

CONSEJO PERMANENTE



OEA/Ser.G
CP/doc.4856/13
17 abril 2013
Original: español

**NOTA DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO AL PRESIDENTE
DEL CONSEJO PERMANENTE TRANSMITIENDO EL INFORME PRELIMINAR SOBRE
“ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y EXPRESIÓN DE GÉNERO”**

COMISSÃO JURÍDICA INTERAMERICANA
COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
INTER-AMERICAN JURIDICAL COMMITTEE
COMITÉ JURIDIQUE INTERAMÉRICAIN

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS
Av. Marechal Floriano, 196 - 3º andar - Palácio Itamaraty – Centro
Rio de Janeiro, RJ - 20080-002 - Brasil
Tel.: (55-21) 2206-9903; Fax (55-21) 2203-2090
e-mail: cjioea.trp@terra.com.br

Rio de Janeiro, 8 de marzo de 2013

Excelencia,

En nombre del Comité Jurídico Interamericano tengo a bien transmitir por su digno intermedio al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos un informe preliminar sobre el tema “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género”, adoptado por el Comité Jurídico Interamericano en su sesión de marzo del año 2013. Es la intención del Comité dar continuidad al tema de manera a incorporar el estado del derecho a nivel internacional, teniendo en cuenta las legislaciones de los Estados miembros de la OEA.

Aprovecho la oportunidad para renovar a Vuestra Excelencia las seguridades de mi más alta estima y distinguida consideración.



João Clemente Baena Soares
Presidente
Comité Jurídico Interamericano

A su Excelencia el Embajador
Arturo Vallarino
Representante Permanente de Panamá ante la
Organización de los Estados Americanos
Presidente del Consejo Permanente

82º PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES
11 – 15 marzo 2013
Rio de Janeiro, Brasil
Original: español

OEA/Ser.Q
CJI/doc.417/12 rev.1
4 marzo 2013

ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y EXPRESIÓN DE GÉNERO

(Presentado por la doctora Ana Elizabeth Villalta Vizcarra)

I. MANDATO

Durante el cuadragésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), celebrado en San Salvador, El Salvador en junio del 2011 por resolución AG/RES. 2553 (XLI-O/11), se solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y al Comité Jurídico Interamericano (CJI) sendos estudios sobre las implicaciones jurídicas y los desarrollos conceptuales y terminológicos relativos a Orientación Sexual, Identidad y Expresión de Género, y encomendar a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que incluya en su Agenda la consideración del resultado de los estudios solicitados, con la participación de las Organizaciones de la Sociedad Civil interesadas antes del cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

Durante el 79º Período Ordinario de Sesiones del Comité Jurídico Interamericano, celebrado en Río de Janeiro, Brasil en agosto del 2011 se nombró como relatores del tema a los doctores Freddy Castillo Castellanos y Ana Elizabeth Villalta Vizcarra.

Durante el 80º Período Ordinario de Sesiones del Comité Jurídico Interamericano celebrado en la ciudad de México, en marzo del 2012, los relatores presentaron algunos comentarios iniciales respecto a la orientación que se le dará al tema, algunos miembros del Comité Jurídico expresaron la conveniencia de precisar el mandato y limitarlo a la normativa de carácter internacional tendiente a evitar manifestaciones de violencia o discriminación, y que se le diera un enfoque jurídico al tema.

Durante la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en su cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones, celebrado en Cochabamba, Bolivia, en junio de 2012, en su resolución AG/RES. 2722 (XLII-O/12), se solicitó al Comité Jurídico Interamericano, informar respecto a “los avances en relación al estudio sobre las implicaciones jurídicas y los desarrollos conceptuales y terminológicos, relativos a orientación sexual, identidad de género y expresión de género”.

En el desarrollo del 81º Período Ordinario de Sesiones del Comité Jurídico Interamericano, celebrado en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil del 6 al 11 de agosto de 2012, como relatora del tema presenté un primer informe relativo a conceptos que se aplican en esta materia, se comentaba un estudio relacionado al mismo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como una Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por motivos de orientación sexual. El informe (CJI/doc.417/12) fue objeto de debate por los miembros del Comité determinando que el estudio se circunscribiera a las implicaciones jurídicas y los desarrollos conceptuales y que se

citen los trabajos doctrinarios y jurisprudenciales sobre la materia. Tomando en cuenta estos parámetros se presenta el siguiente informe de relatoría.

II. INFORME

En relación a lo anterior, y como relatora del tema, se han realizado una serie de investigaciones para lograr conceptualizar la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, así como las diversas implicaciones jurídicas de cada una de estas categorías, las que se presentan a continuación, en este informe de relatoría.

Orientación Sexual, término adecuado para referirse a la atracción física o emocional hacia personas del mismo sexo, del sexo opuesto o de ambos sexos.

Identidad de Género, término utilizado para describir el sentir de las personas transgéneros, las cuales se identifican con el género opuesto. Es decir, que una persona puede sentir subjetivamente una identidad de género distinta de sus características sexuales o fisiológicas.

Expresión de Género, la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género, por una determinada sociedad en un momento histórico determinado.

Otros conceptos relacionados con el tema son los siguientes:

- Diversidad Sexual, término que encierra y celebra todas las formas de expresión que muestran las diferentes orientaciones sexuales y la identidad de género.
- La expresión LGBTI, comprende a las personas “lesbianas, gay, bisexual, trans e intersexuales”.
 - Lesbiana, es la mujer que siente atracción física o emocional por otras mujeres.
 - Gay, es persona que se siente atraída emocional y físicamente hacia otra persona del mismo sexo (término utilizado generalmente para hombres).
 - Bisexual, es la persona que siente atracción física y emocional tanto por hombres como por mujeres.
 - Transgénero, es un término utilizado para aquellas personas que tienen identidad de género y expresión de género diferentes a su sexo biológico.
 - Intersexual, es la persona que presenta en forma simultánea características sexuales masculinas y femeninas.
- Transexual, persona cuya identidad de género es diferente a su sexo biológico, estas personas por regla general modifican sus cuerpos para que su sexo coincida con su identidad de género.
- Travesti, es la persona que se viste con ropa del sexo opuesto, pero que no necesariamente se identifica con ese género.
- Intersexual, término utilizado para referirse a las personas que nacen con órganos genitales o aparatos reproductores internos masculinos y femeninos.
 - Heterosexual, personas cuya atracción física y emocional se dirigen hacia las personas del sexo opuesto.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en cumplimiento de este mandato, ha realizado un estudio denominado “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares relevantes”, siendo importante el destacar que a partir de este estudio y por la relevancia de la temática, la CIDH ha creado una Unidad Especializada en esta materia en el seno de su Secretaría Ejecutiva, que entre sus funciones tendrá el proveer de asesoría técnica a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido de conformidad con los distintos tratados internacionales por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o resultado -ya sea *de jure* o *de facto*- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social o culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.

En ese sentido, es conveniente establecer en este informe, la necesidad de erradicar toda forma de discriminación con base en la identidad de género, la orientación sexual y la expresión de género.

En este mismo orden de ideas, Amnistía Internacional ha establecido: “Toda persona debe poder disfrutar de todos los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y sin embargo, millones de personas de todo el mundo se enfrentan a la ejecución, encarcelamiento, tortura, violencia y discriminación por su orientación sexual o identidad de género”.

De tal suerte, que estas personas son sujetas a violaciones; palizas de los cuerpos de seguridad; pérdida de la custodia de sus hijas e hijos; homicidios y agresiones en las calles (crímenes de odio); insultos frecuentes; acoso escolar; denegación de empleos y servicios de salud; incitación al suicidio; en algunos casos ejecuciones estatales; amenazas por hacer campañas a favor de sus derechos humanos; trato cruel, inhumano y degradante; detenciones arbitrarias; restricciones a la libertad de asociación, entre otros.

En términos generales, las actitudes negativas o prejuicios hacia estas personas, las conduce a adoptar una posición de “invisibilidad” que les puede ocasionar problemas emocionales y lo más grave aun a un trato discriminatorio al que se enfrentan en su vida diaria.

Esto nos lleva a realizar en el presente informe una introducción teórica sobre el Principio de No-Discriminación tanto en el ámbito universal como regional o hemisférico, lo que nos proporcionará herramientas conceptuales básicas y claras para abordar el tema en una forma más adecuada. De tal suerte, que dicho Principio mantiene también una íntima relación con el Principio de Igualdad.

Así tenemos, en el Sistema Universal, instrumentos que se refieren a dichos Principios:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 1 establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, y en su artículo 2 numeral 1. expresa: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole,

origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, y finalmente en su artículo 7 dispone: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 26 reza:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2 numeral 2 establece:

Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

También en el plano universal hay otros instrumentos que se refieren a la no discriminación como lo son: “La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, “La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial”, y también se refieren al Principio de No-Discriminación “La Convención sobre los Derechos del Niño” y la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias”, entre otros.

En el Sistema Regional, Interamericano o Hemisférico, también se cuenta con Instrumentos que hacen alusión a dichos Principios, así tenemos:

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en sus artículos 3 literal 1) establece: “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”, y en el 45 literal a) dispone: “Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo II expresa: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1 numeral 1 establece:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación 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.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, en su artículo 3 establece la Obligación de no Discriminación y dispone:

Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Carta Democrática Interamericana en su artículo 9 expresa:

La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

Como en el caso del sistema universal, hay otras Convenciones en el ámbito interamericano que se refieren al Principio de la No-Discriminación como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Actualmente en el ámbito interamericano se está negociando un Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, la cual define la “discriminación” como cualquier, distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito de la vida pública o de la vida privada, basada entre otros, en la “orientación sexual, la identidad y la expresión de género”, y que tenga el objetivo o el efecto de: anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados parte. Como puede verse, en este Proyecto de Convención ya se toma como forma de Discriminación la Orientación Sexual, la Identidad y la Expresión de Género.

Se trata de tres factores relacionados pero distintos, ya que la orientación sexual como hemos dicho anteriormente tiene que ver con las preferencias sexuales de las personas, y abarca un abanico de posibles opciones que van desde la heterosexualidad, la homosexualidad y la bisexualidad. La identidad de género, se refiere a como una persona se percibe a sí misma en términos de género (hombre o mujer) y la expresión de género se refiere a la manifestación externa, ya sea de la orientación sexual, o de la identidad de género. Dándose muchas veces el caso de quienes expresan abiertamente su orientación sexual o su identidad de género sean probablemente más susceptibles y vulnerables a la discriminación, ya que hacen visible a los demás su condición, implicando a su vez

una vulneración a sus derechos y libertades fundamentales.

Actualmente en la práctica la discriminación por razones de orientación sexual, identidad de género y expresión de género ha sido prohibida por medio de la interpretación de varios instrumentos internacionales tanto en el ámbito universal como en el regional, enmarcándolo bajo la categorías de “otra Condición Social” y a veces aunque un poco más forzadamente en las categorías de “género” o “sexo”, y es así como se ha considerado al no haber una regulación específica y taxativa de todas estas categorías dentro de las causales tradicionales de no discriminación, estas se han subsumido en dos causales de discriminación en la práctica del Derecho Internacional, siendo estas: la discriminación por “sexo” y aquellas clausulas abiertas de discriminación que impliquen “cualquier otra condición social”.

De esta manera lo ha interpretado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han sostenido que la Orientación Sexual y la Identidad de Género, se encuentran comprendidas dentro de la frase “otra condición social”, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que la Orientación Sexual, la Identidad de Género y la Expresión de Género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas y ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar.

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido: “que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho relación a estos conceptos en el “Caso Atala Riffo y niñas *versus* Chile”, relativo a un proceso de custodia o tuición que fue interpuesto por el Padre de unas niñas, en contra de la madre de estas, por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un “daño a las niñas”.

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bajo el término “Otra Condición Social”, establecido en el artículo 1.1 de dicha Convención.

En ese sentido, está proscrito por la Convención Americana sobre Derechos Humanos cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden discriminar o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la orientación sexual, es una

categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana, siendo además una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de dicha Convención de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos, sin discriminación alguna, por lo que todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es “*Per Se*” incompatible con la misma.

Además, respecto al derecho de igualdad y no discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos bajo el término “otra condición social”, establecido en el mismo artículo 1.1 de la Convención, en ese sentido, cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona, está proscrita por la Convención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando establece el capítulo de las reparaciones en el “Caso Atala Riffo y niñas *versus* Chile”, ordena al Estado continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación (en esta temática) dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

Por la importancia de los temas analizados en esta temática por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta relatoría ha elaborado un extracto de ambos trabajos como anexos del presente informe, denominados “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares relevantes” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, debido a que en este estudio se hacen desarrollos conceptuales y terminológicos relativos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género y un extracto del resumen del “Caso Atala Riffo y niñas *versus* Chile” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que con este caso se cuenta con Jurisprudencia en el Sistema Interamericano relativa a la discriminación por motivo de orientación sexual.

III. RECOMENDACIÓN

En razón de lo anterior, esta relatoría estima conveniente el recomendar que no habiendo una regulación específica y taxativa en los Tratados Internacionales de las categorías de Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género dentro de las causales de no discriminación, y para evitar implicaciones jurídicas en cuanto a las mismas, que dichas categorías por el momento sean tratadas, en la no discriminación por “sexo” y por “cualquier otra condición social” establecidas en los Instrumentos Internacionales universales y regionales a que se ha hecho referencia, y de manera especial, en la norma de carácter general regulada en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo dejó claramente establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Atala Riffo y Niñas *versus* Chile”, donde se superó toda discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Si estas medidas de protección y de garantía de sus derechos no fueran suficientes para erradicar toda forma de discriminación para estas categorías, sería conveniente esperar el resultado de las negociaciones que se están llevando a cabo en el seno de la Organización de los Estados

Americanos, en cuanto al Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda Forma de Discriminación e Intolerancia, la cual incorpora como causales de discriminación la orientación sexual, la identidad y la expresión de género.

Asimismo, sería recomendable que todos los funcionarios administrativos y judiciales, así como académicos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), recibieran Seminarios y Cursos permanentes de educación y capacitación en esta temática, para contribuir a la erradicación de toda forma de discriminación en esta materia, así como a mantener una política integral de sensibilización y de tolerancia.

En El Salvador, se ha creado la Dirección de Diversidad Sexual formando parte de la Secretaría de Inclusión Social de la Presidencia de la República, Secretaría que se encuentra bajo la dirección de la señora Primera Dama de la República, la cual ha empezado a impartir Seminarios sobre estas categorías a los Funcionarios y Empleados Públicos del Órgano Ejecutivo, así como Jornadas de Capacitación para el público en general para evitar la discriminación por razones de identidad de género y /o de orientación sexual.

En este mismo sentido, también se ha emitido por parte del Señor Presidente de la República, el Decreto Ejecutivo N° 56 de fecha 4 de mayo de 2010, denominado “Disposiciones para evitar toda Forma de Discriminación en la Administración Pública, por razones de Identidad de Género y/o Orientación sexual”, en el cual se prohíbe en la actividad de la Administración Pública toda forma de discriminación por razón de identidad de género y/o de orientación sexual.

Entendiendo por esta Discriminación toda distinción, exclusión o restricción basada en la identidad de género y/o en la orientación sexual, que tenga por objeto o resultado la anulación, menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Estableciendo además que los titulares de las distintas dependencias y organismos que integran la administración pública deban garantizar la generación de una cultura de respeto y tolerancia dentro de las actividades que desarrollan tales dependencias y organismos, cualquiera que fuese la identidad de género y/o la orientación sexual de una persona.

No siendo aplicable ninguna disposición reglamentaria, acuerdo, orden, instructivo, resolución o circular que al interior de la administración pública pudiese generar de alguna manera la discriminación de las personas por razones de identidad de género u orientación sexual.

Hoy en día, se está preparando por la Dirección de Diversidad Sexual, un Manual para evitar la discriminación por orientación sexual en la administración pública, así como para mejorar el trato en las instituciones públicas y privadas a personas del grupo LGBTI en la sociedad. De igual manera, se están brindando charlas en los Centros Escolares del país, con el objeto de educar para la tolerancia, concientizar y sensibilizar a los alumnos sobre la no discriminación a las personas por su orientación sexual.

Actualmente, también en muchos Estados de la Región se están brindando Seminarios, Charlas y Jornadas de Capacitación para evitar la discriminación por motivos de Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género, así como para educar y sensibilizar a las personas, crear entornos adecuados y poder brindar todo acceso a los servicios públicos. Todas estas campañas han

llevado a la creación del “Día Internacional contra la Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género”, siendo éste el 17 de Mayo.

Documentos anexos al informe:

A) ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y EXPRESIÓN DE GÉNERO: ALGUNOS TÉRMINOS Y ESTÁNDARES RELEVANTES

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, ha tenido amplios elementos de información sobre la situación de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (en adelante “LGTBI”) en los países del continente americano y, en particular, la grave situación de discriminación en su contra.

En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, incluyó en su Plan Estratégico, el Plan de Acción 4.6.i para los derechos de las personas LGTBI y, en noviembre de 2011, creó una unidad especializada en esta materia en el seno de su Secretaría Ejecutiva. Entre sus funciones, esta Unidad proveerá asesoría técnica a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia.

Por medio de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11) “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, OEA solicitó a la Comisión la realización de un estudio “sobre las implicaciones jurídicas y los desarrollos conceptuales y terminológicos relativos a orientación sexual, identidad de género y expresión de género”.

En este contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, expresó que al articular los conceptos “orientación sexual”, “identidad de género” y “expresión de género”, o hacer referencia a una persona bajo la sigla LGTBI se evocan, por lo menos, perspectivas sociales, legales y médicas. Por ejemplo, las siglas B (por *bisexual*), G (por *gay* o *gai*), I (por *intersex*), L (por *lesbiana*), T (por *trans*), y algunas o todas de ellas han sido utilizadas para describir corrientes, movimientos o eventos de reivindicación, solidaridad, movilización comunitaria o protesta, así como comunidades, grupos o identidades.

Asimismo, determinó que en el ámbito jurídico y en particular en el de la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”) estas discusiones sociales se han subsumido comúnmente en la expresión “minorías sexuales”, para englobar las cuestiones relacionadas con los derechos de las personas gays, lesbianas, transgénero, bisexuales e intersex.

Que con mayor precisión teórica desde la sociología-jurídica, las acepciones orientación sexual, identidad de género y expresión de género han sido utilizadas como referentes para el reconocimiento y la exigibilidad de derechos, entre otros, por la legislatura y la judicatura. La denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad –los cuales han estado

tradicionalmente invisibilizados; reconoce la discriminación histórica a que han estado sometidas las personas que se identifican de esta manera; y las dota de protección.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, se ha entendido a la orientación sexual –interpretación que puede extenderse a la identidad de género y expresión de género- dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad” (Caso 12.504 de Karen Atala contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010).

En el ámbito de las ciencias de la salud, la Organización Panamericana de la Salud (“la OPS”) recomienda que al atender a una persona en un centro de salud, se le pregunte su sexo asignado al nacer (“masculino, femenino, u otro”) y cómo se identifica en términos de su identidad de género (“femenina, masculina, mujer trans, hombre trans, persona trans, travesti u otro”), y señala que esta determinación es fundamental para asignar al tratamiento adecuado.

En este contexto, en el presente documento se presentan algunas nociones aceptadas para las categorías sexo, género, orientación sexual, identidad de género, y expresión de género. Para concluir se hace una referencia a los estándares relacionados con la definición de la discriminación específicamente en función de la orientación sexual, la identidad de género, y la expresión de género, así como los estándares relacionados con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como aspectos del derecho a la vida privada de las personas y las correspondientes obligaciones estatales.

En un sentido estricto, el término “sexo” se refiere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas”, a “la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres o a “la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer”.

Desde la perspectiva del sexo, además de los hombres y las mujeres, se entiende que se alude también a las personas intersex. En la doctrina se ha definido la intersexualidad como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”.

La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable.

La orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de

género. Se ha definido como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.

En esta perspectiva se ubican los términos heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad, los cuales pueden describirse de la siguiente manera:

Heterosexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Homosexualidad

Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. El movimiento LGTBI prefiere utilizar los términos *lesbiana*ⁱ (para hacer referencia a la homosexualidad femenina) y *gay* o *gai* (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina, esto último en los países angloparlantes).

Bisexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

La identidad de género

De conformidad con los Principios de Yogyakarta, la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Dentro de la categoría identidad de género se incluye generalmente la categoría transgenerismo o trans. A continuación se presentan las definiciones mayormente aceptadas en relación con esta perspectiva.

Transgenerismo o trans

Este término paraguas –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos.

Transexualismo

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas- para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

Otras subcategorías que no necesariamente implican modificaciones corporales

Entre estas categorías se encontrarían las personas travestis. En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

Dentro de la categoría transgénero también se han ubicado otras terminologías tales como: *cross-dressers* (quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto); *drag queens* (hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos); *drag kings* (mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos); y transformistas (hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos).

La expresión de género

La expresión de género ha sido definida como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”.

Discriminación con base en la identidad de género, orientación sexual y expresión de género

De conformidad con los distintos tratados internacionales, la discriminación es toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en atributos de la persona que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades.

La CIDH entiende por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos

motivos que tenga por objeto o por resultado -ya sea *de jure* o *de facto*- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.

No obstante, en particular dada la ausencia actual de una regulación específica y taxativa de estas categorías dentro de las causales tradicionales de no discriminación, jurídicamente las categorías de no discriminación por orientación sexual y la identidad de género se han subsumido en dos causales de discriminación en el ámbito del derecho internacional, a saber: discriminación por “sexo” y en las cláusulas abiertas de discriminación, como aquellas que se manifiestan por “cualquier otra condición social”:

En relación con la interpretación de estas disposiciones y la aplicación de estos estándares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sostenido que la orientación sexual y la identidad de género, se encuentran comprendidas dentro de la frase “otra condición social” establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En relación con la orientación sexual y su vinculación con el derecho a la vida privada, la Comisión ha sostenido:

La orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público, en la ausencia de razones de mucho peso. La Comisión reitera que el derecho a la privacidad protege el derecho a determinar la propia identidad y a formar relaciones personales y familiares en base a esa identidad, aunque la misma no sea aceptada o tolerada por la mayoría.

Así, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar.

En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”.

B) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile

Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de tres niñas, en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su

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

En la Sentencia la Corte declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado:

- i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo;
- ii) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas;
- iii) el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el artículo 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo;
- iv) los artículos 11.2 (protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas;
- v) el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de las niñas, y
- vi) la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Rifo.

1. Conclusiones y determinaciones de la Corte

1.1 Igualdad y no discriminación y la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana. La Corte reiteró que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es “per se” incompatible con la misma.

Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

1.2 El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo la Corte Interamericana resaltó que el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En el mismo sentido, indicó que para asegurar,

en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.

Igualmente, la Corte Interamericana constató que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

La Corte observó que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

El Tribunal agregó que una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte consideró que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

1.2.1 Presunta discriminación social

La Corte consideró que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

El Tribunal constató que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación

violatorias de los derechos humanos.

Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte consideró que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resaltó que, además, la señora Atala no tenía porque sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.

Por tanto, la Corte concluyó que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas.

1.2.2 Alegada confusión de roles

Frente a la alegada confusión de roles en las tres niñas que podría generar la convivencia de la señora Atala con su pareja, el Tribunal consideró que tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. El Tribunal observó que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia no falló con base en un análisis in abstracto del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas. Por tanto, el Tribunal concluyó que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo.

1.2.3 Alegado privilegio de intereses

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

En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

En consecuencia, la Corte consideró que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, el Tribunal manifestó que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.

1.2.4 Alegado derecho a una familia “normal y tradicional”

Finalmente, ante el presunto derecho de las niñas de vivir en una familia “normal y tradicional”, la Corte observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. 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.

En el presente caso, este Tribunal constató 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”, reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).

1.2.5 Conclusión

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente reseñado, el Tribunal concluyó que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala que viola los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana.

Además, la Corte Interamericana resaltó que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre.

El Tribunal señaló que, al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reiteró que el interés superior del niño es un criterio

rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que ellas no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma. Por tanto, la Corte concluyó que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas.

1.3 Derecho a la vida privada y vida familiar

La Corte señaló que el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, el Tribunal sostuvo que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.

El Tribunal 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 una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

En cuanto al derecho a la protección a la vida familiar, la Corte reiteró que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribunal señaló que diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. En el presente caso, la Corte determinó que era visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Por tanto, este Tribunal concluyó que la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas, constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.

1.4 Garantías judiciales

Respecto a la presunta violación de las garantías judiciales de independencia e imparcialidad en detrimento de la señora Atala, la Corte consideró que no se aportaron elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces y elementos

convincientes que permitieran cuestionar la imparcialidad objetiva en la sentencia de la Corte Suprema. De manera, que una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar una falta de la imparcialidad objetiva. En consecuencia, la Corte consideró que el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el presente caso.

Por otra parte, la Corte concluyó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho de las niñas a ser oídas consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, ya que la Corte Suprema no había explicado en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal constató que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, teniendo en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Por tanto, la Corte concluyó que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas.

2. Conclusiones sobre las controversias respecto a la investigación disciplinaria

En cuanto a los hechos relacionados con la investigación disciplinaria, la Corte manifestó que no observaba relación alguna entre un deseo de proteger la “imagen del poder judicial” y la orientación sexual de la señora Atala, ya que la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual. Por ello, concluyó que era discriminatoria una diferenciación en una indagación disciplinaria relacionada con la orientación sexual. Por ello, el Estado vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

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

Respecto a la protección de la garantía de imparcialidad subjetiva, la Corte consideró que existieron prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe emitido por el ministro visitador, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto y que, por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la

orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho, por lo que se estableció que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado vulneró el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

Reparaciones

Respecto de las reparaciones, la Corte estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado las siguientes medidas de reparación:

- i) brindar la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten;
- ii) publicar el presente resumen oficial de la Sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la Sentencia en un sitio web oficial;
- iii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso;
- iv) continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, y
- v) pagar determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.

* * *