

## A PROPÓSITO DEL CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VERSUS CHILE. UN HITO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

YENNESIT PALACIOS VALENCIA<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Medellín, Colombia. Correo electrónico: yennesit.palacios@gmail.com

### Resumen

El asunto Atala Riffo y niñas contra el Estado de Chile, constituye un hito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues el caso goza de especial importancia al evidenciar que en los Estados de las Américas, aún persiste un alto grado de intolerancia y discriminación en relación a la orientación sexual. En este supuesto, tal situación fue provocada por el aparato judicial chileno, cometiendo discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de la señora Atala Riffo por ser lesbiana. Razón que fue la base principal de la decisión mediante la cual se resolvió retirarle la custodia de sus hijas.

*Palabras clave:* derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, igualdad y no discriminación, derechos de los niños, parejas del mismo sexo, orientación sexual.

**Abstract**

The case Atala Riff and girls v. State of Chile, is a milestone in the jurisprudence of the Inter-American Court, so the case has special significance, because there is evidence that in the States of the Americas there is still a high degree of intolerance and discrimination in relation to sexual orientation. In this case, this situation was caused by the Chilean judicial system, making discrimination and arbitrary interference with the privacy of Ms. Atala Riff for being a lesbian. This reason was the main base of the decision that was resolved to withdraw custody of their daughters.

*Keywords:* Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights, equality and non-discrimination, rights of children, same-sex couples, sexual orientation.

RECEPCIÓN: 7 DE OCTUBRE DE 2013 / ACEPTACIÓN: 7 DE AGOSTO DE 2015

**INTRODUCCIÓN**

El objeto de este escrito es, a partir de la Línea de Investigación en Género, Minorías Étnicas y Grupos Vulnerables, de la Maestría en Educación y Derechos Humanos, de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, reflexionar sobre violaciones de derechos humanos por este-

reotipos basados en la orientación sexual, a través del caso *Atala Riffó y niñas contra el Estado de Chile*, pues el precedente constituye un hito en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El asunto es resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”), debido al intento frustrado de la víctima, la señora Atala Riffó de obtener la tutela y custodia de sus tres niñas, a causa de la discriminación que sufrió por ser lesbiana, so pretexto de presunciones de riesgo y daño que podrían sufrir sus hijas, pues la víctima convivía también con su pareja. Situación que fue calificada como inaceptable,

pues el trato con “normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo, conllevaba a desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre-mujer, y por lo tanto alteraba el sentido natural de la familia”<sup>2</sup>.

Para contrarrestar lo anterior se han desarrollado muchos avances en la materia<sup>3</sup>, no obstante, reivindicar los derechos para luchar contra la discriminación en razón a la orientación

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso *Atala Riffó y niñas versus Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Párr. 31.

<sup>3</sup> El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”.

sexual, es aún una asignatura pendiente, máxime cuando dicho abuso es cometido directamente por los operadores jurídicos. Esto está evidenciado en los hechos probados de la presente sentencia. Lo cual demuestra la urgencia en la aplicación real

de igualdad de derechos y oportunidades en un colectivo que desde antaño es, y sigue siendo estigmatizado.

Los argumentos centrales de las partes que se desarrollarán en este escrito, versarán sobre: 1. Los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; 2. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana (en adelante la Convención); 3. La diferencia de trato basada en la orientación sexual; y 4. El interés superior de los niños y niñas.

Lo anterior se explicará teniendo como punto de partida el proceso de tuición iniciado por el padre de las niñas M., V. y R., para valorar los motivos por los cuales el caso llega al Sistema Interamericano y la *ratio decidendi* desplegada por la Corte, esto es, las razones esenciales desarrolladas por dicho Tribunal para motivar el caso *sub examine*. Las cuales como se observará, estarán soportadas en el *corpus iuris* existente en la materia y en la discriminación por la orientación sexual como categoría prohibida en el orden internacional.

#### SOBRE LOS HECHOS

La controversia está directamente relacionada con la alegada responsabilidad internacional del Estado de Chile, por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual, lo cual desencadenó

un proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas.

Según consta en los hechos del caso, la señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, el 29 de marzo de 1993. Producto de dicha relación nacieron sus hijas M., V. y R., en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente. Sin embargo, en el año 2002 la pareja decide finalizar su matrimonio por medio de una separación de hecho, estableciendo por mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tutición y cuidado de las tres niñas.

Posteriormente, en noviembre de 2002 la señora Atala comenzó a convivir en la misma casa con su compañera sentimental, la señora Emma de Ramón, sus tres hijas y su hijo mayor fruto de una relación anterior. Razón por la cual, el padre de las tres hijas interpuso una demanda de tutición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica el 14 de enero de 2003, al considerar que el “desarrollo físico y emo-

<sup>4</sup> Corte IDH. Caso Atala Riff y niñas versus Chile, párr. 31.

cional de las niñas estaría en serio peligro”<sup>4</sup> de continuar bajo el cuidado de su madre.

En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala “no se encontraba capacitada para velar y cuidar de las tres niñas, dado que su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, estaban produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad,

pues la madre no había] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñas”<sup>5</sup>. <sup>5</sup> *Ibidem.*

Además, argumentó que “la inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo conllevaba a desnaturalizar el sentido de pareja humana, [...] pues afectaba los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad”, por lo que “la opción sexual ejercida por la madre alteraría la convivencia sana, justa y normal a que tendrían derecho las niñas M., V. y R.]”<sup>6</sup>. Por ello, el 28 de enero de 2003 la señora Atala presentó la contestación a la demanda de custodia interpuesta por el señor López donde manifestó, *inter alia*, que:

Los alegatos presentados en la demanda de tuición la “conmovieron por su agresividad, el prejuicio, la discriminación, el desconocimiento del derecho a la identidad homosexual, por la distorsión en los hechos que exponía y, por último, por su desprecio al superior interés de [sus] hijas”, y aseveró que “la[s] alegaciones que se hicieron de [su] identidad sexual nada tienen que ver con [su] función y rol como madre, y en consecuencia, debieran quedar fuera de la litis ya que situaciones de conyugalidad o de opción sexual no

<sup>6</sup> El señor López también arguyó que “habría que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implicaría para las menores [de edad] vivir junto a una pareja lésbica, pues en efecto sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales estarían expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes y al sida. Cfr. *Caso Atala Ríffo y niñas versus Chile*, pár. 31.

son extensivas a relaciones de parentalidad, materia del proceso de autos<sup>7</sup>.

En el marco del proceso de tuición, la apoderada del padre de las niñas presentó una demanda de tuición provisoria el 10 de marzo de 2003, con el fin de obtener la custodia de las niñas antes de la conclusión del proceso. Al respecto, argumentó la presunta incapacidad de la madre y demandada, derivada de su opción sexual, que se tradujo en su reconocimiento expreso de ser lesbiana, lo cual provocaría daño en el desarrollo integral tanto psíquico como socio-ambiental de estas tres pequeñas.

Además, alegó que: “la necesidad que tiene la demandada de ser feliz y de realizarse en todas las esferas de su vida [...] no es homologable con el ser padres, que incluye una capacidad funcional de maternización [...], que al parecer la demandada ha obviado egoístamente”. Por otra parte, arguyó también, el derecho de las niñas de vivir en una familia conformada por un padre y una madre de sexos distintos<sup>8</sup>.

A pesar de las alegaciones presentadas por la señora Atala, para que se rechazaran todas las pretensiones, el 2 de mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En particular, el Juzgado motivó la decisión, entre otras cosas, con los siguientes argumentos:

<sup>7</sup> *Ibidem*, párr. 32.

<sup>8</sup> *Ibidem*, párr. 39.

- 1. “Que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] *alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal*, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”,
- 2. y “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 edad, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, *argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia*”.

Lo anterior demuestra que, dado el contenido de la resolución del 2 de mayo de 2003, el juez se decantó por un determinado modelo de sociedad, lo cual resultó discriminador por fundarse en estereotipos y supuestos patriarcales que no acogen y valoran la diversidad y pluralismo en el seno social. Sin embargo, aunque el 8 de mayo de 2003 la señora Atala entregó a sus tres hijas al padre, posteriormente el día 13 del mismo mes, solicitó la inhibición del Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica de seguir conociendo el proceso de tuición,

<sup>9</sup> Cfr., el Código Orgánico de Tribunales, entrado en vigor el 9 de julio de 1943. Art. 194. "Los jueces pueden perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o por recusación declaradas, en caso necesario, en virtud de causas legales".

por haber incurrido en la causal de implicancia contenida en el Código Orgánico de Tribunales<sup>9</sup>.

Por este motivo, le correspondió dictar sentencia sobre el fondo del asunto a la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica el 29 de octubre de 2003. En dicha Sentencia el Juzgado rechazó la demanda de tuición del padre considerando que, "con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su 'rol de madre' y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad"<sup>10</sup>.

Igualmente, se concluyó que "tampoco se había acreditado la existencia de hechos concretos que perjudicaran el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar". Asimismo, consideró que había quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba "ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno"<sup>11</sup>.

No obstante lo anterior, el 11 de noviembre de 2003 el padre de las niñas interpuso un recurso de apelación de la Sentencia

<sup>10</sup> Cfr. Caso Atala Riff y niñas versus Chile, párr. 44.

<sup>11</sup> Ibídem.

y posteriormente una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la Sentencia implicaría un cambio radical y violento del *status quo* actual de las menores de edad. Así, el 5 de abril de 2004 presentó ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado.

Argumentando, entre otras cosas, que los jueces habían ignorado toda la evidencia probatoria que demostraría que la “exteriorización del comportamiento lésbico, produjo en forma directa e inmediata en [M., V. y R.], una confusión en los roles sexuales que interfirió y va a interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida”. Por ello, 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 tutición definitiva al padre.

Los argumentos básicamente expresaron que la señora Atala había antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que llevaba a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas. Y que además 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 producirseles 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”.

Se estimó también 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 diferenciaba significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectaría a su desarrollo personal”<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Véase, párr. 57.

#### TRATAMIENTO DEL CASO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte ha establecido en múltiples casos que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*<sup>13</sup>. Pues los Estados están “obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo

<sup>13</sup> *Ibidem*, párr. 80. Véase también Corte IDH. OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de 17 de septiembre de 2003, párr. 103; *Caso Comunidad Indígena Xáknok Kásek, vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de agosto 24 de 2010, párr. 271.

de personas”<sup>14</sup>. Por ello, el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención<sup>15</sup>. Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica<sup>16</sup>.

Esto implica el “deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”<sup>17</sup>. Sin embargo, el estigma social existente, refleja que aún la sociedad mantiene concepciones claramente estereotipadas que prolongan de manera alarmante la discriminación contra los derechos humanos de las parejas del mismo sexo, a tal punto que logra alcanzar los estrados judiciales.

Por ello, en el caso objeto de estudio se observa la existencia de normas tradicionales sobre la sexualidad, que presuponen que sólo hay dos formas posibles de expresión de la sexualidad

<sup>14</sup> Cfr. Corte IDH. Caso *Atala Riff y niñas vs. Chile*, párr. 80.

<sup>15</sup> Cfr. Caso *Gangaram Panday vs. Surinam. Excepciones Preliminares*. Serie C No. 12, Sentencia de 4 de diciembre de 1991. párr. 50.

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso *Cantos s. Argentina*. Sentencia de Fondo, del 28 de noviembre de 2002, párr. 59. Igualmente Cfr. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Serie C No. 73, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 87.

<sup>17</sup> Cfr. Corte IDH. OC-18/03, párr. 104; Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, párr. 271.

<sup>18</sup> Mejía Núñez, Gerardo, et al. *Guía para la acción pública contra la homofobia*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, (CONAPRED.), Primera edición, México, 2012, p. 22-23. Visto en: <[http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/GAP-HOMO-WEB\\_Sept12\\_INACSS.pdf](http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/GAP-HOMO-WEB_Sept12_INACSS.pdf)>.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 23.

e identidad sexogenérica: masculina y femenina, es lo que se denomina la *heteronormatividad*<sup>18</sup>. Lo cual “se sustenta en los estereotipos de género, que son concepciones y modelos sociales de cómo deben actuar las mujeres y los hombres. A partir de ellos se condiciona a las personas a cumplir con expectativas sociales y familiares, y se les ubica en espacios y actividades separadas por género (...).”<sup>19</sup>

Esto implica cada vez más, la necesidad de ratificar el valor que tiene la igualdad y la no discriminación en todas las esferas, pues goza de especial importancia para la concreción de la dignidad humana, sobre todo cuando el análisis se hace para contrarrestar los abusos que se han desplegado a lo largo de la historia contra las minorías sexuales. Máxime cuando la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha indicado que, “en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Pues sobre él descansa el

<sup>20</sup> Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. OC-18/03, Serie A, N° 18, del 17 de septiembre de 2003, párr. 101; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, párr. 269.

andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y se permea todo el ordenamiento jurídico”<sup>20</sup>.

ALCANCES DEL DERECHO A LA  
IGUALDAD Y A LA NO  
DISCRIMINACIÓN Y LA ORIENTACIÓN  
SEXUAL COMO CATEGORÍA  
PROTEGIDA POR EL ARTÍCULO 1.1 DE  
LA CONVENCIÓN AMERICANA

La Corte Interamericana ha venido interpretando el artículo 1.1 de la Convención como obligación de no discriminar desde su opinión consultiva N° 4 de 1984, cada vez afianzando con mayor fuerza la obligación que tienen todos los Estados Parte conforme a los derechos protegidos en la convención Americana. De manera que, “toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención”<sup>21</sup>.

En consecuencia, la Corte ha establecido que el mencionado artículo 1.1 es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cual-

<sup>21</sup> Víd. Corte IDH, OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A, N° 4, del 19 de enero de 1984, pp. 66-67.

## quiero de los derechos garantizados en la Convención es *per se incompatible con la misma*<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-4/84* del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53; *Caso Comunidad Indígena Xák'mok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 268.

<sup>23</sup> Cfr. Organización de Naciones Unidas, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010. AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008.

<sup>24</sup> Cfr. *Caso Atala Riff y niñas versus Chile*, párr. 86.

<sup>25</sup> Art. 1. “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”.

En esa medida, en el Sistema Interamericano la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), consciente del deber de adaptar el contexto actual a las necesidades sociales, ha aprobado diversas resoluciones<sup>23</sup>, justamente para contrarrestar los tratos discriminatorios basados en la orientación sexual e identidad de género, exigiendo la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios<sup>24</sup>.

Así también, se han desarrollado algunos criterios específicos, en virtud de los cuales está prohibido discriminar según el artículo 1.1 de la

Convención Americana<sup>25</sup>, pero según la Corte, dichas pautas no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Pues el enunciado artículo deja abierto los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. Las cuales deben estar basadas siempre, “en la opción más favorable a la persona y de la evolución de

los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”<sup>26</sup>.

En tal sentido, la Corte ha señalado en la OC-16/99<sup>27</sup> que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Ya que si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

No obstante, en el caso *sub examine*, el Tribunal constató que la Corte Suprema de Justicia de Chile invocó razones para fundamentar su sentencia, de manera discriminatoria y contraria a las obligaciones que se desprenden del catálogo de derechos inmersos en la Convención, al estipular:

i) el presunto deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y los “efectos que esa convivencia podía

<sup>26</sup> *Ibidem.*, párr. 80, Cfr. OC-16/99, párr. 115.

<sup>27</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16/99*, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, párr. 119.

causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas"; ii) la alegada existencia de una "situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual debían ser protegidas" por "la eventual confusión de roles sexuales que podía producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino"; iii) la supuesta existencia de "un estado de vulnerabilidad en su medio social" por el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad "al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*, párr. 56.

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

<sup>29</sup> Cfr. Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-4/84*, párr. 55.

el particular, la Corte<sup>29</sup> ha expresado en relación al principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, 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 deter-

minado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha definido la discriminación como:

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

todas las personas<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. Corte IDH. Caso *Atala Riff y niñas versus Chile*, párr. 81.

Conforme a lo anterior, la Corte observó que se habían violentado derechos consagrados en la Convención desprotegiendo los derechos humanos de la señora Atala, pues tanto la Corte Suprema de Justicia como el Juzgado de Menores de Villarrica fundamentaron sus decisiones para entregar la tutición al padre, bajo la idea que la víctima se había declarado abiertamente como lesbiana. Expresando además, que al ejercer su

homosexualidad cuando decidió convivir con su pareja, privilegió sus intereses sobre los de sus hijas. Hecho que constituyó discriminación basada en argumentos moralistas más que jurídicos, que abogaban por el predominio de la visión tradicional de familia, al considerar que en “el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional” el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas.

### —Diferencia de trato basada en la orientación sexual

Sobre el particular, la Corte ha establecido que “no sería admisible crear diferencias de tratamientos entre seres humanos que no se correspondan con única e idéntica naturaleza”<sup>31</sup>, razones que motivan la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida. Consideración que ha sido también expresada en el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, bajo el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Por ello el Comité de Derechos Humanos mediante Comunicación 1361/2005 (caso X contra Colombia), consideró que el

<sup>31</sup> Vid. Corte IDH, OC-4/84, pár. 55.

Estado colombiano<sup>32</sup> había violado postulados del Pacto, al considerar que el autor fue víctima de discriminación en

el sentido del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos

<sup>32</sup> Cfr. ONU, Comité de Derechos Humanos, *X vs. Colombia*, Comunicación No. 1361/2005 CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007, pár. 7.2.

Civiles y Políticos (PIDCP), por el cual se prohíbe la discriminación basada en orientación sexual, puesto que se negaba a una pareja del mismo sexo los derechos que se confieren a parejas de sexos diferentes, sin ninguna justificación. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos recordó, que en su jurisprudencia, en el caso *Toonen vs. Australia*<sup>33</sup>, ya había indicado que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 de PIDCP, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual<sup>34</sup>.

Por su parte, la Corte también acude a lo regulado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo "otra condición social"<sup>35</sup>. Asimismo, se basa en lo estipulado por el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, los cuales han realizado referencias importantes en el marco de sus observa-

<sup>33</sup> Cfr. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Young c Australia*, Comunicación N° 941/2000, dictamen de 6 de agosto de 2003, párr. 10.4.

<sup>34</sup> Vid. Caso *Atala Riff y niñas vs. Chile*, párr. 88; ONU, Comité de Derechos Humanos, *Toonen vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCP/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7 ("The State party has sought the Committee's guidance as to whether sexual orientation may be considered an "other status" for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to "sex" in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation").

<sup>35</sup> Cfr. ONU., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32 ("En `cualquier otra condición social', tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual"). Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18. El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12 ("en virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de [...] orientación sexual"); Observación No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13 ("el Pacto proscribe toda discriminación por motivos de [...] orientación sexual"); Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18 ("En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de [...] orientación sexual").

<sup>36</sup> Cfr. ONU., Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6 ("Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño". Debe añadirse también la orientación sexual"). Cfr. ONU., Comité contra la Tortura, Observación General No. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párr. 20 y 21 ("El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. [...] Los Estados Partes deben velar porque, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que se [a] su [...] orientación sexual"). Cfr. ONU., Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13 y Proyecto de Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 18 ("La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual").

<sup>37</sup> Cfr. Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

ciones generales y recomendaciones<sup>36</sup>, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

En consecuencia, la Corte también refuerza su argumento, acudiendo a su vez, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha señalado que: la orientación sexual es "otra condición" mencionada en el artículo 14<sup>37</sup> del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual prohíbe tratos discriminatorios<sup>38</sup>. Por lo tanto, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Reiterando que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo<sup>39</sup>.

Asimismo, en el *Caso Clift vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo insistió que la orientación sexual, como

una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona<sup>40</sup>.

De igual manera en el caso bajo estudio, se retomó, *verbigratia*, lo expuesto en el asunto de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), lógica argumentativa también expuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Tyler vs. Reino Unido* (1978), y más recientemente *Loizidou contra Turquía* (1995), al expresar que los tratados sobre derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>41</sup>. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en la Convención Americana y por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. Caso *Atala Riff y niña vs. Chile*, pár. 87. Cfr. TEDH. Caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999, pár. 28; Caso *L. y V. vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003, pár. 45; Caso *S. L. vs. Austria*, (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003, pár. 37, y Caso *E. B. vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, pár. 50.

<sup>39</sup> Cfr. TEDH. Caso *Salgueiro da Silva Mouta*, pár. 28. Ver también TEDH. Caso *Fretté vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002, pár. 32; TEDH, Caso *Kozak vs. Polonia*, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010, pár. 92; Caso *J.M. vs. Reino Unido*, (No. 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010, pár. 55, y Caso *Alekseyev vs. Russia*, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010, pár. 108.

<sup>40</sup> Cfr. TEDH, Caso *Clift vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de Julio de 2010, pár. 57-58 (“the Court has considered to constitute [...] other status [...] characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent”). (“However, in finding violations of Article 14 in a number of other cases, the Court has accepted that “status” existed where the distinction relied upon did not involve a characteristic which could be said to be innate or inherent, and thus [...] personal [...] in the sense discussed above.”).

<sup>41</sup> Cfr. *El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. OC-16/99, Serie A No. 16, 1 de octubre de 1999, pár. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 134, Sentencia de 15 de septiembre de 2005., pár. 106; Caso *Tyler u. Reino Unido*, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, pár. 31.

<sup>42</sup> Cfr. Corte IDH, OC-16/99, pár. 114 y Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, pár. 106.

Desde ésta lógica, la Corte resaltó que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión.

Por otra parte, se constató que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se generó también una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por ello ultimó, que el Estado vulneró lo consagrado en el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1., de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Karen Atala Riff. Articulado que también está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

Valer decir también, que en el ámbito protector de estos derechos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido

realmente pionero en la materia pronunciándose en variados casos, entre ellos, la Sentencia *Dudgeon vs. Reino Unido*<sup>43</sup> y el asunto *Young, James y Webster*<sup>44</sup>, donde el Tribunal manifestó “que la intromisión en las relaciones homosexuales voluntarias constituye una vulneración del derecho al respeto de la vida privada, lo que incluye también su vida sexual”. Dicho análisis surgió del estudio del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el derecho a la vida privada y familiar<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> TEDH. *Dudgeon c. Reino Unido*, serie A, Nº 59, Sentencia de 24 de febrero de 1983, párr. 41.

<sup>44</sup> TEDH. *Young, James y Webster c. Reino Unido*. Serie A, Nº 44, Sentencia de 13 de agosto de 1981, párr. 59.

<sup>45</sup> Bécerra, Manuel; Terol, J. et al. *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, p. 107.

### PRIMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En relación al interés superior del niño, la Corte reiteró que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades<sup>46</sup>. En el mismo sentido, dicho Tribunal precisó que el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”. Lo cual está armonizado con el artículo 19 de la Conven-

<sup>46</sup> Cfr. Caso *Atala Riff y niñas versus Chile*, párr. 108; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, Serie A No. 17, de 28 de agosto de 2002, párr. 56.

ción Americana cuando señala que debe recibir “medidas especiales de protección”<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. Corte IDH, OC-17/02, nota 45, párr. 60.

Sí bien los niños gozan de un trato preferente conforme al interés superior, la Corte determinó en el presente caso, que “la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no podía servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin dis-

<sup>48</sup> Cfr. Caso Atala Rifo y niñas versus Chile, párr. 110.

criminación alguna por la orientación sexual de la persona”<sup>48</sup>. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de cualquiera de los padres por su orientación sexual, pues, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una

<sup>49</sup> *Ibidem*.

tuición o custodia<sup>49</sup>.

En tal sentido, “una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de

<sup>50</sup> *Ibidem*, párr. 111.

proTEGER el interés superior del niño”<sup>50</sup>. Por lo tanto, no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual; es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos pre-

<sup>51</sup> Cfr. Caso Atala Rifo y niñas v. Chile, párr. 111. Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*,

presuntamente puedan tener en las niñas y los niños<sup>51</sup>.

Es más, "la heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico"<sup>52</sup>, amén de garantizar la imparcialidad y el derecho a la igualdad de las partes implicadas.

Asimismo, tratándose de la prohibición de la discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho —cualquiera que fuese— exigiría como ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos humanos, en el asunto *Karner vs. Austria*, "una fundamentación rigurosa y de mucho peso"<sup>53</sup>. Por ello, la Corte Interamericana concluye que

la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con su pareja. Además, el Tribunal consideró, que en el caso concreto, el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del rol paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas.

cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 205, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. párr. 401.

<sup>52</sup> Cfr. párr. 126. Ello ha sido ratificado por la Corte de Justicia de la Nación de México, en su sentencia de 2010 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad.

<sup>53</sup> Cfr. TEDH, *Karner vs. Austria*. No. 40016/98. Sentencia de 24 de julio de 2003, párr. 37. Cfr. Caso *Atala Ríffo y niñas versus Chile*, párr. 124, 130, 166.

## ALEGADO DERECHO A UNA FAMILIA "NORMAL" Y "TRADICIONAL"

Respecto al concepto de familia, como estableció la Corte<sup>54</sup>, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar.

<sup>54</sup> Cfr. Caso *Atala Riff y niñas v. Chile*, párr. 172: Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9, párr. 2 ("El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto"), y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), párr. 5. ("En cuanto al término 'familia', los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate"). Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 15 y 19. ("El Comité reconoce que 'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños").

<sup>55</sup> Comisión IDH. Caso *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*. Caso 11.656. Informe 71/99. 4 de mayo de 1999.

Pese a lo anterior, no sobra advertir que la negativa de reconocer otros modelos de familia es bastante amplia en los Estados de las Américas, así por ejemplo, en el caso *Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia*, la Comisión se tuvo que pronunciar ante la negativa de las autoridades penitenciarias, de autorizar el ejercicio de su derecho a la visita íntima en un centro carcelario, debido a su orientación sexual por ser lesbiana<sup>55</sup>.

Esto demuestra, entre otras cosas, que la negativa por la evolución de nuevos derechos ante concepciones tradicionales, sigue siendo un obstáculo para garantizar los derechos humanos de la población LGBTI. Precisamente en el ámbito del "derecho de familia, las reglas jurídicas son consecuencia de

una tradición cultural íntimamente arraigada a valores y creencias (...)”<sup>56</sup>, aún el cambio trascendental de la normativa tanto nacional como internacional que es ampliamente pluralista y democrática. En esta medida, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios. Pues en los casos *Elsholz vs. Alemania, Keegan, Johnston y otros Vs. Irlanda*, entre otros, ha señalado *inter alias*, que:

La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de ‘familia’ *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y [en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conlleven una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Soto Moya, Mercedes. Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero. En *la integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, atelier, 2009, p. 688.

<sup>57</sup> Cfr. TEDH. Caso *Elsholz v. Alemania*. Sentencia 13 de Julio de 2000, párr. 43; véase la sentencia del caso *Keegan contra Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, Serie A, nº 290, páginas 18 y 19, párrafo 44., y Caso *Johnston y otros vs. Irlanda*, (No. 9697/82),

Sentencia de 18 de diciembre de 1986, párr. 56. El Tribunal recuerda que la noción de familia con arreglo a esa disposición [artículo 8 del Convenio] no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros lazos de “familia” de facto cuando las partes viven juntas sin estar casadas. Un niño nacido de tal relación forma parte *ipso jure* de esa unidad “familiar” desde el momento de su nacimiento y por el mismo hecho de ese nacimiento. Así, entre el niño y sus padres existe un vínculo equivalente a la vida familiar.

Siendo la familia “el núcleo fundamental de la sociedad, los distintos Estados han advertido la necesidad de dotarla de un sustrato material que le permita satisfacer sus necesidades básicas para que pueda surgir y desarro-

llarse sin traumatismos” y, de igual modo, “han advertido la necesidad de brindarle una protección jurídica preferente”, una de cuyas formas es el amparo de su patrimonio, mientras que

<sup>58</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577/11. Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 2011.

otras consisten en el establecimiento de “la igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, en la consideración especial de los niños “como titulares de derechos fundamentales”<sup>58</sup>.

Omitiendo lo anterior, la Corte Suprema de Justicia del Estado de Chile señaló, que: “se desconoció el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”. En tal sentido, el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tutición provisoria, indicó que “el actor presentaba 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>59</sup>.

<sup>59</sup> Corte IDH. Caso Atala Riff y niñas versus Chile, párr. 41.

Al respecto, la Corte confrontó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Por ello el Tribunal reitera, que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio<sup>60</sup>. En ello es coherente con la jurisprudencia internacional, pues la Corte se apoyó en el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, donde el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad). Asimismo, constató que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el Caso *Karner vs. Austria*, que:

El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio,

<sup>60</sup> Corte IDH, OC-17/02, párr. 69 - 70.

pio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado.

También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> Vid. TEDH. Caso Karner Vs. Australia. Sentencia del 24 de julio de 2003, párr. 41.

Por los motivos expuestos, en el presente caso, la Corte estimó que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo

<sup>62</sup> Cfr. Caso Atala Riff y niñas vs. Chile, párr. 145.

específico de familia (la “familia tradicional”)<sup>62</sup>.

Estableciendo además, que sí bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectara de manera negativa el interés superior de las menores de edad<sup>63</sup>. Por el contrario, utilizaron

<sup>63</sup> Vid. Caso Atala Riff y niñas versus Chile, párr. 121, 131, 139.

<sup>64</sup> Ibídem, párr. 118, 119, 125, 130, 140, 145

argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión<sup>64</sup>.

Por tanto, la Corte declaró también, que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffó, y en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de sus tres hijas. Pues al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales.

Precisamente como recomienda la Corte<sup>65</sup>, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un

<sup>65</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

“control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

#### LAS UNIONES HOMOSEXUALES EN CHILE

#### VERSUS LA FAMILIA “TRADICIONAL”

Pese al *corpus iuris* internacional estudiado —en relación a la concepción de familia, acorde a las

necesidades que emergen del proceso evolutivo de los derechos humanos, lo cual implica *per se* adecuar el texto al contexto— la normatividad chilena ha sido bastante reticente para reconocer las exigencias derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, en torno a los derechos de las parejas del mismo sexo, a tal punto que, la unión de hecho sólo se pregonaba de las parejas heterosexuales, y, en consecuencia, los efectos jurídicos otorgados para aquellas, no podrían asumirse en el mismo sentido para las uniones homosexuales.

En efecto, en Chile hay sectores que tienen una postura tajante en relación al no reconocimiento de la unión de hecho y, mucho menos, al mismo contrato de matrimonio a favor de las uniones homosexuales, pues sostienen que, “las

uniones afectivas formadas por personas del mismo sexo no son legítimas ni moral ni socialmente”<sup>66</sup>. Posiciones tales como, “que el reconocimiento de este tipo de uniones lejos de representar un progreso social, constituyen un retroceso en todo lo que se ha avanzado en cuanto a protección de la familia y del interés

superior de los hijos”<sup>67</sup>, confirman el fuerte estigma social en relación a lo que se debate.

Ciertamente, el desarrollo legislativo en Chile para regular las uniones de hecho, con independencia de que se trate de

<sup>66</sup> Barra Suma de Villa, María Asunción de la. “Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena: posibilidad de aplicación a parejas homosexuales”, en *Derecho y humanidades*, no. 16, vol. 2, 2010, p. 108.

<sup>67</sup> Corral Talciani, Hernán. Al respecto véase: “Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el derecho de familia”, en *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Huertado, Francisco Merino Scheibling, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007, pp. 249-264.

parejas heterosexuales u homosexuales ha sido lento. Los primeros intentos de regulaciones provenientes de la doctrina y jurisprudencia exigían diferencia de sexo para la configuración de las uniones de hecho, lejos otorgar reconocimiento jurídico a las convivencias entre homosexuales, así cumplieran con los parámetros seguidos para el reconocimiento de las uniones no matrimoniales heterosexuales —estables, permanentes, notorias y con ánimo de formar una comunidad de vida—<sup>68</sup>. Necesidad que involucró una de las exigencias más significativas para promover el proyecto de unión de hecho<sup>69</sup>, causa que entró en boga en el año 2006, reivindicando de manera igualitaria los derechos tanto para parejas del mismo sexo como para heterosexuales.

Es por ello que los diversos esfuerzos de los movimientos sociales se vieron reflejados en el *Acuerdo de vida en pareja*<sup>70</sup> del año 2013, que sembró los cimientos para lo que es hoy denominado *Acuerdo de Unión Civil*, que aborda entre otras cosas, derechos de régimen patrimonial, custodia de hijos, y herencia, lo cual se espera, con la aprobación de la ley 20.830 del 13 de abril de 2015, entre en vigor el 22 de octubre del presente año. Todo lo cual es producto de una exigencia social sentida en busca de la igualdad de derechos, como muy bien lo pre-

<sup>68</sup> Barra Suma de Villa, María Asunción de la, *op. cit.*, p. 107.

<sup>69</sup> Cf. La regulación para las uniones de hecho contenida en el boletín no. 4153-18, ingresado el 12 de abril de 2006; el boletín no. 5623-07, del 19 de diciembre de 2007, que regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales, aplicable a las uniones homosexuales; y el proyecto para la unión civil entre personas del mismo sexo, boletín no. 5774-18, del 19 de marzo de 2008.

<sup>70</sup> Vid. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que crea el Pacto de Unión Civil, (Boletín no. 7.873-07); (Boletín no. 7.011-07). 2011.

gona la multiplicidad de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

No es un hecho gratuito que el principio de igualdad y discriminación sea una norma de *ius cogens*, efecto correlativo que acarrea unos mínimos imperativos en el cumplimiento de los estándares internacionales, que pretenden, en suma, la protección del individuo, con independencia de edad, sexo, creencia o género, etc. Por lo tanto, con estos presupuestos, con la consagración del Acuerdo de Unión Civil en Chile, el resultado refleja un desarrollo legislativo inclusivo, en *pro* de la dignidad humana y la igualdad de derechos. Lo cual constituye el primer paso para el reconocimiento de otros derechos, como es el matrimonio igualitario, y la adopción como medida de protección, cuyo fin último seguirá siendo el interés superior del niño o niña.

#### REFLEXIONES

Los hechos y argumentos expuestos en el caso estudiado, permiten reflexionar más no concluir, sobre la idea de que la discriminación en relación a la orientación sexual es un tema difícil de abordar por la fuerte carga moralista y tradicional que invade a la sociedad actual. Al mismo tiempo, es un ejemplo contundente de que existen conquistas que reflejan los esfuerzos de los movimientos sociales y de las diferentes instancias internacionales, sean estas, órganos, tribunales u organizaciones que día a día luchan por inculcar una igual-

dad real de derechos y oportunidades. No obstante, la realidad demuestra que las violaciones a los derechos humanos de la población LGTBI persisten, por lo que el estudio no es un tema concluido.

Los esfuerzos son bastante notorios y los avances en la materia lo son más; sin embargo, los índices de intolerancia y fallos de los entes encargados de impartir justicia como lo evidenciado en el Estado de Chile, hace que la cuestión aquí debatida sea altamente preocupante, al tratarse de operadores de justicia que con conocimiento de causa hicieron prevalecer concepciones estereotipadas sobre la misma ley, que se supone debería proteger derechos humanos, caso que además, ostentaba un rango singular al estar relacionados los derechos de los niños y las niñas, los cuales priman sobre los derechos de los demás. Ello corrobora que la discriminación en relación a la orientación sexual es hoy por hoy un tema bastante sensible sujeto a reforma obligada, dada la fuerte carga semántica utilizada frente al tema por el estigma social existente. Dicha discriminación no es un tema nuevo, obedece a una tendencia histórica que ha marcado el grado de exclusión del que han sido víctimas las minorías sexuales desde antaño hasta la época actual.

Esto refleja que las políticas públicas que se creen con el propósito de combatir dicho estigma social, deben estar relacionadas con incorporar capacitaciones o medidas de sensibilización, no sólo en el colectivo social, sino directamente

en los operadores de justicia para que sus fallos sean fiel retrato de la igualdad de derechos que tanto se pregonan en pactos y convenios sobre derechos humanos, y no el reflejo de concepciones estereotipadas y retrogradas que aún consideran que la unión entre parejas del mismo sexo afecta la concepción natural de la familia.

Por consiguiente, el fallo estudiado debe enmarcarse en medidas reales de no repetición como forma de reparación, para que situaciones como estas no se repitan, y sea más que restitutivas, ejemplarizantes, o en palabras de la misma Corte IDH, correctivas, para marcar cambios estructurales que desarrolleen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI.

#### Bibliografía

- BARRA SUMA DE VILLA, María Asunción de la (2010). "Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena: posibilidad de aplicación a parejas homosexuales", en *Derecho y humanidades*, no. 16 vol. 2, 2010, pp. 101-117. En línea. Disponible en: <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17038/17760>>.
- BECERRA, Manuel; TEROL, J. et al. (2005). *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- CÓDIGO ÓRGÁNICO DE TRIBUNALES DE CHILE. Entrado en vigor el 9 de julio de 1943.

COMISIÓN IDH. Caso *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*. Caso 11.656.

Informe 71/99. 4 de mayo de 1999.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

CONVENIO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, adoptado en Roma por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigor en 1953.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-577/11. Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 2011.

CORTE IDH. Caso *Atala Riff y niñas versus Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

—. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

—. Caso *Gangaram Panday Vs. Surinam. Excepciones Preliminares*. Serie C No. 12. Sentencia de 4 de diciembre de 1991.

—. Caso *Cantos vs. Argentina*. Sentencia de Fondo, del 28 de noviembre de 2002.

—. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Serie C No. 73. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

—. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02, Serie A No. 17., del 28 de agosto de 2002.

- . *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Serie C No. 205. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
  - . OC- 16/99, sobre el derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, del 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
  - . *Comunidad Indígena Xákmok Kásek, vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de agosto 24 de 2010.
  - . Opinión Consultiva sobre la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* OC-18/03, Serie A No. 18, del 17 de septiembre de 2003.
  - . *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
  - . *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.* OC-4/84, Serie A No. 4., del 19 de enero de 1984.
- INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, Legislación y Justicia de Chile para la configuración del proyecto de ley que crea el Pacto de Unión Civil, (Boletín N° 7.873-07); (Boletín N° 7.011-07), 2011.
- MEJÍA NÚÑEZ, Gerardo, et al. (2012). *Guía para la Acción Pública contra la homofobia.* Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. México: CONAPRED.
- ONU. “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 22 de diciembre de 2008.

- . “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”. Presentada ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 22 de marzo de 2011.
- . Resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” del 15 de junio de 2011.
- . AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008.
- . AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009.
- . AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010.
- . AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011.
- . Comité de Derechos Humanos. *X vs. Colombia*, Comunicación No. 1361/2005 CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007.
- . Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 941/2000, *Young c Australia*, dictamen de 6 de agosto de 2003.
- . Comité de Derechos Humanos, *Toonen vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992.

- . Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.
- . Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18. E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006.
- . Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación No. 15. E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.
- . Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.
- . Comité contra la Tortura, Observación General No. 2. CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.
- . Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. CRC/C/GC/7/Rev.1 20 de septiembre de 2006. 40º período de sesiones Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005.
- . Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 4., CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003.
- . Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010.
- . Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). HRI/GEN/1/Rev.9.
- . Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988), HRI/GEN/1/Rev.9.
- . Proyecto de Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010.

PROYECTO PARA LA UNIÓN CIVIL ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN CHILE. Boletín no.

5774-18, del 19 de marzo de 2008.

REGULACIÓN PARA LAS UNIONES DE HECHO EN CHILE, contenida en el boletín no.

4153-18, ingresado el 12 de abril de 2006.

REGULACIÓN DEL CONTRATO DE UNIÓN CIVIL Y SUS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES EN LA

NORMATIVIDAD CHILENA. Boletín no. 5623-07, del 19 de diciembre de 2007.

SOTO MOYA, Mercedes (2009). "Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero". En *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, pp. 685-715. Barcelona: Atelier.

TEDH. Caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999.

—. Caso *L. y V. vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003.

—. Caso *S. L. vs. Austria*, (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003.

—. Caso *E.B. vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008.

—. Caso *Fretté vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002.

—. Caso *Kozak vs. Polonia*, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010.

—. Caso *J.M. vs. Reino Unido*, (No. 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010.

—. Caso *Alekseyev vs. Russia*, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010.

- . Caso *Clift vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de Julio de 2010.
- . Caso *Tyrer v. Reino Unido*, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978.
- . *Karner vs. Austria*. (No. 40016/98). Sentencia de 24 de julio de 2003.
- . Caso *Elsholz vs. Alemania*. (No. 25735/94), Sentencia del 13 de Julio de 2000.
- . Caso *Keegan c. Irlanda*, (No. 16969/90). Sentencia de 26 de mayo de 1994.
- . Caso *Johnston y otros vs. Irlanda*, (No. 9697/82), Sentencia de 18 de diciembre de 1986.
- . *Dudgeon c. Reino Unido*. Sentencia de 24 de febrero de 1983.
- . *Young, James y Webster c. Reino Unido*. Sentencia de 13 de agosto de 1981.