



Organización de los  
Estados Americanos



**COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**DEMANDA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
EN EL CASO**

***Karen Atala e hijas***  
**Caso 12.502**

**CONTRA EL ESTADO DE CHILE**

**DELEGADOS:**

LUZ PATRICIA MEJÍA (COMISIONADA)  
SANTIAGO A. CANTON (SECRETARIO EJECUTIVO)

**ASESORAS LEGALES:**

ELIZABETH ABI-MERESHED (SECRETARIA EJECUTIVA ADJUNTA)  
SILVIA SERRANO GUZMÁN (ABOGADA)  
MARÍA CLAUDIA PULIDO (ABOGADA)  
ROSA CELORIO (ABOGADA)

17 de septiembre de 2010  
Washington, D.C.  
1889 F Street, N.W.  
20006

Karen Atala e hijas .....	1
I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. OBJETO DE LA DEMANDA .....	4
III. REPRESENTACIÓN .....	5
IV. COMPETENCIA DE LA CORTE.....	5
V. TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA.....	6
VI. FUNDAMENTOS DE HECHO .....	11
1. Disolución del matrimonio de Karen Atala y Ricardo Jaime López Allende.....	11
2. Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende el 15 de enero de 2003 .....	11
3. Investigación del Ministro Lenin Lillo del 17 de marzo de 2003.....	12
4. Tuición provisional concedida al padre el 2 de mayo de 2003 .....	13
5. Sentencia de primera instancia otorgando tuición de las niñas a Karen Atala el 29 de octubre de 2003.....	14
6. Apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco el 11 de noviembre de 2003 y Concesión de Orden de No Innovar el 24 de noviembre de 2003 .....	16
7. Interposición de recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia el 5 de abril de 2004 y Concesión de Segunda Orden de No Innovar el 7 de abril de 2004 ..	17
8. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile el 31 de mayo de 2004 ....	17
9. Disposiciones legales relevantes.....	19
VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	20
1. El derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (artículos 24 y 1(1) de la Convención Americana).....	21
1.1 Consideraciones sobre la interrelación, alcance y contenido de los artículos 1(1) y 24 de la Convención Americana y su aplicación al presente caso .....	21
1.2 Diferencias de trato, categorías sospechosas y <i>test</i> estricto.....	24
1.3 La orientación sexual como categoría sospechosa de distinción .....	25
1.4 Análisis del caso concreto .....	27
1.4.1 La decisión de la Corte Suprema de Justicia Chile estuvo basada en la orientación sexual de Karen Atala .....	27
1.4.2 Aplicación del <i>test</i> estricto a la actuación del Estado .....	28
2. El derecho a la vida privada de Karen Atala (artículo 11(2) de la Convención Americana) .....	29
3. El derecho a la vida privada y familiar de Karen Atala y sus hijas (artículos 11(2) y 17(1) de la Convención Americana).....	31
4. Los derechos del niño y la igualdad de derechos de los cónyuges después de la disolución de un matrimonio (artículos 19 y 17(4) de la Convención Americana) .....	32
5. Garantías judiciales y protección judicial (artículos 8(1) y 25(1) de la Convención Americana) .....	35
VIII. REPARACIONES Y COSTAS .....	38
1. Obligación de reparar .....	39
2. Beneficiarias.....	39
3. Medidas de reparación en el presente caso .....	40
4. Costas y gastos.....	42
IX. PETITORIO.....	42
X. RESPALDO PROBATORIO .....	43
1. Prueba documental .....	43

2.	Prueba pericial .....	44
XI.	DATOS DE LOS REPRESENTANTES DE LAS VÍCTIMAS .....	45

**DEMANDA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
CONTRA EL ESTADO DE CHILE  
CASO 12.502  
KAREN ATALA E HIJAS**

**I. INTRODUCCIÓN**

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "Comisión Interamericana", "la Comisión", o "la CIDH"), somete ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana" o "la Corte") la demanda en el caso 12.502, Karen Atala e hijas, en contra del Estado de Chile (en adelante el "Estado chileno", "el Estado" o "Chile") por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió la señora Karen Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas. El caso también se relaciona con la inobservancia del interés superior de las niñas M., V. y R., cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de prejuicios discriminatorios e incompatibles con las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos.

2. La Comisión le solicita a la Corte Interamericana que establezca la responsabilidad internacional del Estado chileno, el cual ha incurrido en la violación de los artículos 11 (derecho a la vida privada y familiar); 17 (derecho a la familia); 19 (protección especial de las niñas); 24 (derecho a la igualdad y no discriminación); y 8 y 25 (derechos a las garantías judiciales y protección judicial), en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención").

3. El presente caso ha sido tramitado de acuerdo con lo dispuesto por la Convención Americana y se presenta ante la Corte de conformidad con la disposición transitoria contenida en el artículo 79(2) del Reglamento de la Corte. Se adjunta a esta demanda, como apéndice, una copia del informe 139/09 elaborado en observancia del artículo 50 de la Convención<sup>1</sup>.

4. La Comisión somete el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana con base en que el Estado de Chile no ha dado cumplimiento efectivo a las recomendaciones del informe 139/09. La Comisión considera que el presente caso le permitirá a la Corte Interamericana pronunciarse por primera vez sobre la discriminación con base en la orientación sexual bajo la Convención Americana, y sobre el uso de prejuicios discriminatorios en el ejercicio del poder público, en particular, en la resolución judicial de asuntos familiares. Asimismo, la Corte Interamericana podrá pronunciarse sobre la orientación sexual como un aspecto esencial de la vida privada de las personas que, como tal debe permanecer exento de interferencias arbitrarias.

**II. OBJETO DE LA DEMANDA**

5. El objeto de la presente demanda consiste en solicitar respetuosamente a la Corte que concluya y declare que

- a) El Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24 de la Convención Americana en relación

---

<sup>1</sup> CIDH, Informe No. 139/09 (fondo), Caso 12.502, Karen Atala e hijas, 18 de diciembre de 2009. Apéndice 1.

con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala;

- b) El Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala;
- c) El Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la vida privada y familiar y a la familia, establecidos en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala y M., V. y R.;
- d) El Estado de Chile es responsable por el incumplimiento de sus obligaciones de protección especial de las niñas y de asegurar la igualdad de derechos de los cónyuges tras la disolución de un matrimonio, consagradas en los artículos 19 y 17.4 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio M., V. y R.;
- e) El Estado de Chile es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala.

6. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión Interamericana le solicita a la Corte que ordene al Estado chileno:

- a) Repare el daño material e inmaterial causado como consecuencia de las violaciones alegadas en la presente demanda.
- b) Investigue e imponga las consecuencias legales que correspondan por el actuar de funcionarios judiciales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de M., V. y R.
- c) Reconozca públicamente su responsabilidad internacional y publique las partes pertinentes de la sentencia que eventualmente emita el Tribunal.
- d) Disponga medidas de rehabilitación.
- e) Adopte medidas de no repetición que incluyan legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia.
- f) Pague las cosas y gastos legales incurridos en la tramitación del presente caso.

### **III. REPRESENTACIÓN**

7. Conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de la Corte, la Comisión ha designado a la Comisionada Luz Patricia Mejía, y a su Secretario Ejecutivo Santiago A. Canton, como sus delegados en este caso. La Secretaria Ejecutiva Adjunta, Elizabeth Abi-Mershed y las abogadas Silvia Serrano Guzmán, Rosa Celorio y María Claudia Pulido, especialistas de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión, han sido designadas para actuar como asesoras legales.

### **IV. COMPETENCIA DE LA CORTE**

8. De acuerdo con el artículo 62(3) de la Convención Americana, la Corte Interamericana es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y

aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan la competencia de la Corte.

9. El Estado chileno ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte en la misma fecha. Las violaciones alegadas en la presente demanda ocurrieron bajo la jurisdicción del Estado de Chile con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Convención Americana y de aceptación de la competencia del Tribunal.

## **V. TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA<sup>2</sup>**

10. El 24 de noviembre de 2004 la Comisión recibió una denuncia por parte de Karen Atala, representada por abogados de Libertades Públicas, Asociación Gremial, Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y Fundación Ideas<sup>3</sup>, de la cual acusó recibo el 6 de diciembre de 2004. El 24 de enero de 2005 la peticionaria envió una comunicación a la Comisión designando como su representante a la abogada Macarena Sáez. El 23 de marzo de 2005 la Comisión trasladó la denuncia al Estado para que éste presentara su contestación dentro del plazo de dos meses. El 15 de junio de 2005 el Estado presentó sus observaciones a la petición, las cuales fueron trasladadas a los peticionarios el 22 de junio de 2005.

11. El 4 de agosto de 2005 la Comisión envió una comunicación a las partes indicando su decisión de aplicar el artículo 37(3) de su Reglamento, para agilizar el trámite de la petición teniendo en cuenta las edades de las tres hijas menores de Karen Atala. En dicha comunicación, la Comisión solicitó a los peticionarios, de acuerdo a lo establecido por el artículo 38(1) de su Reglamento, que presentaran observaciones adicionales de fondo en el plazo de un mes. Los peticionarios respondieron ese mismo día confirmando que no tenían observaciones adicionales que agregar al fondo del asunto. El 5 de agosto de 2005 la Comisión trasladó las observaciones de los peticionarios al Estado y le solicitó presentar observaciones adicionales sobre el fondo del asunto en un periodo de dos meses. El 11 de octubre de 2005 el Estado confirmó que tampoco tenía observaciones adicionales sobre el fondo del asunto.

12. El 19 de septiembre de 2005 la Comisión remitió comunicaciones a ambas partes poniéndose a su disposición, en base al artículo 41(1) de su Reglamento, para alcanzar una solución amistosa y solicitando su respuesta en un periodo de 15 días sobre su interés de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 48(1)(f) de la Convención Americana. El 4 de octubre de 2005 el Estado respondió a la Comisión que "se reserva el derecho que le confiere el artículo 41 del Reglamento de la Comisión, para manifestarse al respecto, en cualquier estado de tramitación de la presente denuncia". Dicha comunicación fue remitida a los peticionarios el 12 de octubre de 2005.

13. Con fecha de 7 de marzo de 2006, se realizó en la sede de la CIDH en Washington D.C. una audiencia sobre el caso en el contexto del 124º periodo de sesiones, en la cual participaron los peticionarios y el Estado de Chile. Producto de la audiencia, el Estado de Chile manifestó a los peticionarios su intención de iniciar un proceso de negociación para lograr una eventual solución amistosa del caso. Los peticionarios informaron a la CIDH el 31 de marzo de 2006 que durante una reunión de trabajo se discutieron los elementos generales que permitirían a ambas partes las bases para un acuerdo de solución amistosa y solicitaron a la CIDH el nombramiento de un representante para facilitar el proceso. Dicha carta fue trasladada al Estado el 11 de abril de 2006, informándole que la CIDH ha decidido ponerse a disposición de

<sup>2</sup> Las actuaciones mencionadas en esta sección se encuentran en el expediente del trámite del caso ante la CIDH. Apéndice 3.

<sup>3</sup> La peticionaria especificó que la Fundación Ideas es representada por Francisco Estévez Valencia y nombra como sus representantes ante la CIDH a los abogados Verónica Undurraga Valdez, Claudia Moraga Klenner, Felipe González Morales y Domingo Lovera Parmo.

las partes con miras a alcanzar una solución amistosa del asunto. Los peticionarios, mediante comunicación dirigida a la CIDH de 9 de agosto de 2006, pusieron en su conocimiento los avances en el diálogo con miras a obtener una solución amistosa favorable a ambas partes. En la comunicación, los peticionarios también reiteraron la solicitud de intervención activa de la CIDH en el desarrollo de una solución amistosa.

14. El 11 de agosto de 2006 la CIDH trasladó dicha comunicación al Estado, poniéndose a disposición de las partes, y otorgándole a Chile un plazo de diez días para que manifestara su interés en proceder con esta alternativa. Mediante comunicación de fecha 22 de agosto de 2006 el Estado chileno respondió y dicha comunicación fue transmitida a los peticionarios el 6 de septiembre de 2006. Las partes participaron en tres reuniones de trabajo convocadas por la CIDH en el marco de sus 126° (25 de octubre de 2006), 128° (5 de marzo de 2007) y 129° (19 de julio de 2007) periodos de sesiones para discutir posibles puntos de acuerdo para una eventual solución amistosa. El 11 y el 25 de octubre de 2006 y el 30 de enero de 2007, los peticionarios informaron a la CIDH sobre avances en el proceso de discusión con el Estado.

15. El 19 de julio de 2007 los peticionarios enviaron observaciones adicionales a la CIDH. El 11 de octubre de 2007 los peticionarios enviaron una comunicación a la CIDH confirmando la conclusión del proceso de negociación con miras a acordar una solución amistosa y solicitando que la CIDH avance con la tramitación de la petición y la aprobación del informe de admisibilidad. Ambas comunicaciones fueron trasladadas al Estado el 15 de noviembre de 2007 solicitando su respuesta en el plazo de un mes. El Estado remitió su respuesta el 19 de diciembre de 2007, la cual fue transmitida a los peticionarios el 21 de diciembre de 2007, solicitando su respuesta dentro de un plazo de un mes.

16. El 10 de enero de 2008 la Comisión remitió una comunicación a ambas partes informando que dada la conclusión del trámite de solución amistosa, había decidido proceder con la etapa de admisibilidad. Conforme al artículo 30.5 del Reglamento, la Comisión solicitó al Estado de Chile presentar observaciones adicionales relacionadas con la admisibilidad del caso en un plazo de un mes. El Estado solicitó el 4 de febrero de 2008 una prórroga de un mes para responder y el mismo día la Comisión le concedió una prórroga de 15 días. El 7 de febrero de 2008 los peticionarios presentaron observaciones adicionales, las cuales fueron remitidas al Estado el 20 de febrero de 2008 para su conocimiento. El 31 de marzo y el 16 de abril de 2008 el Estado presentó observaciones adicionales a la Comisión, las cuales fueron trasladadas a los peticionarios el 18 de abril de 2008.

17. El 23 de julio de 2008 la Comisión aprobó el informe de admisibilidad No. 42/08. La Comisión transmitió dicho informe a los peticionarios y al Estado el 8 de agosto de 2008, y fijó a los peticionarios un plazo de dos meses a fin de que presentaran observaciones adicionales sobre el fondo. Igualmente, se puso a disposición de las partes conforme a lo dispuesto por el artículo 48(1)(f) de la Convención Americana, para llegar a una solución amistosa del asunto. Mediante nota del 18 de agosto de 2008, Karen Atala ofreció información actualizada sobre las organizaciones peticionarias que la representan: Jorge Contesse, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales; Helena Olea, Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos de Justicia de Género; y Macarena Sáez, Libertades Públicas. La Comisión transmitió al Estado copia de esta nota en comunicación de fecha 30 de septiembre de 2008.

18. Mediante nota recibida por la CIDH el 9 de septiembre de 2008, los peticionarios informaron a la CIDH que no estaban interesados en discutir una posible solución amistosa en el marco de este caso. En comunicación de fecha 8 de octubre de 2008, los peticionarios solicitaron una extensión de 30 días para presentar sus observaciones de fondo, la cual fue otorgada por la CIDH el 21 de octubre de 2008.

19. El 15 de diciembre de 2008 los peticionarios presentaron sus observaciones de fondo, las cuales fueron trasladadas al Estado el 4 de febrero de 2009. El 3 de abril de 2009 el Estado solicitó una prórroga de dos meses para presentar sus observaciones de fondo, la cual

fue concedida por la CIDH el 16 de abril de 2009. Mediante nota del 3 de agosto de 2009, el Estado presentó sus observaciones, las cuales fueron trasladadas a los peticionarios el 19 de agosto de 2009, con un plazo de un mes para presentar observaciones adicionales.

20. Durante el trámite del caso, se han recibido una serie de memoriales de *Amicus Curiae*, en apoyo a los alegatos de los peticionarios. El 27 de septiembre de 2005 la Asociación por los Derechos Civiles presentó un memorial de *Amicus Curiae*, el cual fue transmitido a ambas partes el 12 de octubre de 2005. El 21 de octubre de 2005 la Comisión recibió un memorial de *Amicus Curiae* de la Red Iberoamericana de Jueces, el cual fue transmitido a las partes el 10 de marzo de 2006. También la Comisión recibió un memorial del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM)<sup>4</sup> el 19 de enero de 2006, el cual fue enviado a las partes el 24 de febrero de 2006.

21. El 20 de enero de 2006 la Comisión recibió un memorial de *Amicus Curiae* en apoyo a los alegatos de los peticionarios, presentado por Dorothy L. Fernandez y Margaret L. Wu de Morrison & Foerster (San Francisco, California) y Charles E. Tebbe III y Rachel M. Wertheimer de Morrison & Foerster (New York, New York) y las siguientes instituciones – *New York City Bar Association, Human Rights Watch, International Gay and Lesbian Human Rights Commission, International Women's Human Rights Law Clinic at the City University of New York, Lawyers for Children, Inc., Legal Aid Society of New York, Legal Momentum*, y el *National Center for Lesbian Rights*, el cual fue trasladado a las partes el 2 de diciembre de 2008.

22. El 1º de marzo de 2006 la Comisión recibió un memorial de *Amicus Curiae* presentado por la Corporación Opción, el cual fue transmitido a ambas partes el 20 de marzo de 2006. La Comisión recibió un memorial de *Amicus Curiae* el 26 de octubre de 2006, presentado por la Clínica de Derechos Humanos Allard K. Lowenstein de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale en Estados Unidos, el cual fue trasladado a las partes el 9 de noviembre de 2006. Por último, la Comisión recibió un memorial de *Amicus Curiae* el 28 de abril de 2008 presentado por LGTB Legal Perú, el cual fue trasladado a las partes el 15 de mayo de 2008.

23. En el marco de su 137º período ordinario de sesiones, la Comisión deliberó el informe de fondo 139/09 elaborado en observancia del artículo 50 de la Convención, el cual fue aprobado el 18 de diciembre de 2009. En la parte final de dicho informe se indicó:

En virtud de las consideraciones de hecho y derecho expuestas a lo largo del presente informe, la Comisión Interamericana concluye que el Estado de Chile violó el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Asimismo, vulneró los derechos consagrados en los artículos 11(2), 17(1), 17(4), 19, y 8(1) y 25(1) de la Convención Americana en relación con el artículo 1(1) del mismo instrumento, en perjuicio de las personas mencionadas en las secciones respectivas<sup>5</sup>.

24. En el mencionado informe, la Comisión le recomendó al Estado chileno

1. Reparar integralmente a Karen Atala y a M. V. y R. por las violaciones de derechos humanos establecidas en el presente informe, tomando en consideración su perspectiva y necesidades.

2. Adoptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia. Estas medidas deben ser acompañadas de recursos humanos y financieros adecuados para garantizar su

<sup>4</sup> El memorial de *Amicus Curiae* de CLADEM fue presentado con el patrocinio de las Dras. María Ysabel Cedano y Jeannette Llaja Villena.

<sup>5</sup> CIDH, Informe No. 139/09 (fondo), Caso 12.502, Karen Atala e hijas, 18 de diciembre de 2009, párr. 161. Apéndice 1.



implementación y programas de capacitación para funcionarios involucrados en garantizar estos derechos<sup>6</sup>.

25. El informe de fondo 139/09 fue notificado al Estado el 17 de febrero de 2010 con un plazo de dos meses para informar a la CIDH sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de las recomendaciones. En la misma fecha se le solicitó a los peticionarios que presentaran su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte Interamericana. El 5 de marzo de 2010 la Comisión envió a los peticionarios las partes pertinentes del informe de fondo 139/09 con carácter reservado.

26. Mediante nota recibida el 5 de abril de 2010, los peticionarios comunicaron su interés en que el caso sea remitido a la Corte Interamericana en caso que el Estado de Chile no cumpla con las recomendaciones.

27. El 6 de abril de 2010 el Estado solicitó una prórroga de cuatro meses "a partir de la fecha en que esta sea otorgada" para enviar sus observaciones sobre el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la CIDH en el informe de fondo. En esta oportunidad, el Estado indicó que el informe de fondo 139/09 fue puesto en conocimiento de los organismos estatales pertinentes, a los cuales se les solicitó la designación de un representante a fin de conformar una mesa de trabajo sobre "las vías a través de las cuales se puede estudiar la implementación de las recomendaciones señaladas en el Informe de Fondo referido"<sup>7</sup>.

28. Dicha comunicación fue remitida a los peticionarios el 7 de abril de 2010. El 13 de abril de 2010 los peticionarios presentaron su respuesta a la CIDH solicitando que el caso sea remitido a la Corte Interamericana. En esta comunicación, los peticionarios se opusieron a la prórroga solicitada por el Estado, indicando que las condiciones de funcionamiento de la mesa de trabajo no son reflejo de una voluntad real.

29. El 26 de abril de 2010 la Comisión concedió la prórroga solicitada por un lapso de cuatro meses. En la misma comunicación, la Comisión le solicitó al Estado la presentación de dos informes durante dicho lapso respecto del avance en el cumplimiento de las recomendaciones. El primer informe debía ser presentado el 29 de junio de 2010 y el segundo informe el 29 de agosto de 2010.

30. En la fecha indicada, el Estado presentó su primer informe de cumplimiento. En el mismo se refirió a dos reuniones de la mesa de trabajo<sup>8</sup> y a las propuestas de la misma respecto de ambas recomendaciones de la CIDH.

31. En cuanto a la recomendación de reparar a las víctimas, el Estado señaló que la alternativa es la interposición de un Juicio de Hacienda promovido por Karen Atala ante los tribunales ordinarios de justicia, en el cual el Consejo de Defensa del Estado intervenga directamente en representación del interés fiscal.

32. En cuanto a la recomendación de adoptar medidas legislativas, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, el Estado se refirió a un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. Al respecto, observó que su

<sup>6</sup> CIDH, Informe No. 139/09 (fondo), Caso 12.502, Karen Atala e hijas, 18 de diciembre de 2009, párr. 162. Apéndice 1.

<sup>7</sup> El Estado también indicó como sustento de la solicitud de prórroga, el hecho de que las autoridades habían asumido sus cargos recientemente tras el cambio de gobierno, así como la emergencia que atravesaba el país en ese momento debido al terremoto.

<sup>8</sup> El Estado mencionó la participación de representantes de las siguientes autoridades: Ministerio de Justicia, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Servicio Nacional de la Mujer, Consejo de Defensa del Estado y Ministerio de Relaciones Exteriores.

tramitación no está exenta de dificultades y mencionó que se sostuvieron reuniones con varios grupos religiosos a quienes inquieta la tramitación de dicho proyecto.

33. Según el Estado, la mesa de trabajo propuso otras medidas como: realizar cursos de profundización por parte del Consejo Directivo de la Academia Judicial sobre ámbitos sensibles a nivel nacional teniendo como fuente el derecho internacional de los derechos humanos; llevar a cabo un estudio por parte de la Secretaría General de Gobierno de una agenda de actividades de capacitación en torno a la no discriminación; redactar y adoptar reglamentos o manuales tendientes a prevenir la discriminación en la labor pública; realizar campañas de difusión; desarrollar un concurso de buenas prácticas sobre diversidad y no discriminación entre los distintos actores de la sociedad chilena; y buscar mecanismos a fin de destinar recursos del Fondo de Fortalecimiento de la Sociedad Civil para potenciar la organización social en diversos temas, entre los que se encuentra la no discriminación y la diversidad sexual.

34. El Estado también mencionó que entre el 6 y 7 de mayo de 2010 se llevó a cabo el Seminario Internacional "El Respeto y Garantía de los Derechos Fundamentales. Los Desafíos para el Poder Judicial" destinado a funcionarios judiciales y a operadores jurídicos para dar a conocer las obligaciones de respeto y garantía de los derechos fundamentales que pesan sobre el Estado de Chile y los desafíos que los mismos representan para el poder judicial.

35. El Estado además se refirió a una serie de medidas y políticas vigentes en materia de no discriminación, adoptadas con antelación al informe 139/09.

36. En su informe final de cumplimiento, presentado el 28 de agosto de 2010, el Estado hizo referencia a la no participación del Poder Judicial en la mesa de trabajo. Específicamente, la Corte Suprema de Justicia expresó que "carece de iniciativa legal y no tiene atribuciones para participar y adoptar eventuales medidas de reparación a favor de la reclamante". En cuanto al avance en el cumplimiento de las recomendaciones, el Estado reiteró que corresponde a la señora Karen Atala iniciar un Juicio de Hacienda para reclamar la reparación respectiva. En esta oportunidad, el Estado ofreció otorgar becas educativas a las hijas de la señora Atala, para reparar el daño sufrido por la "exposición pública del caso".

37. Respecto de la segunda recomendación el Estado señaló que la División de Organizaciones Sociales y su Departamento de Diversidad y No Discriminación, se encuentra ejecutando varias medidas como jornadas de capacitación para funcionarios públicos que se realizarán durante el segundo semestre del 2010; la sexta versión del Concurso de Buenas Prácticas; la circulación de un cuestionario a funcionarios públicos para diagnosticar la realidad del problema e identificar las necesidades de capacitación; apoyo a organizaciones que trabajan en la protección de los derechos humanos de estos grupos; y coordinación y reuniones con organizaciones que representan a las minorías sexuales.

38. El Estado también mencionó una serie de actividades que planifica llevar a cabo en el año 2011, de similar naturaleza a las mencionadas en el informe preliminar, *supra* párr. 33. El Estado agregó que el proyecto de ley contra la discriminación se encuentra en segundo trámite constitucional, lo que supone un estado de tramitación avanzado. Finalmente, el Estado de Chile le solicitó a la Comisión una nueva prórroga para continuar avanzando en el cumplimiento de las recomendaciones.

39. Tras evaluar la información aportada por el Estado y las observaciones formuladas por los peticionarios, la Comisión considera, en primer lugar, que el Estado no ha dado cumplimiento a la recomendación de reparar a las víctimas. Cabe mencionar que según lo informado por los peticionarios, el Estado no se ha puesto en contacto con las víctimas para discutir la reparación correspondiente. En segundo lugar, respecto de la recomendación de adoptar medidas legislativas, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder

público, la Comisión considera que las medidas indicadas por el Estado chileno si bien son relevantes, tienen carácter general y no se encuentran dirigidas de manera específica a evitar la repetición de violaciones como las sucedidas en el presente caso. Asimismo, varias de las medidas mencionadas por el Estado aún no han sido implementadas, y respecto de las demás la Comisión no cuenta con información sobre resultados concretos que permitan medir la efectividad de dichas medidas. En virtud de lo anterior, la Comisión decidió no otorgar la prórroga solicitada y someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana.

## **VI. FUNDAMENTOS DE HECHO**

### **1. Disolución del matrimonio de Karen Atala y Ricardo Jaime López Allende**

40. El 29 de marzo de 1993 Karen Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allende<sup>9</sup>. M., V. y R. nacieron de ese matrimonio en 1994, 1998 y 1999 respectivamente<sup>10</sup>. En 1994 se trasladaron a vivir a Temuco, en el sur del país, y en 1995 cambiaron su residencia a Villarica, a 80 kilómetros de Temuco<sup>11</sup>. En marzo de 2002, Karen Atala y Ricardo Jaime López Allende decidieron poner fin a su matrimonio<sup>12</sup>. Como parte de la disolución de su matrimonio, establecieron por mutuo acuerdo que Karen Atala mantendría la tuición y cuidado de las niñas en Villarica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco<sup>13</sup>.

### **2. Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende el 15 de enero de 2003**

41. El 15 de enero de 2003 el padre de M., V. y R. interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarica por estar su "desarrollo físico y emocional en serio peligro"<sup>14</sup> de continuar bajo el cuidado de su madre. En la demanda, el señor López sostiene que la señora Karen Atala "no se encuentra capacitada para velar y cuidar de ellas, su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, están produciendo y producirán necesariamente consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores..."<sup>15</sup> y que por las prácticas sexuales de una "pareja de lésbicas", las niñas están en constante riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual como herpes y SIDA<sup>16</sup>.

42. La señora Karen Atala respondió a la demanda de tuición del señor López el 28 de enero de 2003 afirmando "la tristeza que ha causado en mi la lectura de las imputaciones que se hacen en el libelo y la forma en que se describe y juzga la que fuera nuestra relación familiar y

<sup>9</sup> Anexo 1. Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 15 de enero de 2003; y Anexo 2. Respuesta de la Sra. Karen Atala a la demanda de tuición, 28 de enero de 2003.

<sup>10</sup> Anexo 23. Informes psicológicos de M., V. y R. en el expediente de María Isabel Thieres Riquielme, 15 de noviembre de 2002.

<sup>11</sup> Anexo 2. Respuesta de la Sra. Karen Atala a la demanda de tuición, 28 de enero de 2003.

<sup>12</sup> Anexo 2. Respuesta de la Sra. Karen Atala a la demanda de tuición, 28 de enero de 2003; y Anexo 12. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarica, 29 de octubre de 2003.

<sup>13</sup> Anexo 2. Respuesta de la Sra. Karen Atala a la demanda de tuición, 28 de enero de 2003; y Anexo 12. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarica, 29 de octubre de 2003.

<sup>14</sup> Anexo 1. Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 15 de enero de 2003.

<sup>15</sup> Anexo 1. Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 15 de enero de 2003.

<sup>16</sup> Anexo 1. Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 15 de enero de 2003.

la que hoy es mi vida privada"<sup>17</sup>. La señora Atala aduce sobre la demanda que su texto y tenor la "conmovieron por su agresividad, el prejuicio, la discriminación, el desconocimiento del derecho a la identidad homosexual, por la distorsión en los hechos que expone y, por último, por su desprecio al superior interés de nuestras hijas"<sup>18</sup>, y asevera que "las alegaciones que se hacen de mi identidad sexual nada tienen que ver con mi función y rol como madre, y en consecuencia, debieran quedar fuera de la litis ya que situaciones de conyugalidad o de opción sexual no son extensivas a relaciones de paternalidad, materia del proceso de autos"<sup>19</sup>. La señora Atala finalmente alegó que ni el Código Civil chileno ni la ley de menores contemplaban como causal de "inhabilitación parental" el tener una "opción sexual distinta"<sup>20</sup>.

43. Una serie de medios ofrecieron cobertura al juicio de tuición incluyendo diarios de circulación nacional como *Las Últimas Noticias* y *La Cuarta*<sup>21</sup>.

### 3. Investigación del Ministro Lenin Lillo del 17 de marzo de 2003

44. Paralelamente al proceso de tuición, el 17 de marzo de 2003, el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó al Ministro Lenin Lillo<sup>22</sup>, a fin de que efectuara una visita extraordinaria en el tribunal penal de Villarica en el que la señora Karen Atala servía como jueza, para investigar directamente los hechos que habían sido puestos en conocimiento de la opinión pública sobre su vida privada<sup>23</sup>. La visita es ordenada en base a tres elementos, incluyendo publicaciones aparecidas en los Diarios *Las Últimas Noticias* y *la Cuarta* en las cuales se divulga la demanda de tuición, y se hace referencia al "carácter de lesbiana"<sup>24</sup> de la señora Karen Atala. Entre los hechos establecidos durante la investigación del Ministro Lenin Lillo se encuentran que la señora Karen Atala comenzó a ser visitada en su oficina por una gran cantidad de mujeres a partir de mediados del 2002, incluyendo a su pareja actual; que utilizó el fax del Tribunal para enviar información a instituciones relacionadas con minorías sexuales; y que le había comunicado directamente a los funcionarios y a Magistrados del Tribunal su orientación sexual<sup>25</sup>.

45. En su informe final, el Ministro concluye:

Que no está en el ánimo de este visitador emitir juicios de valor respecto de la inclinación sexual de la Magistrada Atala, sin embargo no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el Ilmo. Tribunal<sup>26</sup>.

---

<sup>17</sup> Anexo 2. Respuesta de la Sra. Karen Atala a la demanda de tuición, 28 de enero de 2003.

<sup>18</sup> Anexo 2. Respuesta de la Sra. Karen Atala a la demanda de tuición, 28 de enero de 2003.

<sup>19</sup> Anexo 2. Respuesta de la Sra. Karen Atala a la demanda de tuición, 28 de enero de 2003.

<sup>20</sup> Anexo 2. Respuesta de la Sra. Karen Atala a la demanda de tuición, 28 de enero de 2003.

<sup>21</sup> Anexo 3. Nota de prensa. *Abogado Exige Tuición de sus Hijas porque Esposa Jueza sería Lesbiana*, Periódico *La Cuarta*, 28 de febrero de 2003; y Anexo 4. Nota de prensa. *Abogado Exige Tuición de Hijas porque su ex Mujer es Lesbiana*, Diario *Las Últimas Noticias*, 1 de marzo de 2003.

<sup>22</sup> Anexo 5. Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunzinker, Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003.

<sup>23</sup> Anexo 5. Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunzinker, Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003.

<sup>24</sup> Anexo 5. Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunzinker, Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003.

<sup>25</sup> Anexo 5. Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunzinker, Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003.

<sup>26</sup> Anexo 5. Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunzinker, Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003.

46. La Corte de Apelaciones de Temuco aceptó el informe del Ministro el 2 de abril de 2003, y formuló cargos en contra de la señora Karen Atala, sin embargo la Corte no le aplicó sanciones disciplinarias<sup>27</sup>.

#### **4. Tuición provisional concedida al padre el 2 de mayo de 2003**

47. En el marco del proceso de tuición, el padre de las niñas presentó una demanda de tuición provisoria el 10 de marzo de 2003, con miras a obtener la custodia de sus hijas antes de la conclusión del proceso dada la incapacidad que la "opción sexual asumida por la madre y demandada, doña Jacqueline Karen Atala Rizzo, y que se tradujo en su reconocimiento expreso de ser lesbiana, provoca y provocará en el desarrollo integral tanto psíquico como socio-ambiental de estas tres pequeñas, sin perjuicio de las conductas poco maternas y violentas que esta ha demostrado a través de los años no sólo con su familia, sino con su entorno social"<sup>28</sup>. El padre de las niñas hace hincapié en su derecho de vivir en una familia conformada por un padre y una madre de sexo distinto, pese a reconocer que la demandada tenía una situación económica mejor<sup>29</sup>. El 13 de marzo de 2003 la señora Karen Atala evacuó el traslado respectivo del incidente de tuición provisoria interpuesto por su ex cónyuge, solicitando que se rechazara en todas sus partes, dado que:

La representante legal del demandante aspira a dejar sin efecto el estatus quo logrado a la fecha, situación a la que ella misma ha contribuido con su asistencia, participación y contribución personal como profesional en los comparendos realizados, habiéndose logrado un régimen transitorio que refleja en mejor medida el interés superior de las menores.... El hecho de que mi representada es lesbiana y asuma su condición de tal no afecta su aptitud maternal y su capacidad para generar un entorno de amor, afecto, respeto y tolerancia para los efectos de la educación y desarrollo de las niñas como seres humanos y futuras ciudadanas de nuestra nación<sup>30</sup>.

48. El 2 de mayo de 2003 el Juez Titular de Letras de Menores de Villarica concedió la tuición provisional de las niñas al padre, y reguló las visitas a la madre, pese a que reconoce expresamente que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre que ameritaran el cambio de la tuición existente<sup>31</sup>. A continuación se transcribe el texto relevante de la resolución:

Que según lo dispone el artículo 225 del Código Civil, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, y en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el Juez podrá entregar el cuidado personal al otro de los padres.

Que se impone al Juez la ingrata labor judicial de dirimir cual de los padres resulta (sic) más apto para hacer efectivo el Derecho de Tuición, que tiene las menores, para lo cual debe recurrir a parámetros objetivos – como es el mérito del proceso – y a un juicio de probabilidad, resolviendo incidentalmente por la urgencia que el bienestar que las niñas amerita, con cual de los dos padres es conveniente que permanezcan.

<sup>27</sup> Anexo 6. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003; y Anexo 7. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco, 9 de mayo de 2003.

<sup>28</sup> Anexo 8. Demanda de Tuición Provisoria del Sr. Ricardo Jaime López Allende, 10 de marzo de 2003.

<sup>29</sup> Anexo 8. Demanda de Tuición Provisoria del Sr. Ricardo Jaime López Allende, 10 de marzo de 2003.

<sup>30</sup> Anexo 9. Evacuación de Traslado con Respecto al Incidente de Tuición Provisoria Interpuesto por la representación del Sr. Ricardo Jaime López Allende, 13 de marzo de 2003.

<sup>31</sup> Anexo 10. Resolución de la demanda de tuición provisoria por Luis Humberto Toledo Obando, Juez Titular del Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 2 de mayo de 2003.

...Que, de esta forma es de estimarse de suficiente causa justificada el hecho cierto de que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterossexual, y tradicional, cobran gran importancia. Que así entonces, estimándose que existen los antecedentes suficientes para alterar el deber del cuidado personal, establecido legalmente, se accederá a la petición del demandante...<sup>32</sup>.

49. En respuesta, el 13 de mayo de 2003, Karen Atala solicitó la inhibición del Juez Titular de Letras de Menores de Villarica de seguir conociendo el proceso de tuición por haber incurrido en la causal de implicancia contenida en el Código Orgánico de Tribunales<sup>33</sup>. La representación de la señora Karen Atala sostuvo que en la resolución del 2 de mayo de 2003 el juez dio "forma y contenido con fuerza de resolución judicial a un determinado modelo de sociedad, visión que a no dudarlo es materia de fondo de la cuestión planteada, y que resulta discriminador por fundarse en estereotipos y supuestos patriarcales que no acogen y valoran la diversidad y pluralismo en el seno social"<sup>34</sup>, entre otros prejuizamientos sobre el fondo del asunto. El 14 de mayo de 2003, el Juez Titular de Letras de Menores de Villarica declaró "bastante la causal" de implicancia, sin pronunciarse sobre el fondo, y se abstuvo de intervenir en el proceso de tuición hasta que se resolviese de acuerdo al artículo 120 del Código de Procesamiento Civil<sup>35</sup>.

#### **5. Sentencia de primera instancia otorgando tuición de las niñas a Karen Atala el 29 de octubre de 2003**

50. Dada la inhabilitación del Juez Titular, le correspondió dictar sentencia sobre el fondo del asunto a la Jueza Subrogante del Juzgado de Letras de Menores de Villarica el 29 de octubre de 2003<sup>36</sup>. La Jueza rechazó la demanda de tuición considerando que en base a la prueba existente había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su "rol de madre" y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilitación materna para asumir el cuidado personal de las menores con relación al artículo 42 de la Ley N° 16.618<sup>37</sup>. La Jueza igualmente concluyó que "tampoco se ha acreditado la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar". La Jueza asimismo consideró que había quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba "ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno"<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Anexo 10. Resolución de la demanda de tuición provisoria por Luis Humberto Toledo Obando, Juez Titular del Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 2 de mayo de 2003.

<sup>33</sup> Anexo 11. Solicitud de inhibición de Juez Luis Humberto Toledo Obando, 13 de mayo de 2003.

<sup>34</sup> Anexo 11. Solicitud de inhibición de Juez Luis Humberto Toledo Obando, 13 de mayo de 2003.

<sup>35</sup> El artículo 120 del Código de Procesamiento Civil de Chile vigente para la fecha de los hechos provee: "Una vez aceptada como bastante la causal de inhabilitación, o declarada ésta con arreglo al inciso 2° del artículo anterior, se pondrá dicha declaración en conocimiento del funcionario cuya implicancia o recusación se haya pedido, para que se abstenga de intervenir en el asunto de que se trata mientras no se resuelva el incidente".

<sup>36</sup> Anexo 12. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarica, 29 de octubre de 2003.

<sup>37</sup> Anexo 12. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarica, 29 de octubre de 2003.

<sup>38</sup> Anexo 12. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarica, 29 de octubre de 2003.

51. En su evaluación sobre la presunta inhabilidad de Karen Atala para ser madre, por haberse declarado lesbiana y convivir con una pareja del mismo sexo, la jueza consideró una gama de informes de entidades como la Organización Panamericana de la Salud, el Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, y la Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica de Chile. En dichos informes se revisan las investigaciones y la literatura existente sobre el tema, y se indica que la homosexualidad no es un desorden psicológico; que los niños educados en familias homosexuales no sufren desventajas psicológicas ni sociales; que tampoco sufren diferencias significativas en su desarrollo en comparación con los niños educados en familias heterosexuales; y que no puede afirmarse que serán discriminados por sus pares<sup>39</sup>.

52. La Jueza asimismo consideró informes psicológicos de las menores e informes psicológicos de la demandada y del demandante concluyendo que el escenario en que dos personas del mismo sexo crían a un hijo no presenta impedimentos desde el punto de vista psicológico, demostrado por la gran mayoría de los estudios. Sobre la calidad del cuidado de Karen Atala con sus hijas, la jueza consideró un informe emitido por una enfermera del Hospital de Villarrica verificando los controles regulares de salud de las niñas e informes educacionales confirmando los logros académicos de las niñas, entre otras fuentes, lo que demostraba una preocupación constante de la madre por la salud y la educación de sus hijas. La Jueza asimismo señala que pese a que la demanda manifestó que las niñas habían sido objeto de malos tratos por Karen Atala, nunca describe cuáles son los hechos concretos. Indicó que la prueba rendida, sobretudo los informes psicológicos, no presentaba ningún antecedente que permitiera acreditar algún tipo de maltrato por parte de la madre hacia las niñas<sup>40</sup>.

53. Respecto del argumento del demandante sobre el riesgo de las niñas a contraer enfermedades de transmisión sexual, la Jueza consideró certificados médicos de Karen Atala y su pareja confirmando que no hay evidencia de la existencia de dichas enfermedades, entre otras pruebas. Sobre el peligro moral que presuntamente enfrentaban las menores, la Jueza consideró un informe social de la demandada demostrando un ambiente familiar armónico, "con normas y límites claros y una rutina familiar que funciona apropiadamente con la supervisión de la madre, a quien el contexto de una relación de pareja satisfactoria, se le aprecia en armonía con su entorno y preocupada y cercana a sus hijas" y la conclusión del informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile aduciendo que "la orientación sexual de la madre no constituye un peligro para la moralidad de las menores, porque, según ya se señaló, siendo una condición o forma normal de la sexualidad humana no es susceptible de un juicio ético o moral, sino que solo puede ser considerada como una condición física de una persona, no susceptible por sí sola de un juicio de valor"<sup>41</sup>.

54. Con respecto al potencial de discriminación levantado por parientes y testigos de la parte demandante, la Jueza Subrogante concluyó "que las menores no han sido objeto de ninguna discriminación a la fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiestan es un temor a una posible discriminación futura. Con respecto a este punto es conveniente señalar que este tribunal debe fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores..."<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Por ejemplo, la Jueza Subrogante toma en consideración que el Informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile concluye que "las evidencias son taxativas en señalar que la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida, entre ellas su opción sexual, no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres". Ver. Anexo 12. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003; y Anexo 13. Informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, emitido por Soledad Larrain Heiremans, abril de 2003.

<sup>40</sup> Anexo 12. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003.

<sup>41</sup> Anexo 12. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003.

<sup>42</sup> Anexo 12. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003.

55. La Jueza finalmente consideró en su decisión que las niñas habían sido escuchadas por el tribunal y que en la última audiencia, con fecha de 8 de octubre de 2003, "R. y V. expresaron su deseo de volver a vivir con su madre, y en el caso de M. sólo se detectó una leve preferencia por la figura materna". La Jueza observó que el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño garantiza al menor en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar libremente su opinión en asuntos que le afectan, debiendo tener en cuenta las opiniones del niño de acuerdo a su edad y madurez. También destacó que el artículo 36 de la Ley N° 16.618 dispone que el Juez de Letras de Menores, si fuere posible, "debe oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimara conveniente". La Jueza observó que lo rendido por las menores en audiencia fue un antecedente considerado, pero no condicionaba su decisión en razón de su corta edad y de la posibilidad de que estas opiniones estuvieran afectadas "artificialmente por factores externos que las influyeran, distorsiones o inhabiliten al fin propuesto"<sup>43</sup>.

#### **6. Apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco el 11 de noviembre de 2003 y Concesión de Orden de No Innovar el 24 de noviembre de 2003**

56. En seguimiento a la sentencia dictada el 29 de octubre de 2003, el Tribunal de Letras de Menores de Villarrica ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003. Sin embargo, el 11 de noviembre de 2003, el padre de las niñas interpuso un recurso de apelación de la sentencia y posteriormente una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la sentencia implicaría un cambio radical y violento del *status quo* actual de las menores<sup>44</sup>.

57. El 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco concedió la orden de no innovar manteniendo la custodia en el padre<sup>45</sup>. Sobre esta orden de no innovar, la representación de Karen Atala presentó una queja disciplinaria contra los Ministros Loyola López y Lenin Lillo ya que el 7 de enero de 2004, el Ministro Lillo y el Ministro Loyola, se habían inhabilitado de la causa de oficio por recusación e implicancia respectivamente<sup>46</sup>. Por lo tanto, pese a tener conocimiento previo de la causal de implicación y recusación que les afectaba, los dos Ministros participaron en la resolución de fecha de 24 de noviembre de 2003, suspendiendo la sentencia de devolución de las menores a su madre el 18 de diciembre de 2003. La Corte Suprema de Justicia de Chile falló sobre este recurso de queja el 2 de julio de 2004, declarando por mayoría que no existió falta o abuso de los Ministros, pero indicando en el texto de la resolución que "se previene que los Ministros señores Gálvez, Oyarzún y Rodríguez Espoz, sin prejuicio de lo resuelto, estuvieron por hacer un severo llamado de atención a los recurridos por la omisión que se les reprocha por quejosa"<sup>47</sup>.

58. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó por unanimidad la sentencia apelada por el padre de las niñas, compartiendo las consideraciones de la jueza de primera instancia, y dejó sin efecto la orden de no innovar concedida el 24 de noviembre de 2003<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Anexo 12. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003.

<sup>44</sup> Anexo 14. Recurso de apelación interpuesto por la representación de Ricardo Jaime López Allende, 11 de noviembre de 2003; y Anexo 15. Solicitud de orden de no innovar interpuesta por la representación de Ricardo Jaime López Allende el 22 de noviembre de 2003.

<sup>45</sup> Anexo 16. Concesión de orden de no innovar por la Corte de Apelaciones de Temuco, 24 de noviembre de 2003.

<sup>46</sup> Anexo 17. Declaración de inhabilitación de los Ministros Archibaldo Loyola y Lenin Lillo Hunzinker, 7 de enero de 2004.

<sup>47</sup> Anexo 19. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 2 de julio de 2004.

<sup>48</sup> Anexo 18. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de marzo de 2004.



**7. Interposición de recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia el 5 de abril de 2004 y Concesión de Segunda Orden de No Innovar el 7 de abril de 2004**

59. El 5 de abril de 2004 el padre de las menores presentó ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco, y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado<sup>49</sup>. El padre de las niñas argumentó que mediante la sentencia de apelación los jueces recurridos habían cometido una falta y un abuso grave y notorio, al haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas; al haber faltado en su deber legal de protegerlas ante su vulnerabilidad; y al haber trasgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia. Más específicamente, el recurrente argumentó que los Ministros habían ignorado toda la evidencia probatoria en autos demostrando que la "exteriorización del comportamiento lésbico, produjo en forma directa e inmediata en M., V. y R., una confusión en los roles sexuales que interfirió y va a interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida". La Corte concedió la orden de no innovar solicitada el 7 de abril de 2004<sup>50</sup>.

**8. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile el 31 de mayo de 2004**

60. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre<sup>51</sup>. La Sentencia de la Corte Suprema establece en su texto que Karen Atala antepuso sus intereses a los de sus hijas al tomar la decisión de manifestar su orientación sexual e iniciar una convivencia con una pareja del mismo sexo<sup>52</sup>, y consideró en el fallo testimonios que indicaban que las niñas podían desarrollar confusión sobre sus roles sexuales y ser discriminadas socialmente en el futuro<sup>53</sup>.

61. La Corte en su análisis expresa que el inciso primero del artículo 225 del Código Civil, el cual provee que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos toca a la madre, no es una norma "absoluta y definitiva"<sup>54</sup>. Por lo tanto, la Corte declara que "el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una 'causa calificada' que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo"<sup>55</sup>.

62. En dicho marco, la Corte concluye:

Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de

<sup>49</sup> Anexo 20. Recurso de queja y solicitud de orden de no innovar interpuestos por la representación de Ricardo Jaime López Allende, 5 de abril de 2004.

<sup>50</sup> Anexo 21. Concesión de orden de no innovar por la Corte Suprema de Chile, 7 de abril de 2004.

<sup>51</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004.

<sup>52</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, párr. 16.

<sup>53</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, párrs. 15 y 17.

<sup>54</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, párr. 11. La Corte destaca el inciso 2 del artículo 225, el cual provee que "no obstante, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción del nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre" y su inciso tercero dispone que "en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal a otro de los padres....".

<sup>55</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, párr. 12.

madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja.

Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas<sup>66</sup>.

63. La Corte estimó que las niñas se encontraban en una "situación de riesgo" que las ubicaba en un "estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal". Por lo tanto, la Corte consideró que las condiciones descritas constituyen "causa calificada" de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, justificando la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba "un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración". La Corte concluyó que los jueces recurridos fallaron en "no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso" y al "haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, han incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja"<sup>67</sup>.

64. Los dos jueces de la Sala de la Corte Suprema que votaron por rechazar el recurso de queja, establecieron sobre la naturaleza de dicho recurso que:

...no es un recurso procesal que habilite a este Tribunal para resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes en el pleito. Es plenamente sabido y que de acuerdo al artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales el recurso de queja es un recurso disciplinario, cuya exclusiva finalidad es la corrección de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de una resolución jurisdiccional, a través, a) de la invalidación de ella y b) de la aplicación de medidas disciplinarias a los jueces que incurrieron en la grave falta o abuso contenida en la resolución anulada<sup>68</sup>. Que, entonces, y descartando por imperativo legal que el recurso de queja pueda significar en esta Corte Suprema la apertura de una tercera instancia – que nuestro sistema procesal no acepta – o que fuese un medio apto para imponer opiniones o interpretaciones discutibles, corresponde examinar si los jueces impugnados han incurrido en alguna falta o abuso grave al entregar a su madre, doña Jacqueline Karen Atala Rizzo el cuidado de sus tres hijas menores, M., V. y R., de 10, 8 y 4 años<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004.

<sup>67</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004.

<sup>68</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, voto en contra de los Ministros José Benquís C. y Orlando Álvarez H., párr. 2.

<sup>69</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, voto en contra de los Ministros José Benquís C. y Orlando Álvarez H., párr. 3.

65. Los jueces estimaron que de acuerdo al artículo 225 y su preferencia por la madre en el cuidado de los hijos en casos de separación, "el juez no puede variar la norma general de la radicación de cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un 'indispensable' interés del niño"<sup>60</sup>. En dicho marco de análisis, los jueces consideraron que de los autos no se derivaban antecedentes de los que pudiera especularse que la madre hubiese maltratado o descuidado a sus hijas, y que "los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o siquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal"<sup>61</sup>. Por lo tanto, los jueces concluyen que el "restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad – como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas – involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amen de discriminatoria"<sup>62</sup>.

## **9. Disposiciones legales relevantes**

66. El régimen de tuición de los hijos de padres separados en Chile, es regulado por los artículos 225, 226 y 227 del Código Civil, en relación con el artículo 242 del mismo Código y el artículo 42 de la Ley 16.618 de la Ley de Menores. El texto de dichos artículos es el siguiente:

Artículo 225: Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

Mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres (...)

Artículo 226: Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes (...).

Artículo 242: (...) En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, el interés superior del hijo y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Artículo 42 de la Ley 16.618: Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1. Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
2. Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
3. Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

<sup>60</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, voto en contra de los Ministros José Benquís C. y Orlando Álvarez H., párr. 6.

<sup>61</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, voto en contra de los Ministros José Benquís C. y Orlando Álvarez H., párr. 9.

<sup>62</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, voto en contra de los Ministros José Benquís C. y Orlando Álvarez H., párr. 9.

4. Cuando consintieren en que el hijo se entregue la vía o en los lugares públicos a la vagancia o la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
5. Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;
6. Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
7. Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

67. Sobre la naturaleza del recurso de queja impugnado, el Código Orgánico de Tribunales de Chile provee en su artículo 545:

El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad el corregir faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros o arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma.

El fallo que acoge el recurso de queja contendrá las consideraciones precisas que demuestren la falta o abuso, así como los errores u omisiones manifiestos, y graves que los constituyan y que existan en la resolución que motiva el recurso, y determinará las medidas conducentes a remediar tal falta o abuso. En ningún caso podrá modificar, enmendar o invalidar, resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales, ordinarios o extraordinarios, salvo que se trate de un recurso de queja interpuesto contra sentencia definitiva, de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores.

En caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una decisión jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada.

## **VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

68. Teniendo en cuenta que la presente demanda versa alrededor de un proceso judicial con una decisión en firme sobre un aspecto que compete primordialmente a las autoridades judiciales internas, la Comisión desea aclarar que el objeto del caso no es solicitar un pronunciamiento sobre si la custodia de M., V. y R. le correspondía a Karen Atala o al padre de las niñas. Los argumentos que a continuación presenta la Comisión, tienen como propósito demostrar que en el proceso de custodia las autoridades judiciales comprometieron la responsabilidad internacional del Estado chileno por haber aplicado estándares incompatibles con la Convención Americana.

69. La Comisión entiende que en el marco de un proceso de custodia no es sólo razonable, sino necesario, que una autoridad judicial examine diversos factores para determinar y evaluar la capacidad del padre o de la madre de ejercer la custodia sobre sus hijos, en aras de proteger el interés superior de los niños. Estos aspectos pueden incluir la vida privada, sexual y afectiva de las personas involucradas, en la medida relevante a dicho interés. Sin embargo, la consideración de tales factores debe realizarse de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados. A continuación, la Comisión argumentará que la consideración de la orientación sexual de Karen Atala en el proceso de custodia constituyó una violación a dichas obligaciones.

**1. El derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (artículos 24 y 1(1) de la Convención Americana)**

70. El artículo 24 de la Convención Americana establece que:

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

71. El artículo 1(1) de la Convención Americana establece que:

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

72. La Comisión presentará los argumentos sobre estas disposiciones a partir del siguiente orden: 1) Consideraciones sobre la interrelación, alcance y contenido de los artículos 1(1) y 24 de la Convención Americana; 2) Diferencias de trato, categorías sospechosas y *test* estricto; 3) La orientación sexual como categoría sospechosa de distinción; y 4) El análisis del caso concreto.

73. En el cuarto apartado, la Comisión sostendrá en primer lugar que Karen Atala fue sometida a una diferencia de trato basada en su orientación sexual en el marco del proceso de custodia de sus hijas. Asimismo, la Comisión alegará que la actuación de las autoridades estatales no supera el *test* estricto en casos de distinciones con base en categorías sospechosas.

**1.1 Consideraciones sobre la interrelación, alcance y contenido de los artículos 1(1) y 24 de la Convención Americana y su aplicación al presente caso**

74. La Comisión y la Corte Interamericanas han señalado reiteradamente que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye el eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos. Asimismo, se ha establecido que "acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares"<sup>63</sup>.

75. Desde su jurisprudencia más temprana, la Corte Interamericana destacó sobre el principio de igualdad que:

[...] la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza<sup>64</sup>.

76. Sobre el concepto de "discriminación", si bien la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contienen una definición de este término,

<sup>63</sup> Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 173 (5).

<sup>64</sup> Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

la Comisión, la Corte y el Comité de Derechos Humanos de dicho Pacto han tomado como base las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para sostener que la discriminación constituye:

[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas<sup>65</sup>.

77. Respecto del vínculo entre el principio de igualdad y la no discriminación, la Corte ha establecido que el "elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación", y que existe:

un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional<sup>66</sup>.

78. Asimismo, el artículo 1(1) de la Convención Americana ha sido utilizado para interpretar la palabra "discriminación" contenida en el artículo 24 del mismo instrumento. En particular, en el análisis de razonabilidad que habitualmente se utiliza para evaluar si un Estado es responsable internacionalmente por vulnerar el artículo 24 de la Convención Americana, la invocación de las "categorías" expresamente mencionadas en el artículo 1(1) tiene ciertos efectos. Este tema será objeto de análisis *infra* párrs. 88 y 89.

79. En cuanto al alcance de cada disposición, la Corte Interamericana ha acudido a la diferenciación entre cláusulas autónomas y subordinadas de la Convención Americana, estableciendo desde su temprana jurisprudencia que el artículo 1(1) incorpora una prohibición de discriminación en el ejercicio y aplicación de los derechos consagrados en el mismo instrumento, mientras que el artículo 24 prohíbe dicha discriminación en lo que respecta no sólo a los derechos establecidos en la Convención, sino a "todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación"<sup>67</sup>. Esta distinción ha sido reiterada por la Corte Interamericana en el caso *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, en los siguientes términos:

La diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a la "igual protección de la ley. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1, y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario, la protección se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7; Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 92; CIDH, Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, OEA/Ser.LV/II.117, Doc. 1 rev. 1, Informe Anual CIDH 2002, 7 de marzo de 2003, párr. 87.

<sup>66</sup> Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 85.

<sup>67</sup> Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4., párr. 54; Corte I.D.H., *Caso Yafama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 186.

<sup>68</sup> Corte I.D.H., *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209.

80. Sin perjuicio de ello, el desarrollo del derecho a la igualdad y no discriminación permite identificar varias concepciones del mismo. Por ejemplo, una concepción es la relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria – entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión, restricción o preferencia<sup>69</sup> – y otra es la relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Aunque en ciertos casos las diferentes perspectivas pueden estar presentes, cada una puede merecer una respuesta estatal diferente y un tratamiento distinto a la luz de la Convención Americana. A esto se suma que en las diferentes concepciones del derecho a la igualdad las acciones u omisiones del Estado pueden estar relacionadas con derechos consagrados en la Convención Americana, o pueden referirse a cualquier actuación estatal que no tenga efectos sobre el ejercicio de derechos convencionales.

81. Las distintas aristas del derecho a la igualdad se ven reflejadas en lo señalado por la Corte Interamericana en diversos casos y opiniones consultivas en el sentido de que para darle un efecto útil al derecho a la igualdad y no discriminación, los Estados deben “abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”, de “combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos” y, por último, “deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”<sup>70</sup>.

82. En ese sentido, aunque se pueden tener como base ciertos criterios, la determinación de las disposiciones aplicables de la Convención Americana deberá efectuarse en cada caso bajo un análisis que involucre la persona o grupo de personas afectadas, las razones que motivaron la alegada discriminación, los derechos o intereses involucrados, los medios u omisiones a través de los cuales se materializó, entre otros aspectos.

83. En el presente caso, por ejemplo, la Comisión destaca que los peticionarios presentaron una serie de alegatos que involucran varias de las aristas planteadas en los anteriores párrafos. Así, argumentaron que la señora Karen Atala fue sometida a una diferencia de trato arbitraria como consecuencia de su orientación sexual, en el contexto de un proceso judicial relacionado con su interés de mantener la custodia de sus hijas (aspecto de carácter legal a nivel interno) pero que además tuvo serios efectos en su vida privada y familiar (derechos contemplados en la Convención Americana). Asimismo, aunque el argumento central se refiere a la diferencia de trato en el marco del proceso, también se presentaron argumentos sobre el prejuicio histórico al cual han estado sometidas las personas con una orientación sexual determinada y los efectos de dichos prejuicios en el proceso judicial referido.

84. En tal sentido, la Comisión considera que el presente caso involucra aspectos que se encuentran dentro del alcance tanto del artículo 1(1) de la Convención Americana, como del artículo 24 del mismo instrumento y, en ese sentido, los argumentos serán presentados a la luz de ambas disposiciones.

---

<sup>69</sup> Véase, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7; Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 92; Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, Informe Anual CIDH 2002, 7 de marzo de 2003, párr. 87.

<sup>70</sup> Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141 y Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, citados en Corte I.D.H., *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170; véase también Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44 y Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54, citados en Corte I.D.H., *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 185.

## 1.2 Diferencias de trato, categorías sospechosas y test estricto

85. La Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato<sup>71</sup>. La Corte ha marcado la diferencia entre "distinciones" y "discriminaciones", de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos<sup>72</sup>.

86. Teniendo en cuenta que la evaluación de si una distinción es "razonable y objetiva" se efectúa caso por caso, tanto la Comisión, la Corte, como otros tribunales y organismos internacionales, han acudido a la utilización de un examen o *test* que se compone de varios elementos. Estos elementos incluyen por ejemplo la existencia de un fin legítimo, la idoneidad o relación lógica de medio a fin entre el objetivo que se persigue y la distinción, la existencia de otras alternativas y la proporcionalidad, entendiendo por esta última el balance de intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del grado de beneficio del otro.

87. En adición, es relevante que en el estudio de medidas que un Estado alegue como neutrales, también se evalúen los efectos que dicha medida pudo tener respecto de ciertos grupos, y si éstos recibieron un impacto negativo desproporcionado.

88. Ahora bien, cuando las distinciones se encuentran basadas en ciertas categorías mencionadas expresamente en las cláusulas de no discriminación de los tratados internacionales de derechos humanos, existe un consenso en el sentido de que el examen o *test* que se utiliza para medir la razonabilidad de la diferencia de trato, es especialmente estricto. Esto se debe a que por su naturaleza, dichas categorías son consideradas "sospechosas"<sup>73</sup> y por lo tanto se presume que la distinción es incompatible con la Convención Americana. En tal sentido, sólo pueden invocarse como justificación "razones de mucho peso" que deben ser analizadas de manera pormenorizada<sup>74</sup>. Este análisis estricto es precisamente la garantía de que la distinción no se encuentra basada en los prejuicios y/o estereotipos que habitualmente rodean las categorías sospechosas de distinción.

89. En términos prácticos, esto se traduce en que, tras haber presentado una distinción de esta naturaleza, la carga de la prueba recae sobre el Estado y los criterios generales referidos *supra* párr. 86, se evalúan de manera calificada de forma tal que no es suficiente que un Estado argumente la existencia de un fin legítimo, sino que el objetivo que se persigue con la distinción debe ser un fin particularmente importante o una necesidad social

<sup>71</sup> Corte I.D.H., *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 211 citando Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56; Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46; y Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89.

<sup>72</sup> Corte I.D.H., *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 211 citando Corte I.D.H., *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>73</sup> Los criterios que se han tomado en consideración para determinar cuál es una categoría sospechosa, serán analizados más adelante.

<sup>74</sup> CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007, párrs. 80 y 83; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 338; CIDH, *Informe N° 4/01, María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, para. 36; CIDH, *Informe Anual 1999*, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujeres con los principios de igualdad y no discriminación, capítulo VI; CIDH, *Informe N° 38/96, X y Y* (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrs. 73 y 74. En este informe, la Comisión caracterizó la relevancia del fin perseguido como una "necesidad absoluta".



imperiosa<sup>75</sup>. Asimismo, no es suficiente 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 dicho fin, en el sentido de que no exista otra alternativa menos lesiva<sup>76</sup>. Además, para cumplir con el requisito de proporcionalidad debe argumentarse la existencia de un balance adecuado de intereses en términos de grado de sacrificio y grado de beneficio.

### 1.3 La orientación sexual como categoría sospechosa de distinción

90. De acuerdo a la práctica de la Corte y la Comisión<sup>77</sup>, la Convención Americana debe ser interpretada a la luz de las condiciones sociales actuales en los países del hemisferio, y el estado actual del precedente internacional de los derechos humanos. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que los tratados de derechos humanos como la Convención, son "instrumentos vivos", cuya interpretación debe ser acorde con la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>78</sup>. Asimismo la Corte ha señalado, siguiendo el precedente de la Corte Internacional de Justicia, que "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento que la interpretación tiene lugar"<sup>79</sup>.

91. La Comisión observa que la orientación sexual no se encuentra establecida en el texto literal de la cláusula de no discriminación consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana. Sin embargo, el texto mismo de esa norma indica que se trata de una cláusula abierta que permite la inclusión de otras categorías bajo la fórmula "otra condición social".

92. Tanto la Corte Europea como el Comité de Derechos Humanos han decidido una serie de casos en los cuales se alega la diferencia de trato con base en la orientación sexual. Dichos casos se han referido tanto a la aplicación de sanciones penales y disciplinarias, como a la falta de reconocimiento de derechos de los cuales sí son titulares las personas heterosexuales tanto en la dimensión individual de su vida como en la dimensión de pareja. En dichos casos, ambos organismos han establecido de manera consistente que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de las cláusulas prohibidas de discriminación de los

<sup>75</sup> CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007, párrs. 80 y 83; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 338; CIDH, Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 36; CIDH, *Informe Anual 1999*, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujeres con los principios de igualdad y no discriminación, capítulo VI; Corte Europea de Derechos Humanos, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 29; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics (Fondo)*, Sentencia del 23 de julio de 1968, pág. 34; Corte Europea de Derechos Humanos, *Lustig-Prean y Beckett v. Reino Unido*, Aplicaciones Nos. 31417/96 y 32377/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 80; Corte Europea de Derechos Humanos, *Smith v. Grady v. Reino Unido*, Aplicaciones Nos. 33985/96 y 33986/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 87.

<sup>76</sup> CIDH, Informe No. 38/96, X y Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párr. 74; CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 83. En similar sentido véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Karner v. Austria*, Aplicación no. 40016/98, 24 July 2003, párr. 41; Corte Europea de Derechos Humanos, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 29; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics (Fondo)*, Sentencia del 23 de julio de 1968, pág. 34.

<sup>77</sup> Véase, por ejemplo, CIDH, Informe No. 75/02, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), párr. 124; CIDH, Informe No. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 32.

<sup>78</sup> Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

<sup>79</sup> Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10., párr. 37 citando 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, p. 16 ad 31.

tratados internacionales respectivos<sup>80</sup>. Asimismo, se ha establecido la aplicación de un escrutinio estricto cuando la distinción se basa en la orientación sexual<sup>81</sup>.

93. Además del consenso que existe en el sistema de casos mencionado en el párrafo precedente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció recientemente que la "orientación sexual" es un motivo implícito de discriminación comprendido en la categoría de "cualquier otra condición social"<sup>82</sup>.

94. En el derecho comparado, también es posible identificar una serie de decisiones que han establecido la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual por tratarse de una categoría sospechosa y han sometido toda distinción sustentada en dicho criterio a un examen o *test* estricto<sup>83</sup>. Cabe mencionar que en varios de estos casos, la orientación sexual no estaba expresamente mencionada en la Constitución y/o ley estudiada. Entre los criterios considerados para llegar a esta conclusión se han utilizado: la marginación y exclusión histórica a la cual han estado sometidas las personas homosexuales; la inmutabilidad de la orientación sexual, entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad; y la irrazonabilidad manifiesta de un reparto de cargas sociales con base en la orientación sexual<sup>84</sup>.

95. En virtud de las consideraciones vertidas en la presente sección, la Comisión sostiene que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la frase "otra condición social" establecida en el artículo 1(1), con todas las consecuencias que ello implica respecto de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, incluyendo el artículo 24. En ese sentido, toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado respectivo se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el examen o *test* estricto establecido anteriormente.

<sup>80</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Toonen v. Australia*, Comunicación No. 488/1992 (1994), párr. 8.7; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Edward Young v. Australia*, Comunicación No. 941/2000 (2003), párr. 10.4; Corte Europea de Derechos Humanos, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 28.

<sup>81</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *S.L. v. Austria*, Aplicación No. 45330/99, ECHR 2003-I, párr. 37; Corte Europea de Derechos Humanos, *L. and V. v. Austria*, Aplicaciones Nos. 39392/98 y 39829/98, 9 de enero de 2003, párr. 45; Corte Europea de Derechos Humanos, *Kamer v. Austria*, Aplicación No. 40016/98, 24 July 2003, párr. 41; Corte Europea de Derechos Humanos, *E.B. v. Francia*, Aplicación No. 43546/02, 22 de enero de 2008, párr. 91.

<sup>82</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General 20; La No Discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009), párrs. 15 y 27.

<sup>83</sup> Véase, por ejemplo, Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, C-029 (2009), C-075-07 (2007); Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/98, *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, October 9, 1998; Perry Watkins v. United States Army, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 847 F.2d 1329 (1988), vacated en banc 875 F.2d 699 (9<sup>th</sup> Cir. 1989). Véase también análisis en Corte Suprema de Iowa, *Katherine Varum and Others vs. Thomas Brien*, 763 N.W.2d 862 (April 3, 2009) (holding that legislative classifications based on sexual orientation must be examined under a heightened level of scrutiny under the Iowa Constitution) y Supreme Court of Connecticut, *Elizabeth Kerrigan v. Commissioner of Public Health et Al.*, 289 Conn. 135 (October 28, 2008).

<sup>84</sup> Véase, por ejemplo, Perry Watkins v. United States Army, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 847 F.2d 1329 (1988), vacated en banc 875 F.2d 699 (9<sup>th</sup> Cir. 1989); Véase también análisis en Supreme Court of Iowa, *Katherine Varum and Others vs. Thomas Brien*, 763 N.W.2d 862 (April 3, 2009) (holding that legislative classifications based on sexual orientation must be examined under a heightened level of scrutiny under the Iowa Constitution) y Supreme Court of Connecticut, *Elizabeth Kerrigan v. Commissioner of Public Health et Al.*, 289 Conn. 135 (October 28, 2008).

La Corte Constitucional de Colombia ha aplicado los siguientes criterios para determinar si una categoría de distinción es sospechosa: "(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". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05 discutida en CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 80, nota 113.

## **1.4 Análisis del caso concreto**

### **1.4.1 La decisión de la Corte Suprema de Justicia Chile estuvo basada en la orientación sexual de Karen Atala**

96. El Estado chileno argumentó que la decisión de la Corte Suprema de Justicia no se basó en la orientación sexual de Karen Atala sino en su convivencia con una pareja del mismo sexo y el efecto que dicha situación podría tener sobre M., V. y R. Sin embargo, la Comisión sostiene que la orientación sexual de una persona como criterio prohibido de discriminación y categoría sospechosa a la luz del artículo 1(1) de la Convención Americana, no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En tal sentido, la Comisión argumentará que la orientación sexual, entendida de esta manera, fue el sustento de la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

97. De acuerdo al sustento fáctico, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia determinó que Karen Atala no debía conservar la custodia sobre sus hijas, siendo la causa de esta decisión el hecho de que la señora Atala convivía con una persona de su mismo sexo. Este hecho es, en sí mismo, evidencia de que dicha autoridad judicial efectuó una distinción en perjuicio de Karen Atala en la aplicación de la ley relevante para la determinación de asuntos de familia, con base en una expresión de su orientación sexual, como lo es la decisión de conformar una pareja y establecer una vida con ella.

98. El lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Justicia permite arribar a la anterior conclusión. El fallo destaca un conjunto de factores como "causa calificada" para otorgar la tuición al señor López, incluyendo la orientación sexual de Karen Atala y su convivencia con una pareja del mismo sexo; los efectos nocivos que "la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino" pueden causar "en el bienestar psíquico y emocional" de las niñas<sup>85</sup>; el "entorno familiar excepcional" de M., V. y R. ya que "se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación"<sup>86</sup>; y el hecho de que Karen Atala antepuso su libertad de expresar su condición de homosexual frente al derecho de las niñas a desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social, según el modelo tradicional que le es propio (...)"<sup>87</sup>.

99. Por otra parte, la decisión de tuición provisional dictada el 2 de mayo de 2003 constituyó también una distinción efectuada con base en la orientación sexual de la señora Atala, lo que resulta del texto del fallo. En el mismo se establece que pese a no existir causales de inhabilidad legal, al expresar su orientación sexual Karen Atala "ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos"<sup>88</sup>. De especial relevancia resulta la consideración en el sentido "que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia."<sup>89</sup>

100. La Comisión considera que el lenguaje utilizado por ambas autoridades judiciales es evidencia clara de que el tratamiento otorgado a la señora Karen Atala estuvo

<sup>85</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, párr. 17.

<sup>86</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, párr. 18.

<sup>87</sup> Anexo 22. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004, párr. 20.

<sup>88</sup> Anexo 10. Resolución de la demanda de tuición provisoria por Luis Humberto Toledo Obando, Juez Titular del Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 2 de mayo de 2003.

<sup>89</sup> Anexo 10. Resolución de la demanda de tuición provisoria por Luis Humberto Toledo Obando, Juez Titular del Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 2 de mayo de 2003.

sustentado en una expresión de su orientación sexual, aspecto que como fue explicado en las secciones precedentes constituye una categoría sospechosa y, en tal sentido, cualquier actuación y/o diferencia de trato basados en dicha categoría se presume incompatible con la Convención y debe ser sometida a un escrutinio estricto.

#### **1.4.2 Aplicación del test estricto a la actuación del Estado**

101. En este punto a la Comisión presenta los argumentos por los cuales sostiene que la decisión de la Corte Suprema de Justicia y la diferencia de trato a lo largo del proceso de tuición en perjuicio de la señora Karen Atala, no se encuentran justificadas en una necesidad social imperiosa y no cumplen con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

102. Sobre el objetivo perseguido, la Comisión observa que el Estado sustentó la actuación de las autoridades judiciales en el interés superior y el deber especial de protección que tiene respecto de las hijas de Karen Atala en su condición de niñas. La Comisión considera que este objetivo general, constituye no sólo un fin legítimo sino una necesidad social imperiosa que además responde a sus obligaciones internacionales a la luz del artículo 19 de la Convención Americana. De esta manera, la Comisión estima que este requisito se encuentra satisfecho.

103. En cuanto al segundo punto, esto es la idoneidad de la decisión de la Corte Suprema de Justicia y de la decisión de tuición provisional, la Comisión resalta que no se presentó información alguna que demostrará que la orientación sexual de Karen Atala o la expresión de la misma en su proyecto de vida, constituyó un riesgo para sus hijas. Por el contrario, existiendo prueba que indicaba que las niñas deseaban continuar viviendo con su madre, que el ambiente familiar era adecuado para ellas, que la señora Atala velaba por sus intereses y que la convivencia con la pareja de su madre no estaba generando ningún efecto adverso en las niñas; ambas autoridades judiciales se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado.

104. La inexistencia de un riesgo para las niñas como consecuencia de la orientación sexual de Karen Atala fue reconocido por el Estado ante la CIDH al explicar que ninguno de los padres fue inhabilitado para ejercer la tuición<sup>90</sup>.

105. La Comisión sostiene que aunque el Estado pretendía proteger el interés superior de M., V. y R. en su condición de niñas, no existió una relación lógica de causalidad o de medio a fin entre dicha finalidad y el retiro de la custodia de sus hijas a Karen Atala con base en su orientación sexual. Por el contrario, las decisiones no contribuyeron a proteger a las niñas pues fueron basadas en prejuicios discriminatorios y no en una evaluación objetiva de la capacidad de los padres para ejercer la tuición. En consecuencia, las decisiones judiciales que se analizan no cumplieron con el requisito de idoneidad y, por lo tanto, constituyeron distinciones arbitrarias e incompatibles con la Convención. En ese sentido, la Comisión considera irrelevante referirse a los demás aspectos del test.

106. Cabe mencionar que en un caso de similares características, la Corte Europea concluyó que la denegación de custodia a un padre homosexual con base en su orientación sexual, fue discriminatoria pues no guardaba relación con la protección de los menores<sup>91</sup>. En similar sentido se han pronunciado varios tribunales nacionales<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> CIDH, Audiencia, Caso 12.502, *Karen Atala e Hijas*, 124º período ordinario de sesiones, 7 de marzo de 2006.

<sup>91</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párrs. 21 y 24.

<sup>92</sup> En Argentina, el Juzgado de familia de Córdoba, declaró que la homosexualidad y la convivencia con una pareja homosexual no pueden constituir causales para remover la custodia de uno de los padres con sus hijos, rechazando argumentos relacionados "al peligro moral que pueden enfrentar":

107. Sin perjuicio de que la actuación del Estado en el presente caso no logra superar ni siquiera el requisito de idoneidad, la Comisión no deja de resaltar que el actuar de las autoridades judiciales en el presente caso no sólo no fue idóneo para lograr el fin perseguido, sino que pudo causar efectos nocivos en las niñas. Tal como se desarrollará en la sección relativa a los artículos 17(4) y 19 de la Convención Americana, los funcionarios judiciales no recabaron la prueba necesaria para establecer objetivamente cuál de los dos padres estaba mejor facultado para ejercer la guarda y cuidado de sus hijas. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia se abstuvo de escuchar las opiniones e intereses de las niñas de conformidad con los estándares internacionales que rigen la materia.

108. En virtud de las anteriores consideraciones, la Comisión le solicita a la Corte Interamericana que concluya y declare que el Estado chileno violó, en perjuicio de Karen Atala, el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1(1) del mismo instrumento.

## **2. El derecho a la vida privada de Karen Atala (artículo 11(2) de la Convención Americana)**

109. El artículo 11(2) de la Convención Americana establece que:

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

110. La CIDH destaca que el objetivo principal del artículo 11 es proteger a las personas de la acción arbitraria de las autoridades del Estado que interfieran en su vida privada<sup>93</sup>. Este derecho garantiza esferas de intimidad que nadie puede invadir como "la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad"<sup>94</sup>, y campos de actividad que son absolutamente propios y autónomos de cada individuo, como sus decisiones, relaciones interpersonales y familiares, y su hogar<sup>95</sup>.

111. El derecho a la vida privada abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares<sup>96</sup>. La orientación sexual constituye un

---

El análisis para otorgar la guarda de los hijos no puede ni debe centrarse, en el comportamiento sexual "no convencional" del progenitor, ya que éste en manera alguna constituye per se un factor que marque la falta de idoneidad en la función parental, lo importante y trascendente cuando de guarda de hijos se trata es la investigación si este progenitor o aquel progenitor, más allá de su condición sexual, es o puede ser un buen padre, lo contrario implicaría establecer meras especulaciones sin basamento, que se convertirían en una fuente de discriminación inaceptable en la actualidad.

Véase, Juzgado de Familia de Córdoba, Caso L.S.F. y A.C.P Divorcio Vincular, agosto de 2003.

En la misma línea, en Estados Unidos, en el caso de *Bezio v. Magdalena Patenaude*, decidido por la Corte Suprema de Justicia del Estado de Massachusetts, la Corte destacó que un Estado no debe privar los padres y madres de la custodia de sus hijos "simplemente porque sus hogares no cumplen con ideales aprobados por la comunidad....o simplemente porque los padres tienen ideologías o persiguen estilos de vida contrarios a lo tradicional", por lo tanto, en la ausencia de evidencia sugiriendo una correlación entre la homosexualidad de la madre y su capacidad como madre, una decisión de revocar la tuición es ilegítima.

Véase, Corte Suprema de Justicia de Massachusetts, *Brenda A. Bezio v. Magdalena Patenaude*, 381 Mass. 563, 410 N.E.2d 1207 (22 de septiembre de 1980) (Traducción al Español CIDH)

<sup>93</sup> CIDH, Informe No. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 47.

<sup>94</sup> CIDH, Informe No. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 47.

<sup>95</sup> CIDH, Informe No. 38/96, X y Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párr. 91.

<sup>96</sup> Por ejemplo, en torno a la privacidad de parejas homosexuales y sus familias, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha establecido que:

componente fundamental de la vida privada de un individuo que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público, en la ausencia de razones de mucho peso y convincentes<sup>97</sup>. Existe un nexo claro entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y plan de vida de un individuo, incluyendo su personalidad y sus relaciones con otros seres humanos.

112. El artículo 11(2) prohíbe específicamente la interferencia "arbitraria o abusiva" en el ejercicio de este derecho por autoridades del Estado, la cual puede comprender elementos de "injusticia, imposibilidad de predecir y la falta de razonabilidad"<sup>98</sup>. La Comisión ha establecido que la garantía contra la arbitrariedad tiene el propósito de asegurar que toda reglamentación y otras medidas sean congruentes con las normas y objetivos de la Convención, y sea razonable en las circunstancias imperantes<sup>99</sup>.

113. En cuanto a interferencias por las autoridades en base a la orientación sexual de un individuo, la Corte Europea ha establecido que las mismas afectan una parte íntima de la vida privada de una persona, requiriendo que los Estados presenten razones particularmente convincentes y de mucho peso para ser justificadas<sup>100</sup>.

114. El Estado sostiene que la sentencia cuestionada se suscita en un juicio de tuición, lo cual supone "el sometimiento de parte importante de la vida privada a determinación judicial; se trata de una consecuencia necesaria e intrínseca de todo juicio de familia"<sup>101</sup>. Como fue indicado por la Comisión anteriormente, en el marco de un proceso de tuición puede ser necesario que una autoridad judicial examine aspectos de la vida privada de una persona, siempre que tales aspectos sean relevantes a fin de determinar la capacidad de los padres para ejercer la custodia sobre sus hijos, o que de esos aspectos de la vida privada, pueda derivarse un riesgo respecto de aquellos. Sin embargo, la Comisión enfatiza que la orientación sexual de una persona, por sí sola, no es un criterio relevante para determinar su capacidad de ejercer la custodia de sus hijos, ni ella constituye un riesgo para los mismos.

---

La privacidad reconoce que todos tenemos el derecho a una esfera de intimidad privada y autónoma que nos permite establecer y nutrir relaciones humanas sin interferencia de la comunidad externa. De la manera que expresamos nuestra sexualidad es central de esta área de intimidad privada. Si, al expresar nuestra sexualidad, actuamos con consentimiento y sin hacerle daño a otro, la invasión de esta esfera violaría nuestra privacidad.

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso CCT 11/98, *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, 9 de octubre de 1998, párr. 32 (Traducción al Español CIDH).

<sup>97</sup> La CIDH ha establecido anteriormente que el derecho a la privacidad puede estar implicado en denegar visitas íntimas a reclusos en base a la orientación sexual. En el caso de *Martha Lucía Álvarez Giraldo*, la peticionaria alegó que su integridad personal, honra e igualdad, habían sido afectados por la negativa de las autoridades penitenciarias de autorizar el ejercicio de su derecho a la visita íntima debido a su orientación sexual. Alegaba que las autoridades hicieron una distinción entre el derecho a la visita íntima de un recluso heterosexual y el de un homosexual. El Estado alegó por su parte que el permitir visitas íntimas a homosexuales afectaría el régimen de disciplina interna de los establecimientos carcelarios dado que, en su opinión, "la cultura latinoamericana es poco tolerante de las prácticas homosexuales en general". La Comisión admitió la denuncia considerando que estos hechos podrían caracterizar una violación del artículo 11(2) de la Convención Americana. Véase, CIDH, Informe N° 71/99, Caso 11.656, *Martha Lucía Álvarez Giraldo*, Colombia, 4 de mayo de 1999.

<sup>98</sup> CIDH, Informe No. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 47; CIDH, Informe No. 38/96, X y Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párr. 91.

<sup>99</sup> CIDH, Informe No. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 48.

<sup>100</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *E.B. v. Francia*, Aplicación No. 43546/02, 22 de enero de 2008, párr. 91; Corte Europea de Derechos Humanos, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, Aplicaciones Nos. 33985/96 y 33986/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 89; Corte Europea de Derechos Humanos, *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, Aplicaciones Nos. 31417/96 y 32377/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 82; Corte Europea de Derechos Humanos, *Karner v. Austria*, Aplicación No. 40016/98, 24 de julio 2003, párr. 37.

<sup>101</sup> Observaciones de Fondo del Estado de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Derechos Humanos, 29 de julio de 2009.

115. La Comisión sostiene que en el presente caso la interferencia del Estado en la vida privada de Karen Atala fue arbitraria, dado que la decisión de tuición fue fundada en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual, y no en una evaluación objetiva de la capacidad de ambos padres de ejercer la tuición de sus hijas. La decisión de revocar la tuición no solamente se basó de forma arbitraria en un aspecto íntimo de la vida de Karen Atala, como lo es su orientación sexual, sino que también interfirió en su autonomía para tomar decisiones sobre su vida personal de acuerdo a dicha orientación. Esto último pues, sin que existieran razones objetivas para ello, la Corte Suprema de Justicia basándose en la expresión de su orientación sexual la privó de la custodia de sus hijas y la vida en común con ellas, aspecto fundamental de su plan de vida.

116. Cabe además mencionar que el fallo de la Corte Suprema de Justicia envió un mensaje equiparando la homosexualidad a una insuficiencia como madre. Tal como los peticionarios adujeron en el trámite ante la CIDH, el fallo le envió el mensaje a las niñas de "que su madre no era apta para cuidarlas, a pesar del amor y la seguridad que había en el hogar; que la sociedad no las aceptaría como hijas de una madre lesbiana". La Comisión reitera que el derecho a la privacidad protege el derecho a determinar la propia identidad y a formar relaciones personales y familiares en base a esa identidad, aunque la misma no sea aceptada o tolerada por la mayoría.

117. En virtud de las anteriores consideraciones, la Comisión le solicita a la Corte que concluya y declare que el Estado de Chile vulneró el derecho de Karen Atala a vivir libre de injerencias arbitrarias y abusivas en su vida privada por su orientación sexual, en contravención del artículo 11(2) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1(1) del mismo instrumento.

### **3. El derecho a la vida privada y familiar de Karen Atala y sus hijas (artículos 11(2) y 17(1) de la Convención Americana)**

118. La Corte Interamericana ha reafirmado que el derecho de las personas a vivir libres de injerencias arbitrarias y abusivas en su vida privada protegido por el artículo 11 de la Convención Americana se extiende a la vida privada de sus familias<sup>102</sup>. El alcance del derecho a la vida privada y familiar de una persona debe interpretarse en conjunto con el artículo 17(1) de la Convención Americana, dado que este reconoce el papel central de la familia en la existencia y proyecto de vida<sup>103</sup>. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no puede ser derogado en las circunstancias más extremas<sup>104</sup>. La Corte Interamericana por su parte ha establecido que "una de las interferencias más grandes es la que tiene por resultado la división de una familia"<sup>105</sup>.

119. En cuanto a la tuición de los hijos y la vida privada y familiar, la Corte Europea de Derechos Humanos ha examinado asuntos relacionados a la tuición de padres homosexuales de sus hijos bajo la óptica del artículo 8 (respeto a la vida privada y familiar), en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo (no discriminación)<sup>106</sup>, requiriendo a los Estados el argumentar

<sup>102</sup> Corte I.D.H. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 113; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 55.

<sup>103</sup> El artículo 17 (1) de la Convención Americana dispone que:

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

<sup>104</sup> CIDH, Informe No. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 40.

<sup>105</sup> Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 72.

<sup>106</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 23.

razones particularmente convincentes y de mucho peso para justificar la interferencia del Estado en un núcleo familiar conformado por un padre homosexual y sus hijos<sup>107</sup>.

120. Los hechos narrados demuestran que Karen Atala y Ricardo Jaime López decidieron poner fin a su matrimonio en marzo de 2002. Como parte de la disolución de su matrimonio, establecieron por mutuo acuerdo que Karen Atala mantendría la tuición de M., V. y R. en Villarica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco. De este hecho se deriva que existía un núcleo familiar conformado entre Karen Atala y sus hijas desde marzo de 2002 y que una vez este régimen se encontraba establecido, el padre de las niñas solicitó judicialmente que la tuición le fuera otorgada.

121. La Comisión destaca que la medida adoptada por la Corte Suprema de Justicia de Chile terminó en la separación total de las hijas de su madre y en un daño a su relación emocional y afectiva. Los peticionarios adujeron que la sentencia les privó a las niñas la oportunidad de crecer junto a su madre y a ésta la posibilidad de contribuir a su desarrollo y crianza, alterando de manera dramática e irreparable su proyecto de vida familiar.

122. De acuerdo a las conclusiones de la Comisión en la sección sobre el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, diversos tribunales se abstuvieron de efectuar una evaluación objetiva de la capacidad del padre y la madre para cuidar a sus hijas, basando sus fallos en conceptos discriminatorios. En dicho marco de actuación judicial, la decisión final de custodia de la Corte Suprema de Justicia de Chile y sus consecuencias no constituyó una determinación legítima, sino una interferencia ilegítima y arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar, el cual se extiende al desarrollo de las relaciones entre los miembros de una familia y al rol de las relaciones afectivas en el proyecto de vida de cada integrante.

123. Por lo tanto, la CIDH le solicita a la Corte que concluya y declare que el Estado interfirió arbitraria y abusivamente en la vida familiar de la Sra. Karen Atala y M., V. y R., en contravención de los artículos 11(2) y 17(1) de la Convención Americana, en relación con la obligación contenida en el artículo 1(1) de dicho instrumento, al modificar el régimen de custodia con sustento en prejuicios discriminatorios basados en la orientación sexual de Karen Atala.

#### **4. Los derechos del niño y la igualdad de derechos de los cónyuges después de la disolución de un matrimonio (artículos 19 y 17(4) de la Convención Americana)**

124. El artículo 19 de la Convención Americana dispone 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.

125. El artículo 17(4) de la Convención Americana establece que:

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

126. La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha establecido que el Estado debe tomar medidas orientadas a proteger especialmente a los niños, con un mayor cuidado y responsabilidad de acuerdo al principio del interés superior del niño<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *E.B. v. Francia*, Aplicación No. 43546/02, 22 de enero de 2008, párr. 91.

<sup>108</sup> Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrs. 124, 163-164, y 171; Corte I.D.H., *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.



El artículo 19 de la Convención Americana debe interpretarse como un derecho complementario que el tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial<sup>109</sup>.

127. Como parte de su análisis sobre el alcance del deber de protección especial, la Corte Interamericana ha establecido que el "niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal"<sup>110</sup>. El artículo 17(4) de la Convención Americana por su parte destaca la importancia de que los Estados protejan especialmente el bienestar de los niños cuando sus padres ponen fin a su vínculo matrimonial, garantizando los derechos de cada cónyuge a participar en la crianza de sus hijos de forma no discriminatoria y conveniente para los niños<sup>111</sup>.

128. Ante la solicitud efectuada por el señor Jaime López de revocar la custodia que ya se encontraba en cabeza de Karen Atala, a la luz del artículo 17(4) de la Convención Americana el Estado chileno tenía una obligación de balancear adecuadamente las responsabilidades y los derechos respectivos, obligación que fue incumplida por el Estado al hacer uso de criterios discriminatorios y al fundar su decisión en prejuicios y estereotipos sobre las personas homosexuales.

129. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño protege varios derechos de los niños durante procesos judiciales que pueden implicar su separación de uno de los padres<sup>112</sup>. En su artículo 8, los Estados se comprometen a no cometer "injerencias ilícitas" en las relaciones familiares de los niños, mientras que en su artículo 9 se indica que el niño no debe ser separado contra su voluntad, excepto cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria para proteger su interés como en casos de maltrato o descuido. En su artículo 12, dicha Convención señala que los Estados partes se comprometen a escuchar al niño en los asuntos judiciales que les afectan directamente:

---

Serie C No. 100, párrs. 126 y 134; y Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 146 y 191. En el mismo sentido, Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60.

<sup>109</sup> Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54. Véase también Corte I.D.H., *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147.

<sup>110</sup> Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 77. La Corte ha hecho hincapié en los *travaux préparatoires* de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales destacaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. *Id.*, párr. 75.

<sup>111</sup> En el caso de *María Eugenia Morales de Sierra*, la Comisión discute los criterios que el Estado y sus agentes deben emplear para garantizar el adecuado balance de derechos y responsabilidades de los hombres y las mujeres durante el matrimonio y su disolución, bajo el Artículo 17 de la Convención Americana. En dicho caso, una serie de artículos del código civil de Guatemala fueron impugnados ya que asignaban distintos roles a cada cónyuge dentro del hogar. Por ejemplo, el esposo era responsable por el sustento financiero del hogar, representaba la unión conyugal, controlaba el patrimonio conyugal, administraba a los bienes y a sus hijos menores. La esposa en cambio sólo podía trabajar fuera del hogar en la medida que ello no perjudicara sus funciones domésticas y con el permiso de su esposo. La Corte de Constitucionalidad caracterizaba esta distinción como "una fuente de certeza y seguridad jurídica" y con un fin protector de la familia. La Comisión estableció que "lejos de asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades dentro del matrimonio", las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Indicó que las disposiciones mencionadas aplicaban conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación *de facto* contra la mujer en la esfera familiar y obstaculizan la capacidad de los hombres de desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Véase, generalmente, CIDH, Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001.

<sup>112</sup> La Corte Interamericana ha establecido que la Convención sobre los Derechos del Niño, forma parte de un comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que sirve para "fijar el contenido y los alcances de la disposición general contenida en el artículo 19 de la Convención Americana". Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

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.

130. El Comité de los Derechos del Niño ha establecido que la obligación comprendida en el artículo 12 de la Convención requiere que los Estados partes garanticen este derecho en el marco de su sistema judicial en casos de custodia, entre otros asuntos, destacando la obligación de los Estados de escuchar a los niños y debidamente considerar sus opiniones<sup>113</sup>. Los Estados no deben partir de la premisa según la cual el niño es incapaz de expresar sus opiniones y en cambio deben presumir esta capacidad, ya que no le corresponde al niño probar que la tiene<sup>114</sup>.

131. La Comisión reitera que la sentencia de tuición de la Corte Suprema de Justicia de Chile no persiguió ni resultó en proteger el interés superior de M. V y R., al separarlas de forma arbitraria, permanente e irreparable de su madre, sin existir evidencia cierta de daños a su bienestar. El fallo asimismo estigmatizó a las niñas por tener una madre homosexual y vivir en una familia no aceptada en el entorno social chileno, cobijando y legitimando los prejuicios y estereotipos presentados en la demanda de tuición de su padre hacia las parejas homosexuales, y los niños que se crían con dichas parejas.

132. La Comisión destaca como particularmente grave que en el proceso de tuición las preferencias y las necesidades de las niñas no fueron consideradas por la Corte Suprema de Justicia, lo que sí fue tomado en cuenta por tribunales inferiores. La sentencia de la Jueza Subrogante del Tribunal de Menores de Villarica el 29 de octubre de 2003 indica que ante dicha autoridad judicial las niñas fueron escuchadas y que su preferencia de vivir con su madre fue debidamente considerada en la decisión favorable que le otorgó la custodia a Karen Atala, todo de acuerdo con su edad y madurez. En contraste, la Corte Suprema de Justicia de Chile no emprendió esfuerzos para escuchar a las niñas y emitió una sentencia sin fundamentos o motivos claros y objetivos para separarlas de su madre, por razones de su orientación sexual.

133. Las niñas tenían derecho a un sistema de justicia que en todas sus instancias velara por sus intereses escuchándolas e investigando y evaluando de forma imparcial y objetiva la capacidad de ambos padres de cuidar de ellas. Ha quedado establecido que la evaluación de la habilidad de Karen Atala como madre por la Corte Suprema de Justicia no fue objetiva sino primordialmente guiada por el ejercicio de su orientación sexual. La Corte Suprema en su razonamiento aplica prejuicios y concepciones estereotipadas de lo que una madre responsable debe ser y el tipo de familia que es considerada normal y aceptada socialmente. Estas nociones

---

<sup>113</sup> Véase generalmente, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12, *El Derecho del Niño ha ser Escuchado*, 20 de julio de 2009, párrs. 28 y 32.

<sup>114</sup> Véase generalmente, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12, *El Derecho del Niño ha ser Escuchado*, 20 de julio de 2009, párr. 20. El Comité igualmente destaca que la Convención no impone un límite de edad específico para que un niño pueda expresar sus opiniones y que no puede predicarse la importancia de las opiniones del niño sólo por su edad ya que el nivel de entendimiento de un niño no está necesariamente vinculado con su edad biológica. Los tomadores de decisión deben informar al niño del resultado del proceso judicial en donde fue escuchado y explicar como sus opiniones fueron consideradas, ya que esta información puede promover que el niño insista, concuerde o presente una propuesta alternativa, o en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presente una apelación o una queja. El Comité promueve que los Estados partes presten atención especial al derecho de las niñas ha ser escuchadas y a que sus opiniones sean debidamente consideradas ya que los estereotipos de género y los valores patriarcales minimizan e imponen limitaciones severas en las niñas en el pleno ejercicio de sus derechos protegidos por el artículo 12. Ver Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12, *El Derecho del Niño ha ser Escuchado*, 20 de julio de 2009, párrs. 21, 29, 45 y 77.

y la tolerancia explícita de la Corte Suprema de Justicia del potencial de rechazo social de lo distinto y no tradicional, sin duda colocaron a Karen Atala en una situación de desventaja en comparación con su ex cónyuge en el juicio de tuición y en la determinación de su capacidad como madre, con efectos irreparables para el proyecto de vida y el desarrollo de M. V. y R. Esto es evidenciado en información presentada en el marco de una audiencia ante la CIDH, en donde las niñas catalogan la separación con su madre como “traumática, abrupta e inesperada.....toda vez que ellas habían manifestado su deseo de quedarse con la madre”. También se indicó que sintieron “rabia por no haber sido escuchadas en el proceso de litigio, toda vez que se veían burladas dada la decisión de los jueces”<sup>115</sup>.

134. La Comisión asimismo destaca que la decisión de la Corte Suprema no tomó debida cuenta de la importancia de las niñas de mantener una relación directa con su madre dada su corta edad. Como aducen los peticionarios, Karen Atala no puede cumplir con el régimen de visitas quincenal establecido porque su trabajo le requiere trabajar los fines de semana, y le exige residir en Santiago, mientras que sus hijas residen en Temuco<sup>116</sup>. Karen Atala ha expresado que no es informada del desarrollo y bienestar de sus hijas, de actividades que requieren la participación de los padres como graduaciones y procedimientos médicos, y afronta impedimentos impuestos por su ex cónyuge para poder mantener una relación privada con ellas.

135. La Comisión destaca finalmente que la sentencia de la Corte Suprema de Chile, dados sus mensajes sociales discriminatorios, puede resultar en el rechazo de las niñas respecto del estilo de vida de su madre por su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo, lo cual contraviene la tolerancia y el pluralismo que deben primar en una sociedad democrática e incluyente. La Comisión reafirma que el interés superior de las niñas no puede ser planteado por un Estado como pretexto para discriminar contra un grupo determinado de personas, y que la separación de los niños y niñas de su entorno familiar debe ser excepcional, ya que el daño que acarrea en su proyecto de vida es irreparable.

136. En virtud de lo anterior, la Comisión le solicita a la Corte que concluya y declare que la decisión de la Corte Suprema de Justicia vulneró el interés superior de M. V. y R., y el deber de protección especial del Estado, al separarlas definitivamente de su madre de forma arbitraria y abusiva, sin considerar sus preferencias y necesidades y en base a prejuicios discriminatorios por la orientación sexual de su madre, en violación de los artículos 19 y 17(4) de la Convención Americana, en relación con la obligación de respeto y garantía contenida en el artículo 1(1).

## **5. Garantías judiciales y protección judicial (artículos 8(1) y 25(1) de la Convención Americana)**

137. El artículo 8(1) de la Convención Americana por su parte establece que:

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

138. El artículo 25 de la Convención dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos

<sup>115</sup> CIDH, Audiencia, Caso 12.502, *Karen Atala e Hijas*, 124° período ordinario de sesiones, 7 de marzo de 2006.

<sup>116</sup> Después del proceso de custodia, quedó establecido un régimen quincenal de visitas para Karen Atala.

que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

139. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que "[n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios"<sup>117</sup>.

140. Un componente clave para la efectividad de los recursos judiciales existentes, y para el debido cumplimiento de las garantías del debido proceso es la imparcialidad de los jueces que los integran. La Corte Interamericana ha establecido que el derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso<sup>118</sup>.

141. La imparcialidad supone que el juez que interviene en un caso particular se aproxime a los hechos "de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad"<sup>119</sup>. Refiriéndose al precedente de la Corte Europea, la Corte Interamericana ha indicado que:

La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario<sup>120</sup>. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona<sup>121</sup>. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho<sup>122</sup>.

142. La Comisión destaca lo anteriormente establecido por la Corte Interamericana que "[e]l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos"<sup>123</sup>, para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. A la luz de lo anterior, se deben considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación. La función del

---

<sup>117</sup> Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A. No. 9, párr. 24.

<sup>118</sup> Véase Corte I.D.H., *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; Corte I.D.H., *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 75. Este derecho asimismo ha sido consagrado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 6.

<sup>119</sup> Véase Corte I.D.H., *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56, citando *Pullar v. the United Kingdom*, judgment of 10 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-III*, § 30; *Fey v. Austria*, judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A p. 8, § 28.

<sup>120</sup> Corte I.D.H. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56, citando *Daktaras v. Lithuania*, no. 42095/98 (Sect. 3) (bil.), ECHR 2000-X – (10.10.00), § 30.

<sup>121</sup> *Piersack v. Belgium*, judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, y *De Cubber v. Belgium*, judgment of 26 October 1984, Series A no. 86.

<sup>122</sup> Corte I.D.H., *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56.

<sup>123</sup> Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 146; Corte I.D.H., *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 200; y Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 120.

tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención<sup>124</sup>.

143. La Comisión observa que a lo largo del proceso judicial de custodia estuvieron presentes una serie de prejuicios y estereotipos discriminatorios planteados por el ex cónyuge de la señora Atala en su demanda. Como ya se argumentó en la presente demanda, las diferencias de tratamiento arbitrarias se vieron reflejadas en el balance no objetivo de los argumentos de las partes, en las decisiones que permitieron que el señor López estuviera a cargo de sus hijas a lo largo del proceso, y finalmente en la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

144. Al iniciar el proceso de custodia, la señora Karen Atala se encontraba en pie de igualdad con su ex cónyuge para obtener la custodia de sus hijas. Sin embargo, algunas autoridades judiciales centraron su atención casi de manera exclusiva en la orientación sexual de la señora Atala y no en la capacidad de ambos padres de ejercer la tuición, y por lo tanto, aplicaron un estándar de evaluación distinto para ella y la pusieron en una posición evidente de desventaja basada en un aspecto no contemplado en la ley para este tipo de decisiones. Como ya se dijo, la orientación sexual de una persona es completamente irrelevante en la determinación de la habilidad de un padre o una madre para ejercer la custodia de sus hijos. De esta manera, se abrió la puerta para que concepciones estereotipadas sobre la homosexualidad fueran el centro de las discusiones de los jueces y en suma, para que se adoptaran decisiones arbitrarias basadas exclusivamente en prejuicios y no en el derecho aplicable. Tal como se indicó anteriormente, la presencia de prejuicios discriminatorios resulta evidente de la lectura de la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

145. Asimismo, cabe resaltar que uno de los jueces que tomó decisiones en el proceso señaló expresamente que aunque no existían indicadores para presumir causales de inhabilidad legal de la madre que ameritaran el cambio de tuición existente, en el contexto de una sociedad "heterosexuada y tradicional" los argumentos del señor López cobran especial importancia<sup>125</sup>.

146. La Comisión también destaca el contenido de la visita extraordinaria decretada por la Corte Apelaciones de Temuco como un ejemplo de la falta de imparcialidad y los prejuicios discriminatorios presentes en el poder judicial chileno para la época del juicio de tuición<sup>126</sup>. Los hechos establecidos demuestran que esta visita fue decretada por el pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco como seguimiento a las publicaciones aparecidas en los diarios chilenos sobre la demanda de tuición y la orientación sexual de Karen Atala. El informe de la visita indaga sobre la vida sexual y de pareja de Karen Atala y emite conclusiones revestidas de prejuicios y estereotipos que fueron cobijadas por la Corte de Apelaciones de Temuco, destacando la incompatibilidad entre la relación afectiva "peculiar" de Karen Atala y la imagen del poder judicial<sup>127</sup>.

Que no está en el ánimo de este Visitador emitir juicios de valor respecto de la inclinación sexual de la Magistrado Atala, sin embargo, no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones

<sup>124</sup> Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 120; Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 189; y Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222.

<sup>125</sup> Resolución de la demanda de tuición provisoria por Luis Humberto Tolendo Obando, Juez Titular del Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 2 de mayo de 2003.

<sup>126</sup> La Comisión discute este aspecto dado que fue presentado por los peticionarios como elemento de contexto en su petición de 24 de noviembre de 2004, e incluido como parte de los hechos en el informe de admisibilidad de la CIDH, *Karen Atala e Hijas*, Informe No. 42/08, Petición 1271-04, Chile, 23 de julio de 2008, párr. 23.

<sup>127</sup> Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunzinger, Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003; Resoluciones de la Corte de Apelaciones de Temuco el 2 de abril de 2003 y el 9 de mayo de 2003.

señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el Ilmo. Tribunal.

147. Como asevera Karen Atala sobre dicho informe, y su conclusión sobre la incompatibilidad de su imagen y la del poder judicial: "Esta afirmación constituye un trato indigno, al suponer que mi manera de ser homosexual, aspecto especialmente íntimo e inmodificable de mi personalidad, constituye una causa de vergüenza para mí y para el servicio público en el que me desempeño profesionalmente"<sup>128</sup>. La Comisión asimismo destaca el impacto de esta visita en el juicio de tuición en materia de prejuzgamiento, ya que el Ministro Lenin Lillo terminó participando en la concesión de la orden de no innovar el 24 de noviembre de 2003, la cual retuvo en el padre la custodia de sus hijas durante el proceso de tuición. La Comisión resalta que el mismo Ministro se inhabilitó de la causa de oficio por recusación el 7 de enero de 2004, por motivo de la investigación extraordinaria.

148. La Comisión considera que existe una relación entre la garantía de imparcialidad que debe regir todas las actuaciones judiciales a la luz del artículo 8(1) de la Convención Americana, y el uso de prejuicios discriminatorios para fundar una decisión. La Comisión ya se refirió extensamente a las razones por las cuales considera que las decisiones que tuvieron efectos determinantes en el proceso fueron incompatibles con el derecho a la igualdad y no discriminación. Asimismo, la Comisión expresó su preocupación por el hecho de que el Poder Judicial de un país se apropie de prejuicios discriminatorios presentes en una sociedad, para adoptar decisiones que deben basarse exclusivamente en derecho. La Comisión no estima necesario repetir sus consideraciones en ese sentido.

149. Basta señalar en esta sección que una distinción de trato arbitraria que se presenta en el contexto de un proceso judicial, además de constituir una violación al derecho a la igualdad, debe ser analizado bajo las garantías del debido proceso. En ese sentido, la posición de desventaja en la que Karen Atala fue puesta por parte de las autoridades judiciales a lo largo del proceso al considerar su orientación sexual como un elemento fundamental de su habilidad para ser madre, así como el uso evidente de prejuicios discriminatorios contra la población homosexual en las decisiones determinantes del proceso, permiten concluir que la señora Karen Atala no fue escuchada con las debidas garantías en el proceso de custodia de sus hijas, en particular, no contó con la garantía de imparcialidad y, en suma, le fue negado un acceso efectivo a la justicia.

150. En virtud de lo anterior, la Comisión le solicita a la Corte que concluya y declare que el Estado chileno violó, en perjuicio de Karen Atala, los derechos a las garantías judiciales y protección judicial consagrados en los artículos 8(1) y 25(1) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1(1) del mismo instrumento.

## **VIII. REPARACIONES Y COSTAS**

151. En razón de los hechos alegados en la presente demanda y de la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana que establece "que es un principio de Derecho Internacional que toda violación a una obligación internacional que haya causado un daño, genera una obligación de proporcionar una reparación adecuada de dicho daño"<sup>129</sup>, la Comisión presenta a la Corte sus puntos de vista sobre las reparaciones y costas que el Estado de Chile debe otorgar como consecuencia de su responsabilidad por las violaciones de derechos humanos cometidas en perjuicio de las víctimas.

<sup>128</sup> Petición de fecha 24 de noviembre de 2004.

<sup>129</sup> Corte I.D.H.. Caso Cantoral Huamaní y García Santacruz. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 156; Corte I.D.H.. Caso Zambrano Vélez y otros. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 103; y Corte I.D.H.. Caso Escué Zapata. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 126.

152. Teniendo en cuenta que el Reglamento de la Corte otorga representación autónoma a las víctimas, la Comisión simplemente esbozará a continuación los criterios y pretensiones generales en cuanto a las reparaciones y costas que considera debería aplicar la Corte en el presente caso. La Comisión entiende que le compete a las víctimas y a sus representantes sustanciar en mayor detalle sus reivindicaciones, de conformidad con el artículo 63 de la Convención Americana. Sin embargo, en el eventual caso de que los representantes de las víctimas no hagan uso de este derecho, se le solicita a la Corte que otorgue a la Comisión Interamericana una oportunidad procesal para que pueda precisar las pretensiones pertinentes. Asimismo, la Comisión hará saber a la Corte oportunamente si tiene alguna observación en cuanto a la cuantificación de las pretensiones por parte de los representantes de las víctimas.

## **1. Obligación de reparar**

153. En el presente caso, la Comisión Interamericana ha solicitado que la Honorable Corte concluya y declare que el Estado chileno incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la igualdad y no discriminación, vida privada y familiar, familia, protección especial de las niñas, garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 24, 11.2, 17.1, 17.4, 19, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con la obligaciones generales de respeto y garantía consagradas en el artículo 1(1) del mismo instrumento.

154. El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que

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

155. Tal como ha indicado la Corte en su jurisprudencia constante, "el artículo 63(1) de la Convención Americana recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación"<sup>130</sup>.

156. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos por el derecho internacional (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios), no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno<sup>131</sup>.

## **2. Beneficiarias**

157. El artículo 63(1) de la Convención Americana exige la reparación de las consecuencias de una violación y el pago de una justa indemnización. En consideración de la Comisión, las beneficiarias de las reparaciones que ordene el Tribunal son: Karen Atala y sus hijas, M., V. y R.

<sup>130</sup> Corte I.D.H., Caso La Cantuta.. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 200; Corte I.D.H., Caso del Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 414; Corte I.D.H., Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia). Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 116.

<sup>131</sup> Corte I.D.H., Caso Cantoral Huamaní y García Santacruz. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 190; Corte I.D.H., Caso Zambrano Vélez y otros. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 148; Corte I.D.H., Caso La Cantuta. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 200; Corte I.D.H., Caso del Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 415.

### 3. Medidas de reparación en el presente caso

158. Las reparaciones son cruciales para garantizar que se haga justicia en un caso individual, y constituyen el mecanismo que eleva la decisión de la Corte más allá del ámbito de la condena moral. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. Cuando ello no es posible, las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer el efecto de las violaciones cometidas<sup>132</sup>. Dichas medidas comprenden las diferentes formas en que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en la que incurrió, que conforme al derecho internacional consisten en medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y de no repetición<sup>133</sup>.

159. La Corte ha establecido los criterios esenciales que deben orientar una justa indemnización destinada a compensar económicamente, de una manera adecuada y efectiva, los daños sufridos producto de violaciones a los derechos humanos. Asimismo, la Corte ha establecido que la indemnización tiene un carácter meramente compensatorio, y que la misma será otorgada en la extensión y medida suficientes para resarcir tanto los daños materiales como inmateriales causados<sup>134</sup>.

160. La Corte en su jurisprudencia sobre reparaciones ha sido consistente al establecer que los daños materiales incluyen el daño emergente y el lucro cesante, así como el daño inmaterial o moral tanto para las víctimas como para su núcleo familiar en ciertos casos<sup>135</sup>.

161. Sobre el daño inmaterial, la Corte ha establecido que:

[e]l daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, el consuelo de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos

<sup>132</sup> Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 190; Caso de los 19 Comerciantes, párr. 223; Caso Myrna Mack Chang, párr. 237; Caso Cantos, párr. 108 y Caso del Caracazo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C Nº 95, párr. 78.

<sup>133</sup> Véase Naciones Unidas, Informe definitivo presentado por Theo Van Boven, Relator Especial para la Restitución, Compensación y Rehabilitación de las Víctimas de Graves Violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario, E/CN.4/Sub2/1990/10, 26 julio de 1990. Véase también Corte I.D.H., Caso Blake. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C Nº 48, párr. 31; Caso Suárez Rosero, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C Nº 44, párr. 41, y Corte I.D.H., Caso Castillo Páez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C Nº 43.

<sup>134</sup> Corte I.D.H., Caso La Cantuta, Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 210; Corte I.D.H., Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 204; Corte I.D.H., Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39, párr. 41.

<sup>135</sup> Corte I.D.H., Caso La Cantuta. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párrs. 213 y 214; Corte I.D.H., Caso del Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 423.



humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir<sup>136</sup>.

162. Sin perjuicio de las pretensiones que presenten en el momento procesal oportuno los representantes de las víctimas, la CIDH solicita a la Corte que con base en el acervo probatorio que sea puesto en su consideración, fije en equidad el monto de la indemnización correspondiente al daño material e inmaterial causado como consecuencia de las violaciones alegadas en la presente demanda.

163. Asimismo, debido a la naturaleza del presente caso, la Comisión le solicita a la Corte que ordene al Estado de Chile investigar e imponer las consecuencias legales que correspondan por el actuar de funcionarios judiciales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de M., V. y R.

164. En adición, la Comisión le solicita a la Corte que ordene otras medidas de satisfacción, rehabilitación y no repetición, como se indica a continuación de manera general. Estas medidas deberán ser diseñadas en especial atención a los deseos y necesidades individuales de las víctimas.

165. Adicionalmente, la Comisión le solicita a la Corte que ordene al Estado medidas de satisfacción que incluyan, al menos, un reconocimiento público de responsabilidad internacional y la publicación de las partes pertinentes de la sentencia que eventualmente emita el Tribunal.

166. La Comisión también le solicita a la Corte que disponga medidas de rehabilitación a favor de las víctimas.

167. Finalmente, la Comisión considera que el Estado de Chile debe adoptar medidas de no repetición, a fin de asegurar que no vuelvan a repetirse violaciones como las alegadas en la demanda. En su informe de fondo, la Comisión observó con especial preocupación que los prejuicios contra las personas homosexuales presentados en la demanda interpuesta por el señor López, equiparando "descuido" y "desamparo" con la "opción sexual de la madre", y el tener una "convivencia lésbica" con el contagio de enfermedades de transmisión sexual<sup>137</sup>, fueron cobijados y legitimados por la Corte Suprema de Justicia y por el Juez Titular del Tribunal de Menores de Villarica al dictar su resolución de tuición provisional. Al hacerlo, dichas autoridades judiciales no sólo discriminaron a la señora Karen Atala, sino que promovieron y contribuyeron a perpetuar los mismos estereotipos<sup>138</sup> que han generado la discriminación histórica contra un grupo determinado de personas, en este caso, las personas homosexuales.

168. En ese sentido, y en la misma línea de lo recomendado en su informe de fondo 139/09, la Comisión le solicita a la Corte que ordene al Estado de Chile la adopción de medidas correctivas como legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia. Estas medidas, como ha indicado la Corte,

<sup>136</sup> Corte I.D.H., Caso La Cantuta, Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 216; Corte I.D.H., Caso del Penal Miguel Castro Castro, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 430; Corte I.D.H., Caso de las Masacres de Ituango, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 383; Corte I.D.H., Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 254.

<sup>137</sup> Anexo 1. Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 15 de enero de 2003.

<sup>138</sup> Por ejemplo, sobre la habilidad de padres homosexuales de cuidar a sus hijos y de crear un entorno familiar saludable para ellos y promueve prejuicios sobre las personas homosexuales señalando que están en contra de los valores familiares, que rechazan las formas de vida familiar tradicional y viven de forma egoísta, plenamente centrados en la relación de pareja, sin ser capaces de desarrollar otros vínculos afectivos.

deben tener vocación transformadora y ser acompañadas de recursos humanos y financieros adecuados para garantizar su implementación y programas de capacitación para funcionarios involucrados en garantizar estos derechos.

#### **4. Costas y gastos**

169. En atención de la jurisprudencia constante de la Corte, las costas y gastos deben entenderse comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63(1) de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por la víctima, sus derechohabientes o sus representantes para acceder a la justicia internacional implica erogaciones y compromisos de carácter económico que deben ser compensados<sup>139</sup>.

170. En el presente caso, la Comisión le solicita a la Corte que, una vez escuchados los representantes de las víctimas, ordene al Estado de Chile el pago de las costas y gastos que se hayan originado y se originen de la tramitación del presente caso tanto en el ámbito interno como ante el sistema interamericano de derechos humanos.

#### **IX. PETITORIO**

171. Con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho expuestos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicita a la Corte que concluya y declare que

- a) El Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala;
- b) El Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala;
- c) El Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la vida privada y familiar y a la familia, establecidos en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala y M., V. y R.;
- d) El Estado de Chile es responsable por el incumplimiento de sus obligaciones de protección especial de las niñas y de asegurar la igualdad de derechos de los cónyuges tras la disolución de un matrimonio, consagradas en los artículos 19 y 17.4 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio M., V. y R.;
- e) El Estado de Chile es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala.

y en consecuencia, que ordene al Estado que

- a) Repare el daño material e inmaterial causado como consecuencia de las violaciones alegadas en la presente demanda.

<sup>139</sup> Corte I.D.H., Caso La Cantuta. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 243; Corte I.D.H., Caso del Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 455; Corte I.D.H., Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 152.

- b) Investigue e imponga las consecuencias legales que correspondan por el actuar de funcionarios judiciales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de M., V. y R.
- c) Reconozca públicamente su responsabilidad internacional y publique las partes pertinentes de la sentencia que eventualmente emita el Tribunal.
- d) Disponga medidas de rehabilitación.
- e) Adopte medidas de no repetición que incluyan legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia.
- f) Pague las cosas y gastos legales incurridos en la tramitación del presente caso.

## **X. RESPALDO PROBATORIO**

### **1. Prueba documental**

172. A continuación se ofrece una relación de la prueba documental disponible al momento:

**Apéndice 1.** CIDH, Informe No. 42/08 (admisibilidad), Petición 1271-04, *Karen Atala e hijas*, Chile, 23 de julio de 2008.

**Apéndice 2.** CIDH, Informe No. 139/09 (fondo), Caso 12.502, *Karen Atala e hijas*, Chile, 18 de diciembre de 2009.

**Apéndice 3.** Expediente del trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

**Anexo 1.** Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allende ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 15 de enero de 2003.

**Anexo 2.** Respuesta de la Sra. Karen Atala a la demanda de tuición, 28 de enero de 2003.

**Anexo 3.** Nota de prensa. *Abogado Exige Tuición de sus Hijas porque Esposa Jueza sería Lesbiana*, Periódico La Cuarta, 28 de febrero de 2003

**Anexo 4.** Nota de prensa. *Abogado Exige Tuición de Hijas porque su ex Mujer es Lesbiana*, Diario Las Últimas Noticias, 1 de marzo de 2003.

**Anexo 5.** Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunzinker, Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003.

**Anexo 6.** Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003

**Anexo 7.** Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco, 9 de mayo de 2003.

**Anexo 8.** Demanda de Tuición Provisoria del Sr. Ricardo Jaime López Allende, 10 de marzo de 2003.

**Anexo 9.** Evacuación de Traslado con Respecto al Incidente de Tuición Provisoria Interpuesto por la representación del Sr. Ricardo Jaime López Allende, 13 de marzo de 2003.

- Anexo 10.** Resolución de la demanda de tuición provisoria por Luis Humberto Toledo Obando, Juez Titular del Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 2 de mayo de 2003.
- Anexo 11.** Solicitud de inhibición de Juez Luis Humberto Toledo Obando, 13 de mayo de 2003.
- Anexo 12.** Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003.
- Anexo 13.** Informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, emitido por Soledad Larrain Heiremans, abril de 2003.
- Anexo 14.** Recurso de apelación interpuesto por la representación de Ricardo Jaime López Allende, 11 de noviembre de 2003.
- Anexo 15.** Solicitud de orden de no innovar interpuesta por la representación de Ricardo Jaime López Allende el 22 de noviembre de 2003.
- Anexo 16.** Concesión de orden de no innovar por la Corte de Apelaciones de Temuco, 24 de noviembre de 2003.
- Anexo 17.** Declaración de inhabilitación de los Ministros Archibaldo Loyola y Lenin Lillo Hunzinker, 7 de enero de 2004.
- Anexo 18.** Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de marzo de 2004.
- Anexo 19.** Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 2 de julio de 2004.
- Anexo 20.** Recurso de queja y solicitud de orden de no innovar interpuestos por la representación de Ricardo Jaime López Allende, 5 de abril de 2004.
- Anexo 21.** Concesión de orden de no innovar por la Corte Suprema de Chile, 7 de abril de 2004.
- Anexo 22.** Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004.
- Anexo 23.** Informes psicológicos de M., V. y R. en el expediente de María Isabel Thieres Riquielme, 15 de noviembre de 2002.
- Anexo 24.** *Curriculum vitae* de Michael O' Flaherty, perito ofrecido por la Comisión.
- Anexo 25.** *Curriculum vitae* de Allison Jernow, perita ofrecida por la Comisión.
- Anexo 26.** *Curriculum vitae* de Emilio García Méndez, perito ofrecido por la Comisión.
- Anexo 27.** *Curriculum vitae* de perito ofrecido por la Comisión.

173. La Comisión aclara desde ya que las copias de los documentos que remite como anexos, son las mejores con que cuenta y ha podido obtener hasta el momento.

## **2. Prueba pericial**

174. La Comisión solicita a la Corte que reciba la opinión de los siguientes expertos:

- Michael O' Flaherty, quien declarará sobre los estándares internacionales de derechos

humanos en materia de orientación sexual y su relación con los derechos a la igualdad, no discriminación y vida privada. El objeto del peritaje incluye el tratamiento que el derecho internacional ha dado a la orientación sexual como un criterio prohibido de distinción, así como un aspecto de la vida privada de las personas. Dentro de este contexto, el perito se referirá a la jurisprudencia relevante en el sistema universal, en otros sistemas regionales de derechos humanos y, de ser pertinente, en el derecho comparado. Estas cuestiones atañen al interés público interamericano.

- Allison Jernow, quien declarará sobre el uso de la orientación sexual como un factor en las decisiones judiciales de custodia, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de igualdad, no discriminación y vida privada y familiar. La experta también se referirá a la relación entre los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y los temas de custodia en el presente caso. Estas cuestiones atañen al interés público interamericano.
- Perito cuyo nombre será informado a la brevedad, quien declarará sobre las medidas legislativas y de otra índole que debe adoptar un Estado para prevenir las manifestaciones de la discriminación con base en la orientación sexual en el ejercicio del poder público, y particularmente, en el poder judicial. El experto se referirá a los distintos elementos que deben tomarse en cuenta al momento de diseñar y aplicar políticas públicas efectivas para erradicar y prevenir el uso de prejuicios discriminatorios basados en la orientación sexual en dicho ámbito. Estas cuestiones atañen al interés público interamericano.
- Emilio García Méndez, quien declarará sobre los estándares internacionales sobre derechos humanos de los niños y niñas aplicables en casos relacionados con su custodia y cuidado. El objeto de la declaración incluye la forma en que el interés superior de los niños y niñas, y el derecho a participar y ser escuchados en los asuntos que les conciernen, deben verse reflejados en la actuación de las autoridades judiciales que deciden dichos casos. Asimismo, el experto se referirá a las consecuencias nocivas en el interés superior de los niños y niñas cuando se aplican prejuicios discriminatorios en tales decisiones. Estas cuestiones atañen al interés público interamericano.

#### **XI. DATOS DE LOS REPRESENTANTES DE LAS VÍCTIMAS**

175. De conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Corte, la Comisión Interamericana informa a la Corte que mediante comunicación de 5 de abril de 2010 los peticionarios indicaron que "para efectos de este proceso, tanto ante la CIDH como eventualmente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las comunicaciones a todas las víctimas se hacen al domicilio de una de sus representantes, la abogada Macarena Sáez, domiciliada en [REDACTED] Solicitamos además (...) que todas las comunicaciones sean enviadas a los siguientes correos electrónicos: [REDACTED]".

176. En el mismo documento, los peticionarios indicaron que "para todo lo relacionado con este proceso, las víctimas fijan su domicilio en [REDACTED]".

Washington, D.C.  
17 de septiembre de 2010