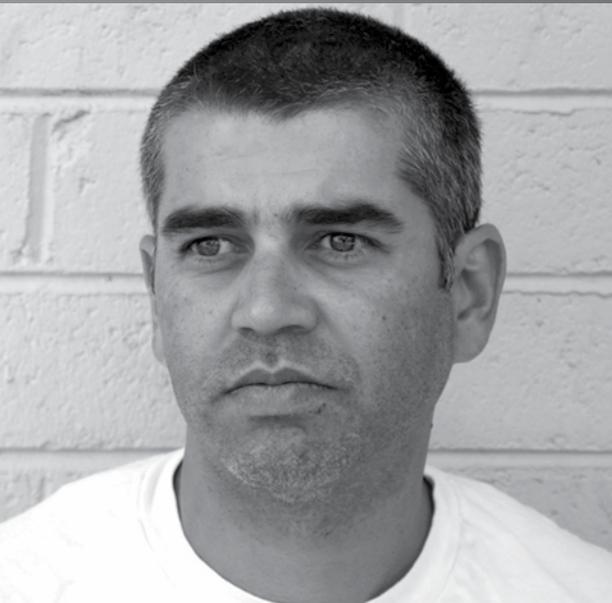
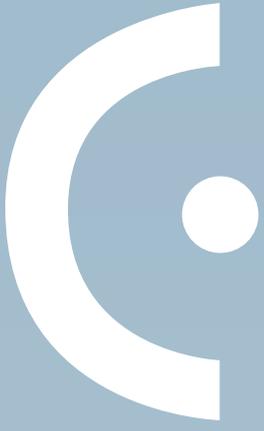


**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS**



**Boletín de Jurisprudencia de la  
Corte Interamericana de Derechos Humanos**

**1/2012**



# INDICE

■	Editorial	1
■	I. Casos y Hechos	2
■	II. Derecho a la Integridad Personal	6
■	III. Derecho a la Libertad Personal	7
■	IV. Derecho a la Protección Judicial	9
■	V. Derecho al Debido Proceso	9
■	VI. Derecho a la Igualdad y No Discriminación	11
■	VII. Comentario de Fondo	12



## Programa Democracia y Derechos Humanos

El Centro de Derechos Humanos (CDH) es un órgano académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su objetivo es contribuir al progreso, enseñanza y difusión de la disciplina de los Derechos Humanos entendida en su acepción más amplia, esto es, comprensiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de Refugiados.

El tema de los Derechos Humanos ha estado en el centro de las preocupaciones, debates y controversias políticas y jurídicas que han marcado la historia reciente de Chile y América. Actualmente, el desafío es dotar a esta temática de sólidos fundamentos jurídicos y académicos con una clara visión de futuro. El CDH asume este reto y se propone orientar sus esfuerzos al servicio del desarrollo de una cultura de los derechos humanos en nuestro país y en nuestra región.

El Programa Democracia y Derechos Humanos contempla tres áreas de trabajo: estado de derecho, transparencia y lucha contra la corrupción y procesos de democratización. Este Boletín se inserta dentro del área estado de derecho, la que ha sido diseñada con miras a la construcción de una cultura de respeto y protección de los derechos humanos por parte de los Estados de la región, acorde con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto supone, para las democracias latinoamericanas, la necesidad de adecuar aspectos orgánicos, sustantivos y procedimentales a las obligaciones internacionales que han contraído en esta materia.

Esta área de trabajo se estructura en torno a dos ejes temáticos. Por una parte, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, con especial énfasis en el sistema interamericano. Y por otra, las capacidades internas de los Estados en materia de Derechos Humanos. Nuestro aporte está dirigido al desarrollo de actividades de docencia e investigación que contribuyan al fortalecimiento de las capacidades institucionales de ambos sistemas de protección, nacional e internacional.

### DIRECTOR

Claudio Nash R.

### EQUIPO EDITORIAL BOLETÍN

María Luisa Bascur -**Editora General**-

Pascual Cortés

Andrés Nogueira

Sebastián Soto

Matilde Urra

UNDEF

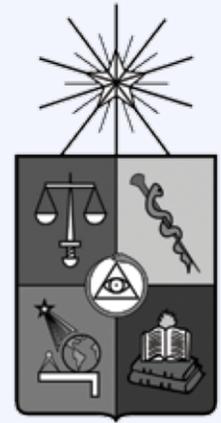


The United Nations  
Democracy Fund

The United Nations Democracy Fund (UNDEF) finances projects carried out by a wide range of governance actors, including NGOs, civil society organizations, executive, legislative and judicial branches of government, constitutionally independent national bodies, and the United Nations, its relevant departments, specialised agencies, funds and programmes. UNDEF aims to support those partners who undertake action-oriented projects to bring about measurable and tangible improvements in democracy and human rights on the ground, thereby translating the concept of "democracy" into practical solutions for people to have their voices and choices heard.

#### Disclaimer

This publication has been produced with the assistance of the United Nations Democracy Fund. The content of this publication is the sole responsibility of Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, and does not necessarily reflect the views of the United Nations, the United Nations Democracy Fund or its Advisory Board.



## EDITORIAL

En este primer número de 2012, el Boletín de Jurisprudencia comprende el análisis de cuatro sentencias contenciosas dictadas respecto de Argentina, Chile, Honduras y República Dominicana, entre los meses de febrero y abril 2012.

En este número se tratan aspectos del derecho a la integridad personal vinculados con la desaparición forzada y las condiciones de salud de la víctima, condiciones carcelarias, finalidad de las penas y separación entre reclusos. En materia de libertad personal, se tratan aspectos probatorios y registro de las personas privadas de libertad; asimismo la Corte vuelve al tema de las detenciones colectivas.

Un aspecto interesante tratado en materia de protección judicial es la independencia que tienen las acciones penales de las civiles para afrontar la obligación de garantía. En cuanto al debido proceso, este Boletín trata sobre el derecho de los familiares de las víctimas a acceder al expediente de la investigación; el derecho de los niños y niñas a ser escuchados en los procesos judiciales que les afecten; el plazo razonable y el elemento relacionado con los derechos de las víctimas. Finalmente, en materia de igualdad se tratan aspectos probatorios, la discriminación indirecta, el interés superior de los niños y niñas y la definición del concepto de familia.

En este número el comentario de fondo está dedicado al caso de Karen Atala e hijas vs. Chile. Sin duda que este fallo ha tenido un impacto mucho más allá de Chile. No sólo se establece la orientación sexual como una categoría que no es legítima para hacer distinciones por parte del Estado, sino que también se desarrollan las medidas para erradicar estas prácticas. No hay duda alguna que este será un tema central en nuestros países y la Corte aporta elementos relevantes de análisis, no sólo en relación con el cuidado personal de los hijos, sino que en relación con todos los derechos humanos de la población LGTBI.

No podemos terminar esta editorial sin agradecer a UNDEF quien financia este número como última actividad del proyecto que hemos realizado conjuntamente durante los dos últimos años.

Como siempre, esperamos que este Boletín sea de utilidad a todos quienes tienen responsabilidad en la aplicación de los estándares internacionales en el ámbito interno y con ello hacer realidad un efectivo “control de convencionalidad” en el ámbito de sus funciones laborales.

**Claudio Nash R.**  
**Director Centro de Derechos Humanos**

## I. CASOS Y HECHOS

Fecha de Sentencia: 24 de febrero de 2012

Víctima: Karen Atala Riffo y las niñas M., V. y R.

Estado parte: Chile

Caso Completo en:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

La señora Karen Atala contrajo matrimonio con el señor Ricardo López en el año 1993. Las niñas M., V. y R. nacieron en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente. En marzo del año 2002 la señora Atala y el señor López decidieron dar término a su matrimonio por medio de una separación de hecho y establecieron de mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco. En noviembre de 2002, la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a vivir en la misma casa con ella y sus hijas.

En enero del año 2003, el padre de las niñas interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarica, argumentando que el “desarrollo físico y emocional de las niñas estaría en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre. La señora Atala, en su contestación a la demanda señaló que las alegaciones respecto a su identidad sexual nada tienen que ver con su función y rol como madre, entendiendo que ni el Código Civil ni la ley de menores de edad contemplaban como una causal de “inhabilitación parental” el tener una opción sexual distinta.

Antes que se resolviera dicha demanda, el 2 de mayo de 2003, el Juzgado de Menores de Villarica otorgó la tuición provisional de las niñas al padre. Días después y, conforme a lo resuelto, la Señora Atala entregó sus tres hijas al Señor López. De ahí en adelante, las hijas de la Señora Atala no volvieron a vivir con ella.

El 29 de octubre de 2003 el Juzgado de Menores rechazó la demanda de tuición del padre señalando que, con base a la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable. Apelada la sentencia por el padre de las niñas, ésta fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco.

El 5 de abril de 2004, el padre de las niñas presentó ante la Corte Suprema un recurso de carácter extraordinario y sancionatorio, denominado 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. La Corte Suprema concedió la orden de no innovar y el 31 de mayo de 2004 acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre.

En dicha oportunidad, la Corte Suprema expresó que el inciso primero del artículo 225 del Código Civil chileno, el cual provee que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, no es una norma “absoluta y definitiva”. En este contexto, sostuvo que no era posible desconocer que la madre de las menores de edad, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, había antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas y que se podría producir una eventual confusión de roles sexuales, lo que configuraba una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores. Además, indicó que las menores se encontraban en una situación de vulnerabilidad en su medio social pues su entorno familiar difería significativamente del de sus pares. Dichas condiciones fueron consideradas como una “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre.

De manera paralela al proceso judicial de tuición reseñado, se inició en contra de Karen Atala –que se desempeñaba profesionalmente como jueza en la ciudad de Villarica– un proceso disciplinario. Se investigaron dos hechos fundamentales: las publicaciones en diarios de circulación nacional en las que se hacía referencia al carácter de lesbiana de la señora Atala y el uso indebido de material del tribunal.

Después de realizada la visita al Juzgado en el que la señora Atala era titular, el informe determinó la existencia de los siguientes hechos irregulares: la “utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez [...] de menores”; la “utilización indebida del sello del Tribunal”, y las “publicaciones aparecidas en la prensa”. En cuanto a las publicaciones en los diarios, señaló que la publicidad de la condición sexual de la magistrada dañaba la imagen del Poder Judicial.

El 17 de septiembre de 2010 sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte declaró violados los artículos 8.1 (con respecto a la investigación disciplinaria), 11.2 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala; los artículos 8.1 y 24 en relación con los artículos 19 y 1.1, en perjuicio de las niñas M., V., y R.; y los artículos 11.2 y 17.1, ambos en relación con el artículo 1.1 en perjuicio de Karen Atala y de las niñas M., V., y R.

Fecha de Sentencia: 27 de febrero de 2012

Víctima: Narciso González Medina

Estado parte: República Dominicana

Caso Completo en:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_240\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_240_esp.pdf)

Los hechos del presente caso dicen relación con la desaparición forzada del abogado Narciso González Medina. El señor González, de 52 años de edad al momento de su desaparición, era profesor de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), reconocido activista y columnista político.

En medio de una crisis política y socioeconómica, el 16 de mayo de 1994 se celebraron elecciones presidenciales en la República Dominicana, en las cuales resultó reelecto el Presidente Joaquín Balaguer. Días antes de dichas elecciones, González Medina publicó un artículo de opinión titulado: "10 pruebas que demuestran que Balaguer es lo más perverso que ha surgido en América". Asimismo, pronunció un discurso en la UASD, en el cual urgió, en particular, a las autoridades universitarias a que asumieran una posición fuerte de condena frente al alegado fraude electoral e insinuó que los jefes de la Policía, del Ejército y de la Fuerza Aérea habían apoyado el denunciado fraude electoral y recibido ganancias económicas por ello.

El 26 de mayo de 1994 González Medina –quien padecía de una enfermedad epiléptica refractaria– desapareció de sus actividades cotidianas. Al día siguiente, su esposa, Luz Altagracia Ramírez, acudió a la Policía Nacional para revisar los registros policiales y, junto a familiares y amistades, buscaron al señor González en hospitales, morgues, cuarteles y centros de detención. El 28 de mayo, los familiares del señor González Medina interpusieron una denuncia por su desaparición ante la Policía Nacional.

En los días siguientes, la familia del señor González recibió llamadas telefónicas, comunicaciones anónimas, "pasquines" y visitas de personas que daban diferentes versiones sobre lo ocurrido, algunas de ellas indicando que González Medina se encontraba en instalaciones militares o policiales.

Las primeras investigaciones se iniciaron el 3 de junio de 1994 y fueron realizadas por una "Junta Policial" o comisión extrajudicial de la Policía Nacional, la cual sólo informó un resumen de las diligencias realizadas, fechado 25 de octubre de 1994. En junio de 1998, se creó una "Junta Mixta" de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional para investigar lo sucedido, en respuesta a una solicitud del entonces Presidente de la República. Esta Junta Mixta entregó un informe al Presidente y al Procurador General de la República, en el cual no emitió conclusión alguna respecto a los hechos sino que, *inter alia*, recomendó que se remitiera en última instancia a la jurisdicción de instrucción competente.

El 12 de junio de 1995 la señora Luz Altagracia Ramírez y sus hijos interpusieron una querrela con constitución en parte civil ante un Juez de Instrucción por los delitos de secuestro, asociación de malhechores y asesinato, ya que en la República Dominicana no se encuentra tipificado el delito de desaparición forzada. En la investigación judicial fueron inculcados un General que, al momento de la desaparición del señor González Medina, era el encargado de inteligencia de la Fuerza Aérea Dominicana; un Teniente Coronel que era el Director de Planes y Operaciones del Departamento de Inteligencia de la Fuerza Aérea y un Mayor General que había sido Secretario de Estado de las Fuerzas Armadas.

El 24 de agosto de 2001, el Séptimo Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional resolvió no enviar a juicio criminal a dos de los inculcados y enviar ante el tribunal criminal al entonces Secretario de Estado de las Fuerzas Armadas. El 27 de agosto de 2001, tanto los familiares de González Medina como el procesado apelaron dicha resolución. El 18 de diciembre de 2002 la Cámara de Calificación de Santo Domingo revocó la decisión del Juzgado de Instrucción, en relación con el ex Secretario de Estado de las Fuerzas Armadas y confirmó la decisión, en relación con los otros dos procesados. La investigación fue archivada.

El 2 de mayo de 2010 la Comisión Interamericana sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH declaró que el Estado era responsable por la violación de los derechos protegidos en los artículos 7, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor González Medina. Asimismo declaró que había incumplido su obligación de garantizar los referidos derechos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Finalmente, declaró que había violado los artículos 5.1, 5.2, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma y con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de los familiares del señor González Medina.

Fecha de Sentencia: 27 de abril de 2012

Víctima: Pacheco Teruek, Rafael Arturo y otros

Estado parte: Honduras

Caso Completo en:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_241\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_241_esp.pdf)

El 17 de mayo de 2004 se originó un incendio en la celda N° 19 del Centro Penal de San Pedro Sula. En dicha celda estaban reclusos 183 internos, presuntos miembros de una mara, cuyas edades oscilaban entre 18 y 40 años y al menos 45 personas de dicha celda guardaban prisión preventiva. En el incendio perdieron la vida 107 internos, de los cuales, al menos 101 murieron a causa de la inhalación masiva de dióxido de carbono y cinco fallecieron en el hospital con quemaduras graves.

La celda N° 19 estaba aislada de las demás; no contaba con ventilación ni luz natural, el servicio de agua corriente era inadecuado, y no había lavabos, ni duchas. Existía un ambiente malsano e insalubre y una proliferación de insectos por la falta de higiene. Los guardias mantenían un ambiente de hostilidad y amenazas hacia los internos. Se debe destacar que el centro carecía de mecanismos adecuados para prevenir y afrontar incendios, como extinguidores y sistemas de agua. La única instrucción dispuesta por las autoridades penitenciarias en casos de emergencia era disparar al suelo en señal de alerta y, para casos de incendio, llamar a los bomberos.

El incendio en la celda N° 19 comenzó entre las 1:30 y 2:00 horas de la madrugada, y se originó dentro de la celda por la sobrecarga causada por el exceso de aparatos conectados, lo que generó un corto circuito en el sistema eléctrico. Las autoridades supieron de la existencia del incendio a las 1:45, pero la puerta de la celda no fue abierta sino hasta aproximadamente las 2:30 cuando los internos lograron abrirla con una pesa de cemento. A esa hora llegó el Cuerpo de Bomberos y el Director del Centro ordenó que se abriera la segunda puerta.

La lista de heridos y fallecidos se entregó sólo después del mediodía del 17 de mayo y la identificación de los cadáveres se prolongó por varios días. El reconocimiento de los cuerpos se realizó de forma apresurada y sin estudios de ADN y se cometieron errores en la entrega de cuerpos, lo cual agravó el sufrimiento de los familiares.

En la época de los hechos el sistema penitenciario en Honduras presentaba deficiencias estructurales, además de no contemplar programas para la rehabilitación de los privados de libertad. Estas deficiencias se habrían agravado como consecuencia de la implementación de reformas penales adoptadas por el Estado en el marco de las políticas de "tolerancia cero" que pretendían erradicar a las maras y pandillas. Como parte de estas medidas, se reformó el tipo penal de asociación ilícita contemplado en el artículo 332 del Código Penal, aumentando las penas para este delito e incluyendo una mención explícita a las maras como forma de asociación ilícita. A partir de esa reforma, la policía inició una práctica común de detenciones por sospecha y arrestos colectivos con base en la apariencia de las personas y sin orden previa de autoridad competente. Lo anterior incidió en el incremento de los niveles de sobrepoblación de los centros penales y acentuó los problemas estructurales existentes.

El 11 de marzo de 2011 la Comisión Interamericana sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su sentencia, la Corte Interamericana homologa el acuerdo de solución amistosa suscrito entre el Estado y los representantes de las víctimas.

La Corte resolvió que Honduras violó la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las 107 personas privadas de libertad que perdieron la vida; violó los artículos 5.4, 7 y 9 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los 22 internos fallecidos que se encontraban en prisión preventiva junto con las personas condenadas; y violó los artículos 5.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, todo lo anterior en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de 83 familiares de los internos fallecidos.

Fecha de Sentencia: 27 de abril de 2012

Víctima: Leonardo Aníbal Javier Fornerón e hija

Estado parte: Argentina

Caso Completo en:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

El caso versa sobre diversos procesos judiciales relativos a la guarda judicial y posterior adopción de la menor M por parte del matrimonio B-Z sin contar con el consentimiento del señor Leonardo Fornerón, padre biológico de M, así como a la falta de establecimiento de un régimen de visitas a favor de aquél, y a la falta de investigación penal sobre la supuesta “venta” de la niña al matrimonio de guarda.

El 16 de junio de 2000 nació M, hija de Diana Enríquez y del señor Fornerón. Ambos tuvieron una relación que culminó antes de que naciera la niña. Al día siguiente del nacimiento de M, la señora Enríquez, en presencia del Defensor de Pobres y Menores de Victoria, entregó a su hija al matrimonio B-Z en guarda provisoria “con fines de adopción” según lo señalado por ella. La Corte aclaró que existen indicios de que la entrega de M al matrimonio B-Z pudo haber sido a cambio de dinero.

El señor Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta aproximadamente el quinto mes del mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre. Tras el nacimiento de M, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, el señor Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Un mes después del nacimiento de M el señor Fornerón se presentó en el Registro Civil y reconoció legalmente a su hija. Los hechos de este caso fueron conocidos en la jurisdicción local en varios procedimientos judiciales.

Ante la incertidumbre sobre el destino de la niña y dadas las contradicciones en que había incurrido la madre, el 11 de julio de 2000 la Fiscalía solicitó al Juez de Instrucción la adopción de medidas previas, señalando que no se podía descartar que se hubiera cometido un delito correspondiente a la supresión y a la suposición del estado civil y de la identidad. Si bien el fiscal y el juez a cargo de la investigación establecieron la existencia de indicios de que M habría sido entregada por su madre a cambio de dinero, el Juez de Instrucción ordenó en dos oportunidades el archivo de la investigación penal dado que a su criterio los hechos relativos a la alegada “venta” de la niña no encuadraban en ninguna figura penal. La Cámara en lo Criminal de Gualeguay confirmó el archivo de la causa.

El 1 de agosto de 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M. Ante dicha solicitud, el señor Fornerón manifestó en todo momento su oposición a la guarda requiriendo que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una prueba de ADN que confirmó su paternidad. Posteriormente, el juez ordenó la práctica de una pericia psicológica la cual concluyó que “el traspaso de [la] familia a la que reconoce [...] a otra a la que desconoce” sería sumamente dañino psicológicamente para la niña.

El 17 de mayo de 2001 el Juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z e indicó que se podría establecer en un futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. Esta resolución fue apelada, revocada en apelación dos años después de la interposición del recurso y posteriormente, por medio de un recurso de inaplicabilidad, confirmada la sentencia de primera instancia. Entre las razones esgrimidas por el Superior Tribunal provincial se encontraba el tiempo transcurrido, indicando que la demora en el trámite del proceso de guarda judicial incidió en la decisión de confirmar la guarda. Para decidir esto, consideró el Tribunal el interés superior de M, quien había vivido desde su nacimiento y por más de tres años con el matrimonio B-Z. El 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M al matrimonio B-Z.

El 6 de julio de 2004 el matrimonio B-Z interpuso una demanda de adopción plena. En comparecencia ante el juez la madre biológica otorgó su consentimiento a la adopción y el señor Fornerón se opuso a la misma. El 23 de diciembre de 2005 el Juez de Primera Instancia Civil y Comercial de Victoria otorgó la adopción simple al matrimonio B-Z.

Paralelamente, el 15 de noviembre de 2001 el señor Fornerón promovió un juicio de derecho de visitas. Dos años y medio después, el Juez de Primera Instancia de Victoria se declaró competente. El señor Fornerón, entre otras actuaciones, solicitó una audiencia y en varias ocasiones requirió se acelerara el proceso y se dictara una sentencia. El 21 de octubre de 2005 se llevó a cabo el único encuentro entre el señor Fornerón y su hija. En mayo de 2011 se celebró una audiencia ante la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la que se escuchó a la niña, así como al señor Fornerón y al matrimonio B-Z. Las partes acordaron, entre otros, establecer un régimen de visitas de común acuerdo y en forma progresiva.

El 29 de noviembre de 2010 la Comisión Interamericana sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte declaró que el Estado violó (i) los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última; (ii) el artículo 17.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última; (iii) e incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8.1, 19 y 25.1 de la misma, en perjuicio de la niña M y del señor Fornerón.

## II. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

### Agravación del sufrimiento de la víctima de desaparición forzada en virtud de sus condiciones de salud

Ya en la sentencia recaída sobre su primer caso contencioso, la Corte IDH estableció que, en el marco de una desaparición forzada, “el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad”<sup>1</sup>. Pronunciamientos similares fueron hechos recientemente por la Corte en los casos **Anzualdo Castro**<sup>2</sup> y **Radilla Pacheco**<sup>3</sup>.

En el caso **González Medina y familiares**, la Corte IDH no solamente presumió una vulneración a la integridad personal de la víctima por encontrarse ésta en una situación de desaparición forzada sino que, tomando en cuenta ciertas características médicas personales (en particular la falta de atención a su enfermedad epiléptica e imposibilidad de acceso a los medicamentos que necesitaba) del señor González, presumió una agravación de su sufrimiento.

“El Tribunal considera razonable presumir, con base en los elementos del acervo probatorio, que el señor González Medina sufrió maltratos físicos y psicológicos mientras se encontraba en custodia estatal, lo cual fue agravado por la falta de atención a su enfermedad epiléptica, ya que es probable la imposibilidad de acceso a los medicamentos que necesitaba. Adicionalmente, el Tribunal considera que muy posiblemente la salud del señor González Medina se deterioró rápida y fatalmente ante la falta de atención médica, así como ante la ansiedad generada por una situación tal como la desaparición forzada, conforme a lo explicado por su neurólogo tratante [...].”

En este sentido, el Tribunal hace notar que la negativa de las autoridades a reconocer la mencionada privación de libertad, así como a proporcionar información sobre el paradero o destino de la víctima, a pesar de las diligencias realizadas por sus familiares, lo colocó en un estado de alta vulnerabilidad que agravó el sufrimiento padecido e impidió que el señor González Medina pudiera recibir apoyo de su familia y médico neurólogo, frente al muy probable grave deterioro de su salud [...]. (Caso **González Medina y familiares**, párr. 183)

### Deber de garantizar condiciones de detención compatibles con la dignidad humana y debida diligencia del Estado en materia penitenciaria

El derecho de las personas privadas de libertad a recibir un trato humano mientras se hallen bajo custodia del Estado es una norma universalmente aceptada en el derecho internacional<sup>4</sup>. El trato humano debido a las personas privadas de libertad es un presupuesto esencial del artículo 5, numerales 1 y 2, de la Convención Americana que tutela el derecho a la integridad personal de toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte<sup>5</sup>. La Corte IDH ha reiterado en varias ocasiones, incluyendo en los casos **Neira Alegría**<sup>6</sup> y **Vera Vera**<sup>7</sup>, que el Estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los privados de libertad, en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas.

En el caso **Pacheco Teruel y otros** la Corte también se basó en la posición de garante del Estado para establecer que a éste le corresponde garantizar condiciones de detención compatibles con la dignidad humana, agregando que “en su función de garante debe diseñar y aplicar una política de prevención de situaciones críticas que pondría en peligro los derechos fundamentales de los internos en custodia”<sup>8</sup>. En este sentido, y siguiendo lo sentenciado anteriormente en el caso **Instituto de Reeducación del Menor**<sup>9</sup>, la Corte estableció que:

“Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad”. (Caso **Pacheco Teruel y otros**, párrs. 64)

“[...] frente al conocimiento de una situación crítica de riesgo, el Estado no garantizó los derechos de los internos a través de acciones preventivas y de actuación con la debida diligencia frente al incendio, lo que provocó muertes traumáticas y dolorosas”. (Caso **Pacheco Teruel y otros**, párrs. 69)

A renglón seguido, la Corte procede a sistematizar los principales estándares sobre condiciones carcelarias y el deber de prevención que el Estado debe garantizar a favor de las personas privadas de libertad<sup>10</sup>.

### Finalidad de las penas privativas de libertad

El artículo 5.6 de la Convención Americana establece que las penas privativas de libertad “tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Si bien la Convención fija dicha finalidad para las penas privativas de libertad, no entrega una orientación respecto de qué tipo de tratamiento debe darse a un condenado para conseguir este fin. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “el mandato contenido en el artículo 5.6 de la Convención está dirigido fundamentalmente a establecer la obligación institucional del Estado de dar a las personas condenadas la asistencia

1 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 1, párr. 187.

2 Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C N° 202, párr. 85.

3 Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párr. 153.

4 CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116. Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 147.

5 CIDH, Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párr. 67.

6 Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N° 20, párr. 60.

7 Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 42.

8 Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C N° 241, párr. 68.

9 Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, párr. 153.

10 Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, *supra* nota 8, párr. 67.

y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno a la sociedad, así como la prohibición de entorpecer este desarrollo”<sup>11</sup>.

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, de manera similar al artículo 5.6 de la Convención Americana, que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, interpretando dicho artículo ha señalado que “[n]ingún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso”<sup>12</sup>.

En el **caso Pacheco Teruel y otros** la Corte emitió un pronunciamiento breve sobre este punto. Sin embargo, es ilustrativo respecto de qué medidas la Corte entiende que tienden a realizar el fin que la Convención le atribuye a la pena privativa de libertad. En concreto, la Corte consideró que “el Estado violó el artículo 5.6 de la Convención, al no permitir a los internos realizar actividades productivas, por considerarlos miembros de la mara Salvatrucha”<sup>13</sup>. De esta manera, y basando su razonamiento –aunque no explícitamente– sobre el principio de no discriminación, la Corte sugiere que el involucramiento de los internos de un centro de privación de libertad en actividades productivas contribuiría a la realización de la finalidad de reforma y readaptación de los condenados. El pronunciamiento es relevante puesto que la Corte no se había pronunciado con anterioridad sobre la finalidad del artículo 5.6 de la Convención Americana.

### Obligación del Estado de mantener separadas a las personas procesadas de aquellas condenadas

El artículo 5.4 de la Convención Americana establece que “los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”. La Corte se ha pronunciado sobre la separación de procesados y condenados en otras ocasiones. Lo hizo en el caso **Tibi**, en donde consideró violado el artículo 5.4 por cuanto no existía un sistema de clasificación de los detenidos en el centro penitenciario donde había permanecido detenida la víctima por lo que ésta tuvo que convivir con sentenciados, quedando expuesta a mayor violencia<sup>14</sup>. A una conclusión similar llegó la Corte IDH en el caso **López Álvarez**, debido a la inexistencia de un sistema de clasificación de los detenidos, permaneciendo la víctima durante seis años en compañía de reclusos condenados, sin que el Estado hubiera invocado circunstancias excepcionales para tal situación<sup>15</sup>.

En el caso **Pacheco Teruel y otros** la Corte IDH declaró que el Estado violó el artículo 5.4 de la Convención, en perjuicio de los 22 internos que se encontraban en prisión preventiva por el delito de asociación ilícita, debido a que éstos compartían en la misma celda con internos condenados<sup>16</sup>.

## III. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

### Importancia de la prueba circunstancial, indiciaria y de presunciones en casos de desaparición forzada

La Corte IDH ha sido constante en señalar que los criterios de valoración de la prueba son menos formales para un tribunal internacional que en los sistemas legales internos y que su procedimiento presenta particularidades que difieren de los elementos de los procedimientos internos. Asimismo, ha remarcado que la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal, por lo que los estándares o requisitos probatorios no son los de un tribunal penal, dado que no le corresponde determinar responsabilidades individuales ni valorar, bajo tal criterio, las mismas pruebas<sup>17</sup>.

En este contexto, en el caso **González Medina y familiares** la Corte IDH reitera<sup>18</sup> la importancia que tiene la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar su sentencia, especialmente en el caso de las desapariciones forzadas:

“[...] [L]a Corte estima pertinente recordar que es legítimo el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar una sentencia, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos. La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre desaparición forzada, ya que esta forma de violación se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar la detención, el paradero y la suerte de las víctimas”. (Caso **González Medina y familiares**, párr. 134)

En el mismo sentido y a la luz del principio de cooperación como parte de la obligación de garantía de los Estados, la Corte IDH ha señalado que la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones cobran especial relevancia cuando el Estado demandado asume una conducta renuente en sus actuaciones ante la Corte<sup>19</sup>, lo cual se vincula estrechamente con el principio de que, si bien corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio<sup>20</sup>.

11 CIDH, Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, *supra* nota 5, párr. 608.

12 Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 21, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10 - Trato humano de las personas privadas de libertad, (1992), párr. 10.

13 Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, *supra* nota 8, párr. 60.

14 Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, párr. 158.

15 Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2004. Serie C N° 141, párrs. 47, 54, 112 y 113.

16 Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, *supra* nota 8, párr. 60.

17 Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 105; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *supra* nota 1, párr. 135; Caso Escher y otros vs. Brasil. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C N° 200, párr. 128.

18 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *supra* nota 1, párr. 130; Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C N° 237, párr. 141; Caso Escher y otros vs. Brasil, *supra* nota 17, párr. 127; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C N° 213, párr. 66; Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16, párr. 49.

19 Caso Gangaram Panday vs. Surinam, *supra* nota 18.

20 Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C N° 240, párr. 132; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *supra* nota 1, párrs. 135 y 136; Caso Familia Barrios vs. Venezuela, *supra* nota 18.

Finalmente, la Corte IDH ha sido constante en resaltar la importancia de considerar el contexto histórico-político en que se desarrollan los hechos como prueba indiciaria para establecer la responsabilidad del Estado en casos de desaparición forzada<sup>21</sup>.

### Registro de las detenciones como salvaguarda contra la desaparición forzada

A la luz de la posición de garante del Estado con respecto a las personas privadas de libertad<sup>22</sup> y como salvaguarda a los derechos a la vida, integridad y libertad personal de las personas privadas de libertad y para prevenir la ejecución de desapariciones forzadas, la Corte IDH ha insistido en indicar que las privaciones de libertad sólo pueden tener lugar en centros legalmente reconocidos en los que deben existir registros de detenidos<sup>23</sup>. Respecto del registro de la detención, reafirmando lo señalado en el caso **Torres Millacura y otros**<sup>24</sup>, la Corte IDH resolvió en el caso **González Medina y familiares** que:

*“En virtud del artículo 7 de la Convención Americana, el Tribunal ha considerado que, toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Lo contrario constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento”. (Caso González Medina y familiares, párr. 178)*

Por su parte, en similar sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el registro de la detención constituye una salvaguarda en contra de la ilegalidad y la arbitrariedad de la privación de libertad, debiendo contener, al menos: (i) la fecha, hora y lugar en que tuvo lugar la detención; (ii) el nombre del detenido; (iii) las razones de la detención; y (iv) el nombre de la persona que efectúa la detención<sup>25</sup>.

### Requisitos para que detenciones colectivas estén en concordancia con la Convención Americana

En el caso **Pacheco Teruel y otros** la Corte IDH tuvo la oportunidad de referirse a cuáles son los requisitos para que las detenciones masivas sean compatibles con la Convención Americana, confirmando lo señalado en los casos **Bulacio y Servellón García y otros**:

*“[...] [L]a detención colectiva puede representar un mecanismo para garantizar la seguridad ciudadana cuando el Estado cuenta con elementos para acreditar que la actuación de cada una de las personas afectadas se encuadra en alguna de las causas de detención previstas por sus normas internas en concordancia con la Convención. Es decir, que existan elementos para individualizar y separar las conductas de cada uno de los detenidos y que, a la vez, exista el control de la autoridad judicial”. (Caso Pacheco Teruel y otros, párr. 107)*

En efecto, desde el caso **Bulacio**, la Corte IDH ha señalado que las denominadas *razzias*<sup>26</sup> son incompatibles con el principio de presunción de inocencia y con la exigencia de obtener una orden judicial previa para detener a las personas –salvo en hipótesis de flagrancia<sup>27</sup>. En el caso **Servellón García y otros** la Corte IDH ha sostenido que la detención masiva de personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención ilegal y arbitraria<sup>28</sup>.

La Corte, en el caso Pacheco Teruel y otros, reitera esto y agrega que:

*“[...] [E]l Estado debe velar para que cualquier modificación o reforma legal o administrativa cumpla con la obligación estatal de garantizar que no ocurran detenciones de personas sin causa legal, en las que el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito. [...] [D]ichas normas no deben justificar detenciones masivas y arbitrarias destinadas a grupos en situaciones de marginalidad”. (Caso Pacheco Teruel y otros, párr. 108)*

21 Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, *supra* nota 20, párr. 144; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C N° 217, párrs. 50, 68 y 94; Caso Radilla Pacheco vs. México, *supra* nota 3, párr. 116; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, *supra* nota 2, párr. 67; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N° 153, párrs. 63 y 85.

22 Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, *supra* nota 8, párr. 63; Caso Fleury y otros vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C N° 236, párr. 84; Caso Yvon Neptune vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 180, párr. 130; Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, *supra* nota 6, párr. 60; Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160, párr. 160; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C N° 150, párrs. 85 y 87; Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C N° 229, párr. 99.

23 Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, *supra* nota 20, párr. 177; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, *supra* nota 2, párr. 63; Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, *supra* nota 22.

24 Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, *supra* nota 22.

25 CEDH. Kurt vs. Turkey. Judgment of 25 May 1998, párr. 125; Ranjbar and others vs. Turkey. Judgment of 13 April 2010, párr. 38.

26 Según lo señalado por la perito Sofía Tiscornia en el marco del caso Bulacio: “Actualmente se denomina *razzia* a los operativos policiales sorpresivos que tienen por objeto rodear un predio, una población, una calle, un recital de rock, un barrio; impedir los movimientos de las personas que quedan atrapadas en este rodeo, obligarlas a subir a móviles policiales o a transportes públicos colectivos y conducirlos a territorio policial; en general, a comisarías. Las *razzias* pueden estar orientadas a grupos poblacionales sin distinción de sexo, edad u ocupación, o grupos sectarios, jóvenes o minorías sexuales. En el caso particular de la Argentina, los sectores que se ven principalmente afectados por este tipo de ‘razzias’ son los sectores más jóvenes, pobres y trabajadores.”. Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C N° 100, párr. 56.

27 Caso Bulacio vs. Argentina, *supra* nota 26, párr. 137.

28 Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C N° 152, párr. 93.

## IV. DERECHO A LA PROTECCION JUDICIAL

### Deber del Estado de investigar las desapariciones forzadas de forma independiente de la presentación de acciones civiles

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido constante en señalar que, en casos de desaparición forzada, el derecho internacional y el deber general de garantía imponen la obligación de investigar el caso *ex officio*, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva, de modo tal que no dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares (en particular, de la presentación de una denuncia) o de la aportación privada de elementos probatorios<sup>29</sup>.

En el caso **González Medina y familiares**, la Corte afirma que este deber de investigación es independiente de la presentación de una acción civil por parte de la víctima o sus familiares por lo cual amplía la aplicación de este principio a la presentación de acciones penales o civiles:

“[...] [E]sta Corte ha establecido que los familiares de las presuntas víctimas no están obligados a interponer recursos internos que no sean adecuados para determinar el paradero de la persona desaparecida, esclarecer los hechos y establecer las responsabilidades individuales derivadas de ellos, lo cual es aplicable al ejercicio de una acción civil para declarar a alguien como “persona desaparecida”. La Corte considera que el haber supeditado la imputabilidad de responsabilidades penales a la previa interposición de una acción civil que declarara al señor González Medina como ‘persona desaparecida’ constituyó un obstáculo para la investigación efectiva de lo sucedido y la determinación y sanción de los responsables”. (Caso González Medina y familiares, párr. 228)

## V. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

### Derecho de los familiares de la víctima a acceder al expediente de la investigación

La Corte IDH ha establecido que el acceso al expediente es un requisito *sine qua non* de la intervención procesal de la víctima o de sus familiares en la que se constituyen como parte coadyuvante o querellante, según la legislación interna<sup>30</sup>. La participación plena en el proceso por parte de la víctima se vería vulnerada con la negación de esta garantía judicial. Si bien la Corte IDH en su jurisprudencia reciente<sup>31</sup> ha considerado admisible la reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal para la eficacia de la administración de justicia, es preciso decir, que a reglón seguido la Corte IDH ha recalcado que:

“[...] [E]n ningún caso la reserva puede invocarse para impedir a la víctima el acceso al expediente de una causa penal. La potestad del Estado de evitar la difusión del contenido del proceso, de ser el caso, debe ser garantizada adoptando las medidas necesarias compatibles con el ejercicio de los derechos procesales de las víctimas”. (Caso González Medina y familiares, párr. 253)

Por tanto, la reserva admisible a la que se refiere la Corte en relación a la potestad estatal para evitar la difusión del contenido del proceso, debe ser garantizada adoptando las medidas necesarias compatibles con el ejercicio de los derechos procesales de las víctimas<sup>32</sup>. La vulneración a este aspecto del debido proceso, es lo ocurrido en el caso **González Medina y familiares**, en el cual la Corte consideró que:

“[...] [A]l limitar el acceso a los familiares al expediente reabierto ante el Ministerio Público en el 2007, por la razón que fuere a pesar de su calidad de víctimas, el Estado incumplió su obligación de respetarles el derecho de participar en el proceso. En consecuencia, el Tribunal considera que la República Dominicana violó el derecho de los familiares del señor González Medina de participar plenamente en la investigación penal relativa a los hechos del presente caso y, por tanto, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”. (Caso González Medina y familiares, párr. 254)

### Derecho de los niños y niñas a ser escuchados y a que se tengan en cuenta sus opiniones

La Corte IDH en su jurisprudencia, ha resaltado que niñas y niños son sujetos plenos de derechos, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención Americana, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto<sup>33</sup>.

Una de las garantías judiciales de los niños y niñas es el derecho de ser escuchados y de que se tengan en cuenta sus opiniones, la cual ha sido expresamente reconocida en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha recalcado que el derecho a “ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño” implica que “esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones”<sup>34</sup>.

29 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *supra* nota 1; Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 186; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219, párr. 108; Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C N° 232, párr. 128.

30 Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana, *supra* nota 20, párr. 253 y caso Radilla Pacheco vs. México, *supra* nota 3, párr. 252.

31 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C N° 206, párr. 45; Caso Radilla Pacheco vs. México, *supra* nota 3, párr. 252; Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana, *supra* nota 20, párr. 253.

32 Caso Radilla Pacheco vs. México, *supra* nota 3, párr. 252 y Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana, *supra* nota 20, párr. 253.

33 Corte IDH: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 41. Caso Gelman vs. Uruguay, *supra* nota 29, párr. 121; Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párr. 196.

34 Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 32.

En el caso **Atala Riffo e hijas**, la Corte expresó:

“El tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas provisiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”. (Caso **Atala Riffo e hijas**, párr. 196)

En consecuencia una tarea imprescindible que debe realizarse para determinar si efectivamente la defensa genérica coincide con los intereses individuales de las niñas y niños involucrados, es precisamente garantizarles el derecho a ser oídos.

Se destaca por parte de la Corte que en este caso las niñas fueron escuchadas en primera instancia, no así ante la Corte Suprema<sup>35</sup>. Pese a la apreciación de la Corte IDH en relación a que la Corte Suprema de Chile no necesariamente tenía la obligación de escuchar nuevamente a las niñas (tomando en cuenta la naturaleza particular del recurso de queja), sí considera que su derecho a ser oídas fue vulnerado en virtud de que escuchar a las niñas implica considerar sus opiniones y en el caso en comento, la Corte Suprema no aportó ninguna razón o fundamentación para apartarse de la voluntad de las niñas<sup>36</sup>:

“La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. [...] 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, más aún si se tiene 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”. (Caso **Atala Riffo e hijas**, párr. 208)

Es preciso destacar, que en conocimiento del caso **Atala Riffo e hijas**<sup>37</sup>, la Corte IDH observó que tanto la madre como el padre de las niñas alegaban tener la representación de sus hijas<sup>38</sup>. Frente a esta controversia, la Corte IDH consideró útil ordenar como prueba para mejor resolver, que a las niñas M., V. y R. fueran informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte IDH y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implica<sup>39</sup>. En el desarrollo del proceso se designó una delegación de la Corte IDH quien escuchó a dos de las niñas en la ciudad de Santiago, en calidad de víctimas, el fundamento utilizado por la Corte fue el considerar la capacidad progresiva de las niñas<sup>40</sup>.

### La afectación de la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso como requisito para determinar el plazo razonable

La Corte IDH ha dejado en claro que el concepto de plazo razonable no resulta de sencilla definición<sup>41</sup>. Distinguir entre duración razonable y prolongación indebida del proceso es relevante porque esto último constituye, por sí misma, una violación de las garantías judiciales<sup>42</sup>. En los reiterados casos donde la Corte IDH se ha pronunciado sobre el plazo razonable, es preciso decir, que para este cometido la Corte IDH ha compartido el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>43</sup>. En su jurisprudencia inicial la Corte ha señalado que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales<sup>44</sup>. A partir del caso **Valle Jaramillo**, entre otros<sup>45</sup>, la Corte ha considerado un cuarto elemento: d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, lo cual ha sido tratado en un boletín anterior<sup>46</sup>.

En el caso **Fornerón e hija**<sup>47</sup>, la Corte IDH analiza el proceso considerando estos factores y en relación al cuarto elemento reseñado más arriba ha señalado:

“[...] [P]ara determinar la razonabilidad del plazo también se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, el Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.

35 Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, *supra* nota 33, párrs. 204-205.

36 *Ibidem*, párr. 206.

37 *Ibidem*, párr. 12.

38 Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011, párr. 9. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala\\_29\\_11\\_111.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_29_11_111.pdf)

39 *Ibidem*, párr. 11.

40 *Ibidem*, párr. 12.

41 Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N° 30, párr. 77.

42 Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C N° 94, párr. 145; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N° 109, párr. 191; Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, *supra* nota 20, párr. 257; Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C N° 242, párr. 66.

43 Ver entre otros, CEDH, Case Motta vs. Italy. Judgment of 19 February 1991, párr. 30 y CEDH, Case Ruiz Mateos vs. Spain. Judgment of 23 June 1993, párr. 30.

44 Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, *supra* nota 41; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111, párr. 141; Caso Tibi vs. Ecuador, *supra* nota 14 párr. 175; Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C N° 120, párr. 67; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 65; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C N° 124, párr. 160; Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N° 129, párr. 105; Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C N° 137, párr. 166; Caso López Álvarez vs. Honduras, *supra* nota 15, párr. 132; Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de Abril de 2006. Serie C N° 147, párr. 151; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C N° 140, párr. 171.

45 Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N° 192, párr. 155. Ver también Caso Comunidad indígena Xáxmoc Kásec vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214, párr. 136 y Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C N° 233, párr. 179.

46 Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 2/2011.

47 Caso Fornerón e hija vs. Argentina, *supra* nota 42.

Tanto el Juez de Primera Instancia como el Superior Tribunal de Entre Ríos otorgaron la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z con base, principalmente, en los vínculos que había desarrollado M con el matrimonio de guarda con el transcurrir del tiempo. Esto implicó que, pese a que el señor Fornerón es el padre biológico de la niña, –y así lo reconoció ante las autoridades desde poco después de su nacimiento–, no ha podido ejercer sus derechos ni cumplir con sus deberes de padre, ni M ha podido disfrutar de los derechos que le corresponden como niña respecto de su familia biológica. Adicionalmente, la ausencia de una decisión y establecimiento de un régimen de visitas ha impedido que padre e hija se conozcan y que se establezca un vínculo entre ambos, ello en los primeros 12 años de vida de la niña, etapa fundamental en su desarrollo. Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales generó afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos del señor Fornerón y de su hija”. (Caso Fornerón e hija, párrs. 75 y 76)

Otro aspecto relacionado con la prolongación indebida del proceso es el que observa la Corte IDH al señalar que, la demora en el proceso y el transcurso del tiempo constituyeron un fundamento determinante para que el tribunal nacional resolviera la controversia alegando el interés superior de la niña<sup>48</sup>. Al respecto la Corte IDH advierte que:

“Este Tribunal considera que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”. (Caso Fornerón e hija, párr. 105)

## VI. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

### Improcedencia de invocar el interés superior del niño para legitimar una situación de discriminación

La Corte IDH se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre los derechos de los niños y niñas y particularmente sobre el principio cardinal del interés superior del niño<sup>49</sup>. En el **caso Atala Riffo e hijas**<sup>50</sup> la Corte analiza el tratamiento efectuado por tribunales nacionales de este principio al decidir acerca de la custodia y tuición de las niñas y afirma que al invocar y aplicar este principio debe hacerse de forma que permita el goze de todos los derechos humanos sin discriminación alguna:

“[E]n 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 considera 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”. (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 121)

La Corte IDH sostiene 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 como había argüido la Corte Suprema chilena. La Corte concluye que el tribunal nacional no cumplió los requisitos de un test irrestricto, respecto de la causalidad entre la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo y una supuesta afectación de las condiciones de desarrollo de las niñas<sup>51</sup>.

En el **caso Fornerón e hija**, la Corte se basó sobre lo anteriormente establecido en el caso Atala Riffo e hijas agregando que “el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia”<sup>52</sup>.

### Inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación

En casos cuando se alega un trato diferenciado basado sobre categorías protegidas, en este caso por orientación sexual, la Corte establece que hay una inversión en la carga de la prueba para el Estado:

“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”. (Caso Atala Riffo y niñas, párr. 124)

Y agrega que:

“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. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo (supra párrs. 109 y 111) vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales”. (Caso Atala Riffo y niñas, párr. 125)

48 Ibidem, párr. 104.

49 Caso Bulacio vs. Argentina, *supra* nota 26, párr. 134; Caso de la Comunidad Indígena Yake Axa vs. Paraguay, *supra* nota 44, párr. 172; Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130, párr. 134. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, *supra* nota 17, párr. 201. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párr. 408.

50 Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, *supra* nota 33, párrs. 109-111.

51 Ibidem, párr. 131.

52 Caso Fornerón e hija vs. Argentina, *supra* nota 42, párr. 99.

## Discriminación indirecta

En el **caso Atala Riffo e hijas**, la Corte estableció que las niñas y niños no deben ser indirectamente discriminadas como consecuencia de la discriminación que sufren sus padres. En este sentido, la Corte señaló que:

“[L]as 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”. (**Caso Atala Riffo e hijas**, párr. 151)

Para fundar su pronunciamiento la Corte se remite a la Observación General No. 7 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en donde se establece que las y los niños pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales<sup>53</sup>.

Desde estas premisas, al analizar la decisión de la Corte Suprema de Chile pronunciada en contra de Karen Atala, la Corte IDH estableció lo siguiente:

“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 reitera 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 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”. (**Caso Atala Riffo e hijas**, párrs. 154 y 155)

### Definición de concepto de familia en la Convención Americana de Derechos Humanos

Tanto en el caso Atala Riffo e hijas y en el caso Fornerón e hija, la Corte desarrolló su posición<sup>54</sup> respecto de la definición de familia a la luz de la Convención Americana. La Corte se pronuncia sobre esta materia dado que en ambos casos, durante procesos de judiciales de custodia, se había argüido que la existencia de estructuras familiares no tradicionales generaban un conflicto con el interés superior del niño.

En el caso Atala Riffo e hijas, la Corte señala que:

“[E]n la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, 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”. (**Caso Atala Riffo e hijas**, párr. 142)

La Corte extiende esto al modelo de las familias monoparentales en el caso Fornerón e hija:

“[N]o hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”. (**Caso Fornerón e hija**, párr. 98)

La Corte no sólo reconoce estos modelos como compatibles con la Convención Americana, sino que establece que ellos deben ser protegidos por los Estados en virtud de las obligaciones que emanan de los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención<sup>55</sup>.

## VII. COMENTARIO DE FONDO

### La orientación sexual como categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos

En el presente comentario de fondo analizaremos la declaración de la Corte IDH respecto a que la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana, bajo el término “otra condición social”, la justificación que la Corte entregó para llegar a esta conclusión y las implicancias que tiene para nuestra región y Chile en particular.

En el **caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**, la Corte IDH, entre otras cosas, se pronunció respecto a la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar sufrida por Karen Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial de tuición de sus tres hijas, que resultó en el retiro del cuidado personal de éstas, el que fue entregado a su ex cónyuge.

La Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas plantearon que la discriminación en base a la orientación sexual se encuentra prohibida por la Convención Americana, porque ésta contiene una “cláusula abierta de no discriminación” –el término “otra condición social” contenido en su artículo 1.1–, en la cual cabría la orientación sexual<sup>56</sup>. Por su parte, el Estado argumentó “que la orientación sexual no era una categoría sospechosa de la cual hubiera un consenso durante el año 2004” (año en que la Corte Suprema dictó sentencia)<sup>57</sup>. De esta forma, la controversia presentada a la Corte fue elucidar si la orientación sexual está protegida por el artículo 1.1 de la CADH.

<sup>53</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005, párr. 12.

<sup>54</sup> Ver también Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párrs. 69 y 70.

<sup>55</sup> Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, *supra* nota 33, párr. 177.

<sup>56</sup> Argumento citado por la Corte en Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, *supra* nota 33, párr. 73.

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 75.

La Corte IDH se ha referido a la igualdad y la no discriminación en variadas ocasiones<sup>58</sup>, pero nunca antes respecto a la orientación sexual. La Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, ha sido la elaboración más acabada que ha realizado de este principio. En ésta, se incorporaron nuevas categorías protegidas (por ejemplo, el género) y se utilizó un lenguaje diferente para referirse a la llamada cláusula abierta de discriminación: en vez de “otra condición social” (mencionado el artículo 1.1 de la Convención) la Corte se refirió a “otra condición”<sup>59</sup>. En esta sentencia, la Corte se pronuncia por primera vez sobre la orientación sexual como una categoría protegida, equiparándose con los estándares ya establecidos por el sistema europeo y el universal de protección de los derechos humanos.

Para comenzar su análisis, la Corte IDH sostiene enfáticamente que el artículo 1.1 de la Convención no contiene una lista taxativa de categorías en virtud de las cuales está prohibido discriminar:

**“[...] Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”. (Caso Atala Rifo e hijas, párr. 85)**

Tanto en la Convención Americana como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se comprende una cláusula abierta (a saber, “otra condición social”), que permite proteger otras categorías no señaladas explícitamente, pero que constituyen una violación al principio de igualdad asimilable a las categorías expresas<sup>60</sup>. El Comité de Derechos Humanos también ha señalado que bajo “otra condición social” se contienen categorías no señaladas taxativamente<sup>61</sup>.

Habiendo señalado esto, la Corte IDH da un paso más y resuelve la controversia aceptando el argumento de la Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas:

**“[...] la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por 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”. (Caso Atala Rifo e hijas, párr. 91)**

La Corte fundamenta su razonamiento en base a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, replicando los argumentos y la manera de abordar el tema. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, el Tribunal Europeo sostuvo que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo, artículo que prohíbe tratos discriminatorios y, por tanto, el goce de los derechos se encuentra asegurado independientemente de la condición sexual de su titular<sup>62</sup>. En el caso *Clift vs. Reino Unido* el Tribunal Europeo agrega un nuevo elemento para determinar qué categorías caben dentro de “otra condición”, señalando todas aquellas características personales que **son innatas o inherentes a la persona** son protegidas por el mencionado artículo 14, pues entran bajo la definición de “otra condición”<sup>63</sup>.

El establecimiento de la orientación sexual como una categoría protegida tiene fuertes implicancias al momento de determinar si una diferencia de trato basada en la orientación sexual constituye discriminación o diferenciación legítima. El ser reconocida como categoría sospechosa implica que todo trato desigual basado en la orientación sexual debe fundarse en fuertes razones (necesidad social imperiosa o razones de mucho peso), las que deben sopesarse rigurosamente para evaluar su convencionalidad, requiriendo además una mayor fundamentación en cuanto a su objetividad y razonabilidad. En definitiva, el trato desigual del Estado basado en la orientación sexual adolecería de una “presunción de invalidez”<sup>64</sup>.

En el caso en comento, la Corte IDH sostuvo 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”. (Caso Atala Rifo e hijas, párr. 94)**

Este razonamiento es muy relevante, pues infiere que, por el hecho de utilizar ciertos argumentos (presunta discriminación social, alegada confusión de roles, alegado privilegio de intereses y alegado derecho a una familia normal y tradicional), sumados a un uso del lenguaje que deja entrever una visión estereotipada de la homosexualidad, la Corte Suprema tuvo en consideración “hasta cierto grado” la orientación sexual de la madre. Esto conlleva una violación al derecho a la no discriminación, pues los tribunales debían tener en consideración la idoneidad de los padres para el cuidado de sus hijas, la conducta concreta de éstos y evidencia técnica para determinar el cuidado personal de las niñas.

58 Ver, *inter alia*, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17; Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127; Caso de las Niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *supra* nota 49; Caso de la Masacre de *Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134; Caso del Penal *Miguel Castro Castro vs. Perú*, *supra* nota 22; Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N° 197; Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, *supra* nota 49.

59 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párr. 101.

60 Dulitzky, Ariel E. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”. *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Chile, 2007, p. 19.

61 Comité de Derechos Humanos, Caso *Gueye v. Francia*, Comunicación N° 196/1985. A/44/40 (1989), párrafo 9.4 y Caso *B. v. los Países Bajos*, Comunicación N° 273/1989. A/44/40 (1989), párrafo 6.7.

62 CEDH, *Case of Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, Judgment of 21 March 2000, párr. 28; CEDH, *Case of L. y V. Vs. Austria*, Judgment of 9 April 2003, párr. 45; CEDH, *Case of S. L. Vs. Austria*, Judgment of 9 April 2003, párr. 37 y CEDH, *Case of E.B. Vs. France*, Judgment of 22 January 2008, párr. 50. Ver también CEDH, *Case of Fretté Vs. France*, Judgment of 26 May 2002, párr. 32; CEDH, *Case of Kozak Vs. Poland*, Judgment of 2 June 2010, párr. 92; CEDH, *Case of J.M. Vs. United Kingdom*, Judgment of 28 December 2010, párr. 55, y CEDH, *Case of Alekseyev Vs. Russia*, Judgment of 11 April 2011, párr. 108.

63 CEDH, *Case of Clift Vs. United Kingdom*, Judgment of 22 November 2010, párr. 57.

64 Dulitzky, *supra* nota 60, p. 23.

Asimismo, por muy legítimos que sean los motivos por los cuales los tribunales realizaron una diferencia de trato (en este caso, para proteger el interés superior del niño), se debe realizar un examen riguroso de las razones que la motivaron, descartando, de plano, las preconcepciones y estereotipos:

“[...] no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones 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”. (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 111)<sup>65</sup>

A partir del argumento de la Corte Suprema, según el cual la convivencia de la madre de las niñas con una mujer podría producir en ellas una posible confusión de roles, la Corte IDH entrega algunos parámetros que el Estado debe cumplir para acreditar que la diferencia de trato hecha por sus tribunales no constituyó discriminación:

“[E]s 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. Para ello **es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad** entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño”. (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 125)

Sobre este mismo argumento, la Corte IDH concluyó que el Tribunal chileno “no cumplió con los requisitos de un **test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico**”, ya que sólo consideró el daño especulativo que podría producir la convivencia de la madre con otra mujer, “sin especificar en qué consistía la relación de causalidad entre dicha convivencia y el supuesto deterioro”. (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 130)

Al establecer la orientación sexual como categoría protegida, es necesario determinar cuál es el **alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual**. Esta determinación la realiza la Corte IDH al momento de controvertir uno de los argumentos de la Corte Suprema, la que sostenía que el explicitar la condición de homosexual no merece reprobación alguna y toda persona es libre de declarar abiertamente dicha condición, sin embargo, al iniciar una convivencia con una persona del mismo sexo, es decir, al ejercer conductas homosexuales, la madre antepuso sus intereses, por sobre los de sus hijas.

Para controvertir este argumento, el primer paso de la Corte IDH, citando al TEDH<sup>66</sup>, fue establecer cuál es el alcance del derecho a la vida privada de cada persona:

“[...] el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional”. (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 135).

Tras esa afirmación, la Corte IDH sienta las bases del contenido y alcance del derecho a la no discriminación de una persona en atención a su orientación sexual:

“[...] **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**”. (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 133)

“[...] dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como ‘reprochable o reprobable jurídicamente’, bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida”. (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 139)

A reglón seguido, la Corte menciona brevemente cómo se aplicaron estereotipos de género al proyecto de vida y de familia de la Señora Atala, abordando así la discriminación a la cual puedan estar sujetas las mujeres homosexuales:

“[...] la Corte considera 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”. (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 140)

Atendido el alcance del derecho a la vida privada, la argumentación de los tribunales chilenos no sólo vulneró el derecho a la no discriminación, sino también el derecho a la vida privada y a la vida familiar protegidos por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención, ya que estos tribunales realizaron una injerencia arbitraria en la vida de la Sra. Atala, su pareja y sus hijas, “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<sup>67</sup>”. La Corte señala que para que dicha injerencia no fuera arbitraria se deberían haber cumplido con los requisitos de **‘idoneidad, necesidad y proporcionalidad’**<sup>68</sup>.

La sentencia del caso Atala tiene una especial relevancia para nuestra región y para Chile en particular. En primer lugar, porque sienta claramente la prohibición de discriminación por orientación sexual, incluso cuando no existe acuerdo en nuestras sociedades respecto a la protección y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (en adelante LGTBI):

“[...] **la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles**

65 Ver en este Boletín el N° V, Derecho a la igualdad y no discriminación, apartado “Imprudencia de argüir el interés superior del niño para consolidar una situación de discriminación”.

66 CEDH, *Case of Pretty Vs. United Kingdom*, Judgment of 29 July 2002, párr. 61; CEDH, *Case of Schalk y Kopf Vs. Austria*, Judgment of 22 November 2010, párr. 90; CEDH, *Case of Burghartz Vs. Switzerland*, Judgment of 22 February 1994, párr. 24 y CEDH, *Case of Laskey, Jaggard y Brown Vs. United Kingdom*, Judgment of 19 February 1997, párr. 36.

67 Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, *supra* nota 33, párr. 167.

68 *Ibidem*, párr. 165.

**sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. [...] [La falta de consenso] no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana". (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 92)**

Relacionado con esto, la Corte IDH rechaza los argumentos de la Corte Suprema en cuanto a la protección de las niñas ante una posible discriminación social. Primero, rechaza el argumento particular del caso, porque la posible discriminación social que podrían enfrentar las tres niñas era **condicional y abstracta**<sup>69</sup>. Pero, más importante aún, es que sienta un principio general en casos en que exista, de facto, discriminación social a causa de la orientación sexual de una persona:

**"[P]ara 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". (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 119).**

De esto se sigue que la Corte busca terminar con la violación estructural de los derechos de las personas LGBTI, situación que se da con frecuencia en nuestra región, obligando al Estado a cambiar la situación de hecho que viven estas personas, atendido el desarrollo de las sociedades contemporáneas, las que han tendido a incluir todas las opciones de vida de sus ciudadanos. La misma Corte sentencia:

**"[...] 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". (Caso Atala Riffo e hijas, párr. 120)**

Junto con esto, la Corte IDH también busca quebrar ciertos esquemas tradicionales de nuestra sociedades, en particular, al analizar el cuarto argumento que utiliza la Corte Suprema: ésta sostiene que las niñas tienen derecho a vivir y desarrollarse en una familia "normal y tradicional", según el modelo tradicional que le es propio<sup>70</sup>.

Tradicionalmente se concibió a la familia como biparental, cuyos padres son heterosexuales, y esta concepción ha sido normalmente considerada por la legislación chilena –y las latinoamericanas– en la regulación del derecho de familia. Sin embargo, el lenguaje utilizado por la Corte Suprema deja de lado la evolución que ha vivido la sociedad chilena y que ha dejado obsoleto "el modelo tradicional que le es propio" a la familia<sup>71</sup>.

En el caso Atala Riffo e hijas, la Corte IDH, siguiendo al TEDH<sup>72</sup>, considera que el uso del lenguaje en la sentencia "refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia", señalando además que la Convención no protege un solo modelo "tradicional", sino que este concepto debe abarcar otros lazos familiares de hecho, como por ejemplo, lazos fuera del matrimonio<sup>73</sup>. Esto fue reiterado por la Corte en la sentencia del caso Fornerón e hija, al abordar el modelo de las familias monoparentales<sup>74</sup>.

Es justamente esta reproducción de estereotipos, entre otros, que la Corte resalta en su sentencia como "asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales [...], particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno"<sup>75</sup>. Esto es lo que motiva a la Corte a señalar que algunas de las reparaciones de la sentencia "deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI"<sup>76</sup>.

Como parte de las reparaciones fijadas por la Corte (entre las cuales figuraba un acto de reconocimiento público), ésta ordenó que el Estado chileno, como garantía de no repetición, implementara cursos de capacitación para funcionarios públicos (en particular del poder judicial) sobre derechos humanos y discriminación por orientación sexual. Estos cursos deben ser orientados a fortalecer las capacidades de los órganos del Estado, incluidos los jueces y otros órganos de la administración de justicia, para poder llevar a cabo *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana<sup>77</sup>.

Para terminar, es necesario destacar que la importancia de esta sentencia también radica en los alcances que tendrá en sociedades como la chilena, en que las concepciones tradicionales de la familia y los estereotipos a las personas LGBTI aún siguen muy presentes. En particular, se pueden apreciar estas situaciones en el incipiente debate respecto al matrimonio homosexual o a la posibilidad de adopción de niños por parte de parejas de un mismo sexo. La reciente adopción de la ley N° 20.609 sobre la no discriminación, que incluye la orientación sexual como categoría protegida, establece mecanismos judiciales para sancionar conductas discriminatorias. Es de esperar que la sentencia Atala Riffo e hijas contribuya a este debate y marque un precedente para eliminar las diversas formas de discriminación que aún existen en las sociedades latinoamericanas.

69 Ibídem, párr. 118.

70 Ibídem, párrs. 141-145.

71 Respecto a la evolución social de la familia en el Código Civil chileno, cuerpo legal que regula en gran parte el derecho de familia, véase Tapia Rodríguez, Mauricio. *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005, pp. 103 y 104

72 La CEDH, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, estableció que los fundamentos a través de los cuales se negó la tuición a un padre por su orientación sexual fueron explícitamente discriminatorios, al calificar el tribunal portugués que la convivencia del padre con otro hombre era anormal y que una criatura no debería crecer a la sombra de situaciones anormales, en contraposición a familias o personas tradicionales o normales. CEDH, *Case of Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, Judgment of 21 March 2000, citado por Toledo, Patsilí. "Derechos Humanos y Tuición". *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Chile, 2005, p. 147

73 Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, *supra* nota 33, párr. 142.

74 Caso Fornerón e hija vs. Argentina, *supra* nota 42, párr. 98.

75 Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, *supra* nota 33, párr. 167.

76 Ibídem, párr. 267.

77 Ibídem, párrs. 271-272 y 281-282.



Centro de Derechos Humanos  
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Santiago de Chile  
Pío Nono 1, Providencia  
Teléfono (56-2) 2978 5271  
[www.cdh.uchile.cl](http://www.cdh.uchile.cl)  
[cdh@derecho.uchile.cl](mailto:cdh@derecho.uchile.cl)