

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

INFORME DE AMICI CURIAE

Presentado por

**Amnesty International
ARC International
Centro de Derechos Constitucionales (Center for
Constitutional Rights)
Consultaría para los Derechos Humanos y el
Desplazamiento
Consejo para la Igualdad Mundial (Council for
Global Equality)
Human Rights Watch
Comisión Internacional de Derechos Humanos
para Gays y Lesbianas (International Gay and
Lesbian Human Rights Commission)
Clínica Jurídica Internacional de los Derechos
Humanos de las Mujeres de la Universidad de la
Ciudad de Nueva York (International Women's
Human Rights Clinic at the City University of
New York School of Law)**

**Lawyers for Children, Inc.
Sociedad de Ayuda Legal de Nueva York (Legal
Aid Society of New York)
Legal Momentum
MADRE
Centro Nacional de Derechos Lésbicos (National
Center for Lesbian Rights)
Iniciativa Nacional de Derechos Económicos y
Sociales (National Economic and Social Rights
Initiative)
Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva
York (New York City Bar Association)
Women's Link Worldwide**

en el caso de

**Karen Atala e hijas (Caso 12.502) contra el Estado de Chile
CDH-S/2092**

**Dorothy L. Fernández
Justin D. Hoogs
Megan C. Kiefer
Morrison & Foerster LLP
425 Market Street
San Francisco, California 94105**

**Rachel M. Wertheimer
Erin I. Herlihy
Morrison & Foerster LLP
1290 Avenue of the Americas
New York, New York 10104**

**Lisa Davis
Profesor Clínico de Derecho
Bradley Parker
Clínica Fellow
Mona Patel
Natasha Bannan
J. Kirby
Pasantes legales**

**Clínica Jurídica Internacional de los Derechos Humanos
de las Mujeres de la Universidad de la Ciudad de Nueva
York (International Women's Human Rights Clinic at
the City University of New York)
65-21 Main Street
Flushing, NY 11367**

**Jessica Stern
Comisión Internacional de Derechos Humanos para
Gays y Lesbianas (International Gay and Lesbian
Human Rights Commission
80 Maiden Lane, Suite 1505
New York, NY 10038**

Abogados y abogados defensores de Amici Curiae

ÍNDICE

	Página
I. INTERÉS DE AMICI	1
II. INTRODUCCIÓN	8
III. ARGUMENTO	11
A. El peso de la autoridad internacional sostiene que la discriminación por motivos de orientación sexual viola los derechos humanos, en virtud del derecho internacional consuetudinario, y que la crianza por parte de madres lesbianas y padres gays es compatible con el interés superior del niño	11
1. La discriminación por orientación sexual viola el lenguaje corriente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	12
2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fallado que la discriminación basada en la orientación sexual viola los derechos humanos	16
3. Organismos de las Naciones Unidas han sostenido que la discriminación basada en la orientación sexual viola los derechos humanos	20
4. Un número creciente de estados prohíbe la discriminación por orientación sexual a través de la legislación y enmiendas constitucionales	28
5. Los tribunales latinoamericanos han concedido la custodia de niños a padres gays y madres lesbianas y las instituciones de América Latina están abordando las necesidades de las familias diversas	30
6. Los tribunales fuera de América Latina han reconocido que los derechos de padres gays y madres lesbianas a la custodia de un niño son compatibles con el interés superior del niño	32
7. La orientación sexual es una categoría sospechosa de distinción	38
B. La Corte puede considerar los datos de las Ciencias Sociales al interpretar la Convención	41
1. La Corte puede considerar toda prueba que considere útil para tomar una decisión informada	42
2. Los tribunales suelen tener en cuenta la investigación empírica cuando consideran las violaciones de los derechos humanos	42
3. Los tribunales internacionales de derechos humanos pueden considerar cualquier evidencia que establezca a prima facie la discriminación	44

ÍNDICE
(Continuación)

Página

C.	La investigación empírica consolidada apoya la conclusión de la Comisión de que los tribunales no deben considerar la orientación sexual de un padre como un factor al momento de determinar la custodia	45
1.	El desarrollo psicológico y el bienestar de los niños criados por padres gays y madres lesbianas son comparables a los de los niños criados por padres heterosexuales	47
2.	La orientación sexual de los padres no afecta el desarrollo infantil en materia del género	49
3.	Los niños criados por padres gays y madres lesbianas no son más afectados por el estigma que otros niños	52
4.	Las habilidades de los padres gays y madres lesbianas son equivalentes a las de los padres heterosexuales	54
5.	La orientación sexual es irrelevante para la formación y la importancia de los vínculos afectivos de los niños	58
D.	La consideración de la orientación sexual en las determinaciones de custodia es discriminatoria	62
IV.	CONCLUSIÓN	64

Amnesty International, ARC International, el Centro de Derechos Constitucionales (Center for Constitutional Rights), la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, el Consejo para la Igualdad Mundial (Council for Global Equality), Human Rights Watch, la Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (International Gay and Lesbian Human Rights Commission), la Clínica Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres de la Universidad de la Ciudad de Nueva York (International Women’s Human Rights Clinic at the City University of New York), Lawyers for Children, Inc., Sociedad de Ayuda Legal de Nueva York (Legal Aid Society of New York), Legal Momentum, MADRE, el Centro Nacional de Derechos Lésbicos (National Center for Lesbian Rights), la Iniciativa Nacional de Derechos Económicos y Sociales (National Economic and Social Rights Initiative), la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York (New York City Bar Association) y Women’s Link Worldwide (en conjunto, “Amici”) presentan con el debido respeto este escrito de amicus curiae en apoyo a la solicitud presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la “Comisión”) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la “Corte”) en el caso de Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile (Caso 12.502).

I. INTERÉS DE AMICI

Amnistía Internacional es un movimiento mundial de personas que trabajan por el respeto y la protección de los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos. La organización cuenta con más de 2.8 millones de miembros y simpatizantes en más de 150 países y territorios, y es independiente de cualquier gobierno, ideología política, interés económico y credo religioso. La organización basa su trabajo en los instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas y organismos regionales. Tiene estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y el Consejo de Europa. Mantiene relaciones

de trabajo con la Unión Interparlamentaria y la Unión Africana, y está registrada como una organización de la sociedad civil con la Organización de Estados Americanos.

ARC International desempeña un papel único en la facilitación de la planificación estratégica en torno a temas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (“LGBT”) en el ámbito internacional, en el fortalecimiento de las redes globales y en el mejoramiento del acceso a los mecanismos de las Naciones Unidas. Es la única organización con una presencia permanente en Ginebra, comprometida a avanzar en temas LGBT en el marco del sistema de derechos humanos de la ONU. ARC International jugó un papel clave en el desarrollo de los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

El Centro de Derechos Constitucionales (“CCR”, por sus siglas en inglés) está dedicado a la promoción y protección de los derechos garantizados por la Constitución de los Estados Unidos de América y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Fundado en 1966 por abogados que representaron a movimientos de derechos civiles en el sur, CCR es una organización legal y educacional no gubernamental dedicada al uso creativo de la ley como una fuerza positiva para el cambio social.

La Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (“CODHES”) es una organización no gubernamental sin ánimo de lucro. Fue fundada en febrero 15 de 1992 por un grupo de personas, provenientes de distintas disciplinas dentro del campo de la investigación y la academia, comprometidas con los temas de derechos humanos, derecho internacional humanitario y la búsqueda de alternativas de paz para el conflicto armado colombiano. CODHES promueve la consolidación de la paz en Colombia y la realización de los derechos humanos a través de la incidencia ante el gobierno, la investigación y el desarrollo de sistemas de

información con el ánimo de garantizar políticas que beneficien a la población en su integridad, con énfasis en los más afectados por el conflicto armado interno. CODHES trabaja por una implementación completa y efectiva de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Además, promueve el fortalecimiento de las capacidades sociales de las poblaciones en riesgo y situación de desplazamiento desde una perspectiva de construcción democrática de la paz y promoción de la justicia social. CODHES se proyecta como una organización que contribuye en la búsqueda de una solución democrática del conflicto armado y la superación de la crisis humanitaria, social y de derechos humanos desde una opción de equidad, justicia social y desarrollo sostenible y sustentable.

El Consejo para la Igualdad Mundial (Council for Global Equality) reúne a activistas internacionales de derechos humanos, expertos extranjeros en política exterior, líderes LGBT, filántropos y funcionarios de empresas para fomentar una clara y fuerte voz de EE. UU. en cuestiones de derechos humanos que afectan a las comunidades LGBT en todo el mundo. Juntos, los miembros del Consejo pretenden asegurarse de que los que representan a los Estados Unidos en el extranjero utilicen la influencia diplomática, política y económica a su alcance para oponerse a los abusos de derechos humanos que suelen estar dirigidos a las personas por su orientación sexual, identidad de género o expresión de género.

Human Rights Watch (“HRW”) es una organización sin fines de lucro fundada en 1978 que investiga e informa las violaciones de los derechos humanos fundamentales en más de 70 países en todo el mundo con el objetivo de garantizar el respeto de estos derechos para todas las personas. Es la mayor organización internacional de derechos humanos con sede en los Estados Unidos. Al exponer y llamar la atención sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes estatales y no estatales, HRW busca atraer la opinión pública internacional

para que influya sobre los gobiernos y otros terceros infractores y así poner fin a las prácticas abusivas. HRW ha presentado informes amicus ante distintos organismos, incluyendo tribunales de EE. UU. y tribunales internacionales.

La Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (“IGLHRC”, por sus siglas en inglés) trabaja para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de todas las personas y comunidades objeto de discriminación o abuso por motivos de orientación sexual, identidad o expresión de género, y/o por ser VIH positivas. Una organización estadounidense no gubernamental sin fines de lucro (ONG), la IGLHRC lleva a cabo esta misión mediante la defensa, la documentación, la formación de coaliciones, la educación pública y la asistencia técnica.

La Clínica Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres (“IWHR”, por sus siglas en inglés) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Ciudad de Nueva York (“CUNY”, por sus siglas en inglés) se dedica a la defensa y aplicación de los derechos de las mujeres en el derecho internacional y a poner fin a toda forma de discriminación basada en el género y la orientación sexual. IWHR es parte del programa clínico sin fines de lucro, Main Street Legal Services, Inc. en la Facultad de Derecho de CUNY, donde estudiantes del último año de derecho, bajo la supervisión de experimentados abogados y expertos en derechos humanos, tienen la oportunidad de participar directamente en la defensa de los derechos humanos internacionales. Desde su creación en 1992, IWHR ha prestado especial atención al desarrollo de los derechos de las mujeres y de género en el sistema interamericano. Los directores de IWHR participaron en la primera reunión de expertos que redactaron la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”) y en el grupo de asesores del primer Relator Especial de la

Comisión sobre la Mujer. Los expertos de IWHR han brindado testimonio a esta Corte en el juicio *González, Herrera Monreal y Ramos Monarrez v. Los Estados Unidos Mexicanos*, y han consultado también a los demandantes y sus abogados en otros casos ante esta Corte.

Lawyers For Children, Inc. (“LFC”) es una corporación jurídica sin fines de lucro fundada en 1984. LFC se dedica a la protección y promoción de la salud y al bienestar de los niños del estado de Nueva York. Presta servicios gratuitos de trabajo social y legal integrados a más de 4.000 niños por año en casos de custodia, régimen de visitas, cuidado tutelar, abuso, negligencia, terminación de la patria potestad y adopción. Además, LFC publica manuales y otros materiales para los niños y los profesionales del derecho, lleva a cabo sesiones de formación profesional con certificación estatal y trabaja para reformar los problemas en todo el sistema que afectan a los niños vulnerables en el estado de Nueva York. La profunda participación de LFC en cientos de casos muy conflictivos de custodia y régimen de visitas le permite realizar comentarios enfocados en la infancia sobre cuestiones de política que afectan a los niños.

La Sociedad de Ayuda Legal de Nueva York (la “Sociedad”) es el prestador más grande y antiguo de la nación de servicios jurídicos para las personas de escasos recursos. Las tres áreas de práctica de la Sociedad representan a clientes en toda la ciudad de Nueva York en más de 300.000 casos por año en una variedad de cuestiones judiciales de índole civil, penal y de familia. La Práctica de Derechos Juveniles de la Sociedad proporciona amplia representación como abogados para los niños que comparecen ante el Tribunal de Familia de la Ciudad de Nueva York en los procedimientos de protección de menores y otros que afectan la custodia, los derechos y el bienestar de los niños. La práctica de Derecho de Familia de la Sociedad se encarga de manejar casos de custodia infantil y otros temas relacionados. La Sociedad también

lleva a cabo numerosos pleitos de reforma de la legislación y defensa de políticas en todas las áreas de práctica.

Legal Momentum promueve los derechos de las mujeres y las niñas mediante el uso de la fuerza de la ley y la creación de políticas públicas innovadoras. Esta organización se dedica a promover los derechos de todas las personas a vivir libres de discriminación basada en estereotipos de género, sexo u orientación sexual.

MADRE es una organización internacional de los derechos humanos de mujeres que trabaja en asociación con organizaciones femeninas locales mundiales para afrontar asuntos de salud y derechos reproductivos, desarrollo económico, educación y otros derechos humanos. MADRE avanza los derechos humanos de mujeres, proporcionando los recursos y la capacitación que permiten a sus organizaciones hermanas a reunir las necesidades en sus comunidades, y colabora con mujeres para crear soluciones a largo plazo para las crisis que ellas enfrentan. Sus programas son: Construcción de la paz, Salud de mujeres & luchando contra la violencia de mujeres, y Justicia económica y medioambiental. MADRE también trabaja hacia un mundo en el que la gente disfruta el más grande surtido de derechos individuales y colectivos; en el que los recursos están compartidos igualmente y sosteniblemente; en el que las mujeres participan efectivamente en todos aspectos de la sociedad; y en el que la gente tienen una voz significativa en las políticas que afectan sus vidas. La visión de MADRE está representada con un entendimiento de inter-relaciones entre los asuntos varios que afronta y por una dedicación a trabajar en asociación con las mujeres en niveles locales, regionales, e internacionales quienes comparten sus metas. MADRE también es un miembro orgulloso de la Coalición Internacional de Defensoras de los Derechos Humanos Femeninos, un recurso y una red de apoyo mundial para la protección y el soporte de las defensoras de los derechos humanos femeninos.

El Centro Nacional de Derechos Lésbicos (“NCLR”, por sus siglas en inglés) es una entidad jurídica nacional sin fines de lucro con oficinas en California y Washington, D.C. NCLR está comprometido a promover los derechos humanos y la seguridad de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero y sus familias. NCLR tiene un compromiso especial para asegurar que los padres reciban un trato igualitario, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

En colaboración con las comunidades, la Iniciativa Nacional de Derechos Económicos y Sociales (“NESRI”, por sus siglas en inglés) trabaja para construir un amplio movimiento por los derechos económicos y sociales, incluyendo la salud, la vivienda, la educación y el trabajo digno. Basándose en el principio de que las necesidades humanas fundamentales crean obligaciones de derechos humanos por parte del gobierno y del sector privado, NESRI aboga por políticas públicas que garanticen el cumplimiento universal y equitativo de estos derechos en los Estados Unidos.

La Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York (la “Asociación”), fundada en 1870, cuenta con más de 23.000 miembros en el área de Nueva York, en todos los Estados Unidos y en más de 50 países. Una preocupación de la Asociación ha sido durante mucho tiempo la negación de los derechos humanos fundamentales, tanto en el ámbito nacional como internacional, y tiene un gran interés en la protección de aquellas personas privadas de sus derechos por su orientación sexual.

Women’s Link Worldwide es una organización internacional de derechos humanos sin ánimo de lucro, que trabaja para asegurar que la igualdad de género sea una realidad en todo el mundo. Women’s Link fue fundada en 2001 y posee estatus 501(c)(3) en los términos de las leyes de los Estados Unidos, estatus de fundación en España y estatus de organización no

gubernamental en Colombia. Tiene oficinas regionales en Europa (Madrid, España) y Latinoamérica (Bogotá, Colombia). Women's Link utiliza un acercamiento multifacético para avanzar los derechos de las mujeres. Women's Link mantiene una base de datos de última generación con fallos de corte de alrededor del mundo y con estrategias para trabajar con las cortes y tribunales con el fin de avanzar los derechos de la mujer y justicia en materia de género. Examinan de manera crítica la estructura, los partes interesados, y los argumentos disponibles en un contexto determinado, para así identificar las avenidas más oportunas para afrontar un asunto de preocupación. Realizan también investigaciones sobre el terreno siempre y cuando la información necesaria no se encuentra y se ve necesario a emprender litigio estratégico. Identifican y litigan casos que acarrearán un impacto más allá de los intereses individuales, sea por medio de un cambio de política ó práctica, una decisión que sentará precedente, ó la creación de cambio social. Por último, Women's Link proporciona asistencia técnica a las defensoras de derechos, ONGs, y otras para luego laburar estratégicamente con las cortes y promover la igualdad de género a través del desarrollo y la puesta en práctica de estándares de derechos humanos.

II. INTRODUCCIÓN

Amici presenta este informe en apoyo a la solicitud de la Comisión ante esta Corte y a su conclusión de que el dictamen de la Corte Suprema de Chile, que despojó a Karen Atala de la custodia de sus tres hijas por la única razón de que es lesbiana en convivencia con su pareja mujer, constituyó “trato discriminatorio e. . . interferencia arbitraria en [su] vida privada y familiar”, en violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la “Convención”). (Solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Karen Atala e hijas (Caso 12.502) contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010 (“Solicitud de CIDH”) ¶¶ 1 -2).

El Artículo 1.1 de la Convención obliga a los Estados miembros a “respetar los derechos y libertades reconocidos [en la Convención] y a garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de esos derechos y libertades, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición social*”.¹ Como explica la Comisión, mientras “la orientación sexual no se incluye explícitamente en el texto de la cláusula de no discriminar dentro del Artículo 1.1 de la Convención Americana, el lenguaje allí empleado . . . indica que esa es una cláusula abierta, dejando la inclusión de nuevas categorías dentro del significado de las palabras “cualquier otra condición social.” (*Id.* ¶ 91.) La discriminación por motivos de orientación sexual constituye una discriminación “por razones de . . . cualquier otra condición social”, en violación de las obligaciones contenidas en el Artículo 1.1. (*Id.* ¶ 95.) La Convención debe ser interpretado a la luz del derecho internacional consuetudinario, lo que refleja el estado actual de los precedentes internacionales de derechos humanos. Amici tanto, instamos a que la Corte aclare para los Estados miembros—*por primera vez*—que la Convención prohíbe la discriminación patrocinada por el Estado sobre la base de la orientación sexual de una persona y conceder el amparo solicitado por la Comisión.²

Amici presentó previamente un escrito el 20 de enero de 2006, en apoyo a la petición de la jueza Atala a la Comisión. (*Id.* ¶¶ 21.) En dicho escrito se alegaba que la Corte Suprema de

¹Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos Cap. 1, art. 1.1, 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. N.º 36 (énfasis añadido). La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas igualmente establece lo siguiente: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Resolución de la Asamblea General 217 A (III) art. 2 (10 de diciembre de 1948).

² La Comisión recomienda que el Estado de Chile proporcione a la Sra. Atala y a sus hijas una reparación integral por las violaciones de los derechos humanos que surgieron a partir de negarle la custodia sobre la base de su orientación sexual. (Solicitud de CIDH ¶¶ 5-6.) La Comisión también recomienda que el Estado de Chile adopte medidas legislativas, políticas públicas, programas e iniciativas que prohíban y eliminen la discriminación por motivos de orientación sexual de todas las esferas del poder público, incluyendo la administración de justicia. (*Id.* ¶ 6.)

Chile denegó indebidamente la custodia de las hijas menores de edad a la jueza Atala basándose en suposiciones infundamentadas y negativas sobre los padres gays y las madres lesbianas que son contrarias a la autoridad internacional y a décadas de investigación en las ciencias psicológicas y sociales. Amici demostró que el uso de tales suposiciones negativas en disputas de custodia reflejaba la persistencia de la discriminación contra los padres gays y las madres lesbianas, y presentaba graves violaciones de los derechos humanos con posibles efectos de largo alcance. Amici renueva estos argumentos en apoyo a la solicitud de la Comisión ante esta Corte.

La idea de que la discriminación contra individuales LGBT basada en la orientación sexual viola derechos humanos fundamentales ha sido reconocida hace mucho en la jurisprudencia y en los dictámenes legislativos de numerosos Estados y organismos internacionales. Además, la investigación sobre los niños y adolescentes criados por padres gays y madres lesbianas sigue apoyando la conclusión de que los tribunales no deben considerar la orientación sexual de los padres como un factor al momento de determinar la custodia:

Independientemente de si los investigadores han estudiado a los hijos de padres gays y madres lesbianas divorciados o a aquellos nacidos de padres gays y madres lesbianas, sus resultados han sido similares. Independientemente de si los investigadores han estudiado a los niños o adolescentes, han reportado resultados similares. Independientemente de si los investigadores han examinado la identidad sexual, autoestima, adaptación o cualidades de las relaciones sociales, los resultados han sido muy constantes. En estudio tras estudio, se descubrió que los hijos de padres gays y madres lesbianas al menos tienen la misma adaptación en términos generales como los de otros padres.³

Los resultados de la investigación empírica, por lo tanto, no brindan una justificación para que los tribunales nieguen la custodia a los padres gays y madres lesbianas por su orientación sexual. Sostener lo contrario sería permitir que los tribunales discriminen a las personas por motivos de

³ Charlotte J. Patterson, *Children of Lesbian and Gay Parents: Psychology, Law, and Policy*, 64 Am. Psychologist 727, 732 (2009).

orientación sexual, lo cual es incompatible con la Convención y las obligaciones internacionales de los Estados miembros. Amici insta a la Corte a que afirme que la Convención prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual de una persona y a que conceda el amparo solicitado por la Comisión.

III. ARGUMENTO

A. **El peso de la autoridad jurídica internacional sostiene que la discriminación por motivos de orientación sexual viola los derechos humanos en derecho internacional consuetudinario, y que la crianza por parte de lesbianas y gays es compatible con el interés superior del niño.**

De acuerdo con Philip Alston, et al, “El derecho consuetudinario se refiere a la conducta o la abstención consciente de ciertas conductas, de los Estados que se convierte en cierta medida, una parte del orden jurídico internacional.”⁴ Cláusula (b) del artículo 38 (1) de la Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que la Corte se aplicará “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.”⁵ Además, la Sección 2 del Restatement (Third) en la ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos establece que la ley internacional consuetudinario puede ser desarrollado aún cuando la práctica de los Estados es de “duración relativamente corta” y “puede ser general, aunque no universalmente seguido”.⁶ También establece que si bien “[n]o hay una fórmula precisa para indicar cuan generalizada una práctica tiene que ser . . . debe reflejar una amplia aceptación entre los estados en particular involucrado en la actividad correspondiente.”⁷

Aquí, la comunidad internacional es clara: la discriminación por motivos de orientación sexual viola los derechos humanos protegidos. Durante los últimos veinte años, la Asamblea

⁴ Henry J. Steiner, Philip Alston y Ryan Goodman, *Los Derechos Humanos Internacionales en el Contexto: Derecho, Política, Morales* 72 (3^a ed 2007.). Philip Alston fue Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias desde 2004 hasta 2010.

⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de arte. 38, 24 de octubre de 1945, 59 Stat. 1055, 3 Bevans 1179.

⁶ Reafirmación (Tercera) de la Ley de Relaciones Exteriores § 102 (1987).

⁷ *Id.*

General de la Organización de Estados Americanos (“OEA”), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”), los órganos de vigilancia creados en virtud de tratados de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”), el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y numerosos expertos en derechos humanos de la ONU han concluido que la discriminación por motivos de orientación sexual viola los derechos humanos. Además, los tribunales internacionales y estatales que se han ocupado de los derechos de custodia de padres gays y madres lesbianas —incluyendo el TEDH y los tribunales nacionales, tanto dentro como fuera de América Latina— han concedido la custodia de niños a padres gays y madres lesbianas y sostuvieron que la orientación sexual no debería influir en la determinación del interés superior del niño a los efectos de adjudicar la custodia.⁸ El peso de la autoridad internacional está en marcado contraste con la decisión discriminatoria emitida por la Corte Suprema de Chile, como derecho internacional consuetudinario reconoce que la discriminación por orientación sexual viola los derechos humanos.

1. La discriminación por orientación sexual viola el lenguaje corriente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Otros órganos del sistema interamericano de derechos humanos han determinado que la discriminación por motivos de orientación sexual existe y que constituye una violación de las normas y estándares establecidos por la Convención, la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Los antecedentes y las acciones de la

⁸ El principio del “interés superior” está en el Código Civil de Chile. Cód. Civ. art. 22, 225, 242. También es comúnmente utilizado por los tribunales de todo el mundo en la toma de decisiones en casos de custodia. Véase, *p. ej.*, *infra* secciones III.A.4-5.

Comisión y de la OEA establecen que el sistema interamericano se opone a la discriminación por motivos de orientación sexual.

a. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la discriminación por orientación sexual viola la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con anterioridad al caso de la jueza Atala, la Comisión concluyó que la discriminación por motivos de orientación sexual viola los derechos humanos protegidos. En 1999, por ejemplo, la Comisión admitió una petición presentada por una lesbiana encarcelada en una prisión colombiana a quien se le negó el derecho a recibir visitas conyugales de su pareja.⁹ En *Giraldo*, Colombia argumentó que las visitas conyugales de personas del mismo sexo alterarían la prisión y que “la cultura de América Latina tiene poca tolerancia hacia las prácticas homosexuales en general”.¹⁰ Colombia reconoció que la demandante era “tratada de manera inhumana y discriminatoria”, pero afirmó que “la prohibición [de la homosexualidad] se basa en una intolerancia profundamente arraigada en la cultura de América Latina de la práctica homosexual”.¹¹ La Comisión consideró que el caso *Giraldo* era admisible con el argumento de que la acción del Estado podría constituir una violación del artículo 11(2) de la Convención.¹²

Además de sus acciones en *Giraldo*, la Comisión ha abordado la cuestión de la discriminación sobre la base de la orientación sexual desde múltiples formas. La Comisión ha dictado medidas cautelares contra la discriminación a personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (“LGBTI”),¹³ celebró audiencias temáticas,¹⁴ emitió declaraciones,¹⁵

⁹ *Marta Lucía Álvarez Giraldo* (Colombia) (“*Giraldo*”), Caso 11.656, Com. Interam. de D.H. Informe N.º 71/99 (1999).

¹⁰ *Giraldo* ¶ 2.

¹¹ *Id.* ¶ 12.

¹² *Id.* ¶ 21.

¹³ “La CIDH ha otorgado medidas cautelares a varios miembros de la Comunidad LGTB”. CIDH: *Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 55 (30 de dic. de 2009).

¹⁴ Las audiencias temáticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relacionadas con la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluyen: *Riesgos y vulnerabilidad que afectan a los*

llevó a cabo visitas a los países,¹⁶ y puso especial énfasis en los derechos de LGBTI en el trabajo de su Relator Especial sobre los Defensores de los Derechos Humanos.¹⁷

En particular, la Comisión ha señalado que la discriminación por orientación sexual es incompatible con la plena realización de los derechos humanos en las Américas. En su informe sobre la 137ª sesión, la Comisión señaló:

La CIDH observa que la desigualdad y la discriminación constituyen serios problemas estructurales en el hemisferio y que se convierten en los principales obstáculos para el respeto de los derechos humanos de todos los habitantes de la región. La discriminación contra. . . *varios grupos basada en la orientación sexual*, entre otros motivos, es un problema grave en todos los países de la región.¹⁸

Como resultado de su profunda preocupación “por la información recibida sobre la situación de discriminación y violencia sistemática” contra las personas LGBTI, al término de su

defensores de los derechos de las mujeres en las Américas (2008); *Situación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero en Colombia* (2009); *Discriminación contra la población transexual, transgénero y travestis en Brasil* (2010); *Medidas punitivas y discriminación por motivos de la identidad sexual en países del Caribe* (2010); *Crímenes de odio contra miembros de la comunidad LGBT e impunidad en Centroamérica* (2010); *Seguridad ciudadana, cárceles, diversidad e igualdad sexual en Venezuela* (2010); *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en Haití* (2011), disponibles en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=en&Topic=32>.

¹⁵ “[L]a Comisión insta al Estado de México a adoptar de manera inmediata y urgente todas las medidas necesarias para garantizar la vida, la integridad y la seguridad de las personas que defienden los derechos de las personas LGBTI en Guerrero. . . . [L]a CIDH insta al Estado de México a adoptar medidas urgentes para prevenir y responder a las violaciones de los derechos humanos, incluida la adopción de medidas de política pública y de campañas contra la discriminación por orientación sexual. . . .” N.º 42/11, CIDH CONDENA ASESINATO DE DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LGBTI EN MÉXICO, disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/42-11sp.htm>.

¹⁶ “En particular, la CIDH descubrió deplorable la violenta persecución y el temor que sufren los gays y las lesbianas en Jamaica. . . . El Estado debe tomar medidas para garantizar que las personas dentro de este grupo puedan asociarse libremente y ejercer sus derechos básicos, sin temor a un ataque. . . . La CIDH recuerda al gobierno y al pueblo de Jamaica que el derecho de toda persona a no sufrir discriminación está garantizado por el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La CIDH insta a que Jamaica tome medidas urgentes para prevenir y responder a estas violaciones de los derechos humanos, incluso mediante la adopción de medidas de política pública y campañas contra la discriminación por orientación sexual, así como también a través de reformas legislativas destinadas a armonizar su legislación en conformidad con la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.” Extracto de: N.º 59/08, CIDH PUBLICA OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE VISITA A JAMAICA, <http://www.cidh.org/comunicados/Spanish/2008/59.08sp.htm>.

¹⁷N.º 28/11, la CIDH concluye su período ordinario de sesiones 141, disponible en <http://www.cidh.org/comunicados/english/2011/28-11eng.htm>.

¹⁸Anexo al comunicado de prensa 78/09 sobre el 137.º Período Ordinario de Sesiones de la CIDH, disponible en <http://www.cidh.org/comunicados/Spanish/2009/78-09spAN.htm> (énfasis añadido).

140ª sesión, la Comisión Interamericana decidió “intensificar sus esfuerzos para defender los derechos de las personas LGBTI”.¹⁹

b. Los órganos de la Organización de los Estados Americanos han sostenido que la discriminación por orientación sexual viola los derechos humanos.

La Asamblea General de la OEA ha reconocido reiteradamente que la discriminación por motivos de orientación sexual viola los derechos humanos y afirmó que la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos obligan al sistema interamericano a trabajar activamente para respetar y proteger los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual. En efecto, la Asamblea General, que actúa únicamente por consenso, ha asumido este compromiso en cuatro sucesivas resoluciones anuales sobre el tema desde 2008.²⁰

Estas resoluciones, que han incluido un lenguaje cada vez más fuerte y acciones más concretas, evidencian un acuerdo poderoso entre los Estados americanos de que la discriminación por orientación sexual es incompatible con las normas de los derechos humanos. La resolución aprobada en el último período de sesiones de la Asamblea General de la OEA apela al organismo a que:

1. Condene la discriminación contra personas en razón de su orientación sexual e identidad de género, e inste a los Estados, dentro de los parámetros de las instituciones legales de sus sistemas nacionales, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación.
2. Condene los actos de violencia y violaciones de los derechos humanos cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, inste a los Estados a prevenir e investigar estos hechos y violaciones, asegure la debida protección judicial a las víctimas en condiciones de igualdad y que también

¹⁹N.º 109/10, CIDH culmina el 140.º Período Ordinario de Sesiones, <http://www.cidh.org/comunicados/Spanish/2010/109-10sp.htm>.

²⁰ AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) y AG/RES. 2600 (XL-O/10) sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”.

- asegure que los autores sean llevados ante la justicia.
3. Aliente a los Estados miembros a que consideren, dentro de los parámetros de las instituciones legales de sus sistemas nacionales, la adopción de políticas públicas contra la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.²¹

Despojar a una madre de sus derechos de custodia por el solo hecho de su orientación sexual contraviene las normas de los derechos humanos contenidas en estas resoluciones que prohíben la discriminación basada en la orientación sexual.

2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fallado que la discriminación basada en la orientación sexual viola los derechos humanos.

La jurisprudencia actual del TEDH ha reflejado el reconocimiento y la afirmación de que la discriminación por orientación sexual viola los derechos humanos protegidos.²² De hecho, el TEDH ha rechazado expresamente el intento de un Estado miembro de negar la custodia de un niño a un padre gay que vive con su pareja del mismo sexo a causa de estereotipos sin fundamentos sobre la orientación sexual del padre.²³ Así mismo, el TEDH rechazó el trato desigual a gays y lesbianas de Austria bajo una ley de sucesión en 2003,²⁴ y rechazó la discriminación de Gran Bretaña contra lesbianas y gays en el ejército en casos sucesivos en 1999.²⁵

²¹ AG/RES. 2653 (XLI-O/11) sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”. En la resolución también se hace un llamado para que el organismo solicite que la CIDH y el Comité Jurídico Interamericano preparen estudios sobre la orientación sexual y la discriminación de identidad de género e insten a los Estados a proteger a los trabajadores de los derechos humanos que luchan contra esta discriminación. *Id.*
²²Véase, p. ej., *Smith y Grady v. United Kingdom*, Trib. Eur. de D.H. 33985/96 (1999). Ya en 1999, el Tribunal Europeo sostuvo que la baja de los miembros de la Real Fuerza Aérea por motivos de su homosexualidad violaba el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

²³ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Trib. Eur. de D.H. 176 (1999) (con el argumento de que un tribunal de apelaciones portugués violó el artículo 8 (respeto a la vida privada y familiar) y el artículo 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

²⁴*Karner v. Austria*, Trib. Eur. de D.H. 395 ¶¶ 6-7 (2003) (rechazando el argumento del gobierno de Austria de que la discriminación por motivos de orientación sexual protegía “la familia tradicional”). En *Karner*, el TEDH señaló que “[e]l objetivo de proteger a la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y se puede utilizar una amplia variedad de medidas concretas para ponerlo en práctica”, y encontró que el gobierno no había demostrado por qué era necesario excluir a las personas gays de las protecciones previstas por la ley de sucesión para lograr ese objetivo.

²⁵ Véase *Lustig-Prean & Beckett v. United Kingdom*, Trib. Eur. de D.H. 31417/96 (1999); *Smith & Grady*, Trib. Eur. de D.H.33985/96 (sosteniendo que la baja de los gays de las fuerzas armadas por su orientación sexual viola el

De particular importancia para este caso, el TEDH ha abordado directamente la cuestión de la discriminación en las disputas por paternidad que surgen de la orientación sexual de los padres. En 1999, en *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*—en hechos similares a los del caso de la jueza Atala—el TEDH sostuvo que la decisión del tribunal portugués de negar la custodia a un padre gay violó sus derechos humanos. En *Mouta*, la Cámara de Apelaciones de Lisboa (“Cámara de Lisboa”) despojó a un padre de su custodia basándose únicamente en su orientación sexual.²⁶ La Cámara de Lisboa explicó su creencia de que la orientación sexual del padre podría tener un impacto negativo sobre el bienestar del niño que según la opinión del tribunal debía ser criado en una “familia tradicional portuguesa”.²⁷ La Cámara de Lisboa negó la custodia al padre porque creía que no podía darle a sus hijos un ambiente hogareño “tradicional” que se ajustase al “modelo [familiar] dominante” en la sociedad portuguesa.²⁸

Portugal defendió la decisión de la Cámara de Lisboa ante el TEDH, argumentando que los Estados miembros “gozaban de un amplio margen de apreciación” en lo que concierne a cuestiones de responsabilidad parental.²⁹ El TEDH no estuvo de acuerdo y sostuvo que los Estados miembros tenían un “margen de apreciación” más limitado, y que debía decidir si los Estados miembros trataban a las personas en situación similar de manera diferente con respecto a los derechos y libertades protegidos y, de ser así, si la diferencia era justificada.³⁰ Portugal, al

artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En *Smith & Grady*, el TEDH rechazó el intento del gobierno británico para justificar su política de discriminación sobre la base de la “naturaleza única” de las fuerzas armadas y su íntima conexión con la seguridad nacional. El Tribunal sostuvo que las políticas discriminatorias, “se fundaban exclusivamente en las actitudes negativas del personal heterosexual hacia los de orientación homosexual” y que esas actitudes negativas no pueden justificar la discriminación “más que las actitudes negativas similares hacia los de otra raza, origen o color”. Trib. Eur. de D.H. 33958/96.

²⁶ *Mouta*, Trib. Eur. de D.H. 176 (con el argumento de que un tribunal de apelaciones portugués violó el artículo 8 (respeto a la vida privada y familiar) y el artículo 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

²⁷ *Id.* ¶ 34.

²⁸ *Id.* ¶ 8.

²⁹ *Id.* ¶ 10.

³⁰ *Id.* ¶ 11; véase también *Karner*, Trib. Eur. D.H. 395 ¶ 7 (el margen de apreciación que disponen los Estados miembros es estrecho cuando existe una diferencia de trato por motivos de orientación sexual). El TEDH ha hecho

igual que Chile, en el presente caso, argumentó que la Corte en Lisboa—al llegar a su decisión— se refiere exclusivamente a los intereses superiores del niño en lugar de la orientación sexual del solicitante y que el demandante no había sido por lo tanto discriminado de ninguna manera.³¹ Sin embargo, y basándose en parte en el lenguaje discriminatorio utilizado por la Corte de Lisboa, el TEDH encontró que la decisión de la corte de Lisboa violó los derechos humanos protegidos del padre (“La homosexualidad de mandante era un factor que fue decisivo en la decisión final”), ya que se basó indebidamente en la orientación sexual del padre, “una distinción que no es aceptable bajo la Convención”, y que no había ninguna justificación razonable.³²

En un caso que afirmaba y renovaba el argumento en el caso de *Mouta* nueve años antes, el TEDH reconoció más recientemente que un Estado miembro que permite la adopción por personas solteras no puede considerar la orientación sexual de esa persona al considerar las peticiones de adopción.³³ En 2008, en *E.B. v. France*, el TEDH rechazó la decisión de las autoridades francesas de negar la solicitud de adopción presentada por una lesbiana.³⁴ El gobierno afirmó que su decisión se basó en dos razones legítimas: (1) la falta de un referente paterno en el hogar de la solicitante; y (2) la actitud hacia la adopción de la pareja declarada de la solicitante.³⁵ El TEDH rechazó estos motivos ilegítimos, dando cuenta de que sólo sirvieron como pretexto para denegar la solicitud debido a la orientación sexual de la solicitante.³⁶ Como el gobierno no demostró que era válido fundamentar una decisión en estas causales, el TEDH

un llamamiento para el respeto de la vida familiar en otros casos similares donde se reconocen lazos familiares. En el caso de *X, Y and Z v. United Kingdom*, el TEDH también reconoció que existían lazos familiares *de facto*, a pesar de la ausencia de lazos biológicos o legales, en la relación entre un transexual de mujer a hombre, su pareja y sus dos hijos, que fueron concebidos por inseminación artificial con donante. Solicitud N.º 21830/93 (20 de marzo de 1997), disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=21830/93&sessionid=6055592&skin=hudoc-en> (última visita el 12 de agosto de 2011).

³¹ *Mouta*, Trib. Eur. D.H. 176 ¶ 24.

³² *Id.*, ¶¶ 12-15.

³³ *E.B. v. France*, Trib. Eur. D.H. 43546/02 (2008).

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.* ¶ 73.

consideró que la decisión le había hecho sufrir a la solicitante una diferencia de trato sobre la base de su orientación sexual y, por lo tanto, se habían violado los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo. La posición de la TEDH es clara: la discriminación por orientación sexual viola los derechos humanos protegidos.

En este caso, el Gobierno de Chile también ha afirmado que su decisión de otorgar la custodia al padre se basa en motivos legítimos. La Corte Suprema de Chile alegó que había un “deterioro del entorno social, familiar y educativo de las niñas ya que la madre empezó a convivir con su pareja homosexual” y “que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”. (Véase Dictamen de la Corte Suprema de Chile (cuarta división) privando a la Jueza Atala de la custodia legal de sus hijas (31 de mayo de 2004) (“Dictamen”) ¶ 15). La Corte Suprema de Chile declaró además que, “dada su edad, la posible confusión de los roles sexuales que pudiera causarse en ellas por la ausencia de un padre masculino en el hogar y su reemplazo por otra persona del sexo femenino representa un riesgo para el desarrollo integral de las hijas del que deben ser protegidas”. (*Id.* ¶ 17.) Sobre esta base, la Corte Suprema de Chile llegó a la conclusión de que estos acontecimientos podrían poner a las hijas en una posición “vulnerable en su entorno social, pues es evidente que su entorno familiar especial difiere significativamente del de sus compañeros de escuela y conocidos en el barrio donde viven, exponiéndolas al ostracismo y la discriminación, que también podrían afectar su desarrollo personal”. (*Id.* ¶ 18.)

La implicación de la sentencia de la Corte Suprema de Chile es que su decisión se basó, al menos en parte, en la orientación sexual de la jueza Atala, pero la jurisprudencia de los casos de *Mouta* y *E.B.* dejan en claro que ese tipo de defensa constituye, de hecho, una discriminación por motivos de orientación sexual. Además, en ausencia de evidencia de que el interés superior

del niño se vería perjudicado, las nociones discriminatorias sobre el efecto de la orientación sexual de un padre no pueden servir de fundamento adecuado para determinar la custodia.

3. Organismos de las Naciones Unidas han sostenido que la discriminación basada en la orientación sexual viola los derechos humanos.

Durante casi veinte años, el sistema de las Naciones Unidas ha afirmado en repetidas ocasiones el derecho de las personas LGBT a vivir libres de discriminación. El alcance y la profundidad del compromiso de la ONU con este principio fundamental deja en claro que la discriminación por orientación sexual en disputas de custodia debe ser estrictamente prohibida.

a. Órganos de vigilancia de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos

El Estado de Chile ha firmado y ratificado seis de los principales tratados de la ONU de los derechos humanos y, por lo tanto tiene la obligación directa en el marco del derecho internacional a respetar sus términos.³⁷ Estos principales tratados de derechos humanos tienen desde 143 a 193 Partes Estados de todas partes del mundo, lo que significa las tendencias en el derecho internacional consuetudinario. Los órganos de vigilancia de estos seis tratados han hecho referencia explícita a la protección contra las violaciones sobre la base de la orientación sexual. Muchas de las referencias a la orientación sexual en todo el sistema de la ONU surgen de la histórica decisión del Comité de Derechos Humanos (“HRC”, por sus siglas en inglés) en 1994 en *Toonen v. Australia*.³⁸

³⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (N.º 16) en 52, Doc. ONU A/6316 (1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.G. res. 2200 A (XXI), Doc. ONU A/6316 (1966); Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, Doc. ONU A/44/49 (1989); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes, AG res. 39/46, Doc. ONU A/39/51 (1984); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A.G. res. 34/180, Doc. ONU A/34/46 (1979); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, A.G. res. 2106 (XX), Doc. ONU A/6014 (1966).

³⁸ *Toonen v. Australia*, Comunicación N.º 488/1992, Doc. ONU CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) (que sostuvo que una ley de Tasmania que penaliza el contacto sexual consentido entre hombres no era “esencial para la protección de la moral en Tasmania”, y arbitrariamente interfirió con los derechos del demandante en virtud del artículo 17 del ICCPR (derecho a la privacidad)).

En *Toonen*, el HRC se dirigió a las disposiciones de igualdad contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el “ICCPR”, por sus siglas en inglés).³⁹ El artículo 2 del ICCPR, al igual que el Artículo 1 de la Convención, establece que:

[c]ada uno de los Esta dos Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cual quier otra condición social.⁴⁰

El Comité de Derechos Humanos consideró que esta disposición del ICCPR “es que incluya la orientación sexual”.⁴¹

Desde *Toonen v. Australia*, las referencias a la protección contra la discriminación por motivos de orientación sexual han sido incluidas en las observaciones generales y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño (el “CRC”, por sus siglas en inglés);⁴² el Comité contra la Tortura (el “CAT”, por sus siglas en inglés);⁴³ el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (el “Comité CEDAW”, por sus siglas en inglés);⁴⁴ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el “CESCR”, por sus siglas en inglés).⁴⁵ De

³⁹ *Id.* ¶¶ 8.1, 8.7.

⁴⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. res. 2200A (XXI), art. 2, 21 U.N. GAOR Supp. (N.º 16) en 52, Doc. ONU A/6316 (1966).

⁴¹ *Toonen*, Comunicación N.º 488/1992, Doc. de ONU CCPR/C/50/D/488/1992, ¶ 8.7.

⁴² Véase, *p. ej.*, Comité de los Derechos del Niño, Observación general N.º 4 (2003): La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, Doc. ONU CRC/GC/2003/4 (1 de julio de 2003); Comité de los Derechos del Niño, Observación general N.º 3 (2003): El VIH/SIDA y los derechos del niño, Doc. ONU CRC/GC/2003/3 (17 de marzo de 2003).

⁴³ Comité contra la Tortura, Observación general N.º 2 (2008): Aplicación del artículo 2 por los Estados partes, ¶ 21, Doc. ONU CAT/C/GC/2 (24 de enero de 2008).

⁴⁴ Véase, *p. ej.*, Recomendación general N.º 28 sobre las obligaciones básicas de los Estados partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/2010/47/GC.2; Recomendación general N.º 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/2010/47/GC.1. “La discriminación de las mujeres por razón de sexo y de género está indisolublemente unida a otros factores que afectan a las mujeres, como la raza, etnia, religión o creencias, salud, estado civil, edad, clase, casta, orientación sexual e identidad de género. . . . Los Estados partes deben reconocer legalmente y prohibir estas formas que se cruzan de discriminación y sus consecuencias negativas y complejas sobre las mujeres afectadas”.

⁴⁵ Véase, *p. ej.*, CESCR, Observación general N.º 18: El derecho al trabajo (art. 6), Doc. ONU E/C.12/GC/18 (6 de febrero de 2006), CESCR, Observación General N.º 15 (2002): El derecho al agua (art. 11 y 12 del Pacto

particular importancia para la cuestión del alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el significado de la cláusula abierta “cualquier otra condición social” del artículo 1.1, al igual que el Comité de Derechos Humanos, el CESCR ha adoptado la postura de que la frase “[o]tra condición” en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“ICESCR”, por sus siglas en inglés) incluye la orientación sexual, y que los Estados deberían “garantizar que la orientación sexual de una persona no sea un obstáculo para poner en práctica los derechos del ICESCR”.⁴⁶

Más recientemente, el Comité CEDAW también ha dejado claro que la discriminación contra las mujeres en virtud del Artículo 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”, por sus siglas en inglés) requiere la consideración de todos los factores que se cruzan con el fenómeno de la discriminación contra las mujeres, incluida la orientación sexual e identidad de género.⁴⁷ El tribunal que considere que

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. ONU E/C.12/2002/11 (20 de enero de 2003); CESCR, Observación general N.º 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. ONU E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000).

⁴⁶ Observación general N.º 20 pide que los Estados hagan frente a las formas en que la discriminación, incluyendo la fundamentada en la orientación sexual, se manifiesta en privado, incluso entre las familias. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 20, ¶ 32, la no Discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, párr. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. ONU E/C.12/GC/20 (2009); Véase también Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, ¶ 2, AG res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) en 49, Doc. ONU A/6316 (1966).

⁴⁷ CEDAW La Recomendación general N.º 28 establece que:

La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. . . . Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación general N.º 25.

Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N.º 28 sobre las obligaciones básicas de los Estados partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ¶ 18, Doc. ONU CEDAW/C/GC/28 (2010).

una mujer es una mala madre sobre la base de su orientación sexual violaría los términos del CEDAW.

Cabe destacar que los órganos encargados de vigilar la aplicación de los tratados de las Naciones Unidas han abordado específicamente los antecedentes de Chile con respecto a los derechos de LGBTI. En 2007, el CRC, que supervisa la Convención sobre los Derechos del Niño (“Convención de CRC”), condenó explícitamente lo que entonces era la criminalización de Chile de las relaciones entre personas del mismo sexo como un indicador de la discriminación por motivos de orientación sexual.⁴⁸ El CRC instó a Chile a “que redoble sus esfuerzos para examinar, vigilar y garantizar la aplicación de la legislación que garantiza el principio de no discriminación”.⁴⁹ Además, el CRC percibe las obligaciones de Chile en virtud de los tratados que requieren no sólo el cambio legislativo, sino también la acción de “adoptar una estrategia proactiva y global para eliminar la discriminación de género, étnicas, religiosas o cualquier otro tipo y contra todos los grupos vulnerables en todo el país”.⁵⁰

El HRC también ha abordado la discriminación homofóbica en Chile, particularmente en los tribunales.⁵¹ Recientemente declaró:

[E]l Comité sigue preocupado por la discriminación de la que son objeto algunas personas por su orientación sexual, por ejemplo, ante los tribunales y en el acceso a la atención de la salud (artículos 2 y 26 del Pacto). El Estado parte debe garantizar la igualdad de derechos a todas las personas, según lo establecido en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluida la igualdad ante la ley. . . . También se deben poner en marcha programas de sensibilización para combatir los prejuicios sociales.⁵²

⁴⁸ CRC/C/CHL/CO/3, ¶ 29 (23 de abril de 2007) “Además, al Comité le preocupa que las relaciones homosexuales, incluyendo las de personas menores de 18 años, siguen siendo criminalizadas, lo que supone discriminación sobre la base de la orientación sexual”.

⁴⁹ *Id.* ¶ 30.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ CCPR/C/CHL/CO/5 (22 de enero de 2009).

⁵² *Id.*

Las preocupaciones del HRC sobre la discriminación en los tribunales chilenos son directamente relevantes para este caso. El HRC le ha pedido explícitamente a Chile que garantice “la igualdad ante la ley”.⁵³ Chile no cumple con las normativas si niega la custodia a un padre únicamente sobre la base de su orientación sexual.

b. Consejo de Derechos Humanos de la ONU

La posición más reciente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU con respecto a la discriminación por orientación sexual ha sido enfática en condenarlo. El 17 de junio de 2011, el HRC aprobó la Resolución A/HRC/17/L.9/Rev.1 de la ONU sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”—que el Estado de Chile votó a favor de—condenar la violencia y la discriminación por orientación sexual o identidad de género. La resolución establece:

Expresando su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género, . . . [el HRC] [d]ecide celebrar una mesa redonda durante el 19º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, sobre la base de los hechos señalados en el estudio encargado por la Alta Comisionada, y mantener un diálogo constructivo, fundamentado y transparente sobre la cuestión de las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género.⁵⁴

En su más reciente Examen Periódico Universal (“UPR”, por sus siglas en inglés), el HRC citó violaciones de derechos humanos basándose en el trato discriminatorio a personas LGBT en cada una de sus sesiones.⁵⁵ Por ejemplo, el HRC emitió recomendaciones sobre la orientación sexual o identidad de género a trece de los dieciséis estados bajo revisión en la 10ª

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Resolución de la ONU A/HRC/17/L.9/Rev.1, *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, disponible en <http://www.ighrc.org/cgi-bin/iowa/article/pressroom/pressrelease/1417.html>.

⁵⁵ Para los informes finales del grupo de trabajo UPR de las sesiones 1-10 del UPR véase Final Reports + Add.–UPR Info, <http://www.upr-info.org/-Final-outcome-.html>, para los informes finales del grupo de trabajo UPR de la sesión 11 del UPR véase Documentation, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>.

sesión del UPR,⁵⁶ y a quince estados bajo revisión en la 11ª sesión.⁵⁷ Estas últimas sesiones del UPR muestran que el HRC se ha comprometido a analizar los historiales de discriminación de los estados basada en la orientación sexual y la identidad de género como parte integrante del examen de su historial de derechos humanos.

Además, este año, ochenta y cinco estados se unieron en la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”, lo que demuestra la tendencia en la condena de las violaciones de derechos humanos por orientación sexual.⁵⁸ Tal posición no es reciente. En la tercera sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2006, cincuenta y cuatro estados se unieron para emitir la “Declaración conjunta sobre las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género”, condenando las violaciones de los derechos humanos por motivos de orientación sexual e instando a que el CDH tome medidas.⁵⁹

Estas acciones en el CDH demuestran el compromiso del Consejo y de los estados miembros -entre ellos Chile- para reconocer y erradicar la discriminación por orientación sexual.

c. Expertos en derechos humanos de la ONU

Los procedimientos especiales de la ONU, expertos independientes que abordan temáticas o problemas específicos de los países, han estado condenando violaciones de derechos humanos sobre la base de la orientación sexual. Relatores especiales en materia de vivienda,⁶⁰

⁵⁶Véase <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRSessions.aspx> (seguir en “11.ª sesión (2 a 13 de mayo de 2011)” para ver los destacados de la reunión).

⁵⁷ Para el informe final del grupo de trabajo UPR de la sesión 10 del UPR véase Final Reports + Add.–UPR Info., <http://www.upr-info.org/-Final-outcome-.html>.

⁵⁸ www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf.

⁵⁹ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, tercer período de sesiones, acta resumida de la 6.ª Reunión, Doc. (19 de diciembre de 2006).

⁶⁰ Informe del Relator Especial sobre vivienda digna como componente del derecho a un adecuado estándar de vida y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, Estados Unidos, A/HRC/13/20/Add.4 (12 de feb. de

educación,⁶¹ independencia de jueces y abogados,⁶² racismo,⁶³ libertad de religión o creencias,⁶⁴ defensores de los derechos humanos,⁶⁵ violencia contra la mujer,⁶⁶ minorías,⁶⁷ salud,⁶⁸ migrantes,⁶⁹ tortura,⁷⁰ terrorismo⁷¹ y ejecuciones extrajudiciales,⁷² junto con relatores específicos de cada país y los grupos de trabajo sobre detención arbitraria⁷³ y mercenarios,⁷⁴ han emitido declaraciones en relación con violaciones de los derechos humanos por orientación sexual o identidad de género.

El Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, por ejemplo, ha rechazado la discriminación basada en estereotipos de género y orientación sexual dentro del matrimonio y la familia. En el informe de mayo de 2009, el Relator Especial señala:

El mandato ha aplicado las normas internacionales de igualdad y no discriminación, en el contexto del matrimonio y la familia, la defensa del derecho a la privacidad, la salud sexual (incluida la orientación sexual) y los derechos reproductivos en el contexto de la familia. De este modo, el mandato ha rechazado las críticas convencionales que

2010).

⁶¹ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Bosnia y Herzegovina, A/HRC/8/10/Add.4 (27 de mayo de 2008).

⁶² Informe del Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados, A/HRC/8/4 (13 de mayo de 2008).

⁶³ Informe del Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia relacionada, Estonia, A/HRC/7/19/Add.2 (17 de marzo de 2008).

⁶⁴ Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o creencia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, A/HRC/7/10/Add.3 (7 de feb. de 2008).

⁶⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, A/HRC/13/22 (30 de dic. de 2009).

⁶⁶ Informe del Relator Especial sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias, A/HRC/11/6/Add.1 (26 de mayo de 2009).

⁶⁷ Informe del Experto Independiente sobre asuntos de las minorías, A/HRC/13/23 (7 de enero de 2010).

⁶⁸ Informe del Relator Especial sobre el derecho de todos al goce del más alto estándar de salud física y mental, A/64/272 (10 de agosto de 2009).

⁶⁹ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Estados Unidos de América, A/HRC/7/12/Add.2 (5 de marzo de 2008).

⁷⁰ Informe del Relator Especial sobre torturas y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, Nigeria, A/HRC/7/3/Add.4 (22 de nov. de 2007).

⁷¹ Informe del Relator Especial sobre la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales durante la lucha contra el terrorismo, Asamblea General A/HRC/64/211/Add.21 (3 de agosto de 2009).

⁷² Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Guatemala, A/HRC/11/2/Add.7 (4 de mayo de 2009).

⁷³ Informe del grupo de trabajo sobre detención arbitraria, Colombia, A/HRC/10/21/Add.3 (16 de feb. de 2009).

⁷⁴ Grupo de trabajo sobre el uso de mercenarios como forma de violar los derechos humanos y de impedir el ejercicio del derecho de las personas a la autodeterminación [transgénero/crímenes por odio a la identidad de género], Perú, A/HRC/7/7/Add.2 (4 de feb. de 2008).

juzgan las intervenciones para hacer frente a las formas familiares opresivas por ser contrario a la familia.⁷⁵

Muchos altos funcionarios de la ONU han emitido declaraciones similares reprobando la discriminación basada en la orientación sexual como una violación de los derechos humanos. El secretario general de la ONU, Ban Ki-moon, ha declarado inequívocamente que todos los países deben garantizar la igualdad de derechos para todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género,⁷⁶ y la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navanetham Pillay, afirmó reiteradamente que la discriminación por orientación sexual es una violación reconocida de los derechos humanos internacionales.⁷⁷ La Alta Comisionada también ha condenado el uso de actitudes culturales homofóbicas para justificar la discriminación por orientación sexual. Dejó en claro que la cultura no es monolítica ni inmutable y que el respeto de los derechos humanos universales sin discriminación debe prevalecer en todo momento. Declaró que:

[d]emasiado a menudo, aquellos que no comparten la historia, tradiciones y valores de una comunidad o que cuestionan los estereotipos o roles tradicionales son percibidos como amenazas para

⁷⁵El Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, *Fifteen Years of the United Nations Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences—A Critical Review*, p. 11 (2009), <http://www2.ohchr.org/english/issues/women/rapporteur/docs/15YearReviewofVAWMandate.pdf>.

⁷⁶Véase http://www.un.org/apps/news/infocus/speeches/statments_full.asp?statID=1034#. En declaraciones realizadas el 10 de diciembre de 2010, el Día Internacional de los Derechos Humanos, el Secretario General declaró:

Como hombres y mujeres de conciencia, rechazamos la discriminación en general, y en particular la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.... Sí, reconocemos que las actitudes sociales son profundas. Sí, el cambio social a menudo sólo se logra con el tiempo. Pero no nos confundamos: allí donde hay tensión entre las actitudes culturales y los derechos humanos universales, son los derechos los que deben triunfar.

⁷⁷ La Alta Comisionada declaró:

[A] defender los derechos de las lesbianas, gays, bisexuales, transgénero o intersexuales no estamos pidiendo el reconocimiento de nuevos derechos ni tratando de extender los derechos humanos en un nuevo territorio. Simplemente estamos reforzando lo que los órganos de la ONU creados en virtud de tratados de derechos humanos y los relatores de derechos humanos han confirmado en repetidas ocasiones: el derecho internacional vigente protege a todos de la violencia y la discriminación, incluso por razones de su sexualidad o identidad de género.

Navi Pillay, *No Place for Homophobia Here*, Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (16 de junio de 2011), <http://www.iglhrc.org/cgi-bin/iowa/article/publications/reportsandpublications/1416.html>.

la estabilidad del sistema de creencias y costumbres de esa comunidad. Sin embargo, ninguna sociedad, independientemente de su ubicación geográfica o nivel de desarrollo económico, es representada por un conjunto único y global de valores compartidos. Las tradiciones, las creencias y los valores cambian con el tiempo, y son vistos e interpretados de manera diferente en las sociedades. Existen tradiciones de odio, así como también tradiciones de tolerancia; tradiciones de represión, de liberación; de la misma manera que existen tradiciones de privación y exclusión al igual que de justicia social. Estos contrastes se pueden encontrar en las historias de todos los países y de muchos sistemas de creencias. Nuestra tarea es estar directa e inequívocamente del lado de los que en cada sociedad promueven y defienden los derechos humanos, estar junto a aquellos que creen en la dignidad humana y la igualdad.⁷⁸

Cuando la Corte Suprema de Chile decidió el caso de la jueza Atala, hizo precisamente lo que los expertos de derechos humanos de la ONU han condenado: se basó en estereotipos homofóbicos, en lugar de basarse en los hechos del caso en particular, la evidencia científica, o una justificación legal para decidir una disputa de custodia. La posición de la Corte Suprema de Chile es indefendible. Los tratados de derechos humanos, el Consejo de Derechos Humanos, los expertos en derechos humanos de la ONU y las declaraciones de miembros de alto rango dejan en claro que los órganos de las Naciones Unidas coherentemente han abrazado el mismo mensaje: la discriminación por orientación sexual es una violación de los derechos humanos.

4. Un número creciente de estados prohíbe la discriminación por orientación sexual a través de la legislación y enmiendas constitucionales.

Al menos veintidós estados junto con varios municipios han aprobado leyes que prohíben la discriminación basada en la orientación sexual.⁷⁹ Estados como Ecuador, Fiyi, Portugal,

⁷⁸Véase <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10920&LangID=e>.

⁷⁹Estos incluyen la legislación en la Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Luxemburgo, México, Namibia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Eslovenia, Sudáfrica, España, Suecia y los Estados Unidos, específicamente en los estados de California, Colorado, Connecticut, el Distrito de Columbia, Hawái, Illinois, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nevada, New Hampshire, Nueva Jersey, Nuevo México, Nueva York, Oregón, Rhode Island, Vermont, Washington y Wisconsin. Aaron Xavier Fellmeth, *State Regulation of Sexuality in International Human Rights Law and Theory*, 50 Wm. & Mary L. Rev. 797, 825, 832 (2008).

Sudáfrica y Suiza han incorporado expresamente en sus constituciones el derecho a la protección contra la discriminación por orientación sexual.⁸⁰

En los Estados Unidos, existe un mayor reconocimiento de que la orientación sexual “no guarda relación con la capacidad de desempeñarse o contribuir a la sociedad”,⁸¹ y ningún Estado establece que un padre gay, madre lesbiana o bisexual es *per se* no apto debido a su orientación sexual.⁸² Además, un mayor número de Estados de los EE. UU. ha implementado leyes que protegen el derecho de parejas del mismo sexo a adoptar.⁸³ Además, la reciente derogación de la política “No preguntes, no digas”,⁸⁴ jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos (incluyendo *Lawrence*⁸⁵ y *Romer*⁸⁶), las cambiantes actitudes de la sociedad y el peso de las ciencias sociales en materia de derechos de LGBTI demuestran que la orientación sexual no puede y no debe influir en objetivos políticos legítimos.⁸⁷

⁸⁰ Constitución Política de 1998, art. 23, § 3 (Ecuador), *disponible en* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>; Constitución de Fiyi (1998) sec. 38 (2) (a), *disponible en* http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/fj00000_.html; Constitui o da Republica Portuguesa (2005) art. 13, § 2, *disponible en* <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> (Portugal); Constitución de Sudáfrica (1996), cap. 2, 9 X’7F (3), *disponible en* <http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>; Constitución Federal de la Confederación Suiza (2002) art. 8 (2), *disponible en* <http://www.admin.ch/org/polit/00083/index.html?lang=en> (Suiza).

⁸¹ *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 686 (1973) (opinión de una pluralidad de jueces).

⁸² Véase Courtney G. Joslin & Shannon P. Minter, *Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Family Law* 13 (West 2011).

⁸³ Entre los estados que tienen estas políticas figuran: California, Maryland, Massachusetts, Nevada, Nueva Jersey, Nueva York, Connecticut, Illinois, Indiana, Pensilvania, Vermont y el Distrito de Columbia. Véase, *p. ej.*, *S.N.E. v. R.L.B.*, 699 P.2d 875, 878, 879 (Alaska 1985); *In re Gill*, 45 So. 3d 79 (Fla. Ct. App. 2010); *Dep’t of Human Servs. v. Howard*, 238 S.W.3d 1 (Ark. 2006); *In re K.M. & D.M.*, 653 N.E.2d 888 (Ill. App. Ct. 1995); *In re Adoption of Carolyn B.*, 774 N.Y.S.2d 227 (N.Y. App. Div. 2004); *In re Adoption of R.B.F. & R.C.F.*, 803 A.2d 1195 (Pa. 2002); *Adoptions of B.L.V.B. & E.L.V.B.*, 628 A.2d 1271 (Vt. 1993); *In re Infant Girl W.*, 845 N.E.2d 229 (Ind. Ct. App. 2006); *Adoption of Tammy*, 619 N.E.2d 315 (Mass. 1993).

⁸⁴ La política anterior estadounidense que prohibía al personal militar discriminar o acosar a miembros del servicio o postulantes homosexuales o bisexuales, al tiempo que excluía abiertamente del servicio militar a gays, lesbianas o bisexuales. 10 U.S.C. § 654 (1993).

⁸⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) (revocación de la ley de sodomía de Texas).

⁸⁶ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) (revocación de la enmienda constitucional de Colorado que hubiera impedido que cualquier ciudad, pueblo o condado del estado adoptara medidas legislativas, ejecutivas o judiciales para reconocer a los gays y lesbianas como una clase protegida).

⁸⁷ Departamento de Justicia, Oficina de Relaciones Públicas, Carta del Fiscal General al Congreso en litigios relacionados con la Ley de Defensa del Matrimonio (23 de febrero de 2011). El presidente Barack Obama, en respuesta a la votación del Congreso que permite a los homosexuales servir abiertamente en el ejército, declaró: “Es el momento de cerrar este capítulo de nuestra historia. . . . Es hora de reconocer que el sacrificio, el valor y la

5. Los tribunales latinoamericanos han concedido la custodia de niños a padres gays y madres lesbianas y las instituciones de América Latina están abordando las necesidades de las familias diversas.

Los tribunales y otras instituciones de América Latina están dando un creciente reconocimiento a familias encabezadas por padres gays y madres lesbianas, están concediendo a padres lesbiana y gay la custodia de sus hijos y están reconociendo su derecho a adoptar.

En 2003, un tribunal argentino le otorgó a un padre gay la custodia de sus dos hijos.⁸⁸ El tribunal sostuvo que el factor de la orientación sexual del padre en su determinación de custodia sería una discriminación inaceptable. Además, criticó los comentarios despectivos de la madre acerca de la orientación sexual del padre como perjudicial para los niños en términos de criarlos en una sociedad diversa e inclusiva.⁸⁹

Las adopciones por padres gays y madres lesbianas han estado permitidas en Brasil por lo menos desde 1996, y la primera adjudicación en Brasil sobre este tema tuvo lugar en 2005. En ese caso, el tribunal de Brasil aprobó a una pareja del mismo sexo como padres adoptivos,⁹⁰ y afirmó que no existe ninguna razón válida para negar a una pareja del mismo sexo el derecho a adoptar niños.⁹¹ Los derechos de adopción para los padres gays y madres lesbianas se confirmaron una vez más en una decisión de la Corte Superior por unanimidad en 2010, cuando el Tribunal sostuvo que una pareja de lesbianas tenía el derecho de adoptar niños.⁹² Más

integridad no se definen más por la orientación sexual que por la raza, sexo, religión o credo”. *Senate Votes to Repeal “Don’t Ask, Don’t Tell”*, NPR (18 de dic. de 2010), <http://www.npr.org/2010/12/18/132164172/-dont-ask-dont-tell-clears-vital-hurdle> (consultado el 17 de agosto de 2011).

⁸⁸ *Juzgado de Menores de Cuarta Nominación de Córdoba*, N.º 473 (Jurisprudencia de Córdoba, Arg. 6 de agosto de 2003), Informe para la Clínica Jurídica Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres et al. como demandante de apoyo *Amici Curiae, Karen Atala Riffo c. Chile*, Caso N.º P-1271-04, Comisión Interam. de D.H. (2006).

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Two Brazilian Gay Men Adopt Girl*, BBC Worldwide Monitoring (22 de noviembre de 2006).

⁹¹ *Brazilian Judge OKs Gay Couple Adoption*, 365Gay.com Newscenter, 23 de noviembre de 2006, *disponible en* <http://www.asylumlaw.org/docs/sexualminorities/Brazil112306.pdf> (la decisión citó una declaración de política del Consejo de Psicología que afirmaba que “la homosexualidad no era una enfermedad, una perturbación ni una perversión”).

⁹² Véase Allen C. Unzelman, *Latin America Update: The Development of Same-Sex Marriage and Adoption Laws in*

recientemente, la Corte Suprema de Brasil dictaminó por unanimidad que las parejas en unión del mismo sexo deben tener los mismos derechos que un hombre y una mujer en matrimonio.⁹³ En consecuencia, la Corte declaró que no se le puede negar a ninguna persona el derecho de adoptar niños por causa de su orientación sexual.⁹⁴

Instituciones no judiciales en Costa Rica han dado pasos significativos hacia el reconocimiento de las diversas estructuras familiares. En marzo de 2003, la agencia de bienestar infantil de Costa Rica le concedió a una mujer transgénero la custodia provisional de un joven al que había estado cuidando desde la infancia.⁹⁵ Además, en junio de 2003, la Caja Costarricense de Seguro Social confirmó que los titulares de seguro pueden designar a cualquier persona de su elección como beneficiario del seguro “sin discriminación alguna por motivos de raza, edad, preferencia sexual o cualquier otro criterio”.⁹⁶

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido desde 1994 que las lesbianas y los gays están protegidos por la norma fundamental de protección igualitaria por la ley y, debido a que comparten los mismos derechos fundamentales que los heterosexuales, no hay nada que justifique la discriminación por orientación sexual.⁹⁷ En 2007, la Corte Constitucional declaró, además, que los derechos otorgados de facto para parejas de distinto sexo tenían que ser

Mexico and Latin America, 17 *Law & Bus. Rev. Am.* 135, 136 (2011) (citando a Felipe Seligman, *Casal homosexual pode adotar crianca, decidir STJ* (27 de abril de 2010), <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u726711.shtml>).

⁹³ *Brazil's Supreme Court Recognizes Gay Partnerships*, Reuters, <http://www.reuters.com/article/2011/05/06/us-brazil-gayrights-idUSTRE74503V20110506> (5 de mayo de 2011) (consultado el 13 de agosto de 2011); véase también *Brazilian Supreme Court Gives Unanimous Judgment in Favour of the Legal Recognition of Same Sex Partnerships*, Equal-Jus (5 de mayo de 2011), <http://www.equal-jus.eu/node/416> (consultado el 13 de agosto de 2011).

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ Véase International Gay and Lesbian Human Rights Commission, *Action Alert Update: Transwoman Mairena Is Granted Custody of Her Child* (4 de abril de 2003), <http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/section.php?id=5&detail=417>.

⁹⁶ Véase International Gay and Lesbian Human Rights Commission, *National Insurance Institute Confirms the Eligibility of Same-Sex Partners and Their Families for Social Security* (16 de julio de 2003), <http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/section.php?id=5&detail=457>.

⁹⁷ Sentencia N.º T-539-94 del 30 de noviembre de 1994; véase también N.º T-42370 y T-42955.

otorgados a parejas del mismo sexo.⁹⁸ En el 2009, sostuvo que las parejas del mismo sexo que conviven deben recibir los mismos derechos y beneficios que las parejas heterosexuales casadas.⁹⁹ Más recientemente, el reconocimiento de que parejas del mismo sexo siguen careciendo de ciertos derechos que gozan las parejas de distinto sexo, la Corte Constitucional ordenó al Congreso de Colombia que abordara el problema a través de una “legislación integral y sistemática para que las parejas del mismo sexo se constituyan en familia”.¹⁰⁰

6. Los tribunales fuera de América Latina han reconocido que los derechos de padres gays y madres lesbianas a la custodia de un niño son compatibles con el interés superior del niño.

Muchos tribunales fuera de América Latina rechazan los estereotipos invocados por la Corte Suprema de Chile al negar la custodia a la jueza Atala y han reconocido los derechos de los padres gays y madres lesbianas a la custodia de sus hijos, encontrando que la orientación sexual de los padres no es relevante para el interés superior de los niños.

El Reino Unido reconoce la orientación sexual como un motivo de discriminación prohibido.¹⁰¹ Un tribunal en el Reino Unido, entendiendo que la legislación de adopción del Reino Unido les permitía adoptar a las lesbianas, afirmó que “[t]oda otra conclusión sería ilógica, arbitraria e inapropiadamente discriminatoria en un contexto donde el deber del tribunal es

⁹⁸ *Marcela Sánchez, et al.*, Decisión C-075/2007, Corte Constitucional de Colombia, 7 de febrero de 2007, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-075-07.htm>.

⁹⁹ *Rodrigo Uprimny Yepes, et al.*, Decisión C-029/2009, Corte Constitucional de Colombia, 28 de enero de 2009, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>.

¹⁰⁰ *Court gives Colombia Congress 2 years to pass gay marriage bill*, Colombia Reports (27 de julio de 2011), <http://colombiareports.com/colombia-news/news/17896-colombian-supreme-court-calls-on-congress-to-pass-gay-marriage-bill-in-two-years.html>; véase también, *Corte Constitucional Reconoce Como Familias a Parejas del Mismo Sexo*, (27 de julio de 2011), disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/noticias/NOTICIAS%2027%20DE%20JULIO%20DE%202011.php>

¹⁰¹ *Rodriguez v. Minister of Housing of the Government and Another*, UKPC 52, 28 BHRC 189 (2009) (encontrando que la decisión de una dependencia gubernamental de negar una vivienda se basa exclusivamente en la orientación sexual del solicitante, y que “el impacto de esa negación constituye una grave invasión de su dignidad” y constituye un trato “indirectamente discriminatorio”).

considerar en primer lugar la necesidad de salvaguardar y promover el bienestar de los niños durante su infancia”.¹⁰²

En 1999, un tribunal de Nueva Zelanda le concedió a una lesbiana la custodia de su hijo biológico sobre las protestas de la familia del padre fallecido.¹⁰³ El tribunal no quedó convencido por los argumentos de que el niño podría ser objeto de burla o que le faltaría un modelo masculino.¹⁰⁴

En el sur de África, dos mujeres en una relación de larga data desafiaron secciones de la Ley de Protección del Niño de Sudáfrica que les impedía adoptar en forma conjunta a hermanos que habían estado bajo su cuidado durante varios años.¹⁰⁵ La pareja desafió la ley con el argumento de que la adopción sería en el interés superior del niño y que la ley violaba disposiciones sobre la igualdad de la Constitución de Sudáfrica, lo que limitaba su dignidad humana.¹⁰⁶ El Tribunal Constitucional de Sudáfrica tomó partido por la pareja en todos los fundamentos y consideró necesario revisar la Ley de Protección del Niño. Al tomar su decisión, el tribunal declaró:

[L]as solicitantes constituyen una familia estable, cariñosa y feliz. Sin embargo, la condición de la primera solicitante como madre de los hermanos no puede reconocerse. Este fracaso de la ley a reconocer el valor de la primera solicitante como madre de los hermanos es degradante. En consecuencia, decido que las disposiciones impugnadas limitan el derecho de la primera solicitante a la dignidad.¹⁰⁷

¹⁰² *In re W. (A Minor)*, [1998] Fam. 58 en 6 (U.K. Fam. 1997).

¹⁰³ *B. v. P.*, [1992] N.Z.F.L.R. 545 (N.Z.D.C.).

¹⁰⁴ *Id.* p. 2-3.

¹⁰⁵ *Du Toit v. Minister of Welfare & Population Dev.*, 2002 (10) BCLR 1006 (CC) (S. Afr.).

¹⁰⁶ *Id.* ¶¶ 20, 23.

¹⁰⁷ *Id.* ¶ 29 (nota interna omitida).

Ningún Estado de los Estados Unidos estima que ser lesbiana, gay o bisexual hace que un padre o madre sea inepto/a.¹⁰⁸ Además, en ningún Estado de EE. UU. puede ser la orientación sexual el único factor determinante en la determinación de la patria potestad.¹⁰⁹

En decisiones que datan de medio siglo, los tribunales han sostenido que es fáctica y jurídicamente erróneo considerar que un padre no es apto basándose únicamente en la orientación sexual.¹¹⁰ En 1967, por ejemplo, una cámara de apelaciones de California revocó una sentencia de primera instancia de otorgar la custodia a un padre basándose únicamente en el hecho de que la madre era lesbiana.¹¹¹ La cámara sostuvo que el tribunal de primera instancia no ejerció su discrecionalidad para determinar el interés superior del niño al decidir como una cuestión de derecho que la madre no era apta por su orientación sexual.¹¹²

Decisiones judiciales más recientes en todo Estados Unidos continúan sosteniendo que los tribunales no pueden negar la custodia a los padres basándose únicamente en el hecho de que son lesbianas o gays. La Cámara de Apelaciones de Florida, al revocar la decisión de un tribunal inferior de otorgar la custodia a un padre sobre la conjetura de que los niños se verían afectados negativamente debido a que su madre era lesbiana, sostuvo que la orientación sexual de los padres sólo puede tenerse en cuenta si tiene una “efecto o impacto directo en los niños”.¹¹³ Del mismo modo, los tribunales de Nueva York han sostenido que “cuando la preferencia sexual de los padres no afecta negativamente a los niños, tal preferencia no es determinante en una disputa de custodia de los hijos”.¹¹⁴ Además, un tribunal de Pensilvania rechazó la presunción probatoria que exige que un padre gay o madre lesbiana demuestre la ausencia de daño a los

¹⁰⁸ Charlotte J. Patterson & Richard E. Redding, *Lesbian and Gay Families with Children: Implications of Social Science Research for Policy*, 52 J. Soc. Issues 29, 34 (1996).

¹⁰⁹ Véase Joslin & Minter, *supra* en nota 82, en 13.

¹¹⁰ Véase, p. ej., *Nadler v. Superior Court*, 255 Cal. App. 2d 523 (1967).

¹¹¹ *Id.* en 525.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Jacoby v. Jacoby*, 763 So. 2d 410, 413 (Fla. Ct. App. 2000).

¹¹⁴ *Paul C. v. Tracy C.*, 209 A.D.2d 955, 956 (N.Y. App. Div. 1994).

niños.¹¹⁵ El tribunal sostuvo que la orientación sexual es irrelevante a los efectos de determinar la custodia y, en cambio, el único foco de un proceso de custodia es el interés superior del niño.

Los tribunales de los Estados Unidos también han afirmado y protegido el derecho de las parejas del mismo sexo que desean adoptar. Estos tribunales reconocen una violación a la garantía de protección igualitaria de la Constitución de los EE. UU., cuando las políticas regionales han tratado de excluir a lesbianas y gays de ser padres adoptivos o negarles los derechos de custodia o visita a padres del mismo sexo.¹¹⁶ La orientación sexual es, pues, una base inadecuada de exclusión en las consideraciones como padre adoptivo. De hecho, las decisiones judiciales y las leyes de aproximadamente dieciséis estados y del Distrito de Columbia han afirmado el derecho de gays y lesbianas de adoptar a los hijos de sus parejas.¹¹⁷

En 1995, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia revocó la decisión de un tribunal inferior y permitió a una pareja gay presentar una petición conjunta de adopción.¹¹⁸ En 2004, la Corte Suprema de Nueva York afirmó el derecho de dos mujeres lesbianas en una relación comprometida a presentar una petición conjunta solicitando la adopción de un niño.¹¹⁹ También en 2004, la Cámara de Apelaciones de Indiana revocó la decisión de un tribunal inferior de negar a la pareja del mismo sexo de la madre biológica su

¹¹⁵ *M.A.T. v. G.S.T.*, 2010 PA Super 8, 2010 WL 204158, en *5 (Pa. Super. Ct. 21 de enero de 2010).

¹¹⁶ Véase, p. ej., *S.N.E. v. R.L.B.*, 699 P.2d 875, 878, 879 (Alaska 1985); *In re Gill*, 45 So.3d 79 (Fla. Ct. App. 2010); *Dep't of Human Servs. v. Howard*, 367 Ark. 55 (Ark. 2006); *K.M. & D.M.*, 653 N.E.2d 888 (Ill. App. Ct. 1995); *In re Adoption of Carolyn B.*, 6 A.D.3d 67 (N.Y. App. Div. 2004); *In re Adoption of R.B.F. & R.C.F.*, 803 A.2d 1195 (Pa. 2002); *Adoptions of B.L.V.B. & E.L.V.B.*, 628 A.2d 1271 (Vt. 1993); *In re Infant Girl W.*, 845 N.E.2d 229 (Ind. Ct. App. 2006); *Adoption of Tammy*, 619 N.E.2d 315 (Mass. 1993).

¹¹⁷ Joslin y Minter, *supra* en nota 82, 343-44. Entre estos estados figuran California, Colorado, Connecticut, Illinois, Indiana, Iowa, Maine, Massachusetts, Nevada, New Hampshire, Nueva Jersey, Nueva York, Oregón, Pensilvania, Vermont, Washington, y el Distrito de Columbia. *Id.*

¹¹⁸ *In re M.M.D.*, 662 A.2d 837 (D.C. Ct. App. 1995).

¹¹⁹ *In re Adoption of Carolyn B.*, 6 A.D.3d 67 (N.Y. App. Div. 2004).

petición no impugnada de adoptar a los hijos de su pareja, con quienes había establecido una sana relación madre-hijo.¹²⁰

En 2006, la Corte Suprema de Arkansas confirmó la decisión de un tribunal inferior de descartar una regulación estatal que prohibía la adopción a gays y lesbianas, así como a heterosexuales con familiares gays y lesbianas que viven en el mismo hogar, al considerar que “no hay una correlación entre la salud, el bienestar y la seguridad de los niños adoptivos y la exclusión total de cualquier persona que sea homosexual o que resida en un hogar con un homosexual”.¹²¹

Más recientemente, en 2010, la Cámara de Apelaciones del Tercer Distrito de Florida anuló la última ley en los Estados Unidos que prohibía expresamente a lesbianas y gays a adoptar, al sostener que esta prohibición en materia de adopción era inconstitucional ya que no tenía ninguna relación lógica con el interés superior de los niños.¹²²

Una de las opiniones más completas en el análisis de los estereotipos irracionales de los padres gays y madres lesbianas se encuentra en una decisión de 1995 del Tribunal de Ontario (División Provincial) de Canadá.¹²³ En *K. (Re)*, el Tribunal se enfrentó con cuatro parejas de lesbianas a las que se les habían negado solicitudes conjuntas para la adopción de los hijos de sus respectivas relaciones. Un miembro de cada pareja era la madre biológica de los niños cuya adopción se estaba solicitando.¹²⁴

El Tribunal de Ontario, antes de llegar a la conclusión de que parejas del mismo sexo pueden adoptar conjuntamente, examinó una amplia investigación de las ciencias sociales que

¹²⁰ *In re Adoption of K.S.P.*, 804 N.E.2d 1253 (Ind. Ct. App. 2004).

¹²¹ *Dep't of Human Servs. v. Howard*, 367 Ark. 55, 65 (Ark. 2006).

¹²² *Fla. Dep't of Children & Families*, 45 So.3d 79, 91 (Fla. Ct. App. 2010).

¹²³ *K. (Re)* (1995), 23 O.R. 3d 679 (Ont. Ct.).

¹²⁴ *Id.* en 681.

confirmaba que los gays y las lesbianas pueden ser excelentes padres.¹²⁵ El Tribunal de Ontario desacreditó los mismos estereotipos que la Corte Suprema de Chile usó para justificar su decisión en el caso de la jueza Atala. El Tribunal de Ontario específicamente encontró que:

- Las personas homosexuales no presentan mayores niveles de psicopatología que los individuos heterosexuales, y no hay pruebas convincentes para sugerir que las personas homosexuales son psicológicamente menos sanas y por lo tanto menos capaces de estar emocionalmente disponibles para sus hijos.¹²⁶
- [N]o existe evidencia que apoye la sugerencia de que la mayoría de los hombres gay y de las lesbianas tienen relaciones inestables o disfuncionales.¹²⁷
- [N]o hay, hasta la fecha, ningún indicio de que el posible estigma o el acoso al que pueden estar expuestos los hijos de padres gays o madres lesbianas es necesariamente peor que otras posibles formas de estigma racial o étnico, o el estigma de tener padres con enfermedades mentales. . . .”¹²⁸

El tribunal de Ontario reconoció que la “opinión mayoritaria de los investigadores en esta área parece ser que la estructura familiar tradicional ya no es considerada como el único marco dentro del cual se puede brindar un cuidado infantil adecuado”.¹²⁹ Por el contrario, una “multiplicidad de vías por las que puede darse el desarrollo psicológico saludable” existe en una “diversidad de entornos hogareños”.¹³⁰ El tribunal de Ontario declaró que estaba “obligado por la ley y el sentido común a dictaminar en esta cuestión sobre la base de la evidencia . . . y no a partir de la especulación, los prejuicios y los temores infundados, o como reacción ante los comentarios vociferantes de un segmento aislado y desinformado de la comunidad”.¹³¹

¹²⁵ *Id.* en 689.

¹²⁶ *Id.* en 691.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.* en 693.

¹²⁹ *Id.* en 690.

¹³⁰ *Id.* en 691 (cita omitida).

¹³¹ *Id.* en 707.

La decisión de la Corte Suprema de Chile que le negó a la Jueza Atala la custodia de sus hijos basó su razonamiento en una serie de estereotipos que los tribunales internacionales de derechos humanos, organismos internacionales de derechos humanos, y los tribunales y las legislaturas, tanto en América Latina como en otras partes del mundo, han rechazado y condenado. De este modo, la Corte Suprema de Chile no sólo resistió el claro peso de la ley internacional y las conclusiones de expertos internacionales en derechos humanos, sino que rechazó los mandatos de los tratados de derechos humanos en los que Chile es parte.

7. La orientación sexual es una categoría sospechosa de distinción.

Tanto el TEDH como los tribunales de los Estados Unidos se han ocupado de la prueba que se debe utilizar para determinar si una ley en particular, política o trato es discriminatorio.

El TEDH ha señalado que conforme al Convenio Europeo y la legislación de la Unión Europea,¹³² se produce discriminación directa cuando: (1) un individuo recibe un trato desfavorable, (2) en comparación con el modo en que otras personas en situación similar han sido o pudieran ser tratadas, (3) y la razón de esto es una característica particular de ese individuo, que se enmarca como una “clase protegida”.¹³³ Los “terrenos protegidos”, en virtud del artículo 14 del Convenio Europeo, son “sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas

¹³² Véase Directiva sobre igualdad racial de la Unión Europea, Directiva del Consejo 2000/43/EC, art. 2(2), 2000 O.J. (L 180) 22 (EC); Directiva del Consejo 2000/78, 2000 O.J. (L 303) 16 (EC); Directiva del Consejo 2004/113, 2004 O.J. (L 373) 37 (EC).

¹³³ Véase Directiva sobre igualdad racial de la Unión Europea 2000/43/EC art. 2(2) (29 de junio de 2000); *Carson and Others v. UK* [GC], No. 42184/05, § 61, TEDH 2010; véase también *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* (28 de mayo de 1985), § 61, Serie A N.º 94. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresa su prueba de discriminación, en virtud del artículo 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, de la siguiente manera:

El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que las diferencias en el tratamiento basadas sólo en una característica de identificación, o “condición”, son susceptibles de constituir una discriminación en el sentido del artículo 14 [cita omitida]. Por otra parte, para que surja un tema en virtud del artículo 14, debe haber una diferencia en el tratamiento de las personas en situaciones análogas o similares relevantes [cita omitida]. Tal diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue. *Carson and Others v. UK* [GC], No. 42184/05, § 61, TEDH 2010; véase también *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* (28 de mayo de 1985), § 61, Serie A N.º 94.

u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”¹³⁴ En *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, explicado *supra* en la sección III.A.2.a, el Tribunal confirmó que el Artículo 14 incluye la prohibición de la discriminación por orientación sexual.¹³⁵

La exigencia de un vínculo causal entre un trato menos favorable y una clase protegida se ha interpretado ampliamente tanto por el TEDH como por el Tribunal Europeo de Justicia. En general, la ley o la conducta en cuestión no tiene por qué referirse explícitamente a una “clase protegida”, siempre y cuando el factor cuestionado no se pueda separar de la “clase protegida”.

Los tribunales de los Estados Unidos aplicarán una prueba de escrutinio estricto o mayor a las acciones que afectan a grupos pertenecientes a una clase sospechosa, y requieren que la acción se justifique por un interés gubernamental convincente, a medida, y que sea el medio menos restrictivo para lograr el interés gubernamental en cuestión.¹³⁶ Al evaluar si una clase de personas es sospechosa, los tribunales de EE. UU. consideran: (1) si el grupo en cuestión ha sufrido una historia de discriminación,¹³⁷ (2) si las personas “presentan características evidentes, inmutables o distinguibles que las definen como un grupo diferenciado”,¹³⁸ (3) si el grupo es una minoría o carece de poder político,¹³⁹ y (4) si las características del grupo no están relacionadas con objetivos legítimos de políticas o de la “capacidad de trabajar o contribuir a la sociedad” de un individuo.¹⁴⁰

¹³⁴ *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* art. 14 (4 de noviembre de 1950), 213 U.N.T.S. 222.

¹³⁵ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, N.º 33290/96, § 28, TEDH 1999-IX; véase también *E.B. v. France* [GC], N.º 43546/02 (22 de enero de 2008); y *Fretté v. France*, N.º 36515/97, § 32, TEDH 2002-I.

¹³⁶ *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988).

¹³⁷ Véase *Bowen v. Gilliard*, 483 U.S. 587, 602-03 (1987).

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ Véase *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432, 441-42 (1985).

Los tribunales de los Estados Unidos no han llegado a un consenso en cuanto a si las personas LGBT constituyen una clase sospechosa,¹⁴¹ pero el Departamento de Justicia de EE. UU. ha instado a que las personas LGBT sean tratadas como una clase sospechosa de posible discriminación y que las leyes que discriminan a las personas LGBT sean revisadas bajo un escrutinio más riguroso.¹⁴² De hecho, el Departamento de Justicia ya no defenderá la legislación federal que discrimina por motivos de orientación sexual, a menos que cumpla con este escrutinio.¹⁴³ Como indica el Departamento de Justicia, hay una “historia significativa de discriminación intencionada contra personas gays y lesbianas por organismos gubernamentales, así como por entidades privadas, basada en prejuicios y estereotipos que siguen teniendo consecuencias en la actualidad”.¹⁴⁴

Según lo explicado por la Comisión, la orientación sexual es una categoría sospechosa y la discriminación basada en la orientación sexual debe estar sujeta a un estricto escrutinio. (Véase Solicitud de CIDH ¶¶ 90-95). De hecho, en lugar de basarse en “consideraciones de sentido”, las leyes que discriminan en base a la orientación sexual, como las leyes que discriminan por motivos de raza, origen nacional o sexo, apuntan a una característica que “no guarda relación con la capacidad [de una persona] para trabajar o contribuir a la sociedad”.¹⁴⁵

Amici respetuosamente insta a la Honorable Corte a determinar que las personas LGBT constituyen una “clase sospechosa” o tienen una característica en particular comprendida como

¹⁴¹ Algunos tribunales de los Estados Unidos han aplicado un mayor escrutinio a la discriminación por orientación sexual. Véase, p. ej., *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757, 841-44 (Cal. 2008); *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862, 885-96 (Iowa 2009); *Kerrigan v. Comm’r of Pub. Health*, 957 A.2d 407, 432-61 (Conn. 2008).

¹⁴² Actualmente no hay ningún precedente vinculante en los dos distritos a los que el Departamento de Justicia hace referencia en su carta al Congreso que rigen qué norma de revisión debe aplicarse para los casos de discriminación por orientación sexual. Véase *Windsor v. United States*, N.º 1:10-cv-8435 (S.D.N.Y.); *Pedersen v. OPM*, N.º 3:10-cv-1750 (D. Conn.).

¹⁴³ Departamento de Justicia, Oficina de Relaciones Públicas, Carta del Fiscal General al Congreso en litigios relacionados con la Ley de Defensa del Matrimonio, (23 de febrero de 2011), disponible en <http://www.aila.org/content/default.aspx?bc=1016%7C8450%7C12043%7C34956>.

¹⁴⁴ Departamento de Justicia, Oficina de Relaciones Públicas, Carta del Fiscal General al Congreso en litigios relacionados con la Ley de Defensa del Matrimonio (23 de febrero de 2011).

¹⁴⁵ *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432, 440-41 (1985).

una “clase protegida”, y a revisar las leyes, políticas o trato de las personas LGBT en un escrutinio más riguroso o estricto, como proscritas por el derecho internacional consuetudinario. Además, Amici insta a la Honorable Corte a que determine que las acciones de Chile violan la prueba del escrutinio estricto respecto a que no hay interés del gobierno convincente atendido por el tribunal de Chile en el caso de la jueza Atala.¹⁴⁶

B. La Corte puede considerar los datos de las Ciencias Sociales al interpretar la Convención.

Como ha explicado esta Corte, los tratados de Derechos Humanos, incluida la Convención, son “instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.¹⁴⁷ Cuando se considera una cuestión de derechos humanos internacionales, la Corte considera la cuestión “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”.¹⁴⁸

El TEDH, que también ha concluido que los instrumentos internacionales de derechos humanos son “instrumento[s] vivos que deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales”,¹⁴⁹ ha declarado que, debido a que estos instrumentos son “en primer lugar, un sistema para la protección de los derechos humanos, la Corte debe tener en cuenta las condiciones cambiantes en el Estado demandado y dentro de los Estados contratantes en general, y responder, por ejemplo, a una convergencia en evolución en lo que respecta a la normativa que debe lograrse”.¹⁵⁰ El TEDH ve, por lo tanto, “la situación dentro y fuera del Estado contratante a

¹⁴⁶ De hecho, por esta misma razón, Amici insiste en que las acciones de Chile violan incluso las pruebas menos restrictivas de “base racional”.

¹⁴⁷ El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99, Corte Interam. de D.H. (ser. A) N.º 16, ¶ 114 (1.º de octubre de 1999).

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *EB v France*, Trib. Eur. de D.H. 43546/02 ¶¶ 46, 92 (22 de enero de 2008).

¹⁵⁰ *I v. United Kingdom*, (Gran Cámara) TEDH 25680/94 ¶ 54 (11 de julio de 2002).

evaluar. . . lo que hoy es la adecuada interpretación y aplicación del Convenio”.¹⁵¹ La Corte también debería revisar a la evolución de las normas de derechos humanos al interpretar la Convención.

1. La Corte puede considerar toda prueba que considere útil para tomar una decisión informada.

El Reglamento de la Corte Interamericana permite a la Corte obtener y considerar “toda prueba que considere útil y necesaria”.¹⁵² La Corte ha determinado que puede, a su discreción, “solicitar a aquéllas elementos probatorios adicionales en carácter de prueba para mejor resolver” el caso.¹⁵³ En este caso, la referencia a la investigación empírica es relevante para considerar si los supuestos indicados en la decisión de la Corte Suprema de Chile fueron simplemente un pretexto para la discriminación por orientación sexual. Como estableció de manera contundente la investigación empírica explicada *infra* en la sección III.C, los niños criados por padres gays y madres lesbianas no sufren consecuencias adversas. Están tan bien adaptados y son tan sanos emocional y psicológicamente como los niños criados por padres heterosexuales. La revisión y consideración de esta información es de importancia decisiva para evaluar el carácter discriminatorio de las acciones de Chile.

2. Los tribunales suelen tener en cuenta la investigación empírica cuando consideran las violaciones de los derechos humanos.

Los tribunales internacionales de derechos humanos a menudo toman en cuenta los argumentos basados en estudios de las ciencias sociales. El TEDH, por ejemplo, explícitamente dio peso a los argumentos basados en “estudios realizados por profesionales de bienestar infantil, que han insistido en que es beneficioso para el niño disfrutar de relaciones emocionales estables”

¹⁵¹ *Id.* ¶ 55.

¹⁵² Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 58.

¹⁵³ *Cf. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*. Reparaciones y costos. Sentencia, Corte Interam. de D.H. (ser. C) N.º 76, ¶¶ 50-51 (25 de mayo de 2001).

al considerar que Francia había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Derecho a la vida privada).¹⁵⁴

El TEDH también consideró datos de estudios que muestran que “las personas transexuales son conscientes de ciertos problemas que no deben enfrentar la mayor parte de la población”, así como evidencia que muestra “una tendencia continua internacional en favor no sólo de la aceptación social cada vez mayor de transexuales, sino del reconocimiento legal de la nueva identidad sexual posoperatoria de los transexuales” en la determinación de que el fracaso del Reino Unido a adoptar medidas para reconocer legalmente el género de un transexual posoperatorio violó los artículos 8 y 12 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.¹⁵⁵

Otros tribunales también consideran datos de las ciencias sociales. Por ejemplo, la Cámara de Apelaciones de Ontario, al determinar si una práctica es discriminatoria y viola las disposiciones de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, considera “*cualquier manifestación* por parte de un reclamante de que una disposición legislativa o acción de otro estado tiene el efecto de perpetuar o promover la idea de que la persona es menos capaz o menos digna de reconocimiento o el valor como ser humano”.¹⁵⁶ En esa Corte, ya que “[l]a evaluación de si una ley tiene el efecto de degradar la dignidad del demandante debe de realizarse desde una perspectiva subjetiva-objetiva”, el tribunal debe “considerar las características del individuo o del grupo, su historia y circunstancias para evaluar si una persona razonable, en circunstancias similares al demandante, encontraría que la ley impugnada lo diferencia de manera que degrade su dignidad”.¹⁵⁷

¹⁵⁴ *Kearns v. France*, Trib. Eur. de D.H., 35991/04 en ¶ 80 (10 de enero de 2008).

¹⁵⁵ *I v. United Kingdom*, (Gran Cámara) Trib. Eur. de D.H., 25680/94 ¶¶ 33, 38-39, 59-60, 64-65 (11 de julio de 2002).

¹⁵⁶ *Halpern and others v. A-G of Canada and others* [2003] 14 BHRC 687 ¶ 80 (Can. Ont. C.A.) (cita de *Law v Canada* (Ministro de Trabajo e Inmigración) [1999] 1 SCR 497, 535 (Can SC) (énfasis agregado)).

¹⁵⁷ *Id.* ¶ 79.

3. Los tribunales internacionales de derechos humanos pueden considerar cualquier evidencia que establezca a prima facie la discriminación

La Gran Cámara del TEDH reconoce que “los solicitantes pueden tener dificultades para demostrar el trato discriminatorio”.¹⁵⁸ Como resultado de ello, “[p]ara garantizar a los interesados la protección efectiva de sus derechos, deben aplicarse normas probatorias menos estrictas en los casos de supuesta discriminación indirecta”.¹⁵⁹ En el Sistema Europeo, las Directivas 97/80/CE y 2000/43/CE del Consejo Europeo (respecto a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo y la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, respectivamente) “estipulan que las personas que se consideran perjudicadas porque el principio de igualdad de trato no les ha sido aplicado, podrán establecer ante una autoridad nacional, *por cualquier medio*, incluso sobre la base de datos estadísticos, hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación”.¹⁶⁰

Con respecto a la cuestión de qué constituye evidencia prima facie de la discriminación, la Gran Cámara ha establecido que “en los procedimientos que le son presentados, no hay obstáculos de procedimiento para la admisibilidad de las pruebas o fórmulas predeterminadas para su evaluación”.¹⁶¹ Por el contrario, ese tribunal “adopta las conclusiones que son, en su opinión, basadas en la evaluación libre de todas las pruebas”.¹⁶²

Tanto los tribunales de derechos humanos como los tribunales nacionales han considerado así los datos de las ciencias sociales en la sentencia de demandas por discriminación y derechos humanos. La consideración de la Corte de ese tipo de datos es aquí totalmente coherente con los precedentes internacionales.

¹⁵⁸ *DH and others v. Czech Republic*, (Gran Cámara) Trib. Eur. de D.H. 57325/00 ¶ 186 (13 de noviembre de 2007).

¹⁵⁹ *Id.* (acepta datos estadísticos como prueba de discriminación contra los niños gitanos).

¹⁶⁰ *Id.* ¶ 187 (énfasis agregado).

¹⁶¹ *Id.* ¶ 178.

¹⁶² *Id.*

C. La investigación empírica consolidada apoya la conclusión de la Comisión de que los tribunales no deben considerar la orientación sexual de un padre como un factor al momento de determinar la custodia.

La Corte Suprema de Chile basó su decisión de negar la custodia a la jueza Atala en generalizaciones infundadas acerca de cómo la orientación sexual de los padres *podría* afectar a sus hijos. La Corte especuló, por ejemplo, que los hijos de padres gays y madres lesbianas podrían sufrir problemas de desarrollo psicológico y emocional, confusión de identidad de género, aislamiento social y discriminación.¹⁶³ Más de treinta años de investigación por parte de académicos y prestadores líderes de asistencia pediátrica, psicológica, psiquiátrica y de bienestar infantil demuestra, sin embargo, que no hay diferencias estadísticamente significativas en el desarrollo psicológico, social o de género entre los niños criados por padres gays y madres lesbianas y por padres heterosexuales. La investigación también muestra que no hay diferencias estadísticamente significativas entre las habilidades de crianza de los padres gays y madres lesbianas y padres heterosexuales, o en la calidad y la naturaleza de sus relaciones padre-hijo.

Entre otras organizaciones especializada en la materia, La Liga Americana del Bienestar del Niño (Child Welfare League of America), la organización más antigua y más grande de bienestar infantil basada en membresía, por ejemplo afirma que “los padres y madres gays, lesbianas y bisexuales son tan adecuados para criar a sus hijos como sus contrapartes heterosexuales”, y subraya que “[i]nvestigación existente que compara a los padres gays y lesbianas con los padres heterosexuales, y a los hijos de padres gays y madres lesbianas con los hijos de padres heterosexuales, muestra que los estereotipos negativos habituales no se sostienen”.¹⁶⁴ La Academia Estadounidense de Pediatría (American Academy of Pediatrics), una

¹⁶³ Véase Dictamen de la Corte Suprema de Chile (cuarta división) privando a la jueza Atala de la custodia legal de sus hijas (31 de mayo de 2004) (“Dictamen”) ¶¶ 17-18.

¹⁶⁴ Child Welfare League of America, *Position Statement on Parenting of Children by Lesbian, Gay, and Bisexual Adults*, disponible en <http://www.cwla.org/programs/culture/glbtposition.htm>.

organización de membresía de aproximadamente 60.000 pediatras, de manera similar “reconoce que una cantidad considerable de literatura profesional proporciona evidencias de que los niños con padres que son homosexuales pueden tener las mismas ventajas y las mismas expectativas para la salud, adaptación y desarrollo que los niños cuyos padres son heterosexuales”.¹⁶⁵ Estos y otros grupos que han hecho declaraciones similares¹⁶⁶ son impulsados por la investigación empírica y por estándares ampliamente aceptados que guían la forma de evaluar y entregar lo que los niños necesitan.

Un estudio reciente, que fue el primero en realizar un seguimiento a los niños criados por madres lesbianas desde el nacimiento hasta la adolescencia, confirmó los hallazgos previos que no muestran ninguna diferencia en el desarrollo de los niños y su comportamiento en función de la orientación sexual de sus padres.¹⁶⁷ Además, el estudio determinó que los niños criados por madres lesbianas en realidad lograron mejores resultados en algunas de las mediciones psicológicas de autoestima y confianza, un mejor desempeño académico, y eran menos propensos a tener problemas de conducta, incluidos el romper reglas y la agresión, que las muestras de género de los niños criados por padres heterosexuales.¹⁶⁸ Este y otros estudios dejan en claro que, al hacer las determinaciones de la custodia, los tribunales de los estados miembros

¹⁶⁵ American Academy of Pediatrics, *Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, disponible en <http://aappolicy.aappublications.org/cgi/content/full/pediatrics;109/2/339>.

¹⁶⁶ Han emitido declaraciones similares, por ejemplo, la American Medical Association, la American Psychiatric Association, la American Psychological Association, la American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, la National Association of Social Workers, el North American Council on Adoptable Children y la American Academy of Family Physicians. Véase Leslie Cooper y Paul Cates, *Too High a Price: The Case Against Restricting Gay Parenting*, Unión Americana de Libertades Civiles, 15-24 (2006), http://www.aclufl.org/take_action/download_resources/too%20high%20a%20price.pdf (recogiendo declaraciones de organizaciones de salud y bienestar infantil).

¹⁶⁷ Nanette Gartrell y Henny Bos, *U.S. National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents*, 126 *Pediatrics* 1, 2 (2010).

¹⁶⁸ *Id.* en 2, 6-7.

no deben sustituir la investigación empírica sólida por ideas estereotipadas y discriminatorias sin fundamento.¹⁶⁹

1. El desarrollo psicológico y el bienestar de los niños criados por padres gays y madres lesbianas son comparables a los de los niños criados por padres heterosexuales.

Investigaciones sólidas han disipado la presunción infundada (véase, por ejemplo., Dictamen ¶ 17) de que el desarrollo psicológico y el bienestar de niños criados por padres gays y madres lesbianas podrían verse afectados o comprometidos. En diferentes estudios, los investigadores han evaluado una amplia gama de medidas, incluida la salud mental, la adaptación psicológica y emocional, la autoestima, el rendimiento académico, problemas de comportamiento y el juicio moral, entre otros. La investigación sobre estas medidas de desarrollo psicológico y personal revela que no hay diferencias significativas entre los hijos de padres gays y madres lesbianas y padres heterosexuales; en cambio, los niños de ambos tipos de hogares son comparables en los principales resultados del desarrollo psicológico.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Véase, p.ej., *Boots v. Sharrow*, 2004 CarswellOnt 25 ¶¶ 136, 106-09 (Can. Ont. Sup. Ct. J.) (citando a *K.(Re)*, (1995) 23 O.R. 3d 679 (Ont. Ct.)).

¹⁷⁰ Véase, p. ej., Gartrell y Bos, *supra* en nota 167, en 2; Fiona Tasker, *Lesbian Mothers, Gay Fathers, and Their Children: A Review*, 26 J. Developmental & Behav. Pediatrics 224 (2005); Beth Perry *et al.*, *Children's Play Narratives: What They Tell Us About Lesbian-Mother Families*, 74 Am. J. Orthopsychiatry 467 (2004); Jennifer Wainright, *et al.*, *Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents with Same-Sex Parents*, 75 Child Dev. 1886 (2004); Katrien Vanfraussen, *et al.*, *What Does It Mean for Youngsters to Grow Up in a Lesbian Family Created by Means of Donor Insemination?*, 20 J. Reprod. & Infant Psychol. 237, 249-50 (2002); Norman Anderssen, *et al.*, *Outcomes for Children with Lesbian or Gay Parents: A Review of Studies from 1978 to 2000*, 43 Scandinavian J. Psychol. 335 (2002); Judith Stacey y Timothy J. Biblarz, *(How) Does The Sexual Orientation of Parents Matter?*, 66 Am. Soc. Rev. 159 (2001); Charlotte J. Patterson, *Family Relationships of Lesbians and Gay Men*, 62 J. Marriage & Fam. 1052 (2000); Raymond Chan, *et al.*, *Psychosocial Adjustment Among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers*, 69 Child Dev. 443 (1998); véase también Joseph R. Price, *Bottoms III: Visitation Restrictions and Sexual Orientation*, 5 Wm. & Mary Bill Rts. J. 643, 648 (1997) (examina el aumento de publicaciones de investigación académica desde los años 1980 y no encuentran diferencias de desarrollo entre los niños de padres gays y madres lesbianas y padres heterosexuales), Patricia J. Falk, *The Gap Between Psychosocial Assumptions and Empirical Research in Lesbian-Mother Child Custody Cases*, en *Redefining Families: Implications for Children's Development* 131, 151-52 (A.E. Gottfried and A.W. Gottfried, eds. 1994) (debate la falta de evidencia empírica de que los hijos de madres lesbianas sufran algún efecto perjudicial); Shelley Casey, *Homosexual Parents and Canadian Child Custody Law*, 32 Fam. & Conciliation Courts Rev. 379, 386 (1994) (“Los investigadores han concluido que no hay diferencia significativa en el desarrollo emocional, el comportamiento social, [o] la psicopatología de los niños criados por un padre gay o madre lesbiana”).

Uno de los primeros estudios basados en información recopilada de los padres y maestros de los niños, por ejemplo, no encontró diferencias significativas en la prevalencia de problemas emocionales o de comportamiento como sociabilidad, dificultad emocional, hiperactividad o problemas de conducta entre los niños criados por padres gays y madres lesbianas y padres heterosexuales.¹⁷¹ La investigación posterior constantemente confirma y sustenta investigaciones anteriores sobre el desarrollo psicológico y el bienestar de los niños. Un estudio reciente que comparó a los niños jóvenes adoptados en la infancia por padres gays y madres lesbianas y por padres heterosexuales mostró que “no hay diferencias significativas entre los niños en función de la orientación sexual de los padres sobre las medidas de internalización, externalización, o problemas de comportamiento total”.¹⁷² Los investigadores concluyeron que los hijos de padres gays, madres lesbianas y padres heterosexuales “parecían estar prosperando”.¹⁷³

Un par de estudios centrados en la adaptación, en una muestra nacional de adolescentes, demostró que los niños que viven con madres lesbianas no difieren significativamente de sus pares que viven con padres heterosexuales, en cuanto a medidas de ansiedad, síntomas depresivos, autoestima, delincuencia y victimización, o en el uso de tabaco, alcohol o marihuana.¹⁷⁴ Otro estudio que evalúa la madurez del juicio moral entre los adolescentes criados por madres lesbianas y heterosexuales tampoco mostró diferencias.¹⁷⁵ Estudios posteriores confirman que los adultos jóvenes criados en hogares encabezados por mujeres “presentan

¹⁷¹ Susan Golombok, *et al.*, *Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal*, 24 *J. Child Psychol. & Psychiatry* 551, 570-71 (1983).

¹⁷² Rachel H. Farr, *et al.*, *Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?*, 14 *Applied Developmental Sci.* 3, 174-75 (2010).

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ Jennifer Wainright y Charlotte J. Patterson, *Delinquency, Victimization, and Substance Use Among Adolescents with Female Same-Sex Parents*, 20 *J. Fam. Psychol.* 526 (2006); Wainright, *et al.*, *supra* en nota 170.

¹⁷⁵ Charlotte J. Patterson, *Children of Lesbian and Gay Parents*, 63 *Child Dev.* 1025, 1033 (1992) (citando a R.L. Rees, *A Comparison of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers on Three Measures of Socialization* (Tesis doctoral inédita, California School of Professional Psychology, Berkeley, CA) (1979)).

niveles más bajos de ansiedad, depresión, hostilidad, de uso problemático de alcohol y mayores niveles de autoestima que sus pares de familias tradicionales, lo que muestra una adaptación psicológica más positiva entre los jóvenes adultos que habían crecido en hogares de madres solas y lesbianas, sin diferencias entre ambos”.¹⁷⁶

Como se mencionó anteriormente, un estudio reciente sobre los adolescentes criados por madres lesbianas mostró que los adolescentes estaban bien adaptados y de hecho, mostraron mayores fortalezas y capacidades en comparación con sus pares, incluyendo menos problemas de comportamiento.¹⁷⁷ Los estudios existentes muestran entonces, de manera inequívoca, que los hijos de padres gays y madres lesbianas son psicológicamente estables, lo que establece sin lugar a duda que negar la custodia de sus hijos a los padres gays y madres lesbianas en el supuesto contrario no tiene justificación.

2. La orientación sexual de los padres no afecta el desarrollo infantil en materia del género.

El consenso de la investigación refuta la suposición (*Véase, p. ej.*, Dictamen ¶ 17) de que tener padres gays o madres lesbianas afecta o compromete el desarrollo de género de los niños. Los estudios sobre el desarrollo de género se centran en tres áreas generales: (1) la identidad normativa de género de los niños (su sentido de sí mismos como hombres o mujeres), (2) el comportamiento de rol de género de los niños (el comportamiento conforme a las normas vigentes masculinas o femeninas), y (3) la orientación sexual de los niños. Las investigaciones que comparan los niños criados por padres gays y madres lesbianas y padres heterosexuales no han detectado diferencias en el desarrollo de la identidad normativa de género de los niños o de

¹⁷⁶ Susan Golombok y Shirlene Badger, *Children Raised in Mother-Headed Families from Infancy: A Follow-Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers, at Early Adulthood*, 25 Hum. Reprod. 1, 155-56 (2010).

¹⁷⁷ Gartrell y Bos, *supra* en nota 167, en 2.

su comportamiento de rol de género en función de la orientación sexual de los padres.¹⁷⁸ Los niños criados por padres gays y madres lesbianas tampoco presentan más probabilidades de identificarse como gays o lesbianas que los niños criados por padres heterosexuales.¹⁷⁹

La investigación confirma que la identidad de género no se ve afectada por la orientación sexual de los padres. Por ejemplo, en un estudio sobre la identidad de género entre los niños de madres lesbianas y madres solteras heterosexuales, los investigadores concluyeron que no había evidencia de confusión de identidad de género en ninguno de los niños.¹⁸⁰ Un panel de la Academia Estadounidense de Pediatría, al revisar el corpus de una investigación sobre niños criados por padres gays y madres lesbianas, de manera similar llegó a la conclusión de que ninguno de los niños estudiados “h[a] dado muestra de confusión de identidad de género”.¹⁸¹

De hecho, los estudios no encuentran que el comportamiento de rol de género se vea afectado por la orientación sexual de los padres. Por ejemplo, los investigadores que examinaron el comportamiento de rol de género a partir de entrevistas con niños y sus madres lesbianas o heterosexuales no encontraron diferencias en los intereses o actividades de los niños, lo que coincidió también con los resultados obtenidos de una muestra de población general.¹⁸² Las investigaciones recientes sobre los niños adoptados en la infancia por padres gays, madres lesbianas y padres heterosexuales concluyeron que “[s]in importar si sus padres eran gays, lesbianas o heterosexuales, la mayoría de los niños tuvieron un comportamiento típico similar al

¹⁷⁸ Véase, p. ej., Golombok, *et al.*, *supra* en nota 171; Anne Brewaeys, *et al.*, *Donor Insemination: Child Development and Family Functioning in Lesbian Mother Families*, 12 *Hum. Reprod.* 1349 (1997); Farr, *et al.*, *supra* en nota 172.

¹⁷⁹ Véase, p. ej., Golombok, *et al.*, *supra* en nota 171.

¹⁸⁰ *Id.* en 562.

¹⁸¹ Ellen C. Perrin & Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, 109 *Pediatrics* 341, 342 (2002).

¹⁸² Golombok, *et al.*, *supra* en nota 171.

de otros niños de la misma edad, y la mayoría de las niñas exhibió un comportamiento típico al de otras niñas de la misma edad”.¹⁸³

Otro estudio basado en entrevistas con niños que habían crecido con madres lesbianas divorciadas o madres heterosexuales divorciadas informó que no hubo diferencias entre los niños con respecto a los programas de televisión, personajes de televisión, juegos o juguetes preferidos.¹⁸⁴ Un estudio de los hijos adolescentes de madres lesbianas también confirma que no hay diferencias en las preferencias de rol de género.¹⁸⁵ Los estudios que utilizaron el inventario de actividades de preescolar, un cuestionario para padres diseñado para evaluar las preferencias de los niños sobre los juegos, juguetes y actividades de género, para evaluar el desarrollo del género también apoyan estos resultados.¹⁸⁶

Los investigadores que han estudiado la orientación sexual de los niños criados por padres gays y madres lesbianas y padres heterosexuales encuentran de modo constante que no hay una diferencia estadísticamente significativa en la orientación sexual de los niños. Por ejemplo, un estudio inicial basado en entrevistas a niños criados por madres lesbianas o heterosexuales no encontraron a ningún hijo de una madre lesbiana identificado como gay o lesbiana, pero sí en el caso de un niño de una madre heterosexual.¹⁸⁷ Estudios posteriores muestran constantemente que la gran mayoría de las lesbianas y los gays fueron criados por padres heterosexuales, y la gran mayoría de los niños criados por padres gays y madres lesbianas

¹⁸³ Farr, *et al.*, *supra* en nota 172, en 175.

¹⁸⁴ Patterson, *supra* en nota 3, en 731 (citando a Green, *et al.*, *Lesbian Mothers and Their Children: A Comparison With Solo Parent Heterosexual Mothers and Their Children*, 15 Archives of Sexual Behavior 167-84 (1986)).

¹⁸⁵ Wainright, *et al.*, *supra* en nota 170, en 1887.

¹⁸⁶ Véase, *p. ej.*, Farr, *et al.*, *supra* en nota 172 (analiza el comportamiento de rol de género en niños adoptados por padres gays y madres lesbianas y por padres heterosexuales); Brewaeys, *et al.*, *supra* en nota 178 (analiza el desarrollo de género de niños concebidos a través de inseminación artificial y criados por parejas lesbianas).

¹⁸⁷ Patterson, *supra* en nota 175, en 1031 (citando a S.L. Huggins, *A Comparative Study of Self-Esteem of Adolescent Children of Divorced Lesbian Mothers and Divorced Heterosexual Mothers*, en *Homosexuality and the Family* (F.W. Bozett, ed., 1989)).

(y por padres heterosexuales) crecen como heterosexuales.¹⁸⁸ Esta investigación confirma que la orientación sexual no es un comportamiento aprendido, “se desarrolla de manera independiente de los padres y no debe ser un factor de peso para los tribunales en las determinaciones de custodia”.¹⁸⁹

La presunción de la Corte Suprema de Chile de que el hecho de estar siendo criado por una madre lesbiana afecta el desarrollo de la identidad de género de un niño, su comportamiento de rol de género y su orientación sexual “revela una proyección del miedo judicial . . . a las lesbianas como contagiosas o con capacidad de convertir a otras”. (Véase Dictamen ¶ 17).¹⁹⁰ Esta presunción también refleja la injusticia en las decisiones de negar la custodia a los padres gays y madres lesbianas en base a su orientación sexual, que un niño que crece para identificarse como gay o lesbiana es algo que hay que prevenir. Tal supuesto perjudica la exacta protección creada por la Convención.

3. Los niños criados por padres gays y madres lesbianas no son más afectados por el estigma que otros niños

El temor de que los hijos de padres gays y madres lesbianas sean socialmente aislados (véase Decisión ¶ 18) se basa en “la presunción de que los hijos de padres homosexuales serán

¹⁸⁸ Véase, p. ej., Nanette Gartrell, et al., *Adolescents of the U.S. National Longitudinal Lesbian Family Study: Sexual Orientation, Sexual Behavior, and Sexual Risk Exposure*, Archives of Sexual Behavior (2010); Golombok & Badger, *supra* en nota 176; Perrin & Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, *supra* en nota 181; Stacey & Biblarz, *supra* en nota 170.

¹⁸⁹ Donald H. Stone, *The Moral Dilemma: Child Custody When One Parent Is Homosexual or Lesbian—An Empirical Study*, 23 Suffolk U. L. Rev. 711, 724 (1989); véase también Katja M. Eichinger-Swainston, *Fox v. Fox: Redefining the Best Interest of the Child Standard for Lesbian Mothers and Their Families*, 32 Tulsa L. J. 57, 67 (1996) (el consenso general en la comunidad científica es que la sexualidad no es un comportamiento aprendido); Casey, *supra* en nota 170, en 386 (Los estudios refutan la hipótesis de que “los niños desarrollan su orientación sexual basados en los factores ambientales y el ejemplo de los padres”); Sandra Pollack, *Lesbian Mothers: A Lesbian-Feminist Perspective on Research*, in *Politics of the Heart: A Lesbian Parenting Anthology*, en 320 (Sandra Pollack y Jeanne Vaughn, eds., 1987) (“Los tribunales tienen que ser educados” para combatir el “supuesto equivocado... de que los hijos de padres gay serán gays o tendrán una identificación confusa de los roles sexuales”).

¹⁹⁰ Jenni Millbank, *Lesbians, Child Custody, and the Long Lingering Gaze of the Law*, en *Challenging the Public/Private Divide: Feminism, Law, and Public Policy* 280, 288 (Susan B. Boyd, ed., 1997).

estigmatizados por la indignación social por la homosexualidad”.¹⁹¹ La confianza en esta presunción es una base particularmente inadecuada para las decisiones de custodia, ya que no está vinculada a la aptitud paterna o a la relación padre-hijo.¹⁹² En cualquier caso, esta suposición está refutada por investigaciones sólidas, que muestran de forma constante que los niños y adolescentes criados por padres gays y madres lesbianas presentan relaciones sociales normales con sus compañeros, miembros de la familia y adultos fuera de su núcleo familiar.¹⁹³ Por ejemplo, en un estudio basado en información obtenida de entrevistas con madres lesbianas y heterosexuales, los niños de ambos hogares “mostraron evidencia firme de tener buenas relaciones con sus pares, lo que significa que fueron capaces de crear y mantener relaciones con personas de su misma edad, sin dificultades de importancia”.¹⁹⁴ Un estudio similar que examinaba las redes de la familia ampliada y las relaciones de amistad de los hijos de madres lesbianas y heterosexuales, demostró que el contacto de los hijos de madres lesbianas con sus abuelos, otros parientes y no parientes adultos no difiere significativamente del de los niños criados por padres heterosexuales.¹⁹⁵

Sin embargo, cuando se realizan determinaciones de custodia, los jueces, a menudo exageran la posibilidad de que las relaciones sociales de los niños criados por padres gays y madres lesbianas se vean comprometidas, asumiendo erróneamente que “las burlas sobre la base de la orientación sexual de los padres son más graves que las burlas sobre la base de otros

¹⁹¹ Felicia Meyers, *Gay Custody and Adoption: An Unequal Application of the Law*, 14 Whittier L. Rev. 839, 843-44 (1993).

¹⁹² Kelly A. Causey y Candan Duran-Aydintug, *Tendency to Stigmatize Lesbian Mothers in Custody Cases*, 28 J. Divorce & Remarriage 171 (1998).

¹⁹³ Véase, p. ej., Golombok, *et al.*, *supra* en nota 171; Megan Fulcher, *et al.*, *Contact with Grandparents Among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers*, 2 Parenting: Sci. & Prac. 61 (2002); Vanfraussen, *et al.*, *supra* en nota 170; Jennifer L. Wainright y Charlotte J. Patterson, *Peer Relations Among Adolescents with Female Same-Sex Parents*, 44 Developmental Psychol. 117 (2008).

¹⁹⁴ Golombok, *et al.*, *supra* en nota 171, en 567.

¹⁹⁵ Fulcher, *et al.*, *supra* en nota 193, en 67-71.

atributos, como características físicas, inteligencia u origen étnico”.¹⁹⁶ Los estudios que comparan a los niños criados por madres lesbianas y padres heterosexuales descubren que “no hay evidencia para apoyar la preocupación de que los hijos de madres lesbianas sufren más burlas o acoso escolar y más dificultades en sus relaciones con sus compañeros”.¹⁹⁷ Un estudio reciente comparó las relaciones entre pares de adolescentes que viven con madres lesbianas con una muestra nacional representativa de adolescentes que viven con padres heterosexuales.¹⁹⁸ Basándose en los informes de pares y las autoevaluaciones de los adolescentes sobre las amistades, actividades sociales, y la popularidad entre los compañeros de clase, así como en las medidas de densidad de la red (qué probabilidad había de que los adolescentes conocieran a sus compañeros) y centralidad (importancia de la posición) en las redes de pares, entre otras medidas de las relaciones entre pares adolescentes, el estudio no encontró diferencias significativas en función de la orientación sexual de los padres.¹⁹⁹

4. Las habilidades de los padres gays y madres lesbianas son equivalentes a las de los padres heterosexuales.

No hay evidencia alguna de que los padres gays y madres lesbianas sean deficientes en la crianza de sus hijos, en comparación con los padres heterosexuales.²⁰⁰ Durante décadas, la investigación ha demostrado que los padres gays y madres lesbianas presentan capacidades y

¹⁹⁶ Causey and Duran-Aydintug, *supra* en nota 192, en 173.

¹⁹⁷ Fiona MacCallum y Susan Golombok, *Children Raised in Fatherless Families from Infancy: A Follow-Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers at Early Adolescence*, 45 *J. Child Psychol. & Psychiatry*, 1407, 1416 (2004); véase también Henny M. W. Bos y Frank Balen, *Children in Planned Lesbian Families: Stigmatisation, Psychological Adjustment and Protective Factors*, 10 *Culture, Health & Sexuality*, 3, 230-31 (2008) (los niños de la muestra “en general, presentaron bajos niveles de estigmatización y sus puntuaciones en la adaptación psicológica fueron similares [a la muestra de población general]”); Wainright y Patterson, *supra* en nota 174; Bridget Fitzgerald, *Children of Lesbian and Gay Parents: A Review of the Literature*, 29 *Marriage & Fam. R.* 57, 65 (1999).

¹⁹⁸ Wainright y Patterson, *supra* en nota 193.

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ John Tobin y Ruth McNair, *Public International Law and the Regulation of Private Spaces: Does the Convention on the Rights of the Child Impose an Obligation on States to Allow Gay and Lesbian Couples to Adopt?* 23 *Int'l J.L. Pol'y & Fam.* 110, 115 (2009); Shreya Atrey, *Continuing to Meet the Parents, Through the International Law Route*, 12 *J.L. & Soc. Challenges* 1, 4 (2010) (citando a David L. Chambers y Nancy D. Polikoff, *Family Law and Gay and Lesbian Family Issues in the Twentieth Century*, 33 *Fam. L.Q.* 523, 539 (1999)).

estilos de crianza, y comparten experiencias similares a las de los padres heterosexuales.²⁰¹

Aunque existe poca investigación específica respecto de los padres gay, la investigación que se ha hecho claramente demuestra que no hay diferencias significativas en las habilidades paternales entre padres homosexuales y padres heterosexuales.²⁰² Realizando un resumen de la investigación existente, la American Psychological Association declaró que:

[n]o hay base científica para la conclusión de que las madres lesbianas o padres gays no son padres aptos sobre la base de su orientación sexual . . . Por el contrario, los resultados de la investigación sugieren que los padres gays y madres lesbianas son más propensos que los heterosexuales a proporcionar un ambiente sano y de apoyo para sus hijos . . . En general, los resultados de la investigación sugieren que el desarrollo, adaptación y bienestar de los niños con padres gays y madres lesbianas no difieren notablemente del de los niños con padres heterosexuales.²⁰³

²⁰¹ Farr, *et al.*, *supra* en nota 172; Henny M.W. Bos, *et al.*, *Experience of Parenthood, Couple Relationship, Social Support, and Child-Rearing Goals in Planned Lesbian Mother Families*, 45 *J. of Child Psychol. & Psychiatry* 755, 759 (2004); véase también Carlos A. Ball, *The Morality of Gay Rights: An Exploration in Political Philosophy* 158 (“La literatura de las ciencias sociales indica que las lesbianas y los gays como grupo cumplen con sus responsabilidades hacia sus hijos tan bien y tan completamente como lo hacen los padres heterosexuales”); véase también Charlotte J. Patterson y Jennifer L. Wainright, *Adolescents with Same-Sex Parents: Findings from the National Longitudinal Study of Adolescent Health*, en *Lesbian and Gay Adoption: A New American Reality* (Brodzinsky, *et al.*, eds., Oxford Univ. Press 2007); Courtney G. Joslin, *Travel Insurance: Protecting Lesbian and Gay Parent Families Across State Lines*, 4 *Harv. L. & Pol’y Rev.* 31, 46 (2010); The Evan B. Donaldson Adoption Institute, *Expanding Resources for Waiting Children II: Eliminating Legal and Practice Barriers to Gay and Lesbian Adoption from Foster Care*, 44 (2008), http://www.adoptioninstitute.org/publications/2008_09_Expanding_Resources_Legal.pdf; Tobin y McNair, *supra* en nota 200, en 115-16.

²⁰² Jerry J. Bigner y R. Brooke Jacobsen, *Adult Responses to Child Behavior and Attitudes Toward Fathering: Gay and Nongay Fathers*, 23 *J. of Homosexuality* 99, 101-02 (1992).

²⁰³ William Meezan y Jonathan Rauch, *Gay Marriage, Same-Sex Parenting, and America’s Children*, 15 *The Future of Children* J. 97, 102 (2005). Otras organizaciones profesionales de toda Norteamérica y otras partes del mundo, que incluyen, por ejemplo, la American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, la American Academy of Family Physicians, la American Academy of Pediatrics, la American Bar Association, la American Medical Association, la American Psychiatric Association, la American Psychoanalytic Association, la American Psychological Association, la Child Welfare League of America, el National Adoption Center, la National Association of Social Workers, el North American Council on Adoptable Children, la Voices for Adoption, la Australian Medical Association, y la Victorian Law Reform Commission, han hecho declaraciones similares en apoyo de los derechos de los padres gays y madres lesbianas, donde debaten la investigación en las ciencias sociales y explican que no hay diferencia entre la crianza de los hijos de padres gays y madres lesbianas y de padres heterosexuales.

No hay diferencia sustancial entre los padres gays y madres lesbianas y padres heterosexuales en lo que respecta a la salud mental y la actitud hacia la crianza de los hijos.²⁰⁴ Estudios recientes han indicado que las parejas de gays y lesbianas tienen capacidades de paternidad y maternidad, son conscientes de las habilidades necesarias para una crianza efectiva, y son superiores en su capacidad para identificar los temas críticos en situaciones de cuidado de niños, y para formular rápidamente soluciones apropiadas para los problemas identificados.²⁰⁵ La investigación sobre madres lesbianas y madres heterosexuales revela similitudes en términos de bienestar psicológico, autoestima, estrés de los padres, y actitudes hacia la crianza de los hijos.²⁰⁶ Del mismo modo, se encontró que los padres gay tenían una alta autoestima y se evaluaban a sí mismos de manera positiva en términos de sus roles paternales.²⁰⁷ Además, la investigación refuta la noción de que las madres lesbianas no están tan orientadas a los niños o no son tan maternales como las madres heterosexuales y revela, al contrario, que las madres lesbianas apoyan totalmente las actitudes centradas en sus hijos, comprometiéndose con su rol materno, y se describen a sí mismas de manera similar a las madres heterosexuales en cuanto a sus intereses maternos, estilos de vida y prácticas de crianza.²⁰⁸

²⁰⁴ Joslin, *supra* en nota 201, en 46 (citando a Perrin & Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, *supra* en nota 181, en 342); véase también Charlotte J. Patterson, *Lesbian and Gay Parents and Their Children: A Social Science Perspective*, en *Contemporary Perspectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities: The Nebraska Symposium on Motivation* (Springer 2009).

²⁰⁵ Susan L. Pollet, *Breaking Up is Hard[er] to Do*, 83 N.Y. State Bar J. 10, 12 (2011) (citando a Monica K. Miller y Brian H. Borenstein, *Determining the Rights and Responsibilities of Lesbian Parents*, *Monitor on Psychol.*, nov. de 2005, en 85, disponible en <http://www.apa.org/monitor/nov05/jn.aspx>); David K. Flaks, *et al.*, *Lesbians Choosing Motherhood: A Comparative Study of Lesbian and Heterosexual Parents and Their Children*, 31 *Dev. Psychology* 105 (1995); véase también Bigner y Jacobsen, *supra* en nota 202, en 109.

²⁰⁶ Perrin & Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, *supra* en nota 181 (afirma que existen pocas diferencias en dos décadas de investigación comparando la autoestima, la adaptación psicológica y las actitudes hacia la crianza de los hijos de las madres lesbianas); véase también Patterson, *supra* en nota 204.

²⁰⁷ Kim Bergman, *Gay Men Who Become Fathers via Surrogacy: The Transition to Parenthood*, *J. of GLBT Fam. Studies* 111, 114 (2010).

²⁰⁸ Cheryl A. Parks, *Lesbian Parenthood: A Review of the Literature*, 68 *Am. J. Orthopsychiatry* 376 (1998); Susan Golombok *et al.*, *Children with Lesbian Parents: A Community Study*, 39 *Developmental Psychol.* 20 (2003); Perrin & Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health *supra* en nota 181, en 342; James G. Pawelski, *et al.*, *The Effects of Marriage, Civil Union, and Domestic Partnership Laws on the Health and Well-Being of Children*, 118 *Pediatrics* 349, 359 (2006).

La investigación también sugiere que las parejas de gays y lesbianas crean ambientes hogareños que son beneficiosos para la crianza de los hijos. Por ejemplo, los padres gays y madres lesbianas tienden a no usar castigos corporales en sus hijos y no tienen conflictos frecuentes con sus hijos.²⁰⁹ El hecho de crecer en hogares donde los padres muestran menor demostración de poder se ha asociado con un desarrollo psicológico más saludable para los niños.²¹⁰ Dado que las parejas de gays y lesbianas tienden a dividir las actividades del hogar y el cuidado de los niños por igual, hay una división más equitativa de las responsabilidades del hogar.²¹¹ Las investigaciones han demostrado que los niños se benefician de tal división equitativa del trabajo en el hogar:

[U]no de los puntos fuertes principales señalados por madres lesbianas es el predominio de copaternidad igualitaria y de ayuda mutua, y de relaciones de pareja positivas, lo que muestra que dos madres cubren toda la gama de roles paternos que necesitan sus hijos, y lo hacen de una manera flexible... Estos hallazgos son importantes, ya que una paternidad compartida y constante tiene efectos positivos en los resultados de la crianza del niño.²¹²

Además, los padres gays y madres lesbianas demuestran un alto nivel de interacción y relación emocional con sus hijos.²¹³ En particular, los estudios demuestran que las madres lesbianas logran significativamente más puntos en cuanto al apoyo presente y el respeto por la autonomía del niño, y dedican más tiempo al cuidado de los niños y menos tiempo en el empleo.²¹⁴

²⁰⁹ Meezan y Rauch, *supra* en nota 203, en 105; Gartrell y Bos, *supra* en nota 167, en 7; Golombok, *et al.*, *supra* en nota 208; Bigner y Jacobsen, *supra* en nota 202, en 109.

²¹⁰ Gartrell y Bos, *supra* en nota 167, en 7.

²¹¹ Bos, *et. al.*, *supra* en nota 201, en 762; Bergman, *supra* en nota 207, en 114.

²¹² Louise Chang, *Study: Same-Sex Parents Raise Well-Adjusted Kids*, 2005, *disponible en* <http://www.webmd.com/mental-health/news/20051012/study-same-sex-parents-raise-well-adjusted-kids>; Tobin y McNair, *supra* en nota 200, en 123.

²¹³ Brewaeys, *et al.*, *supra* en nota 178, en 1356; véase también Bigner y Jacobsen, *supra* en nota 202, en 101.

²¹⁴ Henny Bos, *Child Adjustment and Parenting in Planned Lesbian-Parent Families*, 77 *Am. J. of Orthopsychiatry* 38, 42-45 (2007).

La investigación por lo tanto deja en claro que las habilidades de los padres gays y madres lesbianas son iguales a las de los padres heterosexuales en términos de capacidad de criar hijos en un ambiente sano y feliz.

5. La orientación sexual es irrelevante para la formación y la importancia de los vínculos afectivos de los niños.

Casi treinta años de investigación confirman que (1) cuando dos adultos participan en la crianza de un niño, el niño generalmente desarrolla vínculos significativos de apego con *ambos* padres, (2) estos vínculos se forman independientemente de la orientación sexual de sus padres, y (3) romper este vínculo de apego entre padres e hijos puede ser devastador para el niño. Por tanto, el interés superior del niño es imponer sentencias de custodia, visitas y manutención que preserven las relaciones de los niños con sus padres funcionales, independientemente de su orientación sexual.

Décadas de investigación en desarrollo infantil demuestran inequívocamente que los niños forman vínculos importantes de apego con las figuras paternas y que estos vínculos se fortalecen y se desarrollan a medida que los niños crecen.²¹⁵ Los vínculos de apego son una “filiación recíproca, duradera, física y emocional entre el niño y su cuidador”, y constituyen las relaciones más importantes en la vida del niño.²¹⁶ Los bebés que reciben atención sensible y receptiva de sus familiares adultos al comer, estar, hablar, jugar, relajarse, y la proximidad de esos adultos en general desarrollan un apego seguro con ellos.²¹⁷ Estos vínculos promueven el bienestar emocional, la competencia social y la resistencia ante la adversidad, lo que proporciona

²¹⁵ Véase, p. ej., John Bowlby, *Attachment* 177, 265-68 (2d ed. 1982); Melvin Konner, *Childhood* 84-87 (1991).

²¹⁶ Beverly James, *Handbook for Treatment of Attachment-Trauma Problems in Children* 2 (1994); Mary D. Ainsworth, et al., *Patterns of Attachment: A Psychological Study of the Strange Situation* 20-21 (1978).

²¹⁷ Joan B. Kelly y Michael E. Lamb, *Using Child Development Research to Make Appropriate Custody and Access Decisions for Young Children*, 38 *Fam. & Conciliation Courts Review* 298 (2000).

un marco para la adaptación a las experiencias de la vida.²¹⁸ Los estudios han demostrado que la seguridad del apego en la infancia predice fuertemente las características de autonomía, relacionamiento efectivo entre pares y las relaciones positivas con los profesores en la enseñanza preescolar.²¹⁹ En contraste, los niños sin apegos seguros “no sólo eran significativamente menos competentes en todos estos aspectos, sino que también mostraron patrones distintivos de una mala adaptación”.²²⁰ Por lo tanto, para los lactantes y niños pequeños, las relaciones de apego son los principales factores que determinan el desarrollo del cerebro durante su período de máximo crecimiento.²²¹

La investigación muestra de forma constante que la orientación sexual de los padres es irrelevante para la formación y la importancia de los lazos de apego de los niños, y que tienen la misma probabilidad de formar lazos estrechos con padres gays y madres lesbianas que con padres heterosexuales.²²² Cuando ambos padres del mismo sexo participan en la crianza del niño, por ejemplo, el niño va a formar una relación de apego significativa con cada padre. Una evaluación clínica de los hijos en edad preescolar de parejas lesbianas determinó que cuando

²¹⁸ Daniel Siegel, *The Developing Mind, How Relationships and the Brain Interact to Shape Who We Are* 84-87 (1999).

²¹⁹ W. Andrew Collins y L. Alan Sroufe, *Capacity for Intimate Relationships: A Developmental Construction, in The Development of Romantic Relationships in Adolescence* 125-28 (Wyndol Furman, et al., eds., 1999).

²²⁰ *Id.*

²²¹ Siegel, *supra* en nota 218, en 85; véase también Nat'l Research Council e Inst. of Med., *From Neurons to Neighborhoods: The Science of Early Childhood Development* 226, 265 (Jack P. Shonkoff y Deborah A. Phillips eds., 2000) (“[L]o que aprenden los niños, cómo reaccionan a los acontecimientos y a las personas que los rodean, y lo que esperan de sí mismos y de los demás se ve profundamente afectado por sus relaciones” con sus cuidadores. Los vínculos seguros conducen “al desarrollo de la conciencia de sí mismos, la competencia social, la conciencia, el crecimiento y el equilibrio emocionales”).

²²² Véase Edward L. Schor, et al., *Family Pediatrics: Report of the Task Force on the Family*, 111, *Pediatrics*, 1541, 1550 (2003) (“[L]a investigación ha descubierto que la orientación sexual de los padres de por sí no tiene ningún efecto medible en la calidad de las relaciones entre padres e hijos”).; Brewaeys, et al., *supra* en nota 178, en 1354 (“[L]a calidad de la interacción entre padres e hijos [no] difiere significativamente entre la madre biológica y la madre [no biológica]”); Susanne Bennett, *Is There a Primary Mom? Parental Perceptions of Attachment Bond Hierarchies Within Lesbian Adoptive Families*, 20 *Child & Adolescent Social Work J.* 3, 166-68 (junio de 2003) (concluye que se forman vínculos de apego con las madres lesbianas y que la “calidad del cuidado fue el factor principal para establecer una jerarquía de unión”, y no la orientación sexual de las madres); Barbara M. McCandlish, *Against All Odds: Lesbian Mother Family Dynamics*, en *Gay and Lesbian Parents* 30-31 (Frederick W. Bozett, ed., 1987) (muestra que los hijos de parejas lesbianas crean lazos de apego con ambas madres).

ambas cuidan a un niño, éste crea lazos de apego con ambas madres.²²³ Además, los lazos entre un niño y un cuidador no dependen de las relaciones de sangre y no se limitan a un miembro de cada sexo.²²⁴

La nula importancia de la orientación sexual de los padres en la formación de vínculos afectivos ha sido reconocida por organizaciones profesionales, tales como la American Psychoanalytic Association, la cual emitió la siguiente declaración:

La evidencia acumulada sugiere que el interés superior del niño exige el apego a padres competentes, educativos y comprometidos. La evaluación, en un individuo o una pareja, de estas cualidades paternas se debe determinar sin perjuicio respecto de su orientación sexual. Las personas y parejas gays y lesbianas son capaces de satisfacer el interés superior del niño, y deberían tener los mismos derechos y aceptar las mismas responsabilidades que los padres heterosexuales.²²⁵

La investigación ha demostrado que es la naturaleza de estos vínculos de apego, y no la naturaleza de la estructura de la familia de un niño, lo más importante para predecir el desarrollo de un niño.²²⁶

La investigación también ha demostrado que la continuidad de estos vínculos de apego, en lugar de la distancia, es esencial para el desarrollo saludable de los niños y su bienestar general.²²⁷ De hecho, cuando la relación de apego de un niño con una persona que ha funcionado como padre se rompe, como por ejemplo cuando un tribunal emite una decisión de custodia quitando a los niños de la custodia de sus padres, el impacto psicológico puede ser

²²³ McCandlish, *supra* en nota 222, en 30-31.

²²⁴ D'Arcy L. Reinhard, *Recognition of Non-Biological, Non-Adoptive Parents in Arkansas, Florida, Mississippi, and Utah: A De Facto Parent Doctrine to Protect the Best Interests of the Child*, 13 J. Gender Race & Just. 441 (2010) (citando a Susan Dundas y Miriam Kaufman, *The Toronto Lesbian Family Study*, 40 J. Homosexuality 65, 75-76 (2000)). Por ejemplo, un estudio de los niños criados en un kibutz israelí, una población con una organización comunal, observó el apego entre un niño y su madre frente a un niño y su metapelet, una mujer cuidadora, y para la mayoría de los niños, la madre y la metapelet eran figuras de vínculos intercambiables. H. Rudolph Schaffer, *Making Decisions About Children* 77-78 (1990).

²²⁵ American Psychoanalytic Association Statement (2002), *disponible en* http://www.apsa.org/About_APsaA/Position_Statements/Gay_and_Lesbian_Parenting.aspx.

²²⁶ Farr, *et al.*, *supra* en nota 172.

²²⁷ Joseph Goldstein, *et al.*, *Beyond the Best Interests of the Child* 85 (2d ed. 1979)

traumático, ya que numerosos ejemplos empíricos “proporcionan una base sólida de investigación para la predicción de daños a largo plazo asociados con el apego de [relaciones] interrumpidas”.²²⁸ Esta angustia traumática se produce independientemente de si esa figura paterna es gay o lesbiana,²²⁹ o si hay una conexión biológica o adoptiva entre padres e hijos.²³⁰

Romper un vínculo de apego puede ser tan traumático como cambiar completamente el estilo en que los niños forman apegos, generando “apego inseguro o esquivo [en las relaciones futuras], interferencia con sus relaciones objetivas saludables, y reorganización de su comprensión cognitiva”.²³¹ La ruptura del vínculo de apego de un niño con una persona que ha funcionado como su padre o madre puede conducir a problemas de conducta en general, internalización de problemas, ansiedad, agresividad, problemas académicos e incremento de psicopatologías.²³² Otros problemas de conducta que pueden desarrollarse debido a la conexión interrumpida incluyen “ocultar o acumular los alimentos, comer en exceso . . . o beber . . . , cavilación, conductas repetitivas y de autoestimulación..., y trastornos del sueño”.²³³ Además, estas consecuencias nocivas de la ruptura de los apegos de un niño no pueden compensarse

²²⁸ Frank J. Dyer, *Termination of Parental Rights in Light of Attachment Theory: The Case of Kaylee*, 10 *Psicol. Pub. Pol’y & L.* 5, 11 (2004); H. Rudolph Schaffer, *Making Decisions about Children* 28, 35; James X. Bembry, *Therapeutic Termination with the Early Adolescent Who Has Experienced Multiple Losses*, 16 *Child & Adolescent Soc. Work J.* 3, 183 (1999).

²²⁹ Fiona L. Tasker y Susan Golombok, *Growing Up in a Lesbian Family: Effects on Child Development* 12 (1997) (muestra que el cese del vínculo madre-hijo entre un niño y su madre psicológica lesbiana “puede causar [al niño] angustia extrema”).

²³⁰ Véase, p. ej., Yvon Gauthier, *et al.*, *Clinical Application of Attachment Theory in Permanency Planning for Children in Foster Care: The Importance of Continuity of Care*, 25 *Infant Mental Health J.* 379, 394 (2004) (explica que los niños sufren mucho cuando se separan de las figuras paternas no biológicas).

²³¹ William F. Hodges, *Interventions for Children of Divorce: Custody, Access, and Psychotherapy* 8-9 (2d ed. 1991)

²³² Dyer, *supra* en nota 228, en 10; Ana H. Marty, *et al.*, *Supporting Secure Parent-Child Attachments: The Role of the Non-Parental Caregiver*, 175 *Early Child Development & Care* 271, 274 (2005); James G. Byrne, *et al.*, *Practitioner Review: The Contribution of Attachment Theory to Child Custody Assessments*, 46 *J. Child Psychol. & Psychiatry* 115, 118 (2005).

²³³ Mark Simms, *et al.*, *Health Care Needs of Children in the Foster Care System*, 106 *Pediatrics* 909, 912 (2000).

completamente con la formación de apegos nuevos.²³⁴ Como resultado, debe evitarse cortar un vínculo de apego, dadas las graves consecuencias que esa acción tiene sobre el niño.

Por lo tanto, la investigación muestra que los procesos de familia, como la calidad de la crianza y el apego, en lugar de la orientación sexual, son lo más importante para predecir el desarrollo del niño. Las investigaciones demuestran claramente que los niños forman lazos de apego con las figuras paternas que son importantes para su desarrollo psicológico normal, que estos vínculos se forman independientemente de la orientación sexual de la figura paterna, y que la ruptura de estos vínculos puede causar consecuencias psicológicas traumáticas para los niños. Por lo tanto, es en el interés superior del niño que los tribunales dicten decisiones de custodia que mantengan relaciones de vínculo saludables, independientemente de la orientación sexual de las figuras paternas.

D. La consideración de la orientación sexual en las determinaciones de custodia es discriminatoria.

Como se mencionó anteriormente, las conclusiones de la Comisión están de acuerdo en que la Corte Suprema de Chile basó su decisión de negar la custodia a la Jueza Atala en una parcialidad indebida, en prejuicios y en estereotipos equivocados. La toma de decisiones de custodia basada en daños percibidos refuerza los estereotipos despectivos y los prejuicios homofóbicos. De hecho, las decisiones discriminatorias sobre esta base, probablemente fomenten que los padres gays y madres lesbianas oculten su orientación sexual para mantener la custodia, la cual puede tener un efecto perjudicial en los niños. Los estudios muestran que las relaciones paternales más saludables para los niños de familias de gays y lesbianas son aquellas en las que los padres pueden ser abiertos sobre su orientación sexual.²³⁵ Un estudio sobre niños

²³⁴ Dyer, *supra* en nota 228.

²³⁵ D.L. Hawley, *Custody and Visitation of Children by Gay and Lesbian Parents*, 64 Am. Jur. Proof of Facts 3d 403, § 7 (2005) (“[C]uanto más abierta y relajada era una madre lesbiana sobre su orientación sexual, más la

criados por padres gays y madres lesbianas en México llegó a esta misma conclusión, al comprobar que si los padres se sienten cómodos con su orientación sexual, los niños se benefician, ya que no se sienten avergonzados de esto.²³⁶ La preferencia de un tribunal de que los padres gays y madres lesbianas sean “discretos” está “en contra de cualquier interés en el bienestar de [los] niños”, ya que favorece “el aislamiento de los padres gays y madres lesbianas, separándolos de sus más importantes fuentes de apoyo”, lo que “asegura el aislamiento de los niños”.²³⁷

En un contexto análogo, Corte Suprema de los Estados Unidos se negó a tratar los prejuicios sociales y la condena potencial resultante del matrimonio interracial de una madre al negarle la custodia.²³⁸ La Corte Suprema explicó que aunque la Constitución de Estados Unidos “no puede controlar esos prejuicios[,] tampoco los puede tolerar. Las parcialidades particulares pueden estar fuera del alcance de la ley, pero la ley no puede, directa o indirectamente, permitir su aplicación”.²³⁹

Un número creciente de tribunales está reconociendo que “es inadmisibles basarse en un estigma social, real o imaginario”, asociado a los padres gays y madres lesbianas para negarles la custodia.²⁴⁰ Reconocen que lo más importante es “que en el contexto de una relación de amor y de apoyo, no hay razón para pensar que [los niños] no podrán soportar las angustias que puedan

aceptaba el niño. Cuanto más realista y comprensiva era la madre lesbiana sobre las cuestiones y los problemas potenciales de ser lesbiana, más exitosa era la adaptación de los niños”).

²³⁶ Gabriela Granados, *Las Otras Familias*, Milenio, 17 de noviembre de 2003, en 62 (presenta el estudio de las familias de gays y lesbianas en México).

²³⁷ Julie Shapiro, *Custody and Conduct: How the Law Fails Lesbians and Gay Parents and Their Children*, 71 Ind. L.J. 623, 647-49 (1996).

²³⁸ Véase *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984) (la parcialidad privada fue una consideración inconstitucional para quitar a la madre natural la custodia de su hijo lactante a causa de su nuevo matrimonio con una persona de otra raza).

²³⁹ *Id.* en 433.

²⁴⁰ *S.N.E.*, 699 P.2d en 879; véase también *Blew v. Verta*, 617 A.2d 31, 35 (Pa. Super. Ct. 1992) (“¿Restringiría un tribunal la custodia de los padres con discapacidad porque *otras personas* hicieran comentarios... que avergonzaran, confundieran o enfurecieran a los niños? Creemos que no”); *Conkel v. Conkel*, 509 N.E.2d 983, 987 (Ohio Ct. App. 1987) (“El tribunal no puede tener en cuenta la impopularidad de los homosexuales en la sociedad, ya que su deber es el de facilitar y proteger una relación fundamental padre-hijo”).

producirse por la desaprobación de sus [padres] por parte de la comunidad”.²⁴¹ Hace treinta años, un tribunal que le concedió la custodia a una madre lesbiana resumió:

[P]uede ser que debido a que la comunidad es intolerante con las diferencias de [la madre], estas niñas a veces tengan que soportar situaciones con más entereza que lo habitual. Pero esto no significa necesariamente que su bienestar moral o su seguridad estarán en peligro. Es igual de razonable esperar que estén mejor preparadas para buscar sus propios estándares de lo que es correcto e incorrecto, más capaces de percibir que la mayoría no siempre tiene razón en su juicio moral, y más capaces de comprender la importancia de construir su creencias según las exigencias de la razón y el conocimiento probado, en lugar de a las limitaciones de los sentimientos populares y los prejuicios actuales.

Se puede separar a los niños de [su madre] sólo a costa de sacrificar aquellas cualidades que serán de mayor importancia para hacer frente a los inevitables retos futuros. En lugar de la tolerancia y los sentimientos de protección, se fomentará en ellos la sensación de vergüenza por su madre. En lugar de coraje y del precepto de que las personas de integridad no se encogen ante los fanáticos, se recomienda la opción fácil de eludir los problemas difíciles y seguir el curso de la conveniencia. Por último, disminuye su consideración por la regla de la conducta humana, aceptada en todas partes, de no abandonar a aquellos con los que estamos unidos por el amor y la educación, por el mero hecho de que los demás no los estiman.²⁴²

De hecho, los tribunales atienden el interés superior de los niños cuando “reconocen la realidad de su vida, sin importar lo inusual o complejo”.²⁴³

IV. CONCLUSIÓN

El peso de la autoridad internacional deja en claro que la discriminación por motivos de orientación sexual viola los derechos humanos protegidos. La investigación empírica demuestra que los padres gays y madres lesbianas pueden y deben brindar el mismo amor y seguridad a sus hijos que el proporcionado por padres heterosexuales. Por esto, no hay justificación para que los tribunales consideren la orientación sexual de los padres al momento de determinar la custodia.

²⁴¹ *M.P. v. S.P.*, 404 A.2d 1256, 1262 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1979).

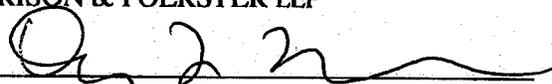
²⁴² *M.P.*, 404 A.2d en 1263.

²⁴³ *Blew*, 617 A.2d en 36.

El permitir esta consideración viola los derechos individuales protegidos por la Convención y fomenta, en lugar de erradicarla, la discriminación contra lesbianas y gays en los Estados miembros. Por las razones expuestas, Amici solicita respetuosamente que la Corte conceda la reparación recomendada por la Comisión.

Fecha: 8 de septiembre de 2011

MORRISON & FOERSTER LLP

Por: 

Dorothy L. Fernandez

Justin D. Hoogs

Megan C. Kiefer

Morrison & Foerster LLP

425 Market Street

San Francisco, California 94105

Rachel M. Wertheimer

Erin I. Herlihy

Morrison & Foerster LLP

1290 Avenue of the Americas

New York, New York 10104

CLÍNICA INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES,
FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE LA CIUDAD DE NUEVA
YORK

Por: 

Lisa Davis

Profesor Clínico de Derecho

Bradley Parker

Clínica Fellow

Mona Patel

Natasha Bannan

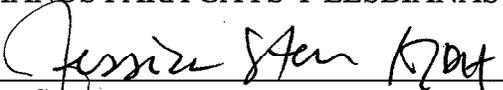
J. Kirby

Pasantes legales

Clínica Internacional de los Derechos Humanos de
las Mujeres (International Women's Human Rights
Clinic)

Facultad de Derecho de la Universidad de la Ciudad
de Nueva York (City University of New York
School of Law)
65-21 Main Street
Flushing, New York 11367

COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS
HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS

Por: 

Jessica Stern

Comisión Internacional de Derechos Humanos para
Gays y Lesbianas (International Gay and Lesbian
Human Rights Commission)
80 Maiden Lane, Suite 1505
New York, New York 10038

Abogados y abogados defensores de Amici Curiae