 43 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 114.

[297] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 264, párr. 27 y *Caso Familia Barrios*, *supra* nota 31, párr. 378.

[298] *Cfr. Caso Neira Alegría y otros, supra* nota 272, párr. 50 y *Caso Familia Barrios*, *supra* nota 31, párr. 373.

[299] *Cfr. Caso Neira Alegría y otros, supra* nota 272, párr. 50 y *Caso Familia Barrios*, *supra* nota 31, párr. 373.

[300] *Cfr. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 87.

[301] *Cfr.* Copia valor unidad de fomento – base de datos estadísticos (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, tomo VI, folio 2925).

[302] Al respecto, se anexaron certificados médicos sobre asistencia psiquiátrica y terapéutica y prescripción de medicamentos y una proyección de gastos médicos y farmacéuticos futuros efectuados por la psiquiatra Figueroa Morales. Según el certificado extendido por esta psiquiatra, la señora Atala fue

atendida en 314 oportunidades, desde junio de 2003 hasta diciembre de 2010, por un valor total de $12.560.000 pesos chilenos equivalentes a US$ 25.120 (veinticinco mil ciento veinte dólares de los Estados Unidos de América). *Cfr.* Certificado emitido por la psiquiatra Figueroa Morales de 21 de diciembre de 2010 (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, tomo VI, folio 2762 y expediente de fondo, tomo I, folios 242 y 243). Según los certificados extendidos por la psiquiatra Figueroa Morales, la señora Atala realizó los siguientes gastos en medicamentos y consultas: i) desde junio de 2003 hasta junio de 2006: $5.775.000 pesos chilenos. Certificado emitido por la psiquiatra Figueroa Morales de 27 de junio de 2006 (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, tomo VI, folio 2764), y ii) desde junio de 2006 hasta mayo de 2008: $268.000 pesos chilenos. Certificado emitido por la psiquiatra Figueroa Morales de 19 de mayo de 2008 (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, tomo VI, folio 2763). Además, la psiquiatra Figueroa Morales indicó que la señora Atala "requerirá apoyo psiquiátrico permanente hasta que las hijas sean independientes, que significa al menos 7 años más considerando la edad de la hija menor". Peritaje de Claudia Figueroa Morales de 4 de agosto de 2010 (expediente de fondo, tomo II, folio 797).

[303] *Cfr. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C. No. 39, párr. 79 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 124.

[304] Los representantes tasaron en US$ 200 (doscientos dólares de los Estados Unidos de América) cada hora de su trabajo. Asimismo, en su escrito de alegatos finales precisaron que solicitaban lo siguiente por gastos y costas contadas en horas de trabajo: i) "[c]ostas de tramitación del Recurso de Queja en Chile: US$20.000" (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); ii) "[c]ostas de presentación de denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" ("50 horas de preparación de denuncia"; "50 horas de preparación de audiencia ante la CIDH", y "1 hora de audiencia ante la CIDH": US$20.200 (veinte mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América); iii) "[c]ostas incurridas durante el proceso de solución amistosa" ("50 horas de preparación para 5 reuniones [...] con representantes del Estado"; "66 horas de traslados entre Santiago y Washington -3 viajes ida y vuelta de 11 horas c/tramo", y "150 horas de preparación de 10 escritos (15 horas por cada escrito) presentados ante la CIDH": US$53.200 (cincuenta y tres mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América); iv) "[c]ostas incurridas en la preparación de la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ("80 horas de preparación de la demanda"

y “457 horas de trabajo al momento de presentarse el escrito de alegatos finales): US$91.400 (noventa y un mil cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América), y v) “[c]ostas incurridas en la preparación de la audiencia y alegatos finales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (“120 horas de preparación de la audiencia”; “100 horas de preparación” del escrito de alegatos finales”, y “viaje a Bogotá de 6 abogados para la audiencia, con un costo de US$2000 por persona”: US$56.000 (cincuenta y seis mil dólares de los Estados Unidos de América). En relación con la diligencia ordenada por la Corte y que se realizó en Santiago de Chile (*supra* párr. 13), el 6 de febrero de 2012 los representantes informaron que la señora Atala “ha tenido que sufragar los costos para transportar a la señora Alicia Espinoza, y a sus hijas menores de edad, quienes no se encontraban en Santiago para efectos de garantizar su comparecencia a [dicha] diligencia”, razón por la cual solicitaron “tomar en consideración los costos incurridos por la Señora Atala al momento de fijar las costas de este proceso” (expediente de fondo, tomo XII, folios 7513 y 7514). Sin embargo, a esta última solicitud no fue adjuntado ningún comprobante de gastos.

[305] *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra* nota 160, párr. 275 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 127.

[306] *Cfr. Caso Garrido y Baigorria, supra* nota 303, párr. 82 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 127.

[307] En casos análogos al presente también se invoca la norma que prohíbe la discriminación, cuyo texto es el siguiente: *Artículo 14 — Prohibición de discriminación* – 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.

[308] Tal vez habría correspondido citar también la sentencia en el caso *P. VS. vs. España* (demanda N° 35159/09), que se dictó el 30 de noviembre de 2010 y adquirió carácter definitivo el 11 de abril de 2011. En ese caso, la demandante es una transexual que pasó del sexo masculino al sexo femenino, y previamente había estado casada con P.Q.F., con quien había tenido un hijo en 1998. Cuando se dispuso judicialmente la separación de cuerpos, se homologó el convenio celebrado entre los cónyuges por el que se atribuía la guarda a la madre, se confiaba la patria potestad a ambos conjuntamente y se establecía un amplio régimen de visitas a favor del padre. Dos años después, la madre solicitó que se quitara el ejercicio de la patria potestad a su ex cónyuge y se suspendiera el régimen de visitas, así como

toda comunicación entre el padre y el hijo. Alegó a tal efecto la falta de interés del padre con respecto al niño, así como el hecho de que el padre seguía un tratamiento hormonal para cambiar de sexo, se maquillaba y habitualmente se vestía de mujer. Las sentencias internas no hicieron lugar a la petición relativa a la patria potestad y, en cuanto al resto, establecieron en régimen de visitas limitado, que luego se fue ampliando. Para ello se fundaron, en cuanto a los hechos, en un dictamen psicológico, según el cual P. atravesaba "una situación de inestabilidad emocional" que "implicaba la existencia de un riesgo importante de perturbación efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, habida cuenta de su edad (seis años en el momento del dictamen pericial) y de la etapa evolutiva en la que se encontr[aba]", y, en cuanto al derecho, en el interés superior del niño. No se basaron en la transexualidad del padre. El TEDH estimó que los tribunales españoles, a diferencia de lo ocurrido en el caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, no se habían fundado en la orientación sexual de la demandante, sino que habían tenido en cuenta "la inestabilidad emocional coyuntural detectada" en ella y habían "privilegiado el interés del niño, adoptando un régimen de visitas más restrictivo, que le permitiera habituarse progresivamente al cambio de sexo de su progenitor", y posteriormente habían ampliado dicho régimen a pesar de que "la condición sexual de la demandante seguía siendo la misma".

[309] La sentencia en el caso *Schalk y Kopf vs. Austria* (No. 30141/04) fue dictada por una Sala del TDH el 24 de junio de 2010 y adquirió carácter definitivo el 22 de noviembre de 2010, con arreglo al art. 44.2 del Convenio (texto establecido por el Protocolo N° 11).

[310] La sentencia en el caso *X, Y y Z vs. Reino Unido* (No. 21830/93) fue dictada por la Gran Sala el 22 de abril de 1997.

[311] El texto de dicha disposición es el siguiente: "*Artículo 9 –Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia* – Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio". Como se advierte, desaparece la referencia a "el hombre y la mujer", pero hay una remisión general a lo que dispongan las leyes nacionales.

[312] *Christine Goodwin vs. Reino Unido* (no. 28957/95), sentencia de la Gran Sala de 11 de julio de 2002.

[313] *Parry vs. el Reino Unido* (dec.), no. 42971/05, ECHR 2006-XV, y *R. y F. vs. el Reino Unido* (dec.), no. 35748/05, 28 de noviembre de 2006.

[314] Según el comentario, "puede argumentarse que no hay obstáculos para reconocer las relaciones entre personas del mismo sexo en el contexto del matrimonio", pero "no hay una exigencia explícita de que las leyes internas faciliten tales matrimonios"

[315] Para su texto, véase la nota 1.
[316] *Mata Estevez vs. España* (dec.), no. 56501/00, ECHR 2001-VI, 10 de mayo de 2001.
[317] *Supra*, párr. 6.
[318] En su voto concurrente, el magistrado L-E. Pettiti dijo que "[s]i se planteara otro caso como éste, indudablemente sería deseable que la Comisión y la Corte sugiriesen a las partes que se instruyera específicamente a un abogado para representar exclusivamente los intereses del niño".
[319] *Cfr.* Alberto Pérez Pérez, "Reseña de la vida jurídica angloamericana", en *La Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, t. 61, págs. 109-120 (la cita corresponde a la página 112).
[320] El texto de la nota 191 es el siguiente (cursivas añadidas): "Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13 ("*La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país*, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención"); Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005, párrs. 15 y 19 ("El Comité reconoce que *'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria*, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. […] El Comité observa que en la práctica *los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones*, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños"); Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 2 ("*El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto*"). *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo

17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5 (“En cuanto al término “familia”, los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”)”.