



ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS
COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO 12.502
ATALA RIFFO E HIJAS
VS.
CHILE
Observaciones finales escritas

INTRODUCCIÓN

1. El presente caso se relaciona con la discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de Karen Atala, ocurridas en el contexto de un proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas, M., V. y R. La orientación sexual de Karen Atala y, principalmente la expresión de dicha orientación en su proyecto de vida, fueron la base principal de las decisiones mediante las cuales se resolvió retirarle la custodia de las niñas. Estas decisiones constituyeron una diferencia de trato basada en una categoría sospechosa; diferencia de trato que no fue ni objetiva ni razonable al tener como hilo conductor una serie de presunciones de riesgo derivadas de las concepciones y sesgos personales de los jueces sobre la convivencia de la señora Atala con una persona del mismo sexo. Asimismo no se analizó de manera adecuada el interés superior de las niñas y no se cumplió con los estándares mínimos en cuanto a su derecho a ser oídas.

2. La Comisión Interamericana reitera las consideraciones de hecho y de derecho vertidas en la demanda de 17 de septiembre de 2010 y en la audiencia pública celebrada los días 23 y 24 de agosto de 2011.

3. En esta oportunidad, la CIDH desea profundizar sus consideraciones sobre los siguientes puntos: i) la orientación sexual a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana; ii) la necesidad de que la Corte aplique un escrutinio estricto a diferencias de trato basadas en la orientación sexual; iii) la aplicación del escrutinio al caso concreto; iv) las observaciones de la Comisión al escrito presentado por el padre de las niñas; y v) las medidas de no repetición. En los apartados respectivos, la Comisión incluirá algunas respuestas a las preguntas formuladas por la Corte Interamericana durante la audiencia pública.

1. La orientación sexual a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana

4. 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.

5. Tanto la Comisión como la Corte han establecido el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación y su carácter de eje central de sistema interamericano de derechos humanos. La Comisión ha insistido en la relevancia de que en este caso la Corte Interamericana establezca la interrelación entre el alcance normativo del artículo 24 y el

alcance normativo del artículo 1.1 de la Convención, en tanto en el presente caso ambas normas resultan aplicables a los hechos del caso.

6. Desde su demanda y en la audiencia pública, la Comisión ha sostenido que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro del alcance de la prohibición de discriminación establecida en esta norma. Al respecto, la Comisión ha sido enfática en que la misma no contempla un listado taxativo de categorías, sino que se trata de una cláusula abierta, lo que deriva de su propio texto, específicamente del lenguaje “o cualquier otra condición social”. En ese sentido, la Comisión ha puesto de manifiesto el consenso internacional existente en los diferentes sistemas de protección de derechos humanos en el sentido de que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de las cláusulas de no discriminación de los distintos tratados internacionales de derechos humanos.

7. Así, en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos, desde 1994 el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, estableció en el caso *Toonen v. Australia* que la orientación sexual debía entenderse como comprendida dentro de la categoría sexo establecida en los artículos 2.1 y 26 del PIDCP¹. Este criterio fue reiterado posteriormente en el caso *Young v. Australia*² y cuatro años más tarde en el caso *X. v. Colombia*³. En este último caso el Comité indicó que la categoría se encuentra incluida en la cláusula de no discriminación, aunque no precisó si dentro del lenguaje “sexo” o dentro del lenguaje “otra condición social”. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su *Observación General 20*, indicó que la orientación sexual se encuentra incluida en el texto “otra condición social” contemplado en artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴.

8. En el marco del sistema europeo de protección de derechos humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos estableció en el caso *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, que el artículo 14 del Convenio Europeo, correspondiente a la prohibición de discriminación, es “ilustrativo y no exhaustivo”, como se deriva de las palabras “o cualquier otra situación”⁵. En consecuencia, la Corte Europea estableció que la orientación sexual se encuentra “indudablemente comprendida” dentro del artículo 14 del referido Convenio⁶. Con posterioridad a este fallo, la Corte Europea ha conocido un importante número de casos relacionados con distinciones, restricciones o exclusiones con base en la orientación sexual, los cuales han sido analizados por dicho Tribunal a la luz del artículo 14 del Convenio Europeo⁷.

¹ Comité de Derechos Humanos. Caso Toonen contra Australia. Comunicación 488 / 1992. CCPR/C/50/D/488/1992. Párr. 8.7.

² Comité de Derechos Humanos. Caso Young contra Australia. Comunicación 941 de 2000. CCPR/C/78/D/941/2000. (2003). Párr. 10.4.

³ Comité de Derechos Humanos. Caso X. contra Colombia. Comunicación 1361 de 2005. CCPR/C/89/D/1361/2005. (2007). Párr. 7.2.

⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/GC/20 (2009). Párr. 32.

⁵ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal. Decisión de 21 de diciembre de 1999. Párr. 28.

⁶ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal. Decisión de 21 de diciembre de 1999. Párr. 28.

⁷ Ver por ejemplo: Corte Europea de Derechos Humanos. Caso L. y V. contra Austria. Decisión de 9 de enero de 2003; Caso S. L. contra Austria. Decisión de 9 de enero de 2003; Caso Karner contra Austria. Decisión de 24 de julio de 2003; Caso E.B. contra Francia. Decisión de 22 de enero de 2008, entre otros.

9. Durante la audiencia pública, el Estado de Chile efectuó algunas consideraciones sobre la necesidad de que la Corte analice estas cuestiones a la luz del consenso interamericano sobre la orientación sexual. Sobre este punto, la Comisión considera importante formular algunas observaciones.

10. En primer lugar, la Comisión hace notar que en las determinaciones descritas ni el Comité de Derechos Humanos, ni el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni la Corte Europea de Derechos Humanos han considerado necesario un análisis profundo de los desarrollos en los distintos países en cuanto a la orientación sexual de las personas. Si bien en casos que presentan un debate sobre una interpretación que no deriva necesariamente del texto mismo o que resulta distinta del tenor literal de la norma, la Corte Europea ha analizado si los Estados partes han llegado a un consenso, tal no ha sido el caso en la determinación de si la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la cláusula de no discriminación. Por el contrario, para el Tribunal Europeo resulta “indudable” la inclusión de la orientación sexual en el artículo 14 en tanto ello deriva del texto mismo de las cláusulas que son coincidentes en su carácter enunciativo y no taxativo.

11. En segundo lugar, al momento de interpretar la Convención Americana, la Corte Interamericana no ha considerado necesario analizar si sobre un tema en particular se ha llegado a un consenso en el hemisferio americano, a fin de determinar si la interpretación en cuestión resulta admisible. La Corte se basa principalmente en las fuentes de derecho internacional, sin perjuicio de tomar en consideración, a título complementario, algunos desarrollos alcanzados a nivel de derecho comparado.

12. En tercer lugar, como explicó la perito Allison Jernow, varios países del continente americano hace más de una década se viene reconociendo la prohibición de discriminación por orientación sexual, o bien a través del reconocimiento constitucional explícito, o bien a través de la interpretación de los diferentes tribunales constitucionales. En efecto, y tal como lo ha hecho en otros casos, la Comisión estima relevante que en su análisis, la Corte tome en consideración estos desarrollos que, como apuntó el perito Rodrigo Uprimny en la audiencia, se encuentran reflejados en las resoluciones de la Asamblea General sobre la materia.

13. En virtud de lo señalado hasta el momento, la Comisión considera que: i) en los distintos sistemas de protección, tanto universal como europeo, existe un reconocimiento claro de que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la prohibición de discriminación; ii) este reconocimiento no deriva de un análisis sobre la existencia o no de un consenso de los Estados partes en los tratados respectivos sino del carácter abierto y enunciativo de las cláusulas; iii) la interpretación propuesta por el Estado sobre la necesidad de que la Corte Interamericana analice la existencia o no de un consenso sobre la materia, no resulta relevante ni adecuada; y iv) en todo caso, existe un amplio reconocimiento en los Estados americanos en el sentido de que la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida.

2. La necesidad de que la Corte aplique un escrutinio estricto a diferencias de trato basadas en la orientación sexual

14. Ahora bien, dejando establecido que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro del ámbito normativo del artículo 1.1 bajo la frase “o cualquier otra condición social”, la Comisión considera necesario que, al momento de emitir su decisión, la

Corte Interamericana tome en especial consideración el tratamiento ha recibido la orientación sexual al momento de analizar cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en ella.

15. En primer lugar, la Comisión considera que al momento de analizar si una diferencia de trato resulta razonable y objetiva, o si por el contrario, resulta una violación al principio de igualdad y no discriminación, es pertinente que la Corte Interamericana aplique el juicio de proporcionalidad que ha utilizado en casos relacionados con el análisis de si una restricción resulta permisible bajo la Convención Americana. Esto, en tanto constituye una metodología útil para darle un contenido empírico a los conceptos de “objetividad” y “razonabilidad” al momento de aplicarlos a un caso concreto.

16. Un punto importante de la aplicación consistente de esta metodología de interpretación, es la definición de la intensidad del análisis en cada caso concreto, tomando en consideración por ejemplo los derechos involucrados y el nivel de permisibilidad que la misma Convención otorga a los Estados en la posibilidad de restringirlos o interferir en el ejercicio de los mismos. De esta manera, la Corte Interamericana ha realizado diferentes tipos de escrutinio de las acciones estatales según las circunstancias y los derechos involucrados en cada caso.

17. La Comisión considera que esta aproximación es consistente con la Convención Americana y es por eso que desde su demanda, a través de los peritajes y en las observaciones orales en la audiencia pública, ha insistido en la necesidad de que en este caso la Corte efectúe un escrutinio estricto de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Juzgado de Letras de Menores de Villarica, mediante las cuales el Estado de Chile incurrió en una diferencia de trato en perjuicio de Karen Atala con base en su orientación sexual. Los componentes específicos de este escrutinio se encuentran detallados *infra* párr. 24.

18. Como es de conocimiento de la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo ha acudido al concepto de “margen de apreciación” y a la calificación de las razones que un Estado puede argumentar para justificar ciertas medidas, a fin de distinguir los distintos escrutinios a realizar tomando en cuenta la naturaleza de los derechos involucrados. Como se ejemplifica en los siguientes párrafos, la Corte Europea ha aplicado un escrutinio estricto en casos en los cuales se encuentra involucrada la orientación sexual, tanto desde la perspectiva del derecho a la vida privada, como desde la perspectiva del principio de no discriminación. Este escrutinio estricto se ve reflejado en la calificación del margen de apreciación como “angosto” y en la determinación de sólo serias razones podrían justificar interferencias o diferencias de trato con base en la orientación sexual de una persona.

19. Así por ejemplo, desde hace más de tres décadas, en los casos *Dudgeon v. Irlanda*, *Norris v. Irlanda*, *Lustig-Prean and Beckett v. Reino Unido* y *Smith and Grady v. Reino Unido*, la Corte Europea sostuvo que las interferencias en la vida privada de una persona que se relacionan con la sexualidad de la misma – incluyendo la orientación sexual – deben ser justificadas por razones “serias”, aún cuando respecto del fin que el Estado argumenta perseguir pueda decirse que existe un amplio margen de apreciación⁸.

⁸ Ver. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Dudgeon* contra Irlanda del Norte. Decisión de 23 de septiembre de 1981, párr. 52; Caso *Norris* contra Irlanda. Decisión de 29 de septiembre de 1988. Párr. 46; Caso *Lustig-Prean and Beckett* contra Reino Unido. Decisión de 27 de septiembre de 1999. Párr. 82; y Caso *Smith and Grady* contra Reino Unido. Decisión de 27 de septiembre de 1999. Párr. 89.

20. Por su parte, al pronunciarse sobre casos de alegada discriminación con base en la orientación sexual, la Corte Europea ha dicho expresamente que el margen de apreciación es “angosto”, lo que implica que en el análisis de proporcionalidad de la medida no es suficiente que se alegue la persecución de un “fin legítimo” sino además que la medida es estrictamente necesaria⁹. Asimismo, en los casos *S. L. v. Austria* y *L. y V. v. Austria*, la Corte Europea ha indicado que al igual que las diferencias en razón del “sexo”, las diferencias en razón de la orientación sexual requieren fuertes y serias razones para ser justificadas¹⁰. Aún más, en el caso *Karner v. Austria*, la Corte Europea estableció que “muy fuertes razones” deben ser alegadas para que tal diferencia de trato pueda considerarse justificada bajo el Convenio Europeo¹¹ y, de manera más reciente, en el caso *E.B. v. France*, la Corte Europea reiteró que sólo “razones particularmente fuertes y convincentes” podrían justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual¹².

21. Este escrutinio estricto deriva de la naturaleza de la categoría en cuestión. La orientación sexual constituye no sólo uno de los aspectos más importantes de la vida privada de una persona, tanto en el sentido de intimidad como en el sentido de autonomía y autodeterminación, sino un elemento central de la identidad de las personas. Esta aproximación también resulta consistente con el derecho constitucional comparado. Como explicó detalladamente el perito Rodrigo Uprimny, en el derecho constitucional comparado se ha acudido a la figura de “categoría sospechosa” y, consecuentemente, se ha aplicado un escrutinio estricto a casos relacionados con la orientación sexual, partiendo de una presunción de incompatibilidad de la medida estatal que tome en cuenta dicha categoría.

22. Así, el mismo perito ofreció a la Corte una serie de criterios que pueden resultar relevantes en la calificación de una categoría como sospechosa. Específicamente, el perito Uprimny se refirió a los siguientes criterios: i) si la categoría resulta esencial para la identidad de la persona; ii) si se trata de una categoría utilizada históricamente para discriminar; y iii) si resulta razonable la distribución de beneficios y cargas sociales con base en dicha categoría. El perito Uprimny también mencionó si se trata de una minoría que históricamente no ha accedido a espacios de representación¹³. En aplicación de estos criterios a la orientación sexual, el perito

⁹ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Karner contra Austria. Decisión de 24 de julio de 2003. Párr. 41.

¹⁰ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso S. L. contra Austria. Decisión de 9 de enero de 2003. Párr. 37; Caso L. y V. contra Austria. Decisión de 9 de enero de 2003. Párr. 45.

¹¹ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Karner contra Austria. Decisión de 24 de julio de 2003. Párr. 37.

¹² Corte Europea de Derechos Humanos. Caso E.B. contra Francia. Decisión de 22 de enero de 2008. Párr. 91.

¹³ Estos criterios son consistentes con los citados en la demanda de la Comisión, tomando como ejemplos algunas decisiones judiciales en derecho comparado. Así, en el párrafo 94 de su demanda, la Comisión indicó que “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”. 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 (9th Cir. 1989); Véase también análisis en Supreme Court of Iowa, *Katherine Varnum 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). Por su parte, 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*

afirmó que, a la luz de los mismos, la orientación debe considerarse una categoría sospechosa que implica un escrutinio estricto del actuar del Estado.

23. En virtud de lo anterior, la Comisión considera que tanto las decisiones de la Corte Europea, decisiones a nivel de derecho constitucional comparado, y la prueba pericial rendida, aportan argumentos importantes que justifican la aplicación de un escrutinio estricto en casos de alegada discriminación con base en la orientación sexual.

24. De acuerdo a la metodología de interpretación aplicada constantemente por la Corte en casos de restricciones – y que la Comisión considera útil para resolver casos relacionados con el principio de igualdad y no discriminación – la Comisión ha formulado este escrutinio estricto en los siguientes términos:

tras haber presentado una distinción de esta naturaleza, la carga de la prueba recae sobre el Estado y los criterios generales (...) 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 imperiosa. Asimismo, no es suficiente que la medida sea idónea o que 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. 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.

(...)

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 *supra* (...) ¹⁴.

25. La Comisión ha resumido en esta sección las razones que tomó en consideración el efectuar esta interpretación, en tanto constituye un punto de orden público interamericano. Al tratarse del primer caso a ser resuelto por la Corte sobre discriminación con base en la orientación sexual, la definición de estándares y, particularmente, el tipo de escrutinio definido en esta oportunidad, tendrá efectos en la aproximación de casos futuros.

3. La aplicación del escrutinio al caso concreto

26. El actuar de la Corte Suprema de Justicia y del Juzgado de Letras de Villarica, al resolver el recurso de queja y la tuición provisoria, respectivamente, no superan el escrutinio estricto planteado en la sección anterior. Las diferencias de trato en estas decisiones no superan ni siquiera los primeros pasos del análisis propuesto. Para ello resulta útil el análisis planteado por el perito Rodrigo Uprimny al ser cuestionado en la audiencia en términos hipotéticos por una situación igual a la del presente caso.

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.

¹⁴ Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo e hijas v. Chile. 17 de septiembre de 2010. Párrs. 89 y 95.

27. El razonamiento seguido por la Comisión es que si bien en abstracto el interés superior de las hijas de Karen Atala constituía un fin legítimo y aún una necesidad social imperiosa, la falta de adecuación o relación de causalidad entre ese fin nominal y la distinción, resulta evidente de la misma motivación especulativa y abstracta de las sentencias. Específicamente respecto del fallo de la Corte Suprema de Justicia, de 20 considerandos, los primeros 12 se dedican a narrar el proceso de tuición y las normas aplicables. A partir del considerando 13 y hasta el final del fallo, la Corte Suprema de Justicia inicia su cadena de especulaciones sobre los eventuales riesgos que la convivencia de Karen Atala con su pareja lesbiana podría acarrear en las niñas. Así por ejemplo, se menciona que:

- los jueces que fallaron en su favor “no consideraron debidamente los efectos que ella puede acarrear en el cabal resguardo de los intereses de las hijas”.
- Igualmente, la Sentencia de la Corte Suprema afirma 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 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.
- Culminando con que Karen Atala ha “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”.

28. Ante estas consideraciones, resulta forzoso concluir que la decisión tuvo como sustento las propias concepciones estereotipadas de los jueces sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo. No existió consideración ni evidencia alguna – reflejada en la sentencia – sobre la posible afectación grave que la vida privada o conducta sexual de Karen Atala pudiera tener sobre sus hijas. Como indicó la perita Jernow, la invocación de la orientación sexual de los padres no puede justificar la pérdida de la custodia, sino que es necesario que aparezca la prueba objetiva en el sentido de que la conducta del padre o la madre tiene un impacto en los niños o niñas.

29. Al respecto, al Juez Ventura Robles cuestionó a las partes durante la audiencia sobre si la Corte Suprema de Justicia se basó o no en un daño objetivo. En consideración de la Comisión, esta pregunta va hacia el punto central del debate idoneidad en este caso, es decir, de la relación de medio a fin entre el fin de proteger a las niñas – invocado en abstracto – y la diferencia de trato materializada en las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Letras de Villarrica.

30. En ese sentido, la Comisión considera que la motivación de los fallos permite concluir que no existió consideración alguna sobre “daño objetivo”. Al contrario, el lenguaje utilizado por los tribunales evidencia el carácter especulativo sobre un daño potencial que ni siquiera fue acreditado con alguna base objetiva.

31. Además, la falta de objetividad en las consideraciones de los tribunales deriva de que los argumentos planteados sobre daño potencial, sólo pueden predicarse de la Karen Atala por ser lesbiana. Al respecto, la perito Allison Jernow explicó que, en efecto, es relevante que las autoridades judiciales a cargo de casos de custodia, analicen la conducta personal, sexual y afectiva de los padres. Sin embargo, este análisis, para ser compatible con el principio de no discriminación, debe realizarse desde una perspectiva neutral que pueda predicarse tanto de una persona homosexual como de una persona heterosexual.

32. Otro elemento que evidencia la falta de objetividad del daño invocado, es la ausencia absoluta de motivación sobre la valoración probatoria efectuada por la Corte Suprema de Justicia. No es posible entender la forma en que dicho Tribunal llega a las conclusiones a la luz de las pruebas con que contaba en el expediente. La falta de motivación en ese sentido se constituye en un aspecto más que pone de manifiesto la subjetividad de las decisiones y el hecho de que las mismas fueron adoptadas a partir de sesgos y prejuicios personales.

33. Con base en lo anterior, resulta claro que el sustento mismo de los fallos rompe inmediatamente la relación de causalidad entre el fin que se persigue y la distinción realizada, no siendo necesario continuar con otros pasos del examen. La conclusión necesaria es que las decisiones judiciales que se analizan constituyeron actos de discriminación por la orientación sexual de Karen Atala, injerencias arbitrarias en su vida privada y autonomía que además violaron su derecho a las garantías judiciales ya que los jueces fallaron de acuerdo a sus propios intereses y creencias en oposición a su deber de obrar imparcialmente y fallar en derecho.

34. A lo anterior se suma que la Corte Suprema vulneró el interés superior de las niñas no sólo por la falta de determinaciones basadas en evidencia y en hechos concretos, sino por haberse abstenido de escucharlas en el marco del recurso de queja y, especialmente, de valorar razonadamente y con argumentos objetivos, las opiniones vertidas por ellas a lo largo del proceso en el sentido de su preferencia hacia la convivencia con su madre, Karen Atala, en los términos explicados por el perito Emilio García Méndez.

35. La Comisión no puede dejar de notar que en un caso de similares características al presente – *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* – la Corte Europea concluyó que la denegación de custodia a un padre homosexual con base en su orientación sexual, fue discriminatoria al no guardar relación con la protección de los niños involucrados. La Comisión llama la atención de la similitud del razonamiento de la Corte Suprema de Chile respecto de la Corte de Apelaciones de Portugal: “el niño debe vivir en un ambiente familiar, en una familia portuguesa tradicional” y no en “la sombra de situaciones anormales, lo cual es dictado por la naturaleza humana”.

4. Las observaciones de la Comisión al escrito presentado por el padre de las niñas

36. La Corte Interamericana remitió el escrito presentado por el señor Jaime López Allende, padre de M., V. y R, y solicitó la remisión de observaciones. Sobre este escrito, la Comisión desea formular tres observaciones fundamentales. La primera sobre la amplitud en el acceso al sistema de peticiones individuales a la luz de la Convención Americana, la segunda sobre la naturaleza del proceso ante la Corte, y la tercera sobre la solicitud de actuar como tercero interesado.

37. En primer lugar, la Comisión se permite recordar que el acceso al sistema de peticiones individuales se encuentra regulado en los artículos 44 y siguientes de la Convención Americana. Específicamente en cuanto a las personas legitimadas para presentar peticiones o denuncias ante la Comisión, dicho artículo establece que:

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

38. En contraste con otros sistemas de protección, en el ámbito del sistema interamericano, no es necesario que el peticionario o peticionarios acrediten ante la Comisión su calidad de víctimas o de representantes apoderados. Esta amplitud en el acceso es una característica definida con apertura y amplitud con un propósito específico.

39. La Comisión no considera admisible el planteamiento del señor Jaime López en el sentido de que al ser quien ejerce la patria potestad sobre las niñas, él sería la única persona facultada para representarlas ante los órganos del sistema interamericano. Como se indicó anteriormente, el acceso al sistema de peticiones y casos se encuentra regulado por la Convención Americana y no guarda relación alguna con la normativa interna de los Estados en materia de patria potestad, guarda, tutoría u otras figuras similares. En ese sentido, la Comisión consideró desde el inicio del trámite ante sí que tanto la señora Karen Atala como las organizaciones que actuaron como peticionarias, se encontraban legitimadas para presentar la petición a favor de aquella y sus hijas. Esto fue entendido así por la CIDH desde el informe de admisibilidad¹⁵.

40. Evidentemente, la calidad de peticionarios se limita al presente trámite internacional. En ninguna etapa del trámite la Comisión tuvo a la vista indicio alguno en el sentido de que las niñas no desearan que las peticionarias fueran su madre o las organizaciones respectivas. La actuación como peticionaria ejercida por su madre y las organizaciones, no guardan relación con las visiones de las niñas sobre el juicio de custodia, sino con su calidad de víctimas de violaciones de derechos humanos a la luz de la Convención Americana. Cabe mencionar además que la Comisión ha tomado nota de que los informes psicológicos parecen indicar que las niñas han optado por una posición neutral sobre las controversias que puedan suscitarse entre sus padres. En ese sentido, no es razonable esperar que las niñas se apersonaran activamente ante los órganos del sistema interamericano a fin de plantear sus posiciones personales.

41. En segundo lugar, la Comisión observa que el señor Jaime López ha indicado que las niñas no fueron escuchadas ni en el trámite ante la CIDH ni en el actual procedimiento ante la Corte. Sobre este punto, la Comisión desea aclarar que el debate en el trámite ante los órganos del sistema interamericano se centra en la posible responsabilidad internacional del Estado de Chile a la luz de la Convención Americana. Ni la Comisión ni la Corte Interamericanas se encuentran facultadas para efectuar un pronunciamiento sobre el resultado del proceso de custodia ni sobre cuál de los padres se encontraba en mejor posición para ejercer su cuidado. En el proceso ante la Comisión y la Corte, la determinación a realizarse es sobre las obligaciones internacionales del Estado. En ese sentido, la Comisión no encuentra razones para considerar que existe una obligación genérica de escuchar a los niños o niñas involucrados en los casos ante el sistema interamericano.

¹⁵ Ver. Apéndice I de la demanda. Informe de Admisibilidad. Párr. 44. En dicho informe, de acuerdo con su práctica constante, la Comisión analizó la competencia personal en los siguientes términos: "Los peticionarios se encuentran facultados por el artículo 44 de la Convención Americana para presentar denuncias ante la Comisión. La petición señala como presuntas víctimas a la señora Karen Atala y a sus tres hijas, M., V. y R., respecto de quienes Chile se comprometió a respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana. En lo concerniente al Estado, la Comisión señala que Chile es un Estado parte en la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990, fecha en que se depositó el instrumento de ratificación respectivo. Por lo tanto, la Comisión tiene competencia *ratione personae* para examinar la petición".

42. Finalmente, en cuanto a la solicitud del señor López Allende se apersonarse al proceso como tercero interesado, la Comisión considera que tal figura no se encuentra prevista en el Reglamento de la Corte.

5. Las medidas de no repetición

43. La Comisión considera que en el presente caso existen razones suficientes que ameritan que la Corte Interamericana disponga medidas de no repetición. Al respecto, la Comisión observa que en su escrito de contestación a la demanda y al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, así como en oportunidades posteriores, el Estado de Chile formuló consideraciones sobre la impertinencia de este tipo de medidas en el presente caso.

44. Sobre este punto, la Comisión desea formular tres observaciones finales que complementan lo dicho ya en la demanda y en la audiencia pública.

45. En primer lugar, la Corte ha establecido de manera reiterada su amplia competencia para dictar medidas de reparación de diferente naturaleza. Los criterios normalmente utilizados por la Corte para definir las medidas de reparación que resultan pertinentes en cada caso son: el nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados y las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Entre las medidas de reparación que la Corte ordena en sus sentencias se encuentran, medidas de restitución, de compensación, de satisfacción, de rehabilitación y de no repetición.

46. Específicamente, respecto de las medidas de no repetición, la Comisión destaca que la Corte ha ejercido la facultad de dictar tales medidas, no solamente en aquellos casos en los cuales ha encontrado un contexto generalizado de violación a determinados derechos, sino también en circunstancias más acotadas que, no obstante, por las particularidades del caso, requieren la adopción de tales medidas. Al respecto, el perito Stefano Fabeni formuló algunos ejemplos relevantes en la jurisprudencia de la Corte.

47. Por otra parte, la Comisión considera importante destacar algunos aspectos que indican la necesidad en el caso concreto de disponer medidas de no repetición. Si bien se trató de decisiones emitidas por dos autoridades judiciales internas, la Comisión resalta el hecho de que se trata de una decisión del más alto tribunal del país que, como tal, envió un mensaje de intolerancia y discriminación a la sociedad chilena y a las diferentes instancias del poder judicial. Aún más, esta decisión fue emitida en el marco de un proceso de naturaleza disciplinaria contra los jueces que emitieron el fallo de segunda instancia a favor de Karen Atala. En ese sentido, el mensaje enviado por la Corte Suprema de Justicia es que no solamente es ajustado a derecho retirar la custodia de sus hijas a una madre con base en presunciones de riesgo y visiones estereotipadas de las relaciones entre personas del mismo sexo, sino que otorgarle la custodia de sus hijas a una madre lesbiana por el sólo hecho de expresar su orientación sexual en su proyecto de vida, es sancionable disciplinariamente.

48. La Comisión considera necesario que la Corte establezca en su sentencia medidas de no repetición para eliminar los mensajes enviados por la Corte Suprema de Justicia tanto al poder judicial como a la sociedad chilena en su conjunto. Sobre el tipo de medidas de no repetición para evitar el uso de prejuicios discriminatorios en el poder judicial, el perito Stefano Fabeni formuló propuestas que resultan adecuadas y compatibles con el tipo de medidas que la Corte ha dictado en otros casos. Entre estas medidas, la Comisión destaca las capacitaciones a autoridades judiciales, la difusión de la sentencia y la realización de

campañas a fin de contribuir a un ambiente de tolerancia frente a una problemática que ha sido invisibilizada.

49. Sobre las medidas de capacitación a autoridades estatales y, especialmente, a autoridades judiciales, informadas por el Estado en diversas oportunidades del procedimiento ante la Corte, la Comisión considera que si bien constituyen un primer paso, en casos como el presente se requiere un mayor nivel de especificidad para asegurar que estas medidas resulten efectivas y cumplan la finalidad para la cual fueron concebidas. En el caso Atala Riffo e hijas, las autoridades judiciales chilenas incurrieron en un acto de discriminación como consecuencia de prejuicios y visiones estereotipadas de ciertos grupos de personas que, incluso, pueden operar de manera inconsciente. Es por ello que, tal como explicó el perito Fabeni, las medidas de no repetición en este caso requieren de una aproximación específica que responda a las complejidades propias de este tipo de violaciones y a la naturaleza del problema de la discriminación contra ciertos sectores de la población. Como indicó el perito Uprimny, la obligación de no discriminar tiene un carácter multidimensional. Ello implica un deber para el Estado de adoptar medidas integrales de prevención y no repetición.

Washington, D.C.

24 de septiembre de 2011.