

## LA FAMILIA EN EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL INTERCONTINENTAL

*Fernando Sosa Pastrana*

Desde su surgimiento, como respuesta a las atrocidades perpetradas durante la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional de los derechos humanos ha seguido una vía de constante expansión, acogiendo dentro de su esfera de protección un catálogo cada vez más amplio de derechos que, tradicionalmente, habían sido prerrogativa exclusiva de los derechos constitucionales u ordinarios de sus naciones integrantes.

Una de las áreas en donde esta expansión ha sido más rápida y más evidente es indudablemente en el derecho de familia, concebido, al menos desde los grandes códigos del siglo XIX, como una cuestión enteramente encapsulada dentro del derecho privado, ajeno al devenir estatal y a los catálogos de derechos prevalentes en las constituciones decimonónicas, y que hoy, sin embargo, se encuentra en el epicentro de muchos de los debates más trascendentes del derecho constitucional e internacional contemporáneos.

En el presente artículo, realizaremos un breve bosquejo comparativo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que si bien no son los únicos dos exponentes de esta tendencia surgida a mediados del siglo anterior, sí constituyen sus representantes más destacables.

La finalidad de la siguiente exposición, además de dar a conocer la jurisprudencia de estos dos tribunales, es también el permitir al lector adentrarse en las particularidades bajo las cuales opera cada uno de ellos, resaltando las semejanzas y las distinciones entre sus distintos enfoques. Para ello, hemos seleccionado cinco rubros específicos del derecho de familia respecto de los cuales ambos tribunales han emitido pronunciamientos sustanciales. Aunque las particularidades de cada caso, así como la metodología y conclusiones de ambos sistemas difieren considerablemente en algunos casos, consideramos que este estudio comparativo nos permitirá ilustrar con claridad el fenómeno que en años recientes se ha venido a denominar el “diálogo jurisprudencial”, un proceso constante de aprendizaje e intercambio de ideas entre dos sistemas jurídicos con tradiciones y contextos distintos, sin estar unidos por una relación de jerarquía, pero dispuestos a aprender uno del otro.

## ***I. Matrimonio***

Durante siglos, al menos dentro de la tradición jurídica occidental, el matrimonio estuvo definido y regulado bajo una perspectiva eminentemente heterosexual. Aunque, como señala Barbara Stark, se trataba de “una institución cuya finalidad fundamental era la de conectar a las familias de los novios, [cuyo] arreglo consistía esencialmente en un intercambio de propiedad (generalmente de la familia de la novia a la de su esposo, en la forma de dote), y la formación de alianzas,”<sup>1</sup> la procreación constituía un elemento central de la institución; era a través de ella que se manifestaba la unión entre los dos linajes, y, aunado a las reglas sucesorias prevalentes, se garantizaba la continuidad de un grupo familiar.

Sin embargo, la visión comenzó a cambiar rápidamente durante el siglo XX. En primer lugar, la relajación tanto de las restricciones legales como de las actitudes sociales frente al divorcio, así como la popularización y normalización de modelos alternativos de familia, articulados al margen de la visión tradicional que, hasta el momento, había consagrado al matrimonio como su eje central, hizo patente la necesidad de flexibilizar las reglas que regían a estas instituciones.

Así las cosas, el reconocimiento de uniones domésticas entre personas del mismo sexo, primero a través de instituciones paralelas al matrimonio y posteriormente dentro de esta última institución, abrieron la puerta a una visión más inclusiva del concepto de familia.

Sin embargo, este proceso no ocurrió de manera uniforme a lo largo del mundo, y mientras que en algunos Estados esto tuvo lugar a través de la vía legislativa, en muchos otros fue necesaria la intervención judicial, ya sea nacional —a través del derecho constitucional— o internacional —a través del derecho internacional de los derechos humanos.

Las sentencias que se analizan a continuación ejemplifican de manera clara la forma en que este problema específico fue abordado por los sistemas de protección de derechos humanos de Europa y América Latina, respectivamente.

### *Schalk and Kopf vs. Austria (2010)*

---

<sup>1</sup> STARK, Barbara; *International Family Law: An Introduction*, Ashgate, Burlington, EE.UU., 2005, p. 13.

En este caso, una pareja del mismo sexo en Austria solicitó permiso para contraer matrimonio en 2002. La legislación nacional limitaba el matrimonio a parejas de sexo opuesto, por lo que su solicitud fue rechazada. Tras apelar al Tribunal Constitucional, se determinó que ni la Constitución de Austria ni el Convenio Europeo exigían extender el concepto de matrimonio a parejas del mismo sexo, y que la protección de las relaciones entre personas del mismo sexo no implicaba la obligación de modificar la legislación matrimonial.<sup>2</sup>

El Tribunal analizó si el derecho al matrimonio, según el artículo 12 del Convenio, podía extenderse a parejas del mismo sexo. Aunque solo seis países del Consejo de Europa permitían tales matrimonios, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no limitaba el derecho a casarse a personas de sexo opuesto, sugiriendo que no debía interpretarse de manera restrictiva. No obstante, la Carta dejaba en manos de los Estados la regulación de estas uniones. El Tribunal concluyó que las autoridades nacionales, debido a las profundas connotaciones sociales y culturales del matrimonio, estaban mejor posicionadas para decidir sobre esta cuestión, y que el artículo 12 no imponía al Estado la obligación de abrir la institución a parejas del mismo sexo.<sup>3</sup>

En cuanto al artículo 14 en relación con el artículo 8, el Tribunal reconoció la evolución en la percepción social respecto de las parejas del mismo sexo en Europa, admitiendo que estas parejas pueden disfrutar de la "vida familiar" de manera similar a las heterosexuales. Sin embargo, subrayó que, dado que el artículo 12 no obligaba a permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, no podía derivarse tal obligación de la combinación de estos artículos.<sup>4</sup>

El Tribunal también evaluó si Austria debía haber proporcionado un mecanismo legal para reconocer las uniones del mismo sexo antes de la Ley de Parejas Registradas de 2010. Aunque reconoció una tendencia hacia el reconocimiento de estas uniones, afirmó que este ámbito sigue en evolución y que los Estados tienen un margen de apreciación en cuanto al momento de introducir reformas. Por ello, no se podía reprochar a Austria por no implementar la ley antes de 2010. Las diferencias entre parejas registradas y matrimonios, especialmente en cuanto a la patria potestad, reflejaban una

---

<sup>2</sup> ECHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, 2010, párrs. 7-12.

<sup>3</sup> *Ibid.* párrs. 42-44.

<sup>4</sup> *Ibid.* párrs. 79-81.

tendencia en otros Estados europeos, y, dado que los demandantes no alegaron haber sido afectados directamente, el Tribunal no profundizó en estas diferencias.<sup>5</sup>

El Tribunal concluyó que no hubo violación del artículo 12 (por unanimidad) ni del artículo 14 en relación con el artículo 8 (cuatro votos contra tres).

#### *Opinión Consultiva OC-24/17 (2017)*

La Opinión Consultiva OC 24/17, emitida el 24 de noviembre de 2017 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a solicitud de Costa Rica, interpretó los artículos 11.24, 18, 24 y 246 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este pronunciamiento abordó el reconocimiento del cambio de nombre según la identidad de género y los derechos patrimoniales derivados de las uniones entre personas del mismo sexo. La consulta fue presentada en mayo de 2016 por el gobierno costarricense, buscando aclarar si el Pacto de San José protegía estos derechos y si la legislación costarricense ofrecía un procedimiento adecuado para el cambio de nombre conforme a la identidad de género.<sup>6</sup>

En esta Opinión Consultiva OC 24/17, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una serie de decisiones fundamentales respecto a los derechos de identidad de género y las parejas del mismo sexo, abordando aspectos clave de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte abordó los derechos de las parejas del mismo sexo, afirmando que la Convención protege los vínculos familiares derivados de estas relaciones, en virtud del derecho a la vida privada y familiar, así como la protección de la familia. En consecuencia, los Estados tienen la obligación de reconocer y garantizar todos los derechos asociados a las familias conformadas por parejas del mismo sexo, asegurando igualdad de trato con las parejas heterosexuales. Este reconocimiento incluye el acceso al matrimonio y otras figuras legales ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, eliminando cualquier forma de discriminación. Esta posición fue adoptada mayoritariamente por la Corte, con seis votos a favor y uno en contra, mostrando un apoyo significativo, aunque no unánime. La

---

<sup>5</sup> *Ibid.* párrs. 103-107.

<sup>6</sup> CORTE IDH. *Opinión Consultiva Oc-24/17 De 24 de noviembre De 2017 solicitada por la República de Costa Rica*, Serie A No. 24, párr. 1.

Corte subrayó la importancia de que los Estados adapten sus legislaciones para proteger de manera efectiva los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.<sup>7</sup> (P 172 – 177)

\* \* \*

Como puede apreciarse de los párrafos anteriores, ambas cortes reconocen la evolución de la percepción social sobre las parejas del mismo sexo y los derechos derivados de las uniones homosexuales, pero divergen en su interpretación y alcance. En *Schalk*, el TEDH concluyó que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no imponía a los Estados la obligación de extender el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo. La decisión se basó en el margen de apreciación, permitiendo a los Estados regular el matrimonio debido a las profundas connotaciones culturales y sociales. El Tribunal reconoció la posibilidad de reconocer legalmente las relaciones del mismo sexo, pero no vio una obligación bajo el artículo 12 del Convenio Europeo.

Por otro lado, la Opinión Consultiva OC-24/17 de la CIDH adoptó un enfoque más proactivo en cuanto a los derechos de las personas LGBTQ+. La CoIDH sostuvo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos requiere que los Estados reconozcan los derechos de las parejas del mismo sexo, incluyendo el acceso al matrimonio y otros derechos legales, eliminando toda forma de discriminación. Asimismo, estableció que los Estados deben permitir el cambio de nombre conforme a la identidad de género sin requisitos médicos o psicológicos.

Mientras el TEDH permitió a los Estados mantener sus regulaciones tradicionales sobre el matrimonio, la CoIDH reconoce un deber de los Estados de modificar sus legislaciones para garantizar la igualdad de derechos a las parejas del mismo sexo y las personas transgénero. La diferencia clave radica en la extensión del margen de apreciación de los Estados en la interpretación de derechos fundamentales: el TEDH adopta — como es habitual en su metodología— un enfoque más conservador, dejando espacio para la variabilidad normativa, mientras que la CoIDH promueve una

---

<sup>7</sup> *Ibid.* párrs. 172-177.

interpretación mucho más expansiva, negando la posibilidad de un margen de apreciación nacional.

## **II. Derechos reproductivos**

Al mismo tiempo que la visión tradicional de familia sufría importantes transformaciones durante la segunda mitad del siglo XX —y quizá por las mismas razones—, la noción de filiación, que durante toda la historia de la humanidad había estado ineludiblemente vinculada con el proceso biológico de reproducción (con la notoria excepción de instituciones como la adopción), también experimentó una revolución sin precedentes.

Los avances en medicina reproductiva, comenzando con la invención de la píldora anticonceptiva y seguido por el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, abrieron la puerta a un nuevo universo de posibilidades en materia de filiación y planificación familiar. Las familias, por primera ocasión en la historia de la humanidad, eran capaces de tomar decisiones precisas sobre el número de hijos que iban a procrear.

Esta nueva realidad no tardó en hacerse patente en el panorama jurídico, como lo ilustra la inclusión de la planificación familiar como un derecho humano en diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, junto con esta nueva plétora de posibilidades vino también un número importante de problemas sin precedente. Las instituciones jurídicas en materia familiar, inalteradas por siglos, debieron adaptarse a esta nueva transformación vertiginosa, lo cual no siempre ocurrió en un contexto de consenso y parsimonia, como lo muestran las dos resoluciones que comentaremos a continuación.

### *Costa and Pavan v. Italia (2012)*

Tras el nacimiento de su primer hijo, los demandantes, Costa y Pavan, descubrieron que eran portadores de fibrosis quística, una enfermedad genética. Su hijo nació con la enfermedad, y una prueba prenatal confirmó que su segundo hijo también la padecía. Decidieron interrumpir el embarazo por razones médicas.

Los demandantes quisieron recurrir a las técnicas de reproducción asistida (TRA) y al diagnóstico genético preimplantacional (DGP) para seleccionar un embrión no afectado por la enfermedad. Sin embargo, según la legislación italiana, no tenían derecho a acceder a dichas técnicas. Las

TRA sólo estaban disponibles para parejas estériles o infértiles, así como para parejas en las que el hombre padeciera una enfermedad transmisible sexualmente que pudieran contraer la mujer o el feto. Había una prohibición general del DGP. Los demandantes alegaron que el hecho de no tener acceso a estas técnicas vulneraba su derecho al respeto de su vida privada y familiar en virtud del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.<sup>8</sup>

El Tribunal consideró que se había violado el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar en virtud del artículo 8 del Convenio. El Tribunal razonó que la “vida privada” protegida por el artículo 8 del Convenio es un concepto amplio que incluye, entre otras cosas, el derecho al respeto de la decisión de ser o no ser padre, así como el derecho al respeto de la decisión de ser padres genéticos. El Tribunal concluyó que la disposición se extiende al derecho a utilizar técnicas de fecundación in vitro, incluidas las TRA y el DGP. Dado el alcance del artículo 8, el Tribunal sostuvo que las restricciones impuestas por la legislación italiana equivalían a una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar.<sup>9</sup>

El tribunal se mostró escéptico frente a la justificación del gobierno italiano para la interferencia, que era proteger la salud del niño y de la madre. En primer lugar, el consideró que un niño no podía ser colocado en la misma categoría que un embrión; por tanto, un niño no se vería afectado por la fecundación in vitro. En segundo lugar, la legislación italiana permitía a las mujeres abortar un feto por razones médicas, a pesar de que este último se encuentra en una etapa de desarrollo posterior a la de un embrión. La legalidad de optar por un aborto por motivos médicos se consideró incoherente con las leyes que restringen el uso de la fecundación in vitro para seleccionar un embrión no afectado por una enfermedad genética. Dada esta incoherencia de la legislación italiana, el Tribunal concluyó que la injerencia del Estado en el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada y familiar era desproporcionada.<sup>10</sup>

*Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica (2012)*

---

<sup>8</sup> ECHR, *Case of Costa and Pavan v. Italy*, no. 54270/10, 2012, párrs. 7-12.

<sup>9</sup> *Ibid.* párrs. 52-60.

<sup>10</sup> *Ibid.* párrs. 63-71.

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la violación de derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a fundar una familia, y el derecho a la igualdad y no discriminación. Estas violaciones derivaron de la prohibición general de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro (FIV) en Costa Rica, vigente desde el año 2000, a raíz de una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que había declarado inconstitucional un decreto de 1995 que regulaba dicha técnica.<sup>11</sup>

Las víctimas del caso son 18 personas, entre ellas Grettel Artavia Murillo y su exesposo, Miguel Mejías, quienes enfrentaron serias dificultades económicas y emocionales al no poder acceder a la FIV en Costa Rica debido a la prohibición. La pareja había contraído deudas significativas en su intento por tratar la infertilidad a finales de los años 90, solo para ver sus esfuerzos frustrados cuando la técnica fue declarada ilegal en el país.<sup>12</sup>

La Corte determinó que la prohibición de la FIV violaba varios derechos protegidos, incluyendo el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir sobre la procreación mediante técnicas de reproducción asistida, el derecho a la salud sexual, y el derecho a los beneficios del progreso científico y tecnológico, además de violar el principio de no discriminación. En resumen, la Corte condenó a Costa Rica por las violaciones de derechos humanos resultantes de la prohibición de la FIV y ordenó medidas integrales para reparar el daño causado y prevenir futuras violaciones, garantizando el acceso a la reproducción asistida y la no discriminación en el ejercicio de los derechos reproductivos.<sup>13</sup>

En su sentencia, la Corte ordenó al Estado costarricense la adopción de diversas medidas de reparación, incluyendo el levantamiento inmediato de la prohibición de la fecundación in vitro y la implementación de regulaciones adecuadas para su práctica; la incorporación de la FIV en los programas de tratamiento de infertilidad del sistema de salud, garantizando su acceso sin discriminación; la provisión de atención psicológica gratuita a las víctimas durante un periodo de hasta cuatro años; y la creación de programas de

---

<sup>11</sup> CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de noviembre de 2012)*, Serie C No. 257, párrs. 68-70.

<sup>12</sup> *Ibid.* párrs. 85-88.

<sup>13</sup> *Ibid.* párrs. 143-147.



educación y capacitación en derechos humanos y reproductivos para los funcionarios judiciales.<sup>14</sup>

La Corte reafirmó la protección de los derechos reproductivos y la igualdad al ordenar a Costa Rica que elimine la prohibición de la fecundación in vitro (FIV) y garantice su acceso sin discriminación.<sup>15</sup>

\* \* \*

Las dos sentencias enfatizan la protección del derecho a la vida privada y familiar, así como el derecho a la autonomía reproductiva. En *Costa and Pavan*, el TEDH determinó que la prohibición italiana de acceso a técnicas de reproducción asistida y diagnóstico genético preimplantacional (DGP) para parejas que no son estériles violaba el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La argumentación del TEDH se basó en la incoherencia de la legislación italiana que permitía el aborto por razones médicas, pero prohibía el uso del DGP para evitar la transmisión de enfermedades genéticas graves, concluyendo que esta interferencia era desproporcionada y carecía de una justificación convincente.

Por su parte, la Corte IDH, en *Artavia Murillo*, abordó la prohibición total de la fecundación in vitro en Costa Rica, argumentando que dicha prohibición violaba múltiples derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluyendo el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal y el derecho a fundar una familia. La Corte subrayó que la prohibición absoluta de la FIV no solo restringía de manera desproporcionada el derecho a decidir sobre la procreación, sino que también discriminaba a las personas que padecían infertilidad, obligando a Costa Rica a levantar la prohibición y garantizar el acceso a la FIV sin discriminación.

Las diferencias en las decisiones reflejan las distintas interpretaciones de los derechos reproductivos en sus respectivos contextos. Mientras que el TEDH se centró en la proporcionalidad y coherencia de las restricciones legales impuestas por Italia, evaluando la intervención estatal en el marco del respeto a la vida privada, la Corte IDH adoptó un enfoque más amplio, condenando la prohibición de la FIV por violar múltiples derechos

---

<sup>14</sup> *Ibid.* párr. 326.

<sup>15</sup> *Ibid.* párrs. 334-338.

fundamentales y destacando la obligación de los Estados de garantizar el acceso sin discriminación a las tecnologías reproductivas.

Ambas cortes abogaron por la protección de los derechos reproductivos, pero con matices diferentes en su enfoque: el Tribunal Europeo abordó la coherencia y proporcionalidad de las leyes nacionales, mientras que la Corte Interamericana adoptó una postura más expansiva, destacando la obligación de los Estados de proteger de manera integral los derechos reproductivos y la igualdad de trato en el acceso a las tecnologías de reproducción asistida.

### ***III. Custodia y orientación sexual***

De la mano con la evolución en cuanto a la aceptación —tanto jurídica como social— de modelos alternativos para construir una familia, la revolución social que implicó la generalización del respeto a la diversidad sexual tuvo también repercusiones importantes en la forma en que los sistemas jurídicos contemporáneos asumieron las relaciones filiales y la custodia parental dentro de este contexto.

Si bien la diversidad sexual había alcanzado, a fines del siglo pasado, una suerte de tolerancia en la mayoría de las sociedades occidentales, que paulatinamente fueron abrogando los ordenamientos que criminalizaban las relaciones divergentes del modelo monogámico heterosexual imperante, su extensión a las cuestiones relacionadas con el cuidado de los hijos aún era cuestión de debate importante.

Utilizando expresiones como “aberración” o “anomalía” para designar estas orientaciones y prácticas, los Estados se mostraban reticentes a reconocer la capacidad de las personas homosexuales para ejercer roles parentales en los mismos términos que sus homólogas heterosexuales.

Aunque en muchos casos las legislaturas terminaron por reconocer esta inconsistencia y eliminarla de sus sistemas, en muchos otros casos el arraigo de prejuicios en la sociedad impidió este reconocimiento, haciendo necesaria, como se expondrá en las siguientes dos sentencias, la intervención de los tribunales internacionales de derechos humanos.

*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal (1999)*

João Manuel Salgueiro da Silva Mouta, ciudadano portugués, había obtenido la custodia de su hija M. en 1994 tras su divorcio. Sin embargo, en 1995, la madre de la niña, incumpliendo el acuerdo de divorcio, impidió que Mouta visitara a su hija y posteriormente secuestró a la niña. En una apelación, el Tribunal de Apelación de Lisboa devolvió la custodia a la madre, argumentando que el interés superior de la niña se veía mejor protegido con ella, señalando la orientación sexual del padre como un factor relevante para su decisión.<sup>16</sup>

Para determinar si la decisión del Tribunal de Apelación de Lisboa constituía una interferencia injustificada en el derecho de Mouta al respeto de su vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observó que el argumento del Tribunal de Apelación que menciona la homosexualidad del demandante no era simplemente un comentario al margen (*obiter dictum*), sino un factor decisivo en la resolución final. El Tribunal destacó que cualquier distinción basada en la orientación sexual requiere una justificación objetiva y razonable, y concluyó que el criterio empleado por el Tribunal de Apelación de Lisboa para otorgar la custodia a la madre, basado en la homosexualidad del padre, no tenía una justificación razonable y constituía una discriminación prohibida por el artículo 14 de la Convención.<sup>17</sup>

Además, el TEDH consideró que las afirmaciones del Tribunal de Apelación de Lisboa, donde indicaba que la niña "debe vivir en el seno de una familia portuguesa tradicional" y que describía la homosexualidad como "una anomalía", reflejaban un prejuicio claro contra la orientación sexual del demandante, lo cual es incompatible con los principios del Convenio. El Tribunal también señaló que la restricción impuesta al demandante durante las visitas, para que la niña no se diera cuenta de que su padre vivía con otro hombre, reforzaba la conclusión de que hubo discriminación.<sup>18</sup>

El TEDH declaró que Portugal había violado los artículos 8 y 14 de la Convención, ya que la decisión del Tribunal de Apelación de Lisboa se basó en prejuicios relacionados con la orientación sexual del demandante, sin una justificación legítima y proporcionada. Esta sentencia subraya la importancia de proteger los derechos de las personas independientemente de su

---

<sup>16</sup> ECHR, *Case of Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, 1999, párrs. 8-12.

<sup>17</sup> *Ibid.* párr. 24.

<sup>18</sup> *Ibid.* párr. 36.

orientación sexual, asegurando que no se tomen decisiones legales basadas en prejuicios o estereotipos.

*Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012)*

El caso surge en 2002, cuando Karen Atala Riffo decidió separarse de su esposo, con quien tenía tres hijas. Tras la separación, acordaron que Karen mantendría la custodia de las niñas en Villarrica. Sin embargo, en 2003, su ex esposo demandó la custodia debido a que ella había comenzado a convivir con una pareja del mismo sexo. Aunque tanto el Juzgado de Menores como la Corte de Apelaciones de Temuco fallaron en favor de Atala, en 2004 la Corte Suprema de Chile otorgó la custodia al padre, argumentando que la orientación sexual de Atala podría afectar el bienestar de las niñas.<sup>19</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre varios principios fundamentales en el caso de Karen Atala Riffo, destacando el principio de igualdad y no discriminación, el interés superior del niño, y el derecho a la vida privada. La Corte enfatizó que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas bajo la Convención Americana de Derechos Humanos. En este sentido, cualquier norma, acto o práctica que implique discriminación basada en la orientación sexual de una persona es inaceptable y contraria al derecho internacional. La Corte reafirmó que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas efectivas para eliminar la discriminación y proteger a las personas contra prácticas discriminatorias, ya sean perpetradas por particulares o por autoridades estatales.<sup>20</sup>

Además, la Corte abordó el interés superior del niño, estableciendo que cualquier decisión sobre la custodia debe basarse en pruebas concretas de daño o riesgo al bienestar del menor y no en especulaciones o estereotipos relacionados con la orientación sexual de los padres. La determinación del interés superior del niño debe centrarse en el impacto real y probado de los comportamientos parentales en el desarrollo del menor, descartando consideraciones basadas en prejuicios culturales o sociales. La Corte subrayó que el interés superior del niño no puede utilizarse como pretexto para justificar la discriminación contra un padre o madre por su orientación

---

<sup>19</sup> CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012)*, Serie C No. 254, párrs. 32-40.

<sup>20</sup> *Ibid.* párrs. 83-90.

sexual, y que cualquier referencia a la protección del niño debe fundamentarse en pruebas claras y específicas de daño potencial.<sup>21</sup>

Por último, la Corte reafirmó el derecho a la vida privada, el principio de independencia judicial y el principio de imparcialidad judicial. El derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía, incluyendo la libertad de establecer y desarrollar relaciones personales y sociales sin injerencias arbitrarias. Fundamental para garantizar que los jueces puedan tomar decisiones imparciales sin presiones indebidas o interferencias externas, la imparcialidad judicial exige que los jueces actúen sin prejuicios y con objetividad, proporcionando garantías suficientes para evitar cualquier duda razonable sobre su imparcialidad. En conjunto, estos principios refuerzan la protección de los derechos fundamentales y la no discriminación en el contexto de disputas familiares y de custodia, estableciendo importantes precedentes para la interpretación de los derechos humanos en el ámbito internacional.<sup>22</sup>

\* \* \*

Los casos abordan la discriminación por orientación sexual en decisiones de custodia, pero muestran enfoques distintos en los tribunales internacionales. En el *Salgueiro da Silva Mouta*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que la decisión del tribunal portugués de otorgar la custodia a la madre basándose en la orientación sexual del padre fue discriminatoria e injustificada. El Tribunal enfatizó la falta de una justificación objetiva para esta decisión y consideró que los prejuicios contra la homosexualidad del demandante violaban los principios de igualdad y no discriminación de la Convención Europea.

En contraste, en *Atala Riffo*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) realizó un análisis más amplio, estableciendo que la igualdad y la no discriminación son principios fundamentales del derecho internacional. La Corte destacó que cualquier decisión sobre custodia debe basarse en pruebas claras de daño al menor, rechazando los estereotipos sobre la orientación sexual de los padres. Además, subrayó la responsabilidad de los Estados de adoptar medidas positivas para prevenir la discriminación, estableciendo estándares más estrictos para proteger los

---

<sup>21</sup> *Ibid.* párrs. 100-106.

<sup>22</sup> *Ibid.* párr. 235.

derechos humanos y asegurando que el interés superior del niño no se use como excusa para discriminar.

Mientras que ambos tribunales condenaron la discriminación basada en la orientación sexual, el Tribunal Europeo se centró en la falta de justificación razonable de una decisión judicial discriminatoria, mientras que la Corte Interamericana adoptó un enfoque más proactivo, enfatizando la necesidad de medidas positivas por parte del Estado para proteger contra la discriminación. Esta diferencia refleja enfoques complementarios: uno que corrige fallos judiciales específicos y otro que establece principios más amplios para la protección de derechos humanos en contextos de custodia.

### ***VII. Conclusiones***

Como hemos podido observar a lo largo de este ejercicio comparativo, los modelos europeo e interamericano, si bien cuentan con un catálogo bastante similar de derechos a proteger, operan bajo metodologías y procedimientos distintos. Mientras que el Tribunal Europeo opera con mayor cautela, reconociendo el margen de apreciación de los Estados y privilegiando cuestiones formales como la claridad de la legislación nacional o la arbitrariedad de las resoluciones judiciales inherentes al caso, la Corte Interamericana suele dispensar rápidamente con estos rubros y emitir pronunciamientos de fondo más extensos, pero también menos flexibles en cuanto a su ulterior aplicación en el derecho interno.

Hay, desde luego, razones importantes detrás de estas diferencias. Mientras que el Tribunal Europeo surgió dentro de un contexto más pausado, pero también más sólido de integración jurídica entre los diversos Estados europeos, el sistema interamericano ha fundado su legitimación en el prestigio y autoridad de la Organización de Estados Americanos.

Otra posible razón para la relativa verticalidad de la Corte Interamericana frente a su homólogo europeo radica en el número y naturaleza de casos que conoce. A diferencia del Tribunal Europeo, que opera en salas y que tramita una cantidad considerable de asuntos cada año, el volumen de la Corte es considerablemente menor, y la trascendencia de cada uno de sus fallos, en consecuencia, es considerablemente más grande.

No quisiéramos aquí decantarnos por la idoneidad de un modelo u otro, pues desde el comienzo hemos partido de la noción de que parten de

realidades y problemáticas distintas. Lo que, en cambio, hemos querido resaltar aquí es la forma en que, al abordar las mismas problemáticas desde puntos de vista distintos, los tribunales internacionales dan este primer paso en el diálogo jurisprudencial que posteriormente es replicado en los diversos tribunales nacionales.

### ***Bibliografía***

CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de noviembre de 2012), Serie C No. 257.

— Caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012), Serie C No. 254.

— Opinión Consultiva OC-24/17 De 24 de noviembre De 2017 solicitada por la República de Costa Rica, Serie A No. 24, párr. 1.

ECHR, Case of Costa and Pavan v. Italy, no. 54270/10, 2012, párrs. 7-12.

— Case of Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, 1999, párrs. 8-12.

— Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, 2010, párrs. 7-12.

STARK, Barbara; International Family Law: An Introduction, Ashgate, Burlington, EE.UU., 2005, p. 13.