

# IGUALDAD Y ORIENTACIÓN SEXUAL

EL CASO *ATALA*  
DE LA CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS  
Y SU POTENCIAL

COORDINADORES

Armin VON BOGDANDY  
Flávia PIOVESAN  
Mariela MORALES-ANTONIAZZI



EDITORIAL  
PORRÚA  
REPÚBLICA ARGENTINA. 15



Max Planck Institute  
for Comparative Public Law  
and International Law



MÉXICO, 2012

# ORIENTACIÓN SEXUAL, DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS Y NO DISCRIMINACIÓN: COMENTARIOS AL CASO *ATALA RIFFO Y NIÑAS*<sup>1</sup>

Oscar PARRA VERA<sup>2</sup> y Florian HUBER<sup>3</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El 24 de febrero de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana, la Corte o el Tribunal) emitió su sentencia en el *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* (en adelante *Caso Atala*), primera sentencia del Sistema Interamericano en relación con la discriminación por orientación sexual.<sup>4</sup> A pesar de que en América Latina los problemas de discriminación en esta materia han sido recurrentes, esta sentencia fue emitida 33 años después de la instalación del Tribunal y 25 años después del inicio de su jurisprudencia contenciosa. La sentencia se inscribe en temáticas emergentes sobre discriminación, acceso a la justicia y violaciones estructurales de derechos humanos en las que el Sistema Interamericano

---

<sup>1</sup> Muchas ideas en este artículo se desarrollaron a partir del diálogo con nuestra colega Alexandra Sandoval, razón por la cual agradecemos enormemente su generosidad intelectual.

<sup>2</sup> Abogado senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría. Previamente se desempeñó como Becario "Rómulo Gallegos" y consultor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> Abogado junior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

<sup>4</sup> Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

ha fijado su atención durante la última época.<sup>5</sup> En efecto, durante los años setenta y ochenta el Sistema tuvo un rol muy importante en la denuncia y documentación de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, particularmente en contextos de dictadura militar y abusos en el estado de excepción. Posteriormente, adquirieron protagonismo las problemáticas de las llamadas "transiciones democráticas", donde el Sistema desarrolló los alcances de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y enfrentó problemas asociados a la impunidad por los abusos del pasado. Un tercer escenario del Sistema, en el que el *Caso Atala* resulta paradigmático, se relaciona con el interés del Sistema en otorgar visibilidad a los problemas que afrontan los grupos en situación de vulnerabilidad, entre otros temas relevantes para el Estado de Derecho, tales como ineficiencia judicial, violencia carcelaria, exclusión, inequidad e independencia judicial.

En el *Caso Atala*, la Corte condenó al Estado chileno por una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Chile de negar la tuición sobre sus hijas a la señora Karen Atala, quien convivía con una pareja del mismo sexo. La Corte Suprema justificó su decisión en el presunto riesgo de discriminación social que podrían sufrir las niñas, el presunto riesgo de confusión de roles sexuales, la posible afectación del desarrollo emocional y psicológico de las menores de edad, el presunto privilegio de los intereses de la señora Atala sobre los de sus hijas, y el presunto derecho de las menores a vivir en una familia tradicional heterosexual. El Tribunal Interamericano consideró que dichos argumentos no podían justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual.

Este artículo analizará diversos componentes de la sentencia, particularmente en lo referido a la prohibición de la discriminación por orientación sexual, su relación con los debates en torno al "consenso regional" y el "margen de apreciación" en estas materias, y el desarrollo en el de-

<sup>5</sup> VÍCTOR ABRAMOVICH, "De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Sur*. Revista Internacional de Derechos Humanos, vol. 6, no. 11, pp. 7 y ss.

recho internacional y comparado de un test estricto de igualdad respecto a categorías sospechosas (II.). Posteriormente, se analiza la forma cómo la Corte aplicó un test estricto de igualdad respecto a la justificación de la diferencia de trato con el alegado objetivo de proteger el interés superior de las niñas (III.), así como el rol del análisis respecto a estereotipos al aplicar el mencionado test estricto (IV.). También se revisará el derecho a la vida privada y familiar en el caso (V.) y el examen que hizo la Corte Interamericana de una investigación disciplinaria contra la señora Atala (V.). Asimismo, se estudiarán los desarrollos en relación con el principio del interés superior de los niños y las niñas y el derecho a ser oído de los y las menores de edad (VI.). Nuestro objetivo no es analizar todos los aspectos relevantes de la sentencia, sino aquellos de mayor impacto en el avance de la jurisprudencia interamericana en estas materias.

## II. LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

La Convención Americana no prohíbe todas las diferencias de trato. La Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.<sup>6</sup> En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos indicó que "el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia".<sup>7</sup> Hay ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56.

<sup>7</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 8 (The enjoyment of rights and freedoms on an equal footing, however, does not mean identical treatment in every instance).

<sup>8</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46.

Existe por lo tanto una diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”. El término distinción se emplea para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utiliza para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por lo tanto, la Corte ha utilizado el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.<sup>9</sup>

### II.1. La orientación sexual como “condición social” y criterio inadmisibles para la justificación de diferencias de trato

La Corte determinó en su sentencia que la orientación sexual es “otra condición social” en el sentido del artículo 1.1 de la Convención Americana.<sup>10</sup> El texto literal del artículo 1.1 de la Convención Americana no contiene una referencia explícita a la prohibición de discriminación por la orientación sexual de una persona. Sin embargo, la Corte señaló que la cláusula de no discriminación consagrada en este artículo es abierta, lo cual permite la inclusión de otras categorías bajo la fórmula “otra condición social”, teniendo en cuenta la continua evolución del derecho internacional. En la Opinión Consultiva No. 16, la Corte Interamericana se refirió a la Corte Internacional de Justicia que había señalado que se “debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]”. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...]. En este dominio como en otros, el *corpus juris gentium*

<sup>9</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 84.

<sup>10</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párrs. 83 - 91.

se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones”.<sup>11</sup> La Corte Interamericana ha considerado 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. 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. 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.<sup>12</sup>

Para esta interpretación dinámica del término “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención Americana, la Corte tomó en cuenta las decisiones y pronunciamientos de otros órganos de derechos humanos.<sup>13</sup> Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado reiterativamente desde 1999 que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos que prohíbe tratos discriminatorios.<sup>14</sup> También el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han considerado la orien-

<sup>11</sup> Corte IDH. *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. 113, citando a la Corte Internacional de Justicia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31.

<sup>12</sup> Cfr. *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.

<sup>13</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párrs. 83 - 90.

<sup>14</sup> 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; *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50.

tación sexual como categoría protegida. Mientras que el Comité de Derechos Humanos ha concluido en el caso *Toonen* que la referencia a "sexo" incluye la orientación sexual de las personas,<sup>15</sup> el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera la orientación sexual como "otra condición social".<sup>16</sup> Una referencia a la protección contra la discriminación por orientación sexual ha sido incluida también en las observaciones generales y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño,<sup>17</sup> el Comité contra la Tortura,<sup>18</sup> el Comité para la Eliminación de las Discriminación contra la Mujer.<sup>19</sup> El 22 de diciembre de 2008, 67 Estados parte de las Asamblea General de las Naciones Unidas presentaron 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 orien-

<sup>15</sup> Comité de Derechos Humanos, *Toonen Vs. Australia*, Communication No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7. Ver también *XVs. Colombia*, Communication No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007, párr. 7.2. En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos, *Edward Young Vs. Australia*, Communication No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4.; véase también Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Polonia*, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999, párr. 23.

<sup>16</sup> 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. *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; 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; 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.

<sup>17</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3 (2003). El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8; Observación General No. 4 (2003). 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.

<sup>18</sup> 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 párr. 20, 21.

<sup>19</sup> 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.

tación sexual o identidad de género".<sup>20</sup> El 22 de marzo de 2011, 85 Estados parte de Naciones Unidas presentaron 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 relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género.<sup>21</sup> El 15 de junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, contando, entre otros, con los votos de 12 Estados de las Américas y ningún país de esta región en contra, aprobó una resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, expresando su grave preocupación por actos de violencia y discriminación en todas las regiones del mundo, cometidos contra individuos por su orientación sexual e identidad de género.<sup>22</sup> Finalmente, la Corte tomó en cuenta numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, transmitida mediante carta de fecha 18 de diciembre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Representantes Permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón, Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3. La Carta fue firmada, entre otros países, por Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

<sup>21</sup> 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. Entre los países firmantes se encuentran Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela; accesible en: <http://www.ighrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf>.

<sup>22</sup> 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 ("Expressing grave concern at acts of violence and discrimination, in all regions of the world, committed against individuals because of their sexual orientation and gender identity"). La resolución fue aprobada con 23 votos a favor (de Argentina, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, Guatemala, México, Estados Unidos y Uruguay, entre otros países), 19 votos en contra y 3 abstenciones.

<sup>23</sup> *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, Informe de la Relatora Es-

## II.2. *Consenso y margen de apreciación ante casos de discriminación por orientación sexual*

Algunas de las decisiones citadas por la Corte respecto a la orientación sexual como “otra condición social” fueron emitidas fechas posteriores a la decisión de la Corte Suprema de Chile. Esto ha generado algunas críticas respecto a si el tribunal interamericano ha impuesto un “consenso” que no existía en la región o en Chile en aquel momento —y en la actualidad—. Este tipo de críticas podrían esgrimirse en relación con la mayoría de la jurisprudencia de la Corte. Así por ejemplo, en casos como el de la masacre de *Barrios Altos*, el Tribunal profirió una decisión que era contraria a la práctica de varios Estados que habían tolerado algunas formas de amnistías frente a graves violaciones de derechos humanos. En otros casos, como el caso

pecial 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.

*Furlan*,<sup>24</sup> la Corte analizó los impactos de la demora de un proceso civil finalizado en 2002 a un niño con discapacidad y su familia. Para ello utilizó, entre otros aspectos, el “modelo social de la discapacidad” establecido en la Convención sobre Discapacidad adoptada en Naciones Unidas en 2007. Se podría establecer un listado mucho más amplio de ejemplos. Consideramos acertada la práctica de la Corte de establecer la interpretación más favorable para los derechos humanos según el estado de la discusión en el derecho internacional y comparado al momento en el que se tiene que decidir un determinado caso. Teniendo en cuenta la crítica situación de derechos humanos en la región, es legítimo y conveniente que la Corte Interamericana desarrolle un importante nivel de liderazgo en aquellos aspectos relevantes para revertir problemas estructurales, por ejemplo, en temáticas como discriminación. Dicho liderazgo puede justificar que la Corte establezca ciertos mínimos que deberían ser tenidos en cuenta por las autoridades locales, siempre y cuando su argumentación sea lo más rigurosa y exhaustiva posible.

Creemos que en la sentencia del caso *Atala* la Corte responde a las exigencias de esta carga de argumentación en la fijación de principios cuando no existe un consenso específico en la región. En efecto, el Tribunal Interamericano utilizó conceptos, definiciones y decisiones de otros sistemas de protección y de Altas Cortes en el derecho comparado que reflejan claramente una tendencia de los últimos 20 años respecto a la necesidad de ampliar la protección de las minorías sexuales. Asimismo, ante el mencionado reparo del Estado sobre la presunta falta de consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación en el momento de los hechos ocurridos, la Corte resaltó 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 vá-

<sup>24</sup> Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 426.

lido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. 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.<sup>25</sup>

Cuando hizo alusión a la discriminación histórica y estructural en esta materia, la Corte señaló que, 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, en primer lugar, la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona. En este punto, la Corte se refirió a un segmento del fallo en el que se retoma el caso *Clift* de la Corte Europea<sup>26</sup> para señalar que "no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia"<sup>27</sup> y que no se puede considerar como "reprochable o reprochable jurídicamente", bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida.<sup>28</sup>

En segundo lugar, la Corte señaló que la comunidad LGTBI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 92.

<sup>26</sup> El T.E.D.H. señaló en el *Caso Clift Vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57 que: "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. Thus in *Salgueiro da Silva Mouta*, [...] it found that sexual orientation was [...] undoubtedly covered!" by Article 14".

<sup>27</sup> *Cf.*: Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 139.

<sup>28</sup> *Cf.*: Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 139.

<sup>29</sup> *Cf.*: Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 92. Al respecto, la Corte reseñó informes de los relatores especiales sobre salud y tortura. *Cf.*: 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 discrimina-

En tercer lugar, el Tribunal precisó que dicha comunidad constituye 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.<sup>30</sup> En cuarto lugar, la Corte señaló que la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.<sup>31</sup> Cabe resaltar que en otro apartado de la sentencia, al valorar las reparaciones procedentes, la Corte señaló que

ción 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").

<sup>30</sup> *Cf.*: Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 92. En este punto, la Corte citó como fuente al relator de Naciones Unidas sobre la Independencia Judicial y a la Corte Constitucional de Colombia. *Cf.*: 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.

<sup>31</sup> *Cf.*: Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 92. En relación con este criterio, la Corte tomó como fuente a la Corte Constitucional de Colombia. *Cf.*: 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".



éstas debían tener una vocación transformadora de dicha situación de discriminación histórica y estructural, de tal forma que las reparaciones tuvieran un efecto no solo restitutivo, sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI.<sup>32</sup>

Teniendo en cuenta estas características y el alcance que tiene la discriminación histórica y estructural contra los grupos LGTBI es posible justificar que no se pueda reducir o limitar los alcances de la decisión de la Corte IDH respecto a este grupo en situación de vulnerabilidad bajo el argumento de que no existe un “consenso” regional sobre el alcance de algunos derechos bajo la Convención Americana. Es cierto que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha buscado balancear la protección de los derechos y el consenso europeo. Esta postura se explica por el contexto en el cual la mayoría de los Estados partes de la Convención Europea de Derechos Humanos tenían democracias establecidas, por tanto las violaciones de derechos humanos que se conocen desde entonces no se han relacionado con graves atrocidades o regímenes autoritarios (dos excepciones son los casos relacionados con graves violaciones de derechos humanos cometidos en los conflictos armados de Chechenia y el sur este de Turquía).

Sin perjuicio de ello, el margen de apreciación, ha tenido diversos significados en la doctrina y en su uso jurisprudencial, y ha sido calificado a veces como “el ‘producto’ más controvertido de la Corte Europea de Derechos Humanos”,<sup>33</sup> considerando que ofrece “un nivel de revisión europea que es menos profunda que la revisión que la Corte tiene derecho a hacer sobre la base de su ‘jurisdicción plena’”.<sup>34</sup> En algunos casos se ha criticado esta doc-

<sup>32</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 267.

<sup>33</sup> Sébastien VAN DROOCHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, p. 527.

<sup>34</sup> Johan CALLEWAERT, *Quel avenir pour la marge d'appréciation?*, en P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD y L. WILDHABER (ed.), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, p. 149.

trina porque, a partir de su utilización, la Corte Europea ha decidido casos con hechos similares pero bajo un diferente estándar.<sup>35</sup> Doctrina reciente ha evaluado a profundidad el alcance de esta metodología de análisis de los casos, fundamentando su posible legitimidad e idoneidad en ciertas circunstancias.<sup>36</sup>

También es posible señalar que la Corte Interamericana, en casos como *Castañeda Gutman Vs. México*, implícitamente ha adoptado una idea tácita o medianamente relacionada con el concepto de margen de apreciación al considerar que los Estados parte pueden diseñar distintos modelos de regulación del derecho a ser elegido, tomando en consideración el derecho comparado aplicable.<sup>37</sup> Asimismo, en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, al estudiar las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención, en particular el derecho a recurrir la sentencia, la Corte consideró que si bien los Estados tienen un “margen de apreciación” para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo.<sup>38</sup> En otros casos el nivel de deferencia hacia las determinaciones en el ámbito interno ha sido considerable y se ha reconocido que algunas autoridades locales pueden estar en mejor posición para efectuar ciertas determinaciones probatorias.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Para una crítica de la jurisprudencia europea en este sentido, respecto a los casos de libertad de expresión, ver Alexandra SANDOVAL MANTILLA, *The use of the margin of appreciation in cases concerning freedom of expression: A comparison between the use of the concept in the Inter-American Court and the European Court of Human Rights*, (LLM Thesis in Human Rights and Criminal Justice – Utrecht University, 2010).

<sup>36</sup> Andrew LEXC, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012.

<sup>37</sup> Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 138 a 205.

<sup>38</sup> Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 161.

<sup>39</sup> Ver el *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, donde se respetó la determinación del alcance de la reparación pecuniaria desarrollada por el Consejo de Estado de Colombia; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 246.



Sin embargo, es difícilmente aceptable un argumento de deferencia respecto a la discriminación que puedan recibir grupos que históricamente han estado en una situación de vulnerabilidad y opresión. Más aún cuando el hecho internacionalmente ilícito (la sentencia de la Corte Suprema) reproducía algunos de los elementos que más han caracterizado dicha vulnerabilidad histórica. Por supuesto, ello debe argumentarse y la Corte Interamericana, a nuestro juicio, cumplió con esa carga. Es posible que en otros temas la deferencia y una argumentación rigurosa sobre margen de apreciación pueda tener una justificación en el marco de los principios de subsidiariedad y complementariedad. Empero, respecto a una discriminación por orientación sexual, aceptar la deferencia puede implicar tolerar que una mayoría pueda seguir reproduciendo la exclusión contra una minoría históricamente oprimida, haciendo nugatorio el rol que un sistema internacional de protección tenga que jugar en casos de esta naturaleza. Más aún cuando la misma Corte Interamericana ha establecido que la prohibición de discriminación es una prohibición de *ius cogens*.<sup>40</sup>

Ahora bien, sin entrar en un análisis más profundo sobre el concepto del margen de apreciación, cabe resaltar que la Corte Interamericana tuvo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha aceptado la aplicación de un test estricto de proporcionalidad que limita el margen de apreciación de los Estados

<sup>40</sup> Cfr. Corte IDH. *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. Esta caracterización de la prohibición de discriminación como prohibición de *ius cogens* ha sido criticada por autores como Gerald Neuman, al señalar que "the Court cited a wide range of international instruments prohibiting discrimination in a variety of contexts, or on the basis of a number of different criteria. But, even taking these instruments at face value, the fact that many forms of discrimination are internationally forbidden does not demonstrate that all forms of discrimination violate a fundamental value of the international community". Ver. Gerald NEUMAN, Gerald L. NEUMAN, *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, 19 EJIL 101 (2008). Sin embargo, el *Caso Atala* muestra el valor argumentativo de tal determinación de la Corte Interamericana si se circunscribe su análisis a la discriminación histórica contra ciertos grupos y por qué no puede ser admisible un margen de apreciación en tales casos.

al establecer diferencias de trato relacionadas con la orientación sexual como característica inherente de las personas, lo cual se analiza a continuación.

### II.3. *El test estricto de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos como antecedente*

La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que en principio una diferencia de trato solamente es 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 y el fin perseguido",<sup>41</sup> lo cual implica que los Estados disponen de un cierto margen de apreciación para evaluar sí, y hasta qué punto, diferencias en situaciones similares justifican un trato diferente.<sup>42</sup> Sin embargo, el estándar para justificar diferencias de trato se torna más exigente en el caso de determinadas categorías

<sup>41</sup> T.E.D.H., *Casos "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" Vs. Belgium*, Sentencia de 23 de julio de 1968, párr. 10; *Marckx Vs. Bélgica*, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 33; *Abdulaziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido*, (No. 9214/80; 9473/81; 9474/81), Sentencia de 28 de mayo de 1985, párr. 72; *Karl-Heinz Schmidt Vs. Alemania*, (No. 13580/88), Sentencia de 18 de julio de 1994, párr. 24; *Gaygusuz Vs. Austria*, (No. 17371/90), Sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 42; *Petrovic Vs. Austria*, (No. 20458/92), Sentencia de 27 de marzo de 1998, párr. 30; *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 29; *Mazurek Vs. Francia*, (No. 34406/97), Sentencia de 1 de febrero de 2000. Final, 1 de mayo de 2000, párr. 48; *Willis Vs. Reino Unido*, (No. 36042/97), Sentencia de 11 de junio de 2002. Final, 11 de septiembre de 2002 párr. 39.

<sup>42</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Inze Vs. Austria*, (No. 8695/79), Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr. 41; *Caso Rasmussen Vs. Dinamarca*, (No. 8777/79), Sentencia de 28 de noviembre de 1984, párr. 40; *Caso "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" Vs. Bélgica (Fondo)*, (No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), Sentencia de 23 de julio de 1968, párr. 10; *Caso Lithgow y otros Vs. Reino Unido* (No. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81), Sentencia de 8 de julio de 1986, párr. 177; *Caso Karl-Heinz Schmidt Vs. Alemania*, (No. 13580/88), Sentencia de 18 de julio de 1994, párr. 24; *Caso Petrovic Vs. Austria*, (No. 20458/92), Sentencia de 27 de marzo de 1998, párr. 30; *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 29; *Caso Fretté Vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 40; *Caso L. y Y. Vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 44.

mencionadas en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En su jurisprudencia desde 1985, la Corte Europea de Derechos Humanos ha aplicado en casos de diferencias de trato basadas en las categorías de sexo,<sup>43</sup> nacimiento,<sup>44</sup> nacionalidad,<sup>45</sup> religión,<sup>46</sup> raza u origen étnico,<sup>47</sup> y discapacidad,<sup>48</sup> un escrutinio judicial estricto, exigiendo que el trato diferente no solamente se justifica con base a criterios razonables y objetivos, sino que haya como justificación "razones muy serias" o "razones particularmente serias". Además, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado explícitamente respecto a la discriminación por orientación sexual que la presunta falta de un consenso sobre la aceptación social de una minoría sexual no es un argumento válido para negarles a las personas pertenecientes a tal minoría sus derechos políticos y

<sup>43</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido*, (No. 9214/80; 9473/81; 9474/81), Sentencia de 28 de mayo de 1985, párr. 78; cfr. también T.E.D.H., *Caso Schuller-Zraggen Vs. Suiza*, (No. 14518/89), Sentencia de 24 de junio de 1993, párr. 67; T.E.D.H., *Caso Burghartz Vs. Suiza*, (No. 16213/90), Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 27; T.E.D.H., *Caso Karl-Heinz Schmidt Vs. Alemania*, (No. 13580/88), Sentencia de 18 de julio de 1994, párr. 24; T.E.D.H., *Casos Van Raalte Vs. Países Bajos*, (No. 20060/92), Sentencia de 21 de febrero de 1997, párr. 39, y *Willis Vs. Reino Unido*, (No. 36042/97), Sentencia de 11 de junio de 2002. Final, 11 de septiembre de 2002 párr. 39.

<sup>44</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Marchx Vs. Bélgica*, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párrs. 43, 48; T.E.D.H., *Casos Inze Vs. Austria*, (No. 8695/79), Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr.41; *Mazurek Vs. Francia*, (No. 34406/97), Sentencia de 1 de noviembre de 2000. Final, 1 de mayo de 2000, párr. 49; *Camp y Bourimi Vs. Países Bajos*, (No. 28369/95), Sentencia de 3 de octubre de 2000, párr. 38; en el mismo sentido, T.E.D.H., Gran Sala, *Caso Sommerfeld Vs. Alemania*, (No. 31871/96), Sentencia de 8 de julio de 2003, párr. 93.

<sup>45</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Gaygusuz Vs. Austria*, (No. 17371/90), Sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 42.

<sup>46</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Austria*, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párr. 36.

<sup>47</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Timishev Vs. Rusia*, (No. 55762/00 and 55974/00), Sentencia de 13 de diciembre de 2005. Final, 13 de marzo de 2006, párrs. 56 y 59.

<sup>48</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Glor Vs. Suiza*, (No. 13444/04), Sentencia de 30 de abril de 2009. Final, 6 de noviembre de 2009, párrs. 53 ("qu'il existe un consensus européen et universel sur la nécessité de mettre les personnes souffrant d'un handicap à l'abri de traitements discriminatoires"), y 84 ("la nécessité de lutter contre la discrimination envers les personnes handicapées et de promouvoir leur pleine participation et intégration dans la société. Partant, la marge d'appréciation des Etats parties dans l'établissement d'un traitement juridique différent pour les personnes handicapées s'en trouve fortement réduite").

civiles, cuando están consagrados en la legislación nacional como para cualquier ciudadano.<sup>49</sup>

#### II.4. *El test estricto en el derecho constitucional comparado y la noción de las categorías sospechosas*

La Corte Interamericana no adoptó expresamente la noción de "categorías sospechosas". Sin embargo, la caracterización elaborada respecto a la discriminación histórica y estructural de los grupos LGTBI tiene mucha relación con los criterios a partir de los cuales en el derecho constitucional comparado se ha aplicado un test de escrutinio judicial más estricto respecto a la justificación de diferencias de trato basadas en determinadas categorías. En el constitucionalismo estadounidense, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ha desarrollado tres niveles diferentes de escrutinio respecto al estándar de justificación necesaria para diferencias de trato admisibles, dependiendo del tipo de categoría utilizada. Según la Corte Suprema de Justicia:

At a minimum, a statutory classification must be rationally related to a legitimate governmental purpose. [...] Classifications based on race or national origin [...] and classifications affecting fundamental rights, [...] are given the most exacting scrutiny. Between these extremes of rational basis review and strict scrutiny lies a level of intermediate scrutiny, which generally has been applied to discriminatory classifications based on sex or illegitimacy. [...] To withstand intermediate scrutiny, a statutory classification must be substantially related to an important governmental objective.<sup>50</sup>

El escrutinio judicial estricto se aplica además que en casos de limitaciones de derechos fundamentales, en el contexto de diferencias de trato basadas en las llamadas "categorías sospechosas", término utilizado por primera

<sup>49</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Alekseyev Vs. Rusia*, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 84.

<sup>50</sup> *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988).

vez por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos,<sup>51</sup> que ha establecido cuatro requisitos para que entren en juego estas categorías: (i) que la característica sea invariable, es decir que forme parte de la identidad de la persona;<sup>52</sup> (ii) que el grupo haya sufrido una histórica discriminación intencional;<sup>53</sup> (iii) que el grupo, por ser una minoría, disponga de escaso poder político en la sociedad para hacerse representar en los órganos políticos;<sup>54</sup> y finalmente (iv) que el grupo sea definido por una característica discriminatoria que no guarde relación con la capacidad de trabajar o contribuir a la sociedad.<sup>55</sup>

La Corte Suprema consideró en el *Caso Korematsu Vs. United States*, que “todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter al escrutinio más estricto”.<sup>56</sup> En el *Caso Palmore Vs. Sidoti*, que trata de diferencias de trato basadas en la raza en el contexto de relaciones interracionales, agregó que “[t]ales clasificaciones están sujetas al escrutinio más exhaustivo; para cumplir la exigencia constitucional, deben justificarse en virtud de un interés gubernamental apremiante y deben ser necesarias [...] para la consecución de sus fines legítimos”.<sup>57</sup> Además, varios tribunales de Estados Unidos han considerado que la categoría de orientación sexual cumple con los requisitos de las categorías sospechosas y, por lo tanto, han aplicado el escru-

<sup>51</sup> Cfr. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 11 (1967); *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988).

<sup>52</sup> Cfr. *Bowen v. Gillard*, 483 U.S. 587, 602-03; *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 686; *Parham v. Hughes*, 441 U.S. 347, 351 (1979);

<sup>53</sup> Cfr. *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432, 441-42 (1985); *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 313 (1976); *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 684-85 (1973); *San Antonio School Indep. District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 28 (1973).

<sup>54</sup> Cfr. *Bowen v. Gillard*, 483 U.S. 587, 602-03; *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432, 440-41. Cfr. también CIDH, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, nota la pie de la página No. 113).

<sup>55</sup> Cfr. *Bowen v. Gillard*, 483 U.S. 587, 602-03 (1987); *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432, 440-41; *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 686.

<sup>56</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944); Cfr. *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 196 (1964).

<sup>57</sup> *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 432, 433 (25 de abril de 1984).

tinio judicial más estricto respecto a la justificación de diferencias de trato basadas en la orientación sexual.<sup>58</sup>

El concepto de las categorías sospechosas y el respectivo test de escrutinio judicial estricto han sido utilizados posteriormente por otros tribunales constitucionales. Respecto a las categorías sospechosas, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que el derecho a la igualdad y no discriminación:

resulta infringido, cuando por ejemplo, se encuentra de por medio una clasificación de las que la jurisprudencia ha denominado sospechosa, que son, categorías que “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales” [...] Cuando se acude entonces a esos criterios o categorías de las denominadas sospechosas; para establecer diferencias en el trato, se presume que se está ante conductas injustas y arbitrarias que desconocen el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.<sup>59</sup>

La Corte Constitucional concluyó que para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto es necesario que (i) la medida estatal no solamente pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa, que (ii) el trato diferente sea no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino estrictamente necesario, esto es, que no haya ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación, y que (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe eva-

<sup>58</sup> Cfr. *Watkins v. U.S. Army*, 847 F.2d, 1329, 1349 (1988); *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757, 841-44 (Cal. 2008); *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407, 432-61 (Conn. 2008); *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862, 885-96 (Iowa 2009).

<sup>59</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371 de 29 de marzo de 2000, Considerando 17. Cfr. también Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, Fundamento Jurídico 17, y Sentencia C-101 de 8 de febrero de 2005, Consideraciones V.3.1.

luar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación.<sup>60</sup> Para la Corte Constitucional de Colombia, la orientación sexual cumple con los requisitos de una categoría sospechosa, requiriendo por tanto un escrutinio judicial más estricto respecto a la justificación de diferencias de trato.<sup>61</sup>

También el Tribunal Constitucional del Perú ha hecho mención a las "categorías sospechosas", definiéndolas como "aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico".<sup>62</sup> Considera que toda distinción que se funde en los criterios de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, que por razones de tipo histórico o social, son considerados como potencialmente discriminatorios y motivos sospechosos, implica una presunción de inconstitucionalidad.<sup>63</sup> Por lo tanto, su justificación requiere "un *control estricto*, con lo cual no basta que se demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la *imperiosa necesidad* de la misma."<sup>64</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha decidido aplicar el juicio de igualdad estricto para casos de distinción basada en las categorías de origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias o el estado civil, o en torno

<sup>60</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, párr. 17.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> Cfr: Tribunal Constitucional del Perú, Sala Primera, Sentencia del 3 de septiembre de 2010, Exp. N.º 2317-2010-AA/TC, párr. 32.

<sup>63</sup> Cfr: Tribunal Constitucional del Perú, Sala Primera, Sentencia del 3 de septiembre de 2010, Exp. N.º 2317-2010-AA/TC, párrs. 32 y 33.

<sup>64</sup> Cfr: Tribunal Constitucional del Perú, Sala Primera, Sentencia del 3 de septiembre de 2010, Exp. N.º 2317-2010-AA/TC, párr. 34.

a cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos o libertades de las personas. Considera que las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación deberán ser aplicadas con especial intensidad, lo cual implica que el juez constitucional debe realizar un escrutinio estricto desde el punto de vista de la garantía de igualdad.<sup>65</sup> Esto requiere determinar, en primer lugar, si la finalidad de la medida es compatible con la Constitución; en segundo lugar, si la distinción constituye una medida racionalmente adecuada para la consecución de dicha finalidad, es decir si existe una objetiva relación medios-fines entre la medida y el fin; en tercer lugar, si medida es necesaria, para lo cual no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de ese fin, sino que el juez constitucional debe asegurarse de que el fin no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y en cuarto lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad, según el cual no se puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional.<sup>66</sup>

### III. DISCRIMINACIÓN DE PAREJAS HOMOSEXUALES Y LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS

#### III.1. *Constatación de la relevancia de la orientación sexual en la diferenciación de trato*

Siguiendo lo establecido en el *Caso E.B. Vs. Francia* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Intera-

<sup>65</sup> Cfr: Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, Amparo en Revisión, 7/2009, 15 de marzo de 2011, considerado cuarto, pág. 18.

<sup>66</sup> Cfr. entre otras decisiones, Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, Amparo en Revisión 96/2009, 15 de marzo de 2011, considerado noveno, pág. 73; Amparo en Revisión, 7/2009, 15 de marzo de 2011, considerado cuarto, pág. 17; Amparo en Revisión 173/2008, 30 de abril de 2008, págs. 36-37; Tesis: 1a. LXVI/2008, Registro No. 169209, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9. Época, Tomo XXVIII, julio de 2008, pág. 462; Tesis: 1a./J. 55/2006, Registro No. 174247, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9. Época, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, pág. 75.

mericana resaltó 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.<sup>67</sup> En consecuencia, la Corte tuvo en cuenta que las decisiones asumidas por la Corte Suprema y una decisión de tuición provisoria habían otorgado relevancia significativa a diversos argumentos en torno a la orientación sexual de la señora Atala. Verificado este hecho relacionado con la diferencia de trato basada en la orientación sexual, la Corte analizó si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, teniendo en cuenta la justificación que hizo el Estado para efectuarla, 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.<sup>68</sup> El Tribunal concluyó que no se cumplía con el requisito de idoneidad de la medida para alcanzar el fin que se pretende con la diferencia de trato, aspecto que se analiza en los segmentos que siguen a continuación.

<sup>67</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 94, citando T.E.D.H., *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, 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”).

<sup>68</sup> Cabe resaltar que la Corte reiteró que no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”, de tal forma que no le correspondía 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 encontraba fuera del objeto del caso, cuyo propósito era definir si las autoridades judiciales habían afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención. Asimismo, y en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte declaró que no era competente para resolver respecto a la custodia de las tres niñas M., V. y R., por cuanto esto es materia del derecho interno chileno. Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párrs. 65 y 66.

### III.2. *El interés superior de los niños y las niñas*

Según la Corte Interamericana, los niños y las niñas son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención,<sup>69</sup> las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto.<sup>70</sup> Cuando este artículo fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy en día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.<sup>71</sup> El Tribunal ha destacado la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños” (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto.<sup>72</sup>

### III.3. *Derecho a la no discriminación y el interés superior del niño*

Respecto a la protección del interés superior del niño en decisiones administrativas o judiciales sobre la custodia

<sup>69</sup> Dicho artículo establece que “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”.

<sup>70</sup> Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121.

<sup>71</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 28.

<sup>72</sup> Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 24.

de menores de edad, la Corte señaló que una "determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño", considerando no 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".<sup>73</sup> La Corte resaltó 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".<sup>74</sup> A tal conclusión ya había llegado el Comité de los Derechos del Niño cuando consideró 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.<sup>75</sup>

#### III.4. El riesgo de discriminación social de niños y niñas de parejas homosexuales

Frente a críticas de que el interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, varios tribunales nacionales han señalado sus reservas por motivos fácticos y jurídicos frente a este argumento, resaltando que datos empíricos no sustentan esta conclusión, y, lo que resulta ser de más trascendencia, que un posible estigma social debido a la orientación

<sup>73</sup> Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 111; sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, cfr. Corte IDH. *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.

<sup>74</sup> Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 151.

<sup>75</sup> Cfr. 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.

sexual de los progenitores no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño.<sup>76</sup> En el sistema europeo, en un caso sobre discriminación por orientación religiosa en el contexto de una decisión judicial sobre la custodia de menores de edad, la Corte Europea de Derechos Humanos rechazó de manera implícita el argumento de un tribunal nacional que sostuvo que 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 Jehová.<sup>77</sup> Por su parte, la Corte Interamericana, retomando el argumento de tribunales nacionales y la Corte Europea, consideró que:

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 Esta-

<sup>76</sup> 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 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 que con su decisión supuestamente había antepuesto su intereses personales a los del niño; cfr. también *Bezio v. Patenaude*, 410 N.E.2d 1207, 1216 (1980); Corte Superior de Pennsylvania, *In re custody of Temos*, 304 Pa. Super. 82, 99, 100 (1982), citando Commonwealth ex rel. Myers v. Myers, 468 Pa. 134, 360 A.2d 587 (1976); Commonwealth ex rel. Lucas v. Kreischer, 450 Pa. 352, 299 A.2d 243 (1973); In re Davis, 288 Pa. Super. 453, 432 A.2d 600 (1981); Mulligan v. Davison, 244 Pa. Super. 255, 367 A.2d 299 (1976); Corte Suprema de Alaska, *S.N.E. v. R.L.B.*, 699 P.2d 875, 879 (1985) (EE. UU.); Corte de Apelaciones de Ohio, *Conkel v. Conkel*, 31 Ohio App 3d 169 (24 de febrero de 1987); Corte Superior de Pennsylvania, *Blew v. Vena*, 617 A.2d 31, 35-36 (1992) (EE. UU.); Corte de Apelaciones de Ohio, *Inscocoe v. Inscocoe*, 121 Ohio App 3d 396, 415 (16 de junio de 1997); *Bubis v. Jones*, 2000 O.J. No 1310, §§ 18, 19 (Ont. S.C.J.) (Canadá).

<sup>77</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Austria*, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párrs. 15, 33-36. La Corte Suprema de Austria había argumentado que la orientación religiosa de la madre convertiría a las hijas menores en marginados sociales ("It has also been established that if the children are educated according to the religious teaching of the Jehovah's Witnesses, they will become social outcasts. In the initial decision as to which of the spouses is to have the right to provide care and upbringing, these circumstances cannot be ignored").

dos no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios.<sup>78</sup>

III.5. *Es inaceptable argumentar que el desarrollo de una opción sexual implica privilegiar el interés de una madre por el de sus hijas*

La sentencia de la Corte Suprema había señalado que la señora Atala había privilegiado sus intereses por encima de los de sus hijas. Al respecto, la Corte Interamericana indicó que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. La Corte precisó que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad.

En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este punto la Corte Interamericana citó la jurisprudencia de la Suprema Corte de México, que ha establecido una conexión directa entre el principio de dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.<sup>79</sup> Este es un aporte fundamental respecto a la jurisprudencia interamericana respecto a autonomía personal.

El Tribunal consideró que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad y que la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona. En conse-

<sup>78</sup> Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 93.

<sup>79</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 137, citando 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.

cuencia, la Corte consideró que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.<sup>80</sup>

III.6. *El presunto riesgo de sufrir una confusión de roles sexuales de niños viviendo con parejas homosexuales*

Ante el argumento de la Corte Suprema de Justicia, que el interés superior de las niñas podría verse afectación de su desarrollo sexual, la Corte fue enfática en señalar que:

[t]ratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso,<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 140.

<sup>81</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Karner Vs. Austria*, (No. 40016/98), Sentencia de 24 de julio de 2003. Final, 24 de octubre de 2003, párr. 37, y 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.

<sup>82</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 74; *Caso D.H. y otros Vs. República Checa*, (No. 57325/00), Sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 177; *Caso Orsus y otros Vs. Croacia*, (No. 15766/03), Sentencia de 16 de marzo de 2010, párr. 150; *Caso Andrejeva Vs. Letonia*, (No. 55707/00), Sentencia de 18 de febrero de 2009, párr. 84; *Caso Serife Yigit Vs. Turquía*, (No. 3976/05), Sentencia de 2 de noviembre de 2010, párr. 71, y *Caso Muñoz Díaz Vs. España*, (No. 49151/07), Sentencia de 8 de marzo de 2010, párr. 50.

<sup>83</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 124.



La Corte tuvo en cuenta<sup>84</sup> diversos estudios científicos en este tema para llegar a conclusiones como las siguientes (hemos agregado otros estudios no mencionados por la Corte pero que arriban a conclusiones similares): Los resultados de numerosos estudios científicos han mostrado que (i) las habilidades y capacidades de padres homosexuales son comparables con las de padres heterosexuales,<sup>85</sup> que (ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional

<sup>84</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 128.

<sup>85</sup> Cfr., *inter alia*, John TOBIN y Ruth MCNAIR, *Public International Law and the Regulation of Private Spaces: Does the Convention on the Rights of the Child Impose an Obligation on States to Allow Gay and Lesbian Couples to Adopt?* 23 Int'l J. L. Pol. & Fam. 110, 115 (2009); Shreya ATREY, *Continuing to Meet the Parents, Through the International Law Route*, 12 J.L. & Soc. Challenges 1, 4 (2010) (citando a David L. CHAMBERS y Nancy D. POLIKOFF, *Family Law and Gay and Lesbian Family Issues in the Twentieth Century*, 33 Fam. L. Q. 523, 539 (1999); Rachel H. FARR et al., *Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?*, 14 Applied Developmental Sci. 3, 174-75 (2010); Henny M. W. BOS et al., *Experience of Parenthood, Couple Relationship, Social Support, and Child-Rearing Goals in Planned Lesbian Mother Families*, 45 J. of Child Psychol. & Psychiatry 755, 759 (2004); Carlos A. BALL, *The Morality of Gay Rights: An Exploration in Political Philosophy* 158; Charlotte J. PATTERSON y Jennifer L. WAINRIGHT, *Adolescents with Same-Sex Parents: Findings from the National Longitudinal Study of Adolescent Health*, en *Lesbian and Gay Adoption: A New American Reality* (Brodzinsky et al., eds., Oxford Univ. Press 2007); Courtney G. JOSLIN, *Travel Insurance: Protecting Lesbian and Gay Parent Families Across State Lines*, 4 Harv. L. & Pol' Rev. 31, 46 (2010); Jerry J. BIGNER y R. BROOKE Jacobsen, *Adult Responses to Child Behavior and Attitudes Toward Fathering: Gay and Nongay Fathers*, 23 J. of Homosexuality 99, 101-02, 109 (1992); William MEEZAN y Jonathan RAUCH, *Gay Marriage, Same-Sex Parenting, and America's Children*, 15 The Future of Children J. 97, 102, 105 (2005); Courtney G. Joslin, *Travel Insurance: Protecting Lesbian and Gay Parent Families Across State Lines*, 4 Harv. L. & Pol' Rev. 31, 46 (2010); Charlotte J. Patterson, *Lesbian and Gay Parents and Their Children: A Social Science Perspective*, en *Contemporary Perspectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities: The Nebraska Symposium on Motivation* (Springer 2009); Susan L. Pollet, *Breaking Up is Hard[er] to Do*, 83 N.Y. State Bar J. 10, 12 (2011) (citando a Monica K. MILLER y Brian H. BORENSTEIN, *Determining the Rights and Responsibilities of Lesbian Parents*, Monitor on Psychol., nov. de 2005, 85, disponible en <http://www.apa.org/monitor/nov05/jn.aspx>); David K. FLAKS, et al., *Lesbians Choosing Motherhood: A Comparative Study of Lesbian and Heterosexual Parents and Their Children*, 31 Dev. Psychology 105 (1995); Ellen C. PERRIN & Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, 109 Pediatrics 341, 342 (2002); Kim BERGMAN, *Gay Men Who Become Fathers via Surrogacy: The Transition to Parenthood*, J. of GLBT Fam. Studies 111, 114 (2010); Cheryl A. PARKS, *Lesbian Parenthood: A Review of the Literature*, 68 Am. J. Orthopsychiatry 376 (1998); Susan GOLOMBOK et al., *Children with Lesbian Parents: A Community Study*, 39 Developmental Psychol. 20 (2003); James G. PAWELSKI et al., *The Effects of Marriage, Civil Union, and Domestic Partnership Laws on the Health and Well-Being of Children*, 118 Pediatrics 349, 359 (2006).

de los niños de padres gays o madres lesbianas son comparables a los de los niños criados por padres heterosexuales;<sup>86</sup> (iii) la orientación sexual no afecta la capacidad de desarrollar vínculos afectivos de los niños con sus padres;<sup>87</sup> (iv)

<sup>86</sup> Cfr. APA Council of Representatives, Am. Psychol. Assoc., *Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children* (2004), disponible en <http://www.apa.org/pi/lgbcpolicy/parents.html>; Nanette GARTRELI y Henny BOS, *U.S. National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents*, 126 Pediatrics 1, 3 (2010); Fiona TASKER, *Lesbian Mothers, Gay Fathers, and Their Children: A Review*, 26 J. Developmental & Behav. Pediatrics 224 (2005); Beth PERRY et al., *Children's Play Narratives: What They Tell Us About Lesbian-Mother Families*, 74 Am. J. Orthopsychiatry 467 (2004); Jennifer WAINRIGHT, et al., *Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents with Same-Sex Parents*, 75 Child Dev. 1886 (2004); Katrien VANFRAUSSEN et al., *What Does It Mean for Youngsters to Grow Up in a Lesbian Family related by Means of Donor Insemination?*, 20 J. Reprod. & Infant Psychol. 237, 249-50 (2002); Norman ANDERSEN et al., *Outcomes for Children with Lesbian or Gay Parents: A Review of Studies from 1978 to 2000*, 43 Scandinavian J. Psychol. 335 (2002); Charlotte J. PATTERSON, *Family Relationships of Lesbians and Gay Men*, 62 J. Marriage & Fam. 1052 (2000); Raymond CHAN et al., *Psychosocial Adjustment Among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers*, 69 Child Dev. 443 (1998); Joseph R. PRICE, *Bottoms III: Visitation Restrictions and Sexual Orientation*, 5 Wm. & Mary Bill Rts. J. 643, 648 (1997); Patricia J. FALK, *The Gap Between Psychosocial Assumptions and Empirical Research in Lesbian-Mother Child Custody Cases*, en *Redefining Families: Implications for Children's Development* 131, 151-52 (A.E. GOTTFRIED y A.W. GOTTFRIED, eds. 1994); Shelley CASEY, *Homosexual Parents and Canadian Child Custody Law*, 32 Fam. & Conciliation Courts Rev. 379, 386 (1994); Susan GOLOMBOK et al., *Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal*, 24 J. Child Psychol. & Psychiatry 551, 570-71 (1983); Rachel H. FARR, et al., *Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?*, 14 Applied Developmental Sci. 3, 174-75 (2010); Jennifer WAINRIGHT y Charlotte J. PATTERSON, *Delinquency, Victimization, and Substance Use Among Adolescents with Female Same-Sex Parents*, 20 J. Fam. Psychol. 526 (2006); Charlotte J. PATTERSON, *Children of Lesbian and Gay Parents*, 63 Child Dev. 1025, 1033 (1992); Susan GOLOMBOK y Shirlene BADGER, *Children Raised in Mother-Headed Families from Infancy: A Follow-Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers, at Early Adulthood*, 25 Hum. Reprod. 1, 155-56 (2010); Charlotte J. Patterson, *Children of Lesbian and Gay Parents*, 15 Current Directions in Psychol. Sci. 241 (2006); Judith STACEY y Timothy J. BIBLARZ, *(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?*, 66 Am. Soc. Rev. 159, 174, 176 (2001); Bridget Fitzgerald, *Children of Lesbian and Gay Parents: A Review of the Literature*, 29 Marriage & Fam. R. 57, 65 (1999).

<sup>87</sup> Véase John BOWLBY, *Attachment* 177, 265-68 (2d ed. 1982); Melvin KONNER, *Childhood* 84-87 (1991); Beverly JAMES, *Handbook for Treatment of Attachment-Trauma Problems in Children* 2 (1994); Mary D. AINSWORTH, et al., *Patterns of Attachment: A Psychological Study of the Strange Situation* 20-21 (1978); Joan B. KELLY y Michael E. LAMB, *Using Child Development Research to Make Appropriate Custody and Access Decisions for Young Children*, 38 Fam. & Conciliation Courts Review 298 (2000); Daniel SIEGEL, *The Developing Mind, How Relationships and the Brain Interact to Shape Who We Are* 84-87 (1999); W. Andrew COLLINS y L. Alan SROUFE, *Capacity for Intimate Re-*

la orientación sexual de los padres 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 su orientación sexual;<sup>88</sup> (v) los niños de padres homosexuales no son más afectados por el estigma que otros niños.<sup>89</sup>

*relationships: A Developmental Construction, in The Development of Romantic Relationships in Adolescence* 125-28 (Wyndol Furman, et al., eds., 1999); Edward L. SCHOR, et al., *Family Pediatrics: Report of the Task Force on the Family*, 111, *Pediatrics*, 1541, 1550 (2003); Anne BREWAEYS, et al., *Donor Insemination: Child Development and Family Functioning in Lesbian Mother Families*, 12 *Hum. Reprod.* 1349, 1354 (1997); Susanne BENNETT, *Is There a Primary Mom? Parental Perceptions of Attachment Bond Hierarchies Within Lesbian Adoptive Families*, 20 *Child & Adolescent Social Work J.* 3, 166-68 (junio de 2003); Barbara M. McCANDLISH, *Against All Odds: Lesbian Mother Family Dynamics, in Gay and Lesbian Parents* 30-31 (Frederick W. BOZETT, ed., 1987); D'Arcy L. Reinhard, *Recognition of Non-Biological, Non-Adoptive Parents in Arkansas, Florida, Mississippi, and Utah: A De Facto Parent Doctrine to Protect the Best Interests of the Child*, 13 *J. Gender Race & Just.* 441 (2010).

<sup>88</sup> Cf. Susan GOLOMBOK et al., *Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal*, 24 *J. Child Psychol. & Psychiatry* 551, 562 (1983); Anne Brewaeys, et al., *Donor Insemination: Child Development and Family Functioning in Lesbian Mother Families*, 12 *Hum. Reprod.* 1349 (1997); Rachel H. FARR et al., *Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?*, 14 *Applied Developmental Sci.* 3, 175 (2010); Ellen C. PERRIN & Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, 109 *Pediatrics* 341, 342 (2002); Charlotte J. PATTERSON, *Children of Lesbian and Gay Parents: Psychology, Law, and Policy*, 64 *Am. Psychologist* 727, 731 (2009); WAINRIGHT et al., *Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents with Same-Sex Parents*, 75 *Child Dev.* 1886, 1887 (2004); Nanette GARTRELL, et al., *Adolescents of the U.S. National Longitudinal Lesbian Family Study: Sexual Orientation, Sexual Behavior, and Sexual Risk Exposure*, *Archives of Sexual Behavior* (2010); Donald H. STONE, *The Moral Dilemma: Child Custody When One Parent Is Homosexual or Lesbian—An Empirical Study*, 23 *Suffolk U. L. Rev.* 711, 724 (1989); Katja M. EICHINGER-SWAINSTON, *Fox v. Fox: Redefining the Best Interest of the Child Standard for Lesbian Mothers and Their Families*, 32 *Tulsa L. J.* 57, 67 (1996); Shelley CASEY, *Homosexual Parents and Canadian Child Custody Law*, 32 *Fam. & Conciliation Courts Rev.* 379, 386 (1994); Sandra POLLACK, *Lesbian Mothers: A Lesbian-Feminist Perspective on Research*, in *Politics of the Heart: A Lesbian Parenting Anthology*, en 320 (Sandra POLLACK y Jeanne VAUGHN, eds., 1987).

<sup>89</sup> Cf. Kelly A. CAUSEY y Candan DURAN-AYDINTUG, *Tendency to Stigmatize Lesbian Mothers in Custody Cases*, 28 *J. Divorce & Remarriage* 171, 173 (1998); Susan GOLOMBOK, et al., *Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal*, 24 *J. Child Psychol. & Psychiatry* 551, 567 (1983); Megan FULCHIER, et al., *Contact with Grandparents Among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers*, 2 *Parenting: Sci. & Prac.* 61, 67-71 (2002); Katrien VANFRAUSSEN et al., *What Does It Mean for Youngsters to Grow Up in a Lesbian Family Created by Means of Donor Insemination?*, 20 *J. Reprod. & Infant Psychol.* 237 y Jennifer L. WAINRIGHT y Charlotte J. PATTERSON, *Peer Relations Among Adolescents with Female Same-Sex Parents*, 44 *Developmental Psychol.* 117 (2008);

#### IV. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y EL ROL DEL USO DE ESTEREOTIPOS

En su sentencia, la Corte Interamericana resaltó de manera reiterada que era inadmisibles que las autoridades judiciales recurran al uso de estereotipos respecto a personas homosexuales. Por ejemplo, señaló en el contexto de la capacidad de parejas homosexuales de ejercer la custodia y la determinación del interés superior del niño que:

[u]na 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.<sup>90</sup>

En cuanto al concepto de familia, la Corte rechazó “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’”,<sup>91</sup> considerando que esto “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’)”.<sup>92</sup>

El concepto de estereotipos había sido introducido anteriormente por la Corte en su jurisprudencia en el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, cuando señaló que:

el uso de estereotipos de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. [...] [Estos se asocian con] la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género social-

Fiona MACCALLUM y Susan GOLOMBOK, *Children Raised in Fatherless Families from Infancy: A Follow-Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers at Early Adolescence*, 45 *J. Child Psychol. & Psychiatry*, 1407, 1416 (2004); Henny M. W. Bos y Frank BALEN, *Children in Planned Lesbian Families: Stigmatisation, Psychological Adjustment and Protective Factors*, 10 *Culture, Health & Sexuality*, 3, 230-31 (2008).

<sup>90</sup> Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 145.

<sup>91</sup> Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 145.

<sup>92</sup> Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 145.

mente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.<sup>93</sup>

En el caso de los estereotipos compuestos,<sup>94</sup> la condición de género adquiere intersección con otros rasgos de la personalidad, como la orientación sexual, lo cual agrava la situación de vulnerabilidad y el riesgo de discriminación de las mujeres homosexuales.<sup>95</sup> Los estereotipos sexuales, relacionados con el género, el rol sexual y la orientación sexual, suelen demarcar las formas aceptables de sexualidad masculina y femenina a través de la estigmatización de las relaciones lésbicas prohibiendo *de jure* o *de facto*, mediante actos legislativos, administrativos o judiciales, la formación de familia entre lesbianas, por no ajustarse al estereotipo sobre roles sexuales que se refiere a las madres como mujeres heterosexuales que cumplen roles familiares diferenciados por el género, y según el cual las mujeres lesbianas no pueden ser buenas madres.<sup>96</sup> Ante el riesgo de incurrir en estereotipos, el Estado debe tomar todas las medidas necesarias a fin evitar el trato prejuicioso basado en la orientación sexual en todo procedimiento judicial que determine los derechos para asegurar que no se impugne el carácter de ninguna persona en base a su orientación sexual.<sup>97</sup> Deben adoptarse todas

<sup>93</sup> Cfr. Corte IDH. *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.

<sup>94</sup> Cfr. Rebecca J. COOK, Simone CUSACK, *Estereotipos de Género, Perspectivas Legales Transnacionales*, Profamilia, 2010, pág. 36.

<sup>95</sup> Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general No. 28 (2010), 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 orientación sexual").

<sup>96</sup> Cfr. Rebecca J. COOK, Simone CUSACK, *Estereotipos de Género, Perspectivas Legales Transnacionales*, Profamilia, 2010, pág. 36; ver también Deborah A. WIDRISS, Elisabeth L. ROSENBLATT, Douglas NEJAIM, *Exposing Sex Stereotypes in Recent Same-Sex Marriage Jurisprudence*, 30 *Harvard Journal of Law & Gender*, 461-505 (2007).

<sup>97</sup> Cfr. el principio 8.2. A. de los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la

las medidas necesarias y razonables para proteger a las personas contra procedimientos civiles que sean motivados enteramente o en parte por prejuicios acerca de la orientación sexual.<sup>98</sup>

El *Caso Atala* expone varias características de la recurrencia a estereotipos compuestos. Si bien la Corte Suprema de Justicia no reprochó la condición sexual de la señora Atala en sí misma, le negó su idoneidad para ejercer el rol maternal y de vivir al mismo tiempo con su nueva pareja, por el riesgo de posibles daños para las hijas menores, el riesgo de verse expuestas a la discriminación por la sociedad, y la supuesta importancia de crecer en una familia tradicional. De esta manera, condicionó las opciones de vida de la señora Atala al exponerla ante la alternativa de ejercer su papel maternal como soltera sin pareja, o de vivir con una pareja del mismo sexo, pero sin sus hijas. La Corte Suprema de Justicia atribuyó una relevancia predominante y desfavorable a la convivencia de la señora Atala con una mujer, mientras que las condiciones de convivencia heterosexual del padre con su nueva pareja no fueron resaltadas por la Corte Suprema en su razonamiento ni fueron objeto de ningún juicio. Además, consideró el ejercicio de los derechos de la señora Atala a criar a sus hijas menores y a vivir con una pareja del mismo sexo como un conflicto irreconciliable de intereses personales, en el cual supuestamente había "antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar".<sup>99</sup> De esta manera, la Corte Suprema utilizó una concepción estereotipada sobre el rol social de las mujeres como madres. Este lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Justicia reflejó una percepción limitada de los roles sexuales y de género ejercidos por las mujeres en una sociedad democrática, pluralista y moderna.

identidad de género (Principios de Yogyakarta). Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/orientacion\\_sexual\\_Principios\\_de\\_Yogyakarta\\_2006.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf)

<sup>98</sup> Cfr. el principio 8.2. B. de los Principios de Yogyakarta.

<sup>99</sup> Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 132.

## V. PAREJAS HOMOSEXUALES Y SU DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

En el *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, señalando 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”.<sup>100</sup> Respecto a parejas del mismo sexo, en el *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, la Corte Europea de Derechos Humanos 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”,<sup>101</sup> considerándolo “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.<sup>102</sup>

Frente a la consideración de la Corte Suprema de Justicia de Chile, que 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 aprecia-

<sup>100</sup> 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 Marchx Vs. Bélgica*, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 31; *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.

<sup>101</sup> T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, 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.

<sup>102</sup> T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 94, 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.

da en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”, la Corte Interamericana constató 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. [...] [E]l 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.”<sup>103</sup>

Considerando que la señora Atala había constituido con su pareja y las tres hijas un núcleo familiar, sin perjuicio de que las niñas compartían al mismo tiempo otro entorno familiar con su padre, y la convivencia, el contacto frecuente y la cercanía personal y afectiva entre estas, la Corte Interamericana consideró que el Estado había vulnerado 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 sus hijas.

## VI. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN, LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA CONTRA LA SEÑORA ATALA

Además del proceso de tuición en el que estuvo involucrada la señora Atala, el caso ante la Corte Interamericana abarcó la problemática del derecho a la no discriminación, vida privada e imparcialidad judicial ante una investigación disciplinaria contra la señora Atala. Dicha investigación fue ordenada por el Tribunal de Apelaciones de la ciudad de Temuco con el fin de indagar, entre otros aspectos, sobre la homosexualidad de la señora Atala ante la publicación de varias notas de prensa sobre el proceso judicial de custodia.<sup>104</sup> En el marco de la investigación respecto a la orientación sexual de la señora Atala, el Tribunal de Apelaciones realizó varias entrevistas con funcionarios y empleados del

<sup>103</sup> Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, 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.

<sup>104</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párrs. 210 ss.

tribunal de Villarrica, así como una visita al despacho de la señora Atala para indagar sobre su orientación sexual.<sup>105</sup> En el informe que dio origen a la formulación de cargos disciplinarios el magistrado encargado de la investigación disciplinaria concluyó que la “peculiar relación afectiva” de la señora Atala había trascendido el ámbito privado al aparecer las noticias de prensa sobre el proceso de custodia, lo que según el magistrado investigador “claramente dañó] la imagen tanto de la [señora] Atala como del Poder Judicial” implicando “una gravedad que merece ser observada por el [...] Tribunal de Apelaciones”.<sup>106</sup> La investigación disciplinaria terminó finalmente sin sanción formal.

Ante esta situación, la Corte Interamericana enfatizó respecto al derecho a la no discriminación que:

la alegada protección de la ‘imagen del poder judicial’ no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. [...] 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.<sup>107</sup>

En segundo lugar, la Corte constató que en el marco de la investigación disciplinaria se indagó en forma arbitraria sobre su orientación sexual, lo cual constituyó una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, que se extendía a su ámbito profesional, violando el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.<sup>108</sup> En tercer lugar, la Corte analizó la compatibilidad de la investigación disciplinaria con la Convención Americana a la luz del derecho a la garantía judicial de la realización de un proceso disciplinario por un juez imparcial. Aplicando conceptos desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableció que la imparcialidad personal de un juez debe ser presunta, salvo

<sup>105</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 228.

<sup>106</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 214.

<sup>107</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 221.

<sup>108</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 230.

prueba en contrario, y que es necesario analizar si existen intereses o motivaciones personales del juez en un determinado caso.<sup>109</sup> Para determinar la falta de imparcialidad subjetiva, el Tribunal Europeo ha indicado que se debe determinar, por ejemplo, si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales.<sup>110</sup> Además, el Tribunal Europeo ha señalado que la falta de 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.<sup>111</sup>

Ante el motivo de las averiguaciones, el lenguaje utilizado en el informe judicial sobre la señora Atala y el contexto de la investigación disciplinaria, la Corte concluyó “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”<sup>112</sup> y que “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”.<sup>113</sup>

#### VII. EL INTERÉS SUPERIOR DE LAS NIÑAS Y SU DERECHO A SER OÍDAS

Además de encontrar una violación del derecho a la no discriminación de la señora Atala y sus tres hijas, la Corte analizó el derecho de las menores de edad a ser oídas

<sup>109</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 235.

<sup>110</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (No. 73797/01), Sentencia de 27 de enero de 2004, párr. 119. 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.

<sup>111</sup> 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.

<sup>112</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 237.

<sup>113</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 237.

durante el proceso judicial sobre la custodia. En dicho proceso la Corte Suprema de Justicia de Chile no había tomado en cuenta las declaraciones de las niñas rendidas ante el tribunal de primera instancia. En dichas declaraciones habían expresado el interés de vivir con su madre.<sup>114</sup>

La Corte tomó en cuenta lo establecido en la Observación General No. 12 de 2009 del Comité para los Derechos del Niño, que desarrolló el significado y los alcances del derecho a ser escuchados de las niñas y niños. En general, el Comité ha indicado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>115</sup> es, además de un derecho de los niños y las niñas, “uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”.<sup>116</sup> Igualmente, ha resaltado 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, que consagra el 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”.<sup>117</sup>

<sup>114</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párrs. 201 ss.

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> 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. 2.

<sup>117</sup> 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. 74.

Con base en estas consideraciones, la Corte estableció que:

[n]o 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. 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.<sup>118</sup>

En consecuencia, ante la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Chile de limitar su análisis del supuesto interés superior de las tres menores de edad de vivir con el padre en una interpretación discriminatoria de las normas sobre la custodia, sin justificar por qué se tomaba una decisión en contra de la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, la Corte encontró una violación del artículo 8.1 de la Convención, en conjunto con el artículo 19 del mismo instrumento, en perjuicio de las niñas.<sup>119</sup>

La importancia del derecho de las niñas a ser oídas y a participar en los procesos judiciales de los cuales son parte, fue también tomada en cuenta en el proceso ante la Corte Interamericana. La Corte emitió una resolución específica sobre este tema el 29 de noviembre de 2011. Allí señaló que en ninguna parte del expediente había una manifestación precisa por parte de las niñas 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. Por ello, se ordenó una

<sup>118</sup> Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 200.

<sup>119</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 208.

diligencia en Chile dirigida a escuchar a las niñas. La Corte tuvo en cuenta el principio de autonomía progresiva según el cual los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.<sup>120</sup>

### VIII. CONCLUSIONES

El *Caso Atala* constituye un hito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entre muchos aspectos que podrían resaltarse sobre esta sentencia, en este artículo hemos destacado solo cuatro elementos. En primer lugar, la Corte desarrolla una exhaustiva interpretación evolutiva de la Convención Americana para señalar que la cláusula abierta recogida en la expresión "otra condición social" permite incluir la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación. Al respecto, precisamos la importancia de que la Corte haya resaltado que la discriminación histórica y estructural que han sufrido los grupos LGTBI justifica que no pueda ser invocado la inexistencia de un consenso o un margen de apreciación de los Estados respecto a diferencias de trato injustificadas en relación a grupos en situación de vulnerabilidad. Resal-

<sup>120</sup> Durante dicha diligencia, el personal de la Secretaría estuvo acompañado por una psiquiatra. 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, dos de las niñas 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 habían realizado tanto la Comisión como los representantes en el caso 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. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 69.

tamos que ello es importante teniendo en cuenta el carácter de *jus cogens* de la prohibición de discriminación y la obligación positiva de los Estados respecto a tomar medidas adecuadas y eficaces para erradicar todas las formas existentes de discriminación basadas en el artículo 1.1 de la Convención.

En segundo lugar, destacamos la importancia de que la sentencia haya precisado que el análisis de la justificación de diferencias de trato relacionadas con la orientación sexual debe ser particularmente estricto, lo cual implica, entre otros elementos, un traslado de la carga de la prueba hacia el Estado y la evaluación de razones de suficiente peso respecto a este tipo de diferenciaciones. En relación con este tema, analizamos cómo, en el derecho internacional y comparado, en el caso de diferencias de trato basadas en determinadas categorías mencionadas en las cláusulas de no discriminación de los tratados internacionales de derechos humanos, y relacionadas de manera directa con la dignidad humana, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, el escrutinio judicial respecto a una diferencia de trato se torna más estricto y exigente. Ante una situación de diferencia de trato basada en la orientación sexual, es el Estado el que tiene que probar que la diferencia de trato no sólo se basa en un propósito legítimo, sino que el objetivo que se persigue con la distinción sea una necesidad social imperiosa. Además, no basta que la medida sea idónea o exista una relación lógica de causalidad entre la misma y el objetivo perseguido, sino que debe ser estrictamente necesaria para lograr el fin, en el sentido de que no haya otra alternativa menos lesiva e igualmente eficaz. Finalmente, el requisito de proporcionalidad en el sentido estricto requiere la existencia de un balance de intereses entre el beneficio logrado por la medida y la limitación impuesta.

En tercer lugar, hemos analizado el valor del análisis sobre estereotipos al momento de efectuar el test estricto de igualdad, aspecto que permitió a la Corte Interamericana reflejar la forma como las decisiones judiciales internas que se analizaron reflejaban una percepción limitada de los



roles sexuales y de género ejercidos por las mujeres en una sociedad democrática, pluralista y moderna. Es muy relevante que la Corte haya señalado que las decisiones que pretendían la protección del interés superior de las niñas utilizaron una motivación que no era adecuada para alcanzar dicho fin, en gran medida por el manejo de argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios.

Finalmente, en cuarto lugar, el *Caso Atala* ofrece argumentos rigurosos en relación con los derechos de las niñas y los niños, en particular, la forma como el derecho a ser oído exige tener en cuenta la opinión de los y las menores de edad y la carga argumentativa para la autoridad judicial que opte por tomar una decisión en contra de dicha opinión. Asimismo, el tribunal interamericano resaltó 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. Esta conclusión es de la mayor importancia dado que visibiliza que la discriminación por orientación sexual puede ser, a su vez, una violación del interés superior del niño y la niña.

SE TERMINÓ ESTA OBRA EL DÍA 16 DE NOVIEMBRE DE 2012 EN

CASA ALDO MANUZIO

Tennessee núm. 6, Col. Nápoles - 03810 México, D. F.

