

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO ATALA RIFFO E CRIANÇAS VS. CHILE
SENTENÇA DE 24 DE FEVEREIRO DE 2012
(Mérito, Reparações e Custas)

No Caso *Atala Riffo e crianças*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "Corte Interamericana", "Corte", ou "Tribunal"), integrada pelos juízes:¹

Diego García-Sayán, Presidente;
Manuel E. Ventura Robles, Vice-Presidente;
Leonardo A. Franco, Juiz;
Margarette May Macaulay, Juíza;
Rhadys Abreu Blondet, Juíza;
Alberto Pérez Pérez, Juiz; e

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada "Convenção" ou "Convenção Americana") e com os artigos 31, 32, 56, 57, 65 e 67 do Regulamento da Corte² (doravante denominado "Regulamento"), profere a presente Sentença estruturada na ordem que se segue.

¹ Em conformidade com o artigo 19.1 do Regulamento da Corte Interamericana aplicável ao presente caso (nota 2 *infra*), que dispõe que "[n]os casos a que se refere o artigo 44 da Convenção, os Juízes não poderão participar do seu conhecimento e deliberação quando sejam nacionais do Estado demandado", o Juiz Eduardo Vio Grossi, de nacionalidade chilena, não participou na tramitação deste caso nem da deliberação e assinatura desta Sentença.

² Regulamento da Corte aprovado pelo Tribunal no LXXXV Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 28 de novembro de 2009, o qual se aplica ao presente caso, em conformidade com o artigo 79. Segundo o artigo 79.2 do citado Regulamento, "[q]uando a Comissão houver adotado o relatório a que se refere o artigo 50 da Convenção anteriormente à entrada em vigor do presente Regulamento, a apresentação do caso à Corte reger-se-á pelos artigos 33 e 34 do Regulamento anteriormente vigente. No que se refere ao recebimento de declarações, aplicar-se-ão as disposições do presente Regulamento". Portanto, no que se refere à apresentação do caso, são aplicáveis os artigos 33 e 34 do Regulamento aprovado pela Corte no XLIX Período Ordinário de Sessões.

II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE	- 5 -
III COMPETÊNCIA	- 8 -
IV PROVA	- 8 -
A. Prova documental, testemunhal e pericial	- 9 -
B. Admissibilidade da prova documental	- 11 -
C. Admissibilidade da prova testemunhal e pericial	- 12 -
V DIREITO À IGUALDADE E À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO, DIREITO À VIDA PRIVADA, DIREITO À VIDA FAMILIAR, DIREITOS DA CRIANÇA, DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS SOBRE O PROCESSO DE GUARDA.....	- 13 -
A. Fatos provados em relação ao processo de guarda	- 13 -
1. Processo de guarda	- 14 -
2. Guarda provisória concedida ao pai	- 16 -
3. Sentença de primeira instância concedendo a guarda das crianças à senhora Atala	- 18 -
4. Recurso perante o Tribunal de Recursos de Temuco e concessão de mandado de segurança a favor do pai	- 20 -
5. Interposição do recurso de queixa perante a Corte Suprema de Justiça e concessão do segundo mandado de segurança a favor do pai	- 21 -
6. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile	- 21 -
B. Considerações prévias	- 23 -
1. Consideração prévia sobre o objeto do caso perante a Corte Interamericana	- 23 -
2. Consideração prévia sobre a participação das crianças M., V. e R.	- 24 -
C. O direito à igualdade e à proibição de discriminação	- 26 -
1. Direito à igualdade e à não discriminação	- 27 -
2. A orientação sexual como categoria protegida pelo artigo 1.1 da Convenção Americana	- 29 -
3. Diferença de tratamento com base na orientação sexual	- 34 -
4. O princípio do interesse superior da criança e as presunções de risco	- 36 -
4.1. Suposta discriminação social	- 40 -
4.2. Alegada confusão de papéis	- 42 -
4.3. Alegado privilégio de interesses	- 45 -
4.4. Alegado direito a uma família "normal e tradicional"	- 48 -
4.5. Conclusão	- 49 -
5. Tratamento discriminatório contra as crianças M., V. e R.	- 49 -
D. Direito à vida privada e direito à vida familiar	- 51 -
E. Garantias judiciais e proteção judicial	- 57 -
1. Garantias judiciais e proteção judicial em relação à senhora Atala	- 57 -
2. Direito das crianças M., V. e R. a serem ouvidas e a que suas opiniões sejam levadas em conta	- 61 -
A. Fatos provados a respeito da investigação disciplinar contra a senhora Atala-	65 -
B. Direito à igualdade e à proibição da discriminação	- 67 -
C. Direito à vida privada	- 69 -
D. Garantias judiciais	- 70 -
A. Parte lesada	- 73 -
B. Obrigação de investigar e impor consequências jurídicas aos funcionários responsáveis	- 74 -
C. Outras medidas de reparação integral: reparação e garantias de não repetição	- 74 -
1. Reabilitação: assistência médica e psicológica às vítimas	- 75 -
2. Reparação	- 75 -

- a) Publicação da Sentença - 75 -
- b) Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional - 76 -
- 3. Garantias de não repetição - 77 -
 - a) Capacitação de funcionários públicos - 77 -
 - b) Adoção de medidas de direito interno, reformas e adequação de leis contra a discriminação - 78 -
- D. Indenização compensatória por dano material e imaterial - 81 -**
 - 1. Dano material - 81 -
 - 2. Dano imaterial - 84 -
- E. Custas e gastos - 84 -**
- F. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados - 86 -**

Voto parcialmente dissidente do Juiz Alberto Pérez Pérez

I INTRODUÇÃO À CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. Em 17 de setembro de 2010, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão” ou “Comissão Interamericana”) apresentou, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção, uma demanda contra o Estado do Chile (doravante denominado “Estado” ou “Chile”), em relação ao Caso nº 12.502.³ A petição inicial foi apresentada à Comissão Interamericana em 24 de novembro de 2004 pela senhora Karen Atala Riffo (doravante denominada “senhora Atala”), representada por advogados da Associação Liberdades Públicas, da Clínica de Ações de Interesse Público da Universidade *Diego Portales* e da Fundação *Ideas*.⁴

2. Em 23 de julho de 2008, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 42/08 e, em 18 de dezembro de 2009, emitiu o Relatório de Mérito nº 139/09, em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana.⁵ Em 17 de setembro de 2010, a Comissão Interamericana considerou que o Estado não havia cumprido as recomendações do Relatório de Mérito, razão pela qual decidiu submeter o presente caso à jurisdição da Corte Interamericana. A Comissão Interamericana designou como delegados Luz Patricia Mejía, Comissária, e o Secretário Executivo Santiago A. Cantón; e como assessoras jurídicas as senhoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Silvia Serrano Guzmán, Rosa Celorio e María Claudia Pulido, advogadas da Secretaria Executiva.

3. De acordo com a Comissão, este caso se relaciona com a alegada responsabilidade internacional do Estado pelo tratamento discriminatório e pela interferência arbitrária na vida privada e familiar que teria sofrido a senhora Atala, devido à sua orientação sexual, no processo judicial que resultou na retirada do cuidado e custódia das filhas M., V. e R. O caso também se relaciona com a alegada inobservância do interesse superior das crianças cuja guarda e cuidado foram determinados em descumprimento de seus direitos e com base em supostos preconceitos discriminatórios. A Comissão solicitou à Corte que declare a violação dos artigos 11 (Proteção da honra e da dignidade), 17.1 e 17.4 (Proteção da família), 19 (Direitos da criança), 24 (Igualdade perante a lei), 8 (Garantias judiciais) e 25.1 e 25.2 (Proteção judicial) da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento. A

³ A pedido da Comissão Interamericana se preserva a identidade das três filhas da senhora Karen Atala Riffo, que serão identificadas pelas letras “M., V. e R.” (expediente de mérito, tomo I, folha 1). Também a pedido dos representantes, e com o objetivo de proteger o direito à intimidade e à vida familiar de M. V. e R., é procedente manter em sigilo todas as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública, enviadas pelas partes e “relativas à situação familiar” da senhora Atala e das crianças M., V. e R. (expediente de mérito, tomo III, folha 1.162).

⁴ Na petição inicial a senhora Atala informou que a Fundação *Ideas* era representada por Francisco Estévez Valencia, e indicou como seus representantes perante a Comissão Interamericana Verónica Undurraga Valdés, Claudio Moraga Klenner, Felipe González Morales e Domingo Lovera Parmo (expediente de anexos da demanda, tomo III, folhas 1.533 e 1.572).

⁵ No Relatório de Mérito nº 139/09 a Comissão concluiu que o Estado do Chile “violou o direito de Karen Atala de viver livre de discriminação, consagrado no artigo 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento”. Também “violou os direitos consagrados nos artigos 11.2, 17.1, 17.4, 19, e 8.1 e 25.1 da Convenção Americana em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das pessoas mencionadas nas respectivas seções”. A Comissão recomendou ao Estado: i) “[r]eparar integralmente Karen Atala e M., V. e R. pelas violações dos direitos humanos estabelecidas no [...] relatório, levando em consideração sua perspectiva e necessidades”; e ii) “[a]dotar legislação, políticas públicas, programas e diretrizes para proibir e erradicar a discriminação com base na orientação sexual de todas as esferas do exercício do poder público, inclusive a administração de justiça. Essas medidas devem ser acompanhadas dos recursos humanos e financeiros adequados para garantir sua implementação e de programas de capacitação para os funcionários encarregados de garantir esses direitos”. Relatório de Mérito nº 139/09, Caso 12.502, *Karen Atala e filhas*, 18 de dezembro de 2009 (expediente de anexos da demanda, tomo I, anexo 2, folhas 22 a 67).

Comissão também solicitou ao Tribunal que ordenasse ao Estado a adoção de medidas de reparação.

4. A demanda foi notificada ao Estado e aos representantes em 19 de outubro de 2010.

5. Em 25 de dezembro de 2010, Macarena Sáez, Helena Olea e Jorge Contesse, informando que atuavam como representantes da senhora Atala e das crianças M., V. e R.⁶ (doravante denominados "representantes"), apresentaram perante a Corte seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado "escrito de petições e argumentos"), em conformidade com o artigo 40 do Regulamento da Corte.⁷ Os representantes declararam que concordavam totalmente com os fatos apresentados na demanda e solicitaram ao Tribunal que declarasse a responsabilidade internacional do Estado por violar os artigos 11 (Proteção da honra e da dignidade), 17 (Proteção da família), 19 (Direitos da criança), 24 (Igualdade perante a lei), 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento. Consequentemente, solicitaram à Corte que ordenasse diversas medidas de reparação.

6. Em 11 de março de 2011, o Chile apresentou perante a Corte seu escrito de contestação à demanda e de observações sobre o escrito de petições e argumentos (doravante denominado "escrito de contestação"). Nesse escrito, o Estado questionou a totalidade dos pedidos apresentados pela Comissão e pelos representantes, e negou sua responsabilidade internacional pelas alegadas violações da Convenção Americana. Com relação às reparações solicitadas pela Comissão e pelos representantes, o Estado pediu à Corte que as desconsiderasse em todos os seus termos. O Estado designou o senhor Miguel Ángel González e a senhora Paulina González Vergara como seus Agentes.

II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

7. Mediante resolução de 7 de julho de 2011,⁸ o Presidente da Corte ordenou o recebimento de diversos depoimentos no presente caso. Também convocou as partes para uma audiência pública que foi realizada em 23 e 24 de agosto de 2011, durante o 92º Período Ordinário de Sessões da Corte, realizado em Bogotá, Colômbia.⁹

⁶ Conforme se especifica posteriormente (par. 12, 13 e 67 a 71 *infra*), em relação à representação das crianças M., V. e R., na resolução de 29 de novembro de 2011, a Corte salientou que em nenhuma parte do expediente havia uma manifestação precisa por parte das crianças M., V. e R. quanto a se estavam de acordo com a representação que exerce qualquer de seus pais, e se desejavam ser consideradas supostas vítimas neste caso. Levando em conta o exposto, foi realizada uma diligência judicial para ouvir diretamente as crianças M. e R. (par. 13 *infra*).

⁷ A senhora Karen Atala Riffo designou como seus representantes Macarena Sáez, da organização "Liberdades Públicas A.G."; Helena Olea, da "Corporação Humanas, Centro Regional de Direitos Humanos e Justiça de Gênero"; e Jorge Contesse, do "Centro de Direitos Humanos da Universidade Diego Portales".

⁸ *Cf. Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de julho de 2011. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala.pdf>. Os representantes solicitaram uma modificação na modalidade de duas declarações, o que foi aceito pelo plenário da Corte. *Cf. Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de agosto de 2011. Disponível em http://corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_21_08_11.pdf.

⁹ Compareceram a essa audiência: a) pela Comissão Interamericana: Rodrigo Escobar Gil, Comissário; Silvia Serrano e Rosa Celorio, assessoras jurídicas; b) pelos representantes: Helena Olea Rodríguez, Macarena Sáez Torres, Jorge Contesse Singh, José Ignacio Escobar Opazo, Francisco Cox Vial e Catalina Lagos Tschorne; e c) pelo Estado: Miguel Ángel González Morales e Paulina González Vergara, Agentes; Gustavo Ayares Ossandón, Embaixador do Chile na Colômbia; Ricardo Hernández Menéndez, Conselheiro da Embaixada do Chile na Colômbia; Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Felipe Bravo Allende e Alberto Vergara Arteaga.

8. Em 18 de agosto, 6 de setembro e 18 de outubro de 2011, o senhor Reinaldo Bustamante Alarcón enviou diversas comunicações como representante de Jaime López Allendes, pai das crianças M., V. e R., em relação ao presente caso. Nesses escritos, *inter alia*, foram apresentadas os seguintes pedidos: i) participação das menores de idade e representação legal por parte do pai no processo perante a Corte Interamericana; ii) incorporação ao processo como terceiro interveniente; iii) solicitação de anulação de todos os autos do processo perante a Comissão e a Corte; e iv) colaboração com o escrito do Estado.

9. Em 30 de novembro de 2011, foi enviada ao senhor Bustamante uma nota da Secretaria, seguindo instruções do plenário da Corte, na qual se mencionou a resposta aos escritos apresentados (par. 8 *supra*). Nessa nota informou-se que: i) mediante resolução de 29 de novembro de 2011, o Tribunal decidiu dispor, como prova para melhor resolver, que as três crianças fossem informadas sobre seu direito de serem ouvidas perante a Corte (par. 12 e 13 *infra*); ii) o Tribunal não tem competência para atender às solicitações formuladas por indivíduos ou organizações diferentes das supostas vítimas que participam da tramitação de um caso perante a Corte; iii) a Corte não encontra irregularidades na forma pela qual se procedeu à notificação no presente caso; e iv) uma vez que o senhor López não é parte no presente caso e não foi aceita sua participação como terceiro interveniente, não se encontra legitimado para apresentar argumentos de mérito ou prova.¹⁰

10. Por outro lado, o Tribunal recebeu os seguintes escritos na qualidade de *amici curiae*: 1) da Associação Nacional de Magistrados do Poder Judiciário do Chile;¹¹ 2) da organização Ombudsgay;¹² 3) de José Pedro Silva Prado, Professor de Direito Processual e Presidente do Instituto Chileno de Direito Processual; 4) de José Ignacio Martínez Estay, Catedrático Jean Monnet de Direito Público da União Europeia da Universidade de los Andes, Chile; 5) do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro;¹³ 6) de Diego Freedman, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires; 7) de María Inés Franck, Presidente da Associação Civil Nova Política, e Jorge Nicolás Lafferriere, Diretor do Centro de Bioética, Pessoa e Família; 8) do Seminário de Pesquisa em Direito de Família e das Pessoas, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica da Argentina;¹⁴ 9) de Luis Armando González Placencia, Presidente da Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal, e José Luis Caballero Ochoa, Coordenador do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Ibero-Americana; 10) de Úrsula C. Basset, professora e pesquisadora da Universidade de Buenos Aires;¹⁵ 11) de Judith Butler, Catedrática Maxine Elliot da Universidade da Califórnia, Berkeley; 12) de

¹⁰ Sem prejuízo do acima exposto, o Tribunal constatou que a documentação probatória encaminhada pelo senhor Bustamante, referente a peritagens psicológicas das três crianças e depoimentos de várias pessoas, foi incorporada pelas partes como anexos de seus escritos principais, os quais incluíam uma cópia dos documentos mais importantes do processo de guarda.

¹¹ O escrito foi apresentado por Leopoldo Llanos Sagristá, Ministro do Tribunal de Recursos de Temuco, Chile, e Presidente da Associação Nacional de Magistrados do Poder Judiciário do Chile.

¹² O escrito foi apresentado por Geraldina González de la Vega, Consultora Jurídica, e Alejandro Juárez Zepeda, Coordenador-Geral.

¹³ O escrito foi apresentado por Márcia Nina Bernardes, Professora do Departamento de Direito e Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Andrea Schettini, Luiza Athayde, Maria Fernanda Marques, Isabella Benevides, Isabella Maioli, Julia Rosa, Juliana Streva, Karen Oliveira e María Eduarda Vianna, e Felipe Saldanha.

¹⁴ O escrito foi apresentado por Jorge Nicolás Lafferriere e Úrsula C. Basset, codiretores do seminário.

¹⁵ Úrsula C. Basset é membro do Comitê Executivo da Academia Internacional para a Jurisprudência sobre a Família e do Comitê Executivo da Sociedade Internacional de Direito de Família.

Alejandro Romero Seguel e Maite Aguirrezabal Grünstein, Professores de Direito Processual na Universidade de los Andes, Chile; 13) de Carlos Álvarez Cozzi, Catedrático de Direito Privado, Faculdade de Ciências Econômicas e de Administração, e Professor Adjunto de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai; 14) de James J. Silk, Diretor da Clínica Jurídica de Direitos Humanos Allard K. Lowenstein da Faculdade de Direito da Universidade de Yale; 15) de María Sara Rodríguez Pinto, Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de los Andes, Chile; 16) de Natalia Gherardi, Diretora Executiva da Equipe Latino-Americana de Justiça e Gênero, e Josefina Durán, Diretora da Área de Justiça dessa organização; 17) de Laura Clérico, Liliana Ronconi, Gustavo Beade e Martín Aldao, docentes e pesquisadores da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires; 18) de Carlo Casini, Antonio Gioacchino Spagnolo e Joseph Meaney;¹⁶ 19) do Reitor e de alguns membros da Universidade Católica Santo Toribio de Mogrovejo;¹⁷ 20) de María del Pilar Vázquez Calva, Coordenadora da *Enlace Gubernamental de Vida y Familia A.C.*; 21) de Suzanne B. Goldberg e Michael Kavey, advogados da "*Sexuality & Gender Law Clinic*" da Universidade de Columbia, e Adriana T. Luciano, Advogada de *Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP*; 22) de Elba Nuñez Ibáñez, Gabriela Filoni, Jeannette Llaja e Gastón Chillier;¹⁸ 23) de Brent McBurney e Bruce Abramson, advogados da "*Advocates International*"; 24) de Gail English, Presidente do "*Lawyers Christian Fellowship*", e de *Shirley Richards*; 25) da *Colombia Diversa* e do Centro de Direitos Humanos e Litígio Internacional;¹⁹ 26) de Piero A. Tozzi e Brian W. Raum, do "*Alliance Defense Fund*"; 27) de Jorge Rafael Scala, Professor no Mestrado em Desenvolvimento Humano da Universidade Livre Internacional das Américas e Professor Honorário da Universidade Ricardo Palma; 28) do Centro de Justiça Global, dos Direitos Humanos e do Estado de Direito da Faculdade de Direito da *Regent University*;²⁰ 29) de Álvaro Francisco Amaya Villareal, Bárbara Mora Martínez e Carolina Restrepo Herrera; 30) de Lisa Davis, Jessica Stern, Dorothy L. Fernández, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer, Erin I Herlihy e Justin D. Hoogs;²¹ 31) de Andrea Minichiello Williams, Ruth

¹⁶ Carlo Casini é Deputado do Parlamento Europeu, Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais do Parlamento Europeu e Presidente do Movimento Italiano pela Vida. Antonio Gioacchino Spagnolo é Professor Titular de Bioética e Diretor do Instituto de Bioética da Universidade Católica Sagrado Coração, com sede em Roma. Joseph Meaney é Diretor de Coordenação Internacional de Vida Humana Internacional.

¹⁷ O escrito foi assinado por Hugo Calienes Bedoya, Reitor e Diretor do Instituto de Bioética da USAT, e por Carlos Tejada Lombardi, Diretor da Escola de Direito da USAT; Rafael Santa María D'Angelo, Coordenador da Área de História e Filosofia do Direito; Javier Colina Seminario, Assessor Jurídico da USAT; Rosa Sánchez Barragán, Coordenadora da Área de Direito Civil; Erika Valdivieso López, Decana da Faculdade de Direito da USAT; Angélica Burga Coronel, Professora de Proteção Jurídica dos Direitos; Ana María Olguin Britto, Diretora do Instituto de Ciências para o Casamento e a Família da USAT; e Tania Diaz Delgado, todos professores da Faculdade de Direito e do Instituto de Ciências para o Casamento e a Família da Universidade Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

¹⁸ Elba Nuñez Ibáñez é Coordenadora Regional do Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher. Gabriela Filoni é Responsável pelo Programa de Litígio do Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher. Jeannette Llaja faz parte do Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher do Peru. Gastón Chillier é Diretor Executivo do Centro de Estudos Jurídicos e Sociais.

¹⁹ O escrito foi apresentado por Marcela Sánchez Buitrago, Diretora Executiva de *Colombia Diversa*, e Mauricio Noguera Rojas e Santiago Medina Villareal, em representação de *Colombia Diversa*; e por Viviana Bohórquez Monsalve, em representação do Centro de Direitos Humanos e Litígio Internacional.

²⁰ O escrito foi apresentado por Lynne Marie Köhm, em representação do Centro de Justiça Global, dos Direitos Humanos e do Estado de Direito, pertencente à Faculdade de Direito da *Regent University*.

²¹ O escrito foi apresentado por Lisa Davis, *Clinical Professor of Law* da *International Women's Human Rights Clinic at the City University of New York School of Law*; Jessica Stern, da *International Gay and Lesbian Human Rights Commission*; e Dorothy L. Fernández, Justin D. Hoogs, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer e Erin I. Herlihy, da *Morrison & Foerster LLP*. Desse escrito participaram: Anistia Internacional; ARC Internacional; Centro de Direitos Constitucionais; Conselho para a Igualdade Mundial, *Human Rights Watch*; *Lawyers for Children Inc*; Sociedade de Assistência Jurídica de Nova York; *Legal Momentum*; *MADRE*; Centro Nacional de Direitos Lésbicos; Iniciativa Nacional de Direitos Econômicos e Sociais; Associação de Advogados da Cidade de Nova York; *Women's Link Worldwide* e Consultoria para os Direitos Humanos e o Deslocamento (CODHES).

Ross e Mark Mudri;²² e 32) da Área de Direitos Sexuais e Reprodutivos do Programa de Direito à Saúde da Divisão de Estudos Jurídicos do Centro de Pesquisa e Docência Econômicas.²³

11. Em 24 de setembro de 2011, os representantes e o Estado enviaram suas alegações finais escritas e a Comissão Interamericana apresentou suas observações finais escritas sobre o presente caso. As partes, nessa oportunidade, também responderam às perguntas formuladas pelos juízes bem como os pedidos de prova para melhor resolver encaminhados pela Corte. Esses escritos foram transmitidos às partes, às quais se ofereceu oportunidade para que apresentassem as observações que julgassem pertinentes.

12. Em 29 de novembro de 2011, a Corte expediu resolução na qual ordenou, como prova para melhor resolver, que as três crianças M., V. e R. fossem informadas sobre o direito de ser ouvidas perante a Corte e sobre as consequências que o exercício desse direito implicava, com o objetivo de que manifestassem o que desejassem a esse respeito.²⁴

13. Em 8 de fevereiro de 2012, a Secretaria da Corte Interamericana conduziu uma diligência em Santiago, Chile, da qual participaram as crianças M. e R.. Por motivo de força maior, a menina V. não esteve presente nessa diligência, na qual as crianças formularam diversas observações de caráter sigiloso em relação ao caso (par. 67 a 71 *infra*).

14. Em 16 de fevereiro de 2012, a ata da diligência anteriormente descrita foi transmitida às partes.²⁵

III COMPETÊNCIA

15. A Corte Interamericana é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer deste caso, em virtude de ser o Chile Estado Parte na Convenção Americana desde 21 de agosto de 1990, e de ter reconhecido a competência contenciosa da Corte nessa mesma data.

IV PROVA

16. Com base no disposto nos artigos 46, 49 e 50 do Regulamento, bem como na jurisprudência relativa à prova e sua apreciação,²⁶ a Corte examinará e apreciará os elementos probatórios documentais enviados pelas partes em diversas oportunidades processuais, bem como as declarações da suposta vítima, os depoimentos e os laudos

²² Andrea Minichiello Williams é Diretora-Geral do "Christian Legal Center / Christian Legal Fellowship". Ruth Ross é Diretora Executiva da "Christian Legal Fellowship". Mark Mudri é Facilitador Regional da "Advocates Oceania".

²³ O escrito foi apresentado por Estefanía Vela Barba e Alejandro Madrazo Lajous, da Área de Direitos Sexuais e Reprodutivos do Programa de Direito à Saúde da Divisão de Estudos Jurídicos do Centro de Pesquisa e Docência Econômicas.

²⁴ *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 29 de novembro de 2011. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_29_11_111.pdf.

²⁵ Mediante escrito de 23 de fevereiro de 2012, o Estado apresentou observações sobre a confidencialidade da ata mencionada.

²⁶ Cf. *Caso "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C Nº C Nº 76, par. 50; e *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, reparaciones e custas*. Sentença de 1º de julho de 2011. Série C Nº 227, par. 26.

periciais apresentados mediante declaração juramentada perante agente dotado de fé pública e na audiência pública perante a Corte, além das provas para melhor resolver solicitadas pelo Tribunal. Para essa finalidade, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do respectivo marco normativo.²⁷

A. Prova documental, testemunhal e pericial

17. O Tribunal recebeu as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por sete peritos e seis testemunhas:

a) *Stefano Fabeni*, perito proposto pela Comissão, Diretor do Programa da Comunidade LGTBI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais) da Organização *Global Rights*, que apresentou parecer sobre: i) as medidas legislativas e de outra natureza que um Estado deve adotar para prevenir as manifestações da discriminação com base na orientação sexual no exercício do poder público, e particularmente no poder judiciário; e ii) os diferentes elementos que se devem levar em conta no momento de formular e aplicar políticas efetivas para erradicar e prevenir a presença de preconceitos discriminatórios baseados na orientação sexual nesse âmbito;

b) *Leonor Etcheberry*, perita proposta pelos representantes, advogada e professora de Direito de Família da Universidade *Diego Portales* do Chile, que apresentou parecer sobre: “a forma como se analisam e decidem as causas de guarda no direito chileno e sua relação com a forma por meio da qual se conduziu o processo [...] da Juíza Atala Riffo”;

c) *Fabiola Lathrop*, perita proposta pelos representantes, advogada e professora de Direito de Família da Universidade do Chile, que apresentou parecer sobre: os conceitos relativos à guarda no Chile e no Direito Comparado, com ênfase na discriminação por orientação sexual;

d) *Miguel Cillero*, perito proposto pelos representantes, professor de Direito da Universidade *Diego Portales* do Chile, que apresentou parecer sobre: a consideração do princípio do interesse superior da criança no Direito Internacional;

e) *Mónica Pinto*, perita proposta pelos representantes, professora de Direito e Decana da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, que apresentou parecer sobre: o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos em matéria de não discriminação e do tratamento da orientação sexual como categoria suspeita;

f) *María Alicia Espinoza Abarzúa*, perita proposta pelos representantes, psiquiatra infanto-juvenil, que apresentou parecer sobre: o suposto dano psicológico causado às filhas da senhora Atala Riffo e a alegada necessidade de que sejam submetidas a terapia;

g) *Claudia Figueroa Morales*, perita proposta pelos representantes, psiquiatra de adultos, que apresentou parecer sobre: i) o estado de saúde mental da senhora Atala Riffo e o suposto impacto do processo de guarda em seu projeto de vida; e ii) as alegadas necessidades de apoio psiquiátrico à senhora Atala Riffo no futuro;

²⁷ Cf. *Caso "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C Nº 37, par. 76; e *Caso Chocrón Chocrón*, nota 26 *supra*, par. 26.

- h) *Juan Pablo Olmedo*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: a alegada intervenção na vida particular da senhora Atala durante o processo de guarda em que foi advogado;
- i) *Sergio Vera Atala*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: o alegado impacto do processo judicial do Chile em sua vida familiar, na de sua mãe, a senhora Atala Riffo, e na de suas irmãs;
- j) *María del Carmen Riffo Véjar*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: o suposto impacto da sentença da Corte Suprema do Chile em sua vida familiar, na de sua filha, a senhora Atala Riffo, e na de suas netas;
- k) *Judith Riffo Véjar*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: o impacto da sentença da Corte Suprema do Chile em sua vida familiar, na de sua sobrinha, a senhora Atala Riffo, e na de suas sobrinhas-netas;
- l) *Elías Atala Riffo*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: o suposto impacto da sentença da Corte Suprema do Chile em sua vida familiar, na de sua irmã, a senhora Atala Riffo, e na de suas sobrinhas; e
- m) *Emma De Ramón*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: o processo vivido pela família da senhora Atala durante o processo de guarda e após a sentença da Corte Suprema do Chile.
18. Quanto à prova apresentada em audiência pública, a Corte ouviu as declarações da suposta vítima e de cinco peritos:
- a) *Karen Atala Riffo*, suposta vítima proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: i) a alegada violação de seus direitos desde o começo do processo de guarda das filhas; e ii) o suposto impacto da decisão da Corte Suprema do Chile em seu projeto de vida pessoal e familiar;
- b) *Juan Carlos Marín*, perito proposto pelos representantes, advogado chileno e professor de Direito Civil do Instituto Tecnológico Autônomo do México, que apresentou parecer sobre: o uso excepcional do recurso de agravo de instrumento no Chile;
- c) *Robert Warren Wintemute*, perito proposto pelos representantes, professor de Direitos Humanos do *King's College London*, que apresentou parecer sobre: a situação do Direito Internacional quanto à discriminação por orientação sexual, com ênfase no Sistema Europeu de Direitos Humanos;
- d) *Rodrigo Uprimny*, perito em Direito à Igualdade e à Não Discriminação, proposto pela Comissão, que apresentou parecer sobre: i) as normas internacionais de direitos humanos em matéria de orientação sexual e sua relação com os direitos à igualdade, à não discriminação e à vida particular; e ii) o tratamento que o Direito Internacional dispensou à orientação sexual como um critério proibido para diferenciação bem como um aspecto da vida privada das pessoas e a jurisprudência relevante no sistema universal, em outros sistemas regionais de direitos humanos e no Direito Comparado;

e) *Allison Jernow*, perita proposta pela Comissão, advogada da Comissão Internacional de Juristas e encarregada do projeto sobre orientação sexual e identidade de gênero, que apresentou parecer sobre: i) o uso da orientação sexual como fator nas decisões judiciais de custódia, à luz das normas internacionais de direitos humanos em matéria de igualdade, não discriminação e vida privada e familiar; e ii) a relação entre as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e as questões de custódia no presente caso; e

f) *Emilio García Méndez*, perito proposto pela Comissão, consultor internacional sobre os direitos da criança, que apresentou parecer sobre: i) as normas internacionais sobre direitos humanos da criança aplicáveis em casos relacionados com sua custódia e cuidado; ii) a forma pela qual o interesse superior da criança e o direito de participar e ser ouvida quando os assuntos são de seu interesse devem se refletir na atuação das autoridades judiciais que decidem esses casos; e iii) as consequências nocivas ao interesse superior da criança quando se aplicam preconceitos discriminatórios a essas decisões.

B. Admissibilidade da prova documental

19. No presente caso, como em outros,²⁸ o Tribunal admite o valor probatório dos documentos enviados pelas partes na devida oportunidade processual, que não tenham sido questionados ou objetados, ou cuja autenticidade não tenha sido colocada em dúvida, exclusivamente na medida em que sejam pertinentes e úteis para a determinação dos fatos e suas eventuais consequências jurídicas.

20. Quanto às notas de jornal, este Tribunal considerou que poderão ser apreciadas quando reúnam fatos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado, ou quando corroborem aspectos relacionados ao caso.²⁹ Portanto, o Tribunal decide admitir as notas de jornal que se encontrem completas ou que, pelo menos, permitam constatar a respectiva fonte e a data de publicação, e as avaliará levando em conta o conjunto do acervo probatório, as observações das partes e os princípios da crítica sã.

21. Com relação a alguns documentos mencionados pelas partes por meio de *links* eletrônicos, o Tribunal estabeleceu que, caso uma parte proporcione pelo menos o *link* eletrônico direto do documento que cita como prova, e seja possível acessá-lo, não se vê comprometida nem a segurança jurídica nem o equilíbrio processual, porque é imediatamente localizável pelo Tribunal e pelas demais partes.³⁰ Nesse caso, não houve oposição ou observações das demais partes sobre o conteúdo e autenticidade de tais documentos.

22. Por outro lado, juntamente com as alegações finais escritas os representantes e o Estado enviaram diversos documentos como prova, os quais foram solicitados pelo Tribunal com fundamento no disposto no artigo 58, b do Regulamento da Corte, e se estendeu uma oportunidade às partes para apresentarem as observações que considerassem cabíveis. A

²⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 140; e *Caso Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C Nº 238, par. 13.

²⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 28 *supra*, par. 146; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 14.

³⁰ Cf. *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 165, par. 26; e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C Nº 212, par. 54.

Corte incorpora esses documentos como prova, os quais serão avaliados no que seja pertinente, levando em conta o conjunto do acervo probatório, as observações das partes e os princípios da crítica sã.

23. Posteriormente à realização da audiência pública, foram enviadas as versões escritas das peritagens apresentadas na audiência pública do presente caso por Juan Carlos Marín, Robert Warren Wintemute e Allison Jernow. Essas declarações foram transmitidas às demais partes. O Tribunal admite esses documentos no que se refiram ao objeto oportunamente definido pelo Presidente do Tribunal para essas declarações periciais (par. 18 *supra*), porque os considera úteis para a presente causa e porque não foram objetadas ou tiveram sua autenticidade ou veracidade colocada em dúvida.

C. Admissibilidade da prova testemunhal e pericial

24. Quanto aos depoimentos prestados perante agente dotado de fé pública e os apresentados em audiência pública, a Corte os admite e os considera apropriados na medida em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente do Tribunal na resolução que ordenou seu recebimento (pars. 17 e 18 *supra*). Esses depoimentos serão avaliados nos capítulos pertinentes, em conjunto com os demais elementos do acervo probatório e levando em conta as observações formuladas pelas partes.³¹

25. De acordo com a jurisprudência desta Corte, os depoimentos das supostas vítimas não podem ser avaliados isoladamente, mas no conjunto das provas do processo, já que são úteis na medida em que podem oferecer mais informações sobre as alegadas violações e suas consequências.³² Com base no acima exposto, o Tribunal admite o depoimento da suposta vítima Karen Atala, cuja avaliação será realizada com base no critério mencionado.

26. Por outro lado, com relação aos peritos, o Estado fez diversas observações baseadas, em geral, em: a) sua divergência com relação ao conteúdo de alguns dos pareceres, contradizendo-os ou oferecendo seu ponto de vista sobre eles; b) o alcance das manifestações dos peritos em relação ao objeto do parecer que, às vezes, o Estado associa a observações preconceituosas ou meramente pessoais; c) alguns elementos de que dispuseram para realizá-los; e d) a metodologia utilizada para a preparação de alguns dos pareceres.

27. O Tribunal considera pertinente mencionar que, diferentemente das testemunhas, que devem evitar opiniões pessoais, os peritos oferecem opiniões técnicas ou pessoais, na medida em que se relacionem com seu saber especializado ou experiência. Os peritos também podem se referir tanto a pontos específicos da *litis* como a qualquer outro ponto relevante do litígio, desde que se circunscrevam ao objeto para o qual foram convocados e suas conclusões estejam suficientemente fundamentadas.³³ Nesse sentido, quanto às observações sobre o conteúdo das peritagens, o Tribunal entende que não impugnam sua admissibilidade, mas que levam a questionar o valor probatório dos pareceres, motivo pelo qual serão considerados, no que seja pertinente, nos capítulos respectivos da presente Sentença.

³¹ Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C Nº 33, par. 43; e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C Nº 238, par. 25.

³² Cf. *Caso Loayza Tamayo*, nota 31 *supra*, par. 43; e *Caso Chocrón Chocrón*, nota 26 *supra*, par. 34.

³³ Cf. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C *supra* 197, par. 42; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 28.

28. Especificamente com respeito às observações do Estado sobre a alegada “falta de objetividade e as considerações pessoais” realizadas fora do objeto para o qual foi convocada a perita Espinoza, o Tribunal considerará a observação do Estado, e reitera que somente admite as manifestações que se ajustem ao objeto oportunamente definido (par. 17 *supra*). Sobre a metodologia do parecer da senhora Espinoza, independentemente de levar em conta a manifestação do Estado, o Tribunal observa que nesse parecer consta uma explicação sobre o procedimento empregado. A perita Espinoza informou que baseou seu relatório nas reuniões que manteve com as crianças López Atala e a mãe, bem como em diversos antecedentes. A Corte considera que as objeções ao método utilizado pela perita, o qual se infere do conteúdo de seu relatório, não afetam sua admissibilidade.

V
DIREITO À IGUALDADE E À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO, DIREITO À VIDA PRIVADA, DIREITO À VIDA FAMILIAR, DIREITOS DA CRIANÇA, DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL, EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS SOBRE O PROCESSO DE GUARDA

29. Preliminarmente, a Corte considera necessário ressaltar que o objetivo do presente caso não é dirimir se a mãe ou o pai das três crianças oferecia um lar melhor para elas (pars. 64 a 66 *infra*). Neste caso, a controvérsia entre as partes se relaciona com dois aspectos: i) o processo de guarda iniciado pelo pai das crianças; e ii) um processo disciplinar levado a cabo contra a senhora Atala. O presente capítulo se concentra nos debates em torno do processo de guarda. No capítulo posterior se analisará o processo disciplinar.

A. Fatos provados em relação ao processo de guarda

30. A senhora Atala casou-se com Ricardo Jaime López Allendes em 29 de março de 1993.³⁴ As crianças M., V. e R. nasceram em 1994, 1998 e 1999, respectivamente.³⁵ A senhora Atala tem um filho mais velho, Sergio Vera Atala, nascido de um casamento anterior. Em março de 2002, a senhora Atala e o senhor López Allendes decidiram terminar seu casamento por meio de uma separação de fato. Como parte dessa separação de fato, estabeleceram por acordo mútuo que a senhora Atala manteria a guarda e o cuidado das três crianças na cidade de Villarrica, com um regime de visita semanal à residência do pai em Temuco.³⁶ Em novembro de 2002, a senhora Emma de Ramón, companheira sentimental da senhora Atala, começou a conviver na mesma casa com ela, as três filhas e o filho mais velho.³⁷

³⁴ Cf. Certidão de Casamento de 22 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.926).

³⁵ Cf. Relatórios psicológicos de M., V. e R. de 15 de novembro de 2002 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 23, folhas 2.680, 2.683 e 2.686).

³⁶ Cf. Sentença do Tribunal de Letras de Villarrica de 29 de outubro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 12, folha 2.581).

³⁷ A esse respeito, o Tribunal de Villarrica estabeleceu que “em junho de 2002 [a senhora Atala] iniciou uma relação afetiva com [a senhora] Emma de Ramón[,] que, desde novembro de 2002, trabalh[ou] como coordenadora do arquivo regional de Araucanía, na cidade de Temuco [e, portanto, se trans[feriu] para a casa comum e se incorpor[ou] a[o] núcleo familiar”. Sentença do Tribunal de Letras de Villarrica de 29 de outubro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 12, folha 2582).

1. Processo de guarda³⁸

31. Em 14 de janeiro de 2003, o pai das três crianças interpôs uma demanda de guarda ou tutela perante o Juizado de Menores de Villarrica, por considerar que o “desenvolvimento físico e emocional [das crianças estaria] em sério risco” caso continuassem sob os cuidados da mãe. Nessa demanda o senhor López alegou que a senhora Atala “não esta[va] capacitada para cuidar d[as três crianças, e por elas zelar, porque] sua nova opção de vida sexual, somada a uma convivência lésbica com outra mulher, est[ava] provocando [...] consequências danosas ao desenvolvimento dessas menores [de idade], pois a mãe não ha[via] demonstrado interesse algum em proteger [...] o desenvolvimento integral dessas menores, e por ele zelar”. O senhor López também argumentou que “[a] indução a atribuir normalidade na ordem jurídica a casais do mesmo sexo [implicava] desnaturalizar o sentido de casal humano, homem-mulher e, portanto, altera[va] o sentido natural da família, [...] pois afeta[va] os valores fundamentais da família como núcleo central da sociedade”, razão pela qual “a opção sexual exercida pela mãe altera[ria] a convivência sadia, justa e normal a que t[eriam] direito [as crianças M., V. e R.]”. Por último, o senhor López arguiu que “haver[ia] que somar todas as consequências que, no plano biológico, implica[ria] para as menores [de idade] viver junto a um casal lésbico[, pois] com efeito apenas no plano de doenças, estas, por suas práticas sexuais, est[aria]m expostas de maneira permanente ao surgimento de herpes [e] AIDS”.³⁹

32. Em 28 de janeiro de 2003, a senhora Atala apresentou a contestação da demanda de guarda interposta pelo senhor López. Na contestação a senhora Atala manifestou “a tristeza que [causou] n[ela] a leitura das imputações que se f[izeram] no libelo e a forma pela qual se descrev[eu] e julg[ou] o que fora [sua] relação familiar e o que [era sua] vida privada”. A senhora Atala salientou que as alegações apresentadas na demanda de guarda a “impressionaram pela agressividade, pelo preconceito, pela discriminação, pelo desconhecimento do direito à identidade homossexual, pela distorção nos fatos que expunh[a] e, por último, pelo desprezo ao superior interesse de [suas] filhas”, e assegurou que “a[s] alegações feitas sobre [sua] identidade sexual nada têm a ver com [sua] função e papel de mãe, e, por conseguinte, deveriam ficar fora da *litis*, já que situações de conjugalidade ou de opção sexual não são extensivas a relações de parentalidade, matéria dos autos do processo”. A senhora Atala, finalmente, alegou que nem o Código Civil chileno nem a lei de menores de idade contemplam como causa de “incapacidade parental” ter uma “opção sexual diferente”.⁴⁰

33. Em 28 de janeiro de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica ordenou o recebimento “da causa em conformidade com a lei”, razão pela qual decidiu determinar como “fatos

³⁸ A guarda ou tutela dos menores de idade no Chile é regulamentada pelo artigo 225 do Código Civil, que dispõe: “Caso os pais vivam separados, cabe à mãe o cuidado pessoal dos filhos. No entanto, mediante escritura pública, ou ata lavrada perante qualquer oficial do Registro Civil, firmada à margem do registro de nascimento do filho, nos 30 dias seguintes à autorização, ambos os pais, agindo de comum acordo, poderão determinar que o cuidado pessoal de um ou mais filhos caiba ao pai. Esse acordo poderá ser revogado, cumprindo as mesmas formalidades. Em todo caso, quando o interesse do filho o torne indispensável, seja por maus-tratos, descuido ou outra causa qualificada, o juiz poderá entregar seu cuidado pessoal ao outro pai. Mas não poderá confiar o cuidado pessoal ao pai ou mãe que não tenha contribuído para a manutenção do filho enquanto esteve sob o cuidado do outro pai, podendo fazê-lo. Enquanto uma autorização relativa ao cuidado pessoal não seja cancelada por outra posterior, todo acordo ou resolução será inoponível a terceiros”. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2671).

³⁹ Demanda de guarda interposta perante o Tribunal de Letras de Menores de Villarrica em 14 de janeiro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 1, folhas 2.499, 2.500, 2.503 e 2.504).

⁴⁰ Contestação da demanda de guarda de 28 de janeiro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 2, folhas 2.507, 2.513, 2.516, 2.521 e 2.522).

substanciais, pertinentes e controvertidos”: i) “capacidade e incapacidade das partes para ter a guarda das menores” de idade; e ii) “ambiente que as partes podem oferecer às menores” de idade. O Juizado também decidiu fixar audiência e solicitar, *inter alia*, o seguinte: i) “relatório psicológico de ambas as partes e das menores” de idade; ii) “relatório psiquiátrico de ambas as partes”; iii) ouvir “as menores dos autos em audiência privada”; iv) “relatório socioeconômico integral da demandada e das menores” de idade; e v) indagar à “Faculdade de Psicologia da Universidade do Chile [que informasse] se ha[via] estudos em âmbito nacional e internacional em psicologia que revel[asse]m se existem diferenças entre os filhos criados por casais heterossexuais ou homossexuais, e as conseqüências que essas circunstâncias poderiam acarretar aos menores [de idade]”.⁴¹

34. Uma série de meios de comunicação ofereceu cobertura do processo de guarda, inclusive jornais de circulação nacional como “*Las Últimas Noticias*” e “*La Cuarta*”.⁴² Com base nessas notícias, entre outras razões relacionadas com o suposto uso indevido de recursos do Tribunal Penal de Villarrica, no qual a senhora Atala ocupava o cargo de juíza (par. 211 *infra*), em 19 de março de 2003, o Plenário do Tribunal de Recursos de Temuco designou o Ministro Lenin Lillo⁴³ para uma visita extraordinária a esse Tribunal Penal.

35. Em 11 de março de 2003, o advogado da senhora Atala apresentou prova documental, solicitou que fossem recebidas seis testemunhas e fossem decretadas outras diligências probatórias, o que foi aceito pelo Juizado.⁴⁴ O advogado também solicitou que fossem realizadas diversas diligências.⁴⁵ Por sua vez, a advogada do senhor López solicitou que fossem convocados 22 depoimentos, o que também foi aprovado pelo Juizado.⁴⁶ Em 3

⁴¹ Autos do Juizado de Menores de Villarrica de 28 de janeiro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 113 e 114).

⁴² Cf. Nota de jornal veiculada no jornal “*La Cuarta*” em 28 de fevereiro de 2003 sob o título “Advogado exige guarda das filhas porque esposa juíza seria lésbica”; e nota de jornal veiculada no jornal “*Las últimas noticias*” em 1º de março de 2003 sob o título “*Abogado exige tuición de hijas porque su ex mujer es lesbiana*” (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexos 3 e 4, folhas 2.529 a 2.532).

⁴³ Cf. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo Hunzinker do Tribunal de Recursos de Temuco em 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.927).

⁴⁴ Em especial, o representante apresentou as seguintes provas documentais: i) relatórios psicológicos de V. e R., de dezembro de 2002; ii) relatório psicológico de M., de dezembro de 2002; iii) relatório psicológico das menores de idade e da mãe; iv) registro emitido pela enfermeira do centro clínico frequentado pelas menores de idade, no qual deixa consignado que “não se observaram marcas ou sinais físicos de maus-tratos nas” três crianças; v) cópia dos certificados de escolaridade de M. e V.; vi) cartão de natal elaborado por M.; vii) cópia das resoluções de isenção “nas quais se reconhecem as menores de [idade] como ônus familiares da demandada”; viii) certificado da “*Isapre Más Vida*”; ix) cópia das qualificações obtidas pela senhora Atala em seu exercício profissional; x) cópia da escritura pública do acordo de alimentos entre a senhora Atala e o pai de seu filho mais velho; xi) cópia do atestado de saúde de Karen Atala, “certificando a ausência de herpes genitais”; xii) cópia do atestado de saúde de Emma De Ramón “certificando a ausência de herpes genitais”; xiii) cópia do exame negativo de HIV da senhora Atala; xiv) cópia do exame negativo de HIV da senhora De Ramón; e xv) cópia autenticada da nomeação como Coordenadora do Arquivo Regional da Araucanía da senhora De Ramón. Cf. Escrito do advogado da senhora Atala, de 11 de março de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 192 e 193).

⁴⁵ O advogado solicitou: i) relatório do médico psiquiatra que realizou a terapia de casal da senhora Atala e do demandante; ii) que se oficiasse ao Departamento de Recursos Humanos do local de trabalho do demandante; iii) que se solicitasse à Organização Pan-Americana da Saúde informações sobre “a data em que a homossexualidade foi eliminada do catálogo de condutas patológicas”; iv) que se solicitasse informações ao Serviço Nacional da Mulher sobre o “conceito de família incorporado ao Relatório da Comissão Nacional de Família”; v) que se solicitasse ao Ministério Geral do Governo o envio do plano para superar a discriminação no Chile; e vi) que se solicitasse ao Diretor do Departamento de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores informações a “respeito das obrigações internacionais assumidas pelo [...] Estado do Chile em matéria de não discriminação por orientação ou identidade sexual”. Escrito do advogado da senhora Atala, de 11 de março de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 193 a 195).

⁴⁶ Cf. Escrito da advogada do senhor López Allendes de 11 de março de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 197 a 199).

de abril de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica recebeu os depoimentos de seis familiares do demandante e de três familiares da demandada.⁴⁷

36. Em 8 de abril de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica ouviu em audiência privada as crianças M., V. e R., e “guardou o registro da audiência privada em envelope lacrado no cofre de documentos do Tribunal”. O Juizado também ouviu em audiência privada o filho mais velho da senhora Atala.⁴⁸

37. Em 10 de abril de 2003, foi realizada a audiência para a apresentação de prova testemunhal.⁴⁹ Em 14 de abril de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica recebeu quatro depoimentos de pessoas propostas pela parte demandante, em especial uma psicóloga e uma assistente social.⁵⁰ A assistente social mencionou, especificamente, quando indagada sobre se “os menores criados por casais homossexuais sofrem consequências adversas”, que “s[im], há consequências sociais, como modelos paternos e maternos confusos que afetam a constituição da identidade sexual”. Também acrescentou que “outra das consequências que provoca é que no Chile, segundo estudo [...] sobre a tolerância e a discriminação [de] 1997, chegou-se à conclusão de que os chilenos apresentam um alto índice de rejeição às minorias homossexuais [,] chegando a 60,2% o nível dessa rejeição. [Com] base [n]o exposto, e no conhecimento dessa alta discriminação[,] se estaria expondo essas menores [de idade] a situações de discriminação social que elas não procuraram”.⁵¹

38. Além dos familiares e amigos próximos que depuseram no processo (par. 35 *supra*), também prestaram declarações três empregadas domésticas, que mencionaram, *inter alia*, que o pai se preocupava muito mais com as filhas do que a senhora Atala.⁵² Uma delas também descreveu alguns comportamentos das crianças.⁵³

2. *Guarda provisória concedida ao pai*

39. No âmbito do processo de guarda, a advogada do pai das crianças apresentou uma demanda de guarda provisória em 10 de março de 2003, com a finalidade de obter a guarda das filhas antes da conclusão do processo. A esse respeito, a advogada do senhor López argumentou a suposta “incapacidade que a opção sexual assumida pela mãe e demandada, [a senhora] Atala Riffo, que se traduziu no reconhecimento expresso de ser lésbica, provoca[va] e provocar[ia] no desenvolvimento integral tanto psíquico como socioambiental dessas três crianças, sem prejuízo das condutas pouco maternais e violentas que

⁴⁷ Cf. Ata do Juizado de Menores de Villarrica de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 327 a 334).

⁴⁸ Cf. Ata do Juizado de Menores de Villarrica de 8 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 350 e 351).

⁴⁹ Cf. Ata do Juizado de Menores de Villarrica de 10 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 352 a 373).

⁵⁰ Cf. Ata do Juizado de Menores de Villarrica de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 374 a 393).

⁵¹ Depoimento de Edith Paola Retamal Arevalo de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 390).

⁵² Cf. Provas testemunhais produzidas mediante depoimentos orais prestados em 14 de abril de 2003 perante o Juizado de Menores de Villarrica por Erecilda Teresa Solis Ruiz (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 370), Ana Delia Pacheco Guzmán (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 375) e Graciela del Carmen Curín Jara (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 377).

⁵³ Cf. Prova testemunhal produzida mediante depoimento oral prestado em 14 de abril de 2003 perante o Juizado de Menores de Villarrica por Ana Delia Pacheco Guzmán (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 376).

demonstrou ao longo dos anos, não somente com a família, mas também no ambiente social". Além disso, alegou que "a necessidade que tem a demandada de ser feliz e de realizar-se em todas as esferas da vida [...] não é compatível com ser pais, que inclui uma capacidade funcional de maternização [...], que, aparentemente, a demandada ignorou de maneira egoísta". Por outro lado, a advogada do pai arguiu o direito das crianças de viverem numa família composta por um pai e uma mãe de sexo diferente.⁵⁴

40. Em 13 de março de 2003, a senhora Atala respondeu à solicitação da demanda de guarda provisória, na qual solicitou que fossem rechaçadas todas as pretensões. Especificamente, o advogado da senhora Atala argumentou que:

[A] representante legal do demandante pretend[ia] tornar sem efeito o *status quo* conseguido até [essa] data, situação para a qual ela mesma ha[via] contribuído sua assistência, participação e contribuição pessoal como profissional nas intimações realizadas, tendo-se conseguido um regime transitório que reflete em melhor medida o interesse superior das menores de idade [...]. O fato de que [a senhora Atala] seja lésbica e assuma sua condição não afeta sua aptidão maternal e sua capacidade de promover um ambiente de amor, afeto, respeito e tolerância para efeitos da educação e desenvolvimento das crianças como seres humanos e futuras cidadãs de nossa nação.⁵⁵

41. Em 2 de maio de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica concedeu a guarda provisória ao pai e regulamentou as visitas da mãe, mesmo reconhecendo que não existiam elementos que permitissem presumir causas de incapacidade legal da mãe. Especificamente, o Juizado fundamentou a decisão, *inter alia*, com os seguintes argumentos: i) "que [...] a demandada, tornando explícita sua opção sexual, convive no mesmo lar que abriga suas filhas com a companheira, [...] alterando com ela a normalidade da rotina familiar, colocando seus interesses e bem-estar pessoal acima do bem-estar emocional e do adequado processo de socialização das filhas"; e ii) "que a demandada colocou seus interesses e bem-estar pessoal acima do cumprimento de seu papel materno, em condições que podem afetar o desenvolvimento posterior das menores dos autos, não cabendo senão concluir que o ator apresenta argumentos mais favoráveis em prol do interesse superior das crianças, argumentos que, no contexto de uma sociedade heterossexual e tradicional, reveste[m] grande importância".⁵⁶

42. Em 8 de maio de 2003, em cumprimento ao disposto pelo Juizado de Menores de Villarrica, a senhora Atala entregou as três filhas ao pai.⁵⁷ Em resposta a essa decisão, em 13 de maio de 2003, a senhora Atala solicitou que o Juiz Titular de Letras de Menores de Villarrica fosse impedido de continuar a conhecer do processo de guarda, por ter incorrido na causa de incompatibilidade constante do Código Orgânico de Tribunais.⁵⁸ A

⁵⁴ Cf. Demanda de Guarda Provisória do senhor López Allendes de 10 de março de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.546 a 2.552).

⁵⁵ Resposta ao Incidente de Guarda Provisória de 13 de março de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.554 a 2.557).

⁵⁶ Decisão da demanda de guarda provisória do Juizado de Menores de Villarrica de 2 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 10, folhas 2.559 a 2.567). No âmbito do processo de guarda provisória, o Juizado de Menores obteve como provas testemunhais os depoimentos de: i) um padrinho de uma das crianças; ii) uma psicóloga; iii) uma amiga da família; iv) uma empregada doméstica; e v) uma babá (expediente de mérito, tomo XII, folhas 5.919 a 5.921). Além disso, o Juizado considerou como provas documentais várias publicações de jornais, um relatório socioeconômico, um álbum de fotografias, um relatório emitido pela psiquiatra da senhora Atala, um relatório de uma psicóloga encarregada da terapia das crianças e o relatório de uma enfermeira universitária (expediente de mérito, tomo XII, folhas 5.918 a 5.921). O Juizado também considerou que "exist[iam] antecedentes suficientes para alterar o dever do cuidado pessoal, estabelecido legalmente [razão pela qual] autoriz[ou] a petição do demandante".

⁵⁷ Cf. Registro de 15 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo II, folha 572).

⁵⁸ A esse respeito, o Código Orgânico de Tribunais dispõe:

representação da senhora Atala sustentou que na decisão de 2 de maio de 2003 o juiz deu "forma e conteúdo com força de resolução judicial a um determinado modelo de sociedade, visão que, sem dúvida, é matéria de fundo na questão suscitada, e que se torna discriminatória ao se fundamentar em estereótipos e pressupostos patriarcais que não acolhem e valorizam a diversidade e o pluralismo no meio social".⁵⁹

43. Em 14 de maio de 2003, o Juiz Titular de Letras de Menores de Villarrica declarou "suficiente a causa" de incompatibilidade, sem pronunciar-se sobre seu mérito, e absteve-se de intervir no processo de guarda. Além disso, ordenou que se cumprisse o disposto no artigo 120 do Código de Processo Civil "enquanto se res[olvesse o] incidente".⁶⁰

3. *Sentença de primeira instância concedendo a guarda das crianças à senhora Atala*

44. Dado o impedimento (por suspeição) do Juiz Titular, coube à Juíza Substituta do Juizado de Menores de Villarrica proferir sentença sobre o mérito do assunto em 29 de outubro de 2003.⁶¹ Nessa sentença o Juizado negou a demanda de guarda, considerando que, com base na prova existente, havia ficado estabelecido que a orientação sexual da demandada não representava impedimento para o desenvolvimento de uma maternidade responsável, que não apresentava nenhuma patologia psiquiátrica que a impedisse de exercer seu "papel de mãe" e que não havia indicadores que permitissem presumir a existência de motivos de incapacidade materna para assumir o cuidado pessoal das menores de idade. Também concluiu que "tampouco ha[via] sido comprovada a existência de fatos concretos que prejudi[cassem] o bem-estar das menores, decorrentes da presença da companheira da mãe na casa". Considerou também que tinha sido estabelecido que a homossexualidade não era considerada conduta patológica, e que a demandada não apresentava "nenhuma contra indicação do ponto de vista psicológico para o exercício do papel materno".

45. Em sua avaliação sobre a suposta incapacidade da senhora Atala de ser mãe, por ter se declarado lésbica e conviver com uma companheira do mesmo sexo, levou-se em conta uma série de relatórios de entidades como a Organização Pan-Americana da Saúde, o Departamento de Psicologia da Universidade do Chile e a Faculdade de Educação da Pontifícia Universidade Católica do Chile, os quais salientaram que: i) "a homossexualidade é uma conduta normal e que não é uma manifestação de nenhuma patologia"; e ii) "a capacidade de amar os filhos, cuidá-los, protegê-los, respeitar seus direitos e favorecer suas

Artigo 194. Os juízes podem perder a competência para conhecer de determinados atos por incompatibilidade ou por rejeição declaradas, caso seja necessário, em virtude de causas legais.

Artigo 195. São motivos de impedimento legal: [...] 8. Haver o juiz manifestado seu parecer sobre a questão pendente com conhecimento dos antecedentes necessários para pronunciar sentença.

Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf (última visita em 22 de fevereiro de 2012).

⁵⁹ Pedido de impedimento do Juiz Luis Humberto Toledo Obando em 13 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.573).

⁶⁰ Decisão do Juizado de Menores de Villarrica de 14 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo II, folha 569). O artigo 120 do Código de Processo Civil do Chile vigente na data dos fatos estabelecia que: "Uma vez aceita como suficiente a razão de impedimento, ou declarada esta em conformidade com o parágrafo 2º do artigo anterior, essa declaração será levada ao conhecimento do funcionário cuja incompatibilidade ou rejeição se tenha pedido, para que se abstenha de intervir no assunto de que se trate enquanto não se resolve o incidente". Disponível em <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986> (último acesso em 20 de fevereiro de 2012), endereço eletrônico fornecido pelo Estado em seu escrito de alegações finais (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.914).

⁶¹ Sentença do Juizado de Menores de Villarrica de 29 de outubro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.607).

opções de vida [...] não tem relação com a identidade ou opções sexuais dos pais.”⁶² Por outro lado, foram considerados relatórios psicológicos das menores de idade e relatórios psicológicos da demandada e do demandante, os quais concluíram que “a presença da companheira da mãe na residência em que viviam as menores [de idade] com a mãe não configura[va] motivo de incapacidade pessoal para exercer o cuidado pessoal das filhas [e que] tampouco se ha[via] comprovado a existência de fatos concretos que prejudi[cassem] o bem-estar das menores [de idade], decorrentes da presença da companheira da mãe na casa”.

46. Sobre a qualidade do cuidado da senhora Atala com as filhas, considerou-se um relatório preparado por uma enfermeira do Hospital de Villarrica e relatórios educacionais, prova sobre a qual o Juizado ressaltou que “constitui manifestações objetivas de uma preocupação constante da mãe das menores dos autos com sua saúde e educação, e em consequência, considerou estabelecido que a demandada ha[via] zelado pela criação, cuidado pessoal e educação das filhas”. O Juizado observou que, embora na demanda se tenha informado que as crianças haviam sido objeto de maus-tratos pela senhora Atala, “não se descr[everam] que fatos concretos os constituíam e se se trata[va] de maus-tratos físicos ou psicológicos. [Além disso, declarou que] o tribunal ha[via] se convencido de que não exist[iu] nenhum antecedente que permiti[sse] comprovar maus-tratos de qualquer natureza por parte da mãe contra as menores” de idade.

47. Sobre o argumento do demandante referente ao risco de as crianças contraírem doenças sexualmente transmissíveis, o Juizado considerou atestados médicos da senhora Atala e de sua companheira, mediante os quais confirmou que não havia prova da existência dessas doenças. Sobre o risco moral que as menores de idade supostamente enfrentavam, citou um relatório social da demandada demonstrando um ambiente familiar harmônico, “com normas e limites claros e uma rotina familiar que funciona[va] apropriadamente com a supervisão da mãe, a quem, no contexto de uma relação de casal satisfatória, se v[ia] em harmonia com o ambiente, e preocupada e próxima às filhas”. Além disso, mencionou a conclusão do relatório do Departamento de Psicologia da Universidade do Chile aduzindo que “a orientação sexual da mãe não constitui risco para a moralidade das menores [de idade], porque, como já se salientou, sendo uma condição ou forma normal da sexualidade humana, não é suscetível de juízo ético ou moral, só podendo ser considerada uma condição física de uma pessoa, não suscetível por si só de um juízo de valor”.

48. Com relação à potencial discriminação que as crianças poderiam sofrer e que foi expressada pelos parentes e testemunhas da parte demandante, o Juizado concluiu “que as menores [de idade] não ha[viam] sido objeto de nenhuma discriminação até [essa] data, e o que as testemunhas e parentes da parte demandante manifesta[ram era] um temor de uma possível discriminação futura”. Portanto, o Juizado considerou “que [esse] tribunal dev[ia] fundamentar sua resolução em fatos corretos e provados na causa e não em meras suposições ou temores”.

49. Finalmente, na sentença de primeira instância o Juizado ressaltou “[q]ue consta das atas guardadas no cofre de documentos do Tribunal que as menores [de idade] foram ouvidas por este [Juizado]. Nessas audiências constatou-se que a vontade das três crianças menores [de idade] é que seus pais voltem a viver juntos, e, na última audiência, realizada em 8 de outubro de 2003, [R.] e [V.] manifestaram o desejo de voltar a viver com a mãe e, no caso de [M.], só se detectou uma leve preferência pela figura materna”. A esse respeito,

⁶² Sentença do Juizado de Menores de Villarrica, de 29 de outubro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.591, 2.594 e 2.595).

o Juizado salientou que as declarações prestadas em audiência pelas menores de idade foram um dos antecedentes considerados, mas que não condicionavam sua decisão em razão de sua pouca idade e da possibilidade de que essas opiniões se vissem afetadas "artificialmente por fatores externos que as influenciem, distorçam ou invalidem para o fim proposto".⁶³

4. *Recurso perante o Tribunal de Recursos de Temuco e concessão de mandado de segurança a favor do pai*

50. Em conformidade com a Sentença proferida em 29 de outubro de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica ordenou a entrega das crianças à mãe em 18 de dezembro de 2003.⁶⁴ No entanto, em 11 de novembro de 2003, o pai das crianças apelou da Sentença e posteriormente interpôs mandado de segurança provisório, argumentando que o cumprimento da Sentença implicaria uma mudança radical e violenta do *status quo* atual das menores de idade.⁶⁵

51. Em 24 de novembro de 2003, o Tribunal de Recursos de Temuco concedeu o mandado de segurança, e o pai manteve a guarda.⁶⁶ Sobre esse mandado de segurança, a senhora Atala apresentou queixa disciplinar contra os integrantes da Corte, alegando causas de rejeição e de impedimento.⁶⁷ A Corte Suprema de Justiça do Chile decidiu sobre esse recurso de agravo em 2 de julho de 2004, declarando por maioria que não existiu falta ou abuso dos Ministros demandados. Sem prejuízo do exposto, alguns Ministros da Corte "consideraram chamar severamente a atenção dos recorridos pela omissão de que os acusa a queixosa".⁶⁸

52. Em 30 de março de 2004, o Tribunal de Recursos de Temuco, sem os dois Ministros que se haviam afastado do processo (par. 51 *supra*), confirmou a Sentença de que havia recorrido o pai das crianças, e ratificou as considerações expressas pela primeira instância e tornou sem efeito o mandado de segurança concedido em 24 de novembro de 2003.⁶⁹ O Tribunal de Recursos não expôs fundamentos novos, e acolheu plenamente a sentença de primeira instância.

⁶³ Sentença do Juizado de Menores de Villarrica de 29 de outubro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.596, 2.597, 2.599, 2.600, 2.601 e 2.605).

⁶⁴ Cf. Auto do Juizado de Menores de Villarrica de 5 de novembro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo II, folha 933).

⁶⁵ Cf. Recurso interposto pelo senhor López Allende em 11 de novembro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.614 a 2.632); e petição de mandado de segurança interposta pelo senhor López Allendes em 22 de novembro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.634 a 2.636).

⁶⁶ Cf. Concessão de mandado de segurança expedida pelo Tribunal de Recursos de Temuco em 24 de novembro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.638).

⁶⁷ Em 7 de janeiro de 2004, a relatora do Tribunal de Recursos de Temuco certificou que "o Ministro Archibaldo Loyola se declarou impedido de conhecer da presente causa, e que o Ministro Lenin Lillo Hunzinker declarou que a causa de rejeição do artigo 196 n° 10 da do Código Orgânico de Tribunais o afetava, uma vez que tomou conhecimento da presente causa a propósito da investigação que lhe coube conduzir em visita extraordinária ao Juizado de Letras de Menores de Villarrica". Cf. Certificado de 7 de janeiro de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.640).

⁶⁸ Cf. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, de 2 de julho de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.645).

⁶⁹ Cf. Sentença do Tribunal de Recursos de Temuco, de 30 de março de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.643).

5. *Interposição do recurso de queixa perante a Corte Suprema de Justiça e concessão do segundo mandado de segurança a favor do pai*

53. Em 5 de abril de 2004, o pai das crianças apresentou perante a Corte Suprema do Chile um recurso de queixa contra os juízes do Tribunal de Recursos de Temuco, e solicitou que as crianças fossem mantidas provisoriamente sob seus cuidados. O pai das crianças argumentou que, por meio da sentença proferida, os juízes recorridos haviam cometido uma "falta e um abuso grave e notório", devido a: i) haver privilegiado os direitos da mãe sobre os das crianças; ii) haver faltado em seu dever legal de proteger sua vulnerabilidade; e iii) haver transgredido os princípios que regulamentam a avaliação consciente da prova nos julgamentos sobre assuntos de família.⁷⁰ Especificamente, o senhor López Allendes alegou que os juízes haviam ignorado todas as provas dos autos, que demonstrariam que a "exteriorização do comportamento lésbico produziu de forma direta e imediata em [M., V. e R.], uma confusão dos papéis sexuais, que interferiu e interferirá posteriormente no desenvolvimento de uma identidade sexual clara e definida".⁷¹ A Corte Suprema concedeu o mandado de segurança solicitado em 7 de abril de 2004.⁷²

6. *Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile*

54. Em 31 de maio de 2004, a Quarta Câmara da Corte Suprema de Justiça do Chile, em sentença dividida em três votos contra dois, acolheu o recurso de queixa, concedendo a guarda definitiva ao pai.⁷³

55. Em primeiro lugar, a Corte Suprema destacou que "em todas as medidas concernentes [às crianças], é primordial atender ao interesse superior da criança antes de outras considerações e direitos relativos aos pais, e que possam tornar necessário separá-la dos pais". Além disso, a Corte Suprema externou que o parágrafo primeiro do artigo 225 do Código Civil chileno, o qual dispõe que, caso os pais vivam separados, o cuidado pessoal dos filhos cabe à mãe, não é uma norma "absoluta e definitiva". Portanto, a Corte declarou que "o tribunal pode confiar o cuidado pessoal dos filhos ao outro pai, fazendo cessar a guarda de quem a exerce, na existência de uma 'causa qualificada' que torne indispensável adotar a resolução, sempre levando em conta o interesse do filho".

56. Em especial, a Corte Suprema concluiu que: i) "se ha[via] prescindido da prova testemunhal, produzida tanto nos autos do processo de guarda definitiva como nos autos do processo de guarda provisória, [...] com respeito à deterioração experimentada no ambiente social, familiar e educacional em que se desenvolve a vida das menores [de idade] desde que a mãe começou a conviver na casa com sua companheira homossexual, e a que as crianças poderiam ser objeto de discriminação social decorrente desse fato, pois as visitas de suas amigas à residência comum diminuíram e quase cessaram de um ano para outro"; ii) "o depoimento das pessoas próximas às menores, como as empregadas da casa, fazem referência a brincadeiras e atitudes das crianças, que mostram confusão diante da sexualidade materna, que não puderam deixar de perceber na convivência no lar com sua nova companheira"; iii) "não e[ra] possível desconhecer que a mãe das menores de [idade],

⁷⁰ Recurso de agravo e petição de mandado de segurança interpostos pelo senhor López Allendes, de 5 de abril de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.652 a 2.655).

⁷¹ Recurso de agravo e petição de mandado de segurança interpostos pelo senhor López Allendes em 5 de abril de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.654).

⁷² Cf. Concessão de mandado de segurança pela Corte Suprema do Chile em 7 de abril de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.666).

⁷³ Cf. Sentença da Quarta Câmara da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 22, folhas 2.669 a 2.677).

ao tomar a decisão de explicitar sua condição homossexual, como pode fazê-lo livremente toda pessoa no âmbito de seus direitos personalíssimos no gênero sexual, sem merecer por isso nenhuma reprovação ou censura jurídica, [...] ha[via] priorizado seus próprios interesses, postergando os das filhas, especialmente ao iniciar uma convivência com a companheira homossexual na mesma casa em que leva[va] a efeito a criação e o cuidado das filhas separadamente do pai destas”; e iv) “à parte os efeitos que essa convivência pode causar no bem-estar e desenvolvimento psíquico e emocional das filhas, consideradas as respectivas idades, a eventual confusão de papéis sexuais que nelas pode provocar a carência no lar de um pai do sexo masculino e sua substituição por outra pessoa do gênero feminino configura uma situação de risco para o desenvolvimento integral das menores, em relação à qual devem ser protegidas”.

57. A Corte Suprema considerou, além disso, que as crianças se encontravam numa “situação de risco” que as situava num “estado de vulnerabilidade em seu meio social, pois é evidente que seu ambiente familiar excepcional se diferencia[va] significativamente daquele em que vivem seus companheiros de escola e relações da vizinhança em que moram, expondo-as a ser objeto de isolamento e discriminação que igualmente afetará seu desenvolvimento pessoal”. Portanto, a Corte Suprema considerou que as condições descritas constituem “causa qualificada”, em conformidade com o artigo 225 do Código Civil, para justificar a entrega da guarda ao pai, dado que a situação atual configurava “um quadro que provoca o risco de danos, que poderiam se tornar irreversíveis para os interesses das menores [de idade], cuja proteção deve ter prioridade sobre qualquer outra consideração”. A Corte concluiu que os juízes recorridos falharam ao “não terem avaliado de maneira estritamente consciente os antecedentes probatórios do processo”, e ao “terem preterido o direito preferencial das menores de viver e desenvolver-se no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhes é próprio, ha[viam] incorrido em falta ou abuso grave, que deve ser corrigido mediante o acolhimento do presente recurso de agravo”.⁷⁴

58. Os dois juízes da Câmara da Corte Suprema que votaram pela rejeição do recurso de queixa apresentaram argumentos sobre a natureza desse recurso.⁷⁵ Além disso, os juízes dissidentes consideraram que, de acordo com o artigo 225 e a preferência que esse artigo estabelece pela mãe no cuidado dos filhos em casos de separação, “o juiz não pode modificar a norma geral do estabelecimento de cuidado dos filhos, por arbítrio ou com fundamentos sem justificação, levianos ou ambíguos, mas unicamente quando um exame restritivo da norma legal e dos antecedentes anexados mostre um ‘indispensável’ interesse da criança”.⁷⁶

⁷⁴ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.670, 2.671, 2.672 e 2.673).

⁷⁵ Salientaram, especificamente, que “não se trata de um recurso processual que habilite este Tribunal a resolver todas as questões de fato e de direito apresentadas pelas partes num pleito. É plenamente sabido que, de acordo com o artigo 545 do Código Orgânico de Tribunais, o recurso de queixa é um recurso disciplinar, cuja exclusiva finalidade é a correção das faltas ou abusos graves cometidos no proferimento de uma resolução jurisdicional, mediante a) sua invalidação; e b) a aplicação de medidas disciplinares aos juízes que incorreram na falta grave ou abuso constante da resolução anulada. Que, então, e descartando por imperativo legal que o recurso de agravo possa significar nesta Corte Suprema a abertura de uma terceira instância – que nosso sistema processual não aceita –, ou que fosse um meio idôneo para impor opiniões ou interpretações discutíveis, cabe examinar se os juízes impugnados incorreram em alguma falta ou abuso grave ao entregar à mãe, senhora Jacqueline Karen Atala Riffo, o cuidado de suas três filhas menores, [M., V. e R.]”. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004, voto contrário dos Ministros José Benquis C. e Orlando Álvarez H. (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.673 e 2.674).

⁷⁶ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004, voto dissidente/minoritário dos Ministros José Benquis C. e Orlando Álvarez H. (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.675). Nesse âmbito de análise, os juízes consideraram que: i) “não decorre dos autos examinados que exist[issem]

B. Considerações prévias

1. Consideração prévia sobre o objeto do caso perante a Corte Interamericana

Alegações das partes

59. A Comissão argumentou que o presente caso “se relaciona com a discriminação e ingerência arbitrária na vida particular da [senhora] Atala, ocorridas no contexto de um processo judicial sobre a guarda e cuidado de suas três filhas”, em virtude de supostamente a “orientação sexual [da senhora] Atala, e, principalmente, a expressão dessa orientação em seu projeto de vida, ter sido a base principal das decisões mediante as quais se resolveu retirar-lhe a custódia das crianças”.

60. Os representantes concordaram com as alegações gerais da Comissão e acrescentaram que “o processo iniciado perante o [S]istema [I]nteramericano [...] não teve nem tem por objetivo reabrir o processo de guarda e usar o [S]istema [I]nteramericano como uma quarta instância”. Além disso, argumentaram que “o Estado apresent[ou] a esta [...] Corte razões que a Corte Suprema não explicitou na sentença do recurso de queixa, apoiando-se em documentos de que a Corte Suprema teve conhecimento e que desconsiderou ao proferir a sentença”.

61. Por sua vez, o Estado argumentou que “não é verdadeiro que a razão pela qual os tribunais chilenos resolveram retirar a guarda da mãe para entregá-la ao pai, no caso das crianças López Atala, fora a orientação sexual” da senhora Atala. Em especial, o Estado alegou que “o objeto do processo de guarda [...] não foi a declaração de incapacidade da mãe, mas a determinação do pai ou mãe que nesse momento oferecesse melhores condições para assegurar o bem-estar das três crianças”. Nesse sentido, arguiu que “[n]ão é verdadeiro que o fundamento das referidas decisões fosse a orientação sexual da mãe ou somente sua expressão. Pelo contrário, de seu teor depreende-se [...] que o fundamento foi o interesse superior da criança, e que, nesse contexto, a orientação sexual da demandada foi considerada, entre outras circunstâncias, na medida em que sua expressão teve efeitos concretos adversos no bem-estar das crianças”. De acordo com o Estado, “a sentença da Corte Suprema decidiu que os tribunais inferiores incorreram em falta ou abuso grave ao infringir as regras de avaliação da prova, [...] pois [...] esses tribunais não ponderaram em seu conjunto o mérito da totalidade da prova”.

62. De maneira geral, o Estado alegou que no processo de guarda “exist[iam] abundantes provas [...] que comprov[avam] as melhores condições que o pai oferecia par[a] o bem-estar” das crianças. Concretamente, o Estado argumentou que “existia prova contundente que dava conta de que a demandada mostrava uma intensa atitude centrada em si mesma e características pessoais que dificultavam o exercício adequado de seu papel materno, circunstâncias que levaram a concluir que a mãe não oferecia um ambiente idôneo para o desenvolvimento das filhas”.

anteriores dos quais se pudesse especular que a mãe [...] houvesse maltratado ou negligenciado as filhas”; e ii) “dos pareceres que constam dos autos, tanto dos psicólogos como das assistentes sociais, infere-se que a homossexualidade da mãe não viola os direitos das crianças, nem priva aquela de exercer seu direito de mãe, já que de uma perspectiva psicológica ou psiquiátrica, no entender desses peritos, trata-se de uma pessoa absolutamente normal”. Portanto, os juízes concluíram que “retirar da mãe, somente por sua opção sexual, a guarda das filhas menores de idade – conforme solicitou o pai com base em avaliações puramente subjetivas – implica impor tanto àquelas como à mãe uma punição inominada e à margem da lei, além de discriminatória”.

63. Por outro lado, o Estado arguiu que, “a respeito do pai, havia evidência considerável [...] que garanti[ria]: i) sua dedicação e esmero no cuidado das filhas; ii) suas aptidões para o exercício da criação; iii) o ambiente favorável que oferecia para o bem-estar das filhas; e iv) a relação positiva que havia entre as crianças e a companheira do demandante”. Além disso, o Estado declarou que, ao examinar a prova constante dos autos, se evidenciaria que a decisão de guarda provisória “incluía também matérias alheias à referida orientação sexual, como a determinação do pai ou mãe que oferecia maior grau de compromisso e de atenção com as crianças”.

Considerações da Corte

64. Das alegações apresentadas pelo Estado, bem como da prova que consta dos autos, a Corte considera que no processo de guarda foram debatidos, *inter alia*, os seguintes aspectos: i) a orientação sexual da senhora Atala; ii) a personalidade da senhora Atala; iii) os supostos danos que teriam sido causados às crianças; e iv) a alegada prioridade que a senhora Atala daria a seus interesses pessoais. Por outro lado, em relação ao pai das crianças, expuseram-se, no âmbito do processo de guarda, argumentos favoráveis e contrários à possibilidade de oferecer maior bem-estar às crianças. O Estado considerou que a Corte Interamericana deve analisar a totalidade da prova apresentada no processo de guarda e não somente as sentenças proferidas pelos tribunais internos.

65. A esse respeito, o Tribunal reitera que a jurisdição internacional tem caráter subsidiário,⁷⁷ coadjuvante e complementar,⁷⁸ razão pela qual não desempenha funções de tribunal de “quarta instância”. A Corte não é um tribunal de alçada ou de recurso para dirimir as desavenças entre as partes quanto a alguns alcances da avaliação de prova ou da aplicação do direito interno em aspectos que não estejam diretamente relacionados ao cumprimento de obrigações internacionais de direitos humanos. É por isso que sustentou que, em princípio, “cabe aos tribunais do Estado o exame dos fatos e das provas apresentadas nas causas específicas”.⁷⁹

66. De acordo com o acima exposto, não cabe a este Tribunal determinar se a mãe, ou o pai, das três crianças oferecia um lar melhor para elas, ou avaliar prova com essa finalidade específica, pois isso se encontra fora do objeto deste caso, cujo propósito é definir se as autoridades judiciais violaram ou não obrigações estipuladas na Convenção. Do mesmo modo, e em virtude do caráter subsidiário do Sistema Interamericano, a Corte tampouco é competente para decidir sobre a guarda das três crianças, M., V. e R., porquanto se trata de matéria do direito interno chileno. Desse modo, a guarda atual das menores de idade não é matéria do presente caso.

2. *Consideração prévia sobre a participação das crianças M., V. e R.*

⁷⁷ Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru*. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C Nº 157, par. 6; e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C Nº 220, par. 16.

⁷⁸ No Preâmbulo da Convenção Americana sustenta-se que a proteção internacional é “de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”. Ver também *A Expressão “Leis” no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6, par. 26; e *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 28 *supra*, par. 61.

⁷⁹ *Caso Nogueira de Carvalho e outros Vs. Brasil*. Exceções Preliminares e Mérito. Sentença de 28 de novembro de 2006. Série C Nº 161, par. 8; e *Caso Cabrera García e Montiel Flores*, nota 77 *supra*, par. 16.

67. Na Resolução de 29 de novembro de 2011 (par. 12 *supra*), esta Corte salientou que em nenhuma parte dos autos havia uma manifestação precisa por parte das crianças M., V. e R. a respeito de sua concordância com a representação que exercia qualquer dos pais, e de seu desejo de serem consideradas supostas vítimas neste caso. A Corte ressaltou que, embora existissem dois escritos mediante os quais tanto o pai quanto a mãe declaravam que atuavam em representação das três crianças perante este Tribunal, a posição da mãe e do pai não necessariamente representavam os interesses das crianças.

68. Por outro lado, o Tribunal, na citada Resolução, salientou que as crianças exercem seus direitos de maneira progressiva na medida em que desenvolvem maior nível de autonomia pessoal, razão pela qual na primeira infância agem nesse sentido por meio dos familiares. Evidentemente, há grande variação no grau de desenvolvimento físico e intelectual, na experiência e na informação que cada criança possui. Portanto, na condução da diligência realizada segundo o disposto na mencionada Resolução (par. 13 *supra*) levou-se em conta que as três crianças têm nesse momento 12, 13 e 17 anos de idade e, conseqüentemente, poderiam existir diferenças de opinião e no nível de autonomia pessoal para o exercício dos direitos de cada uma delas. No presente caso, em 8 de fevereiro de 2012, foram ouvidas duas das crianças (par. 13 *supra*).

69. Durante essa diligência, o pessoal da Secretaria foi acompanhado pela psiquiatra María Alicia Espinoza.⁸⁰ Antes de realizar a diligência, a delegação da Secretaria da Corte manteve uma reunião prévia com essa psiquiatra, que consistiu numa troca de ideias com a finalidade de garantir que a informação prestada fosse acessível e apropriada para as crianças. Levando em conta as normas internacionais sobre o direito das crianças de serem ouvidas (pars. 196 a 200 *infra*), as crianças M. e R. foram, em primeiro lugar, informadas de maneira conjunta pelo pessoal da Secretaria sobre seu direito de serem ouvidas, os efeitos ou conseqüências que suas opiniões poderiam provocar no processo contencioso no presente caso, a posição e as alegações das partes no caso, e foram consultadas sobre o desejo de continuar participando da diligência. Posteriormente, em vez de realizar um exame unilateral, manteve-se uma conversa separada com cada criança, com o objetivo de oferecer-lhes um ambiente propício e de confiança. Durante a diligência nenhum dos pais e nenhuma das partes esteve presente. Além disso, a diligência realizada com as crianças foi privada em virtude do pedido de confidencialidade da identidade das crianças tanto por parte da Comissão e dos representantes no presente caso (nota 3 *supra*), como pela necessidade de proteger o interesse superior das crianças e seu direito à intimidade. Além disso, as crianças solicitaram expressamente que se mantivesse absoluta reserva sobre tudo que declarassem na reunião.

70. Durante a diligência realizada em 8 de fevereiro de 2012, as crianças M. e R. declararam que conheciam e entendiam os temas relacionados com as três alegadas violações pelas quais foram apresentadas como supostas vítimas no presente caso (pars. 150, 176, 178 e 201 *infra*). Com base nas declarações das duas crianças e levando em conta o desenvolvimento progressivo dos direitos das crianças, a Corte observa que duas das crianças expressaram de maneira livre e independente suas próprias opiniões e juízos formados sobre os fatos do caso que a elas concernem, bem como algumas de suas expectativas e interesses na solução deste caso. Portanto, a Corte as considerará supostas vítimas no presente caso (pars. 150, 176, 178 e 208 *infra*).

⁸⁰ Mediante escrito de 3 de fevereiro de 2012 o Estado apresentou observações a respeito da participação da psiquiatra Espinoza na diligência. A esse respeito, em 6 de fevereiro de 2012, seguindo instruções do Presidente da Corte, informou-se às partes que a psiquiatra Espinoza foi designada para acompanhar a delegação da Secretaria, caso fosse necessário. Também na ata transmitida às partes mencionou-se que, embora se houvesse previsto a participação da psiquiatra Espinoza como apoio, isso não foi necessário.

71. Como se informou anteriormente, a menina V. não participou dessa diligência por motivo de força maior (par. 13 *supra*). Com base nas considerações anteriores, o Tribunal não encontra elemento algum para considerar que a menina V. não se encontra na mesma condição de suas irmãs (pars. 150, 176, 178 e 208 *infra*). Entretanto, para efeitos das reparações, a autoridade nacional competente para a infância deverá constatar de maneira privada a opinião livre da menina V. sobre seu desejo de ser considerada parte lesada.

C. O direito à igualdade e à proibição de discriminação

Alegações das partes

72. Com relação à suposta violação dos artigos 24⁸¹ e 1.1⁸² da Convenção Americana, a Comissão alegou que "existe um amplo reconhecimento nos Estados americanos no sentido de que é proibida a discriminação com base na orientação sexual". Argumentou que "a orientação sexual [...] foi a sustentação da decisão da Corte Suprema de Justiça", em virtude da qual supostamente se determinou que a senhora Atala "não devia manter a guarda das filhas[, porquanto] convivia com uma pessoa do mesmo sexo". Acrescentou que se "praticou uma discriminação em detrimento da [senhora] Atala na aplicação da lei pertinente para a determinação de assuntos de família, com base numa expressão de sua orientação sexual, como a decisão de coabitar com uma companheira e estabelecer uma vida com ela". Acrescentou também que a "decisão de guarda provisória [...] constituiu uma discriminação praticada com base na orientação sexual da senhora Atala". Por outro lado, declarou que "no Direito Constitucional Comparado, foi usada a figura de "categoria suspeita" e, conseqüentemente, adotou-se uma interpretação restritiva nos casos relacionados com a orientação sexual".

73. Os representantes ressaltaram que os Estados "firmaram a Convenção Americana com uma cláusula aberta de não discriminação, não podendo, portanto, alegar agora que seu nível de desenvolvimento político social não lhes permite entender que se incluía a orientação sexual entre as razões que proíbem a discriminação". Alegaram que "[a] decisão do recurso de queixa resulta [...] num processo de averiguação da [senhora] Atala e de sua vida privada, sem considerar suas habilidades maternas, que eram o tema a ser considerado". Observaram que esse "processo de averiguação [não se realizou] na vida do [senhor] López, sobre quem nada se sabe, questiona ou investiga, ou de suas habilidades paternas". Portanto, consideraram que "[esse] único fato constitui um tratamento diferenciado não contemplado no direito chileno, e claramente proibido pelo Direito Internacional". Além disso, alegaram que "[a] Corte Suprema do Chile [...] cri[ou] uma categoria de pessoas que por sua natureza unicamente, sem importar seu comportamento, não estariam aptas a cuidar dos próprios filhos, equiparando-as com situações de maus-tratos e descuido".

74. O Estado argumentou que "o [S]istema [Interamericano de Direitos Humanos] requer a credibilidade e a confiança dos Estados membros. Uma relação de confiança

⁸¹ O artigo 24 da Convenção (Igualdade perante a lei) dispõe que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

⁸² O artigo 1.1 da Convenção Americana (Obrigação de respeitar os direitos) dispõe que:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

recíproca pode ser afetada se a Corte assume um papel demasiadamente regulador, sem levar em consideração o sentimento majoritário dos Estados”. O Estado alegou que “ao firmar a [Convenção Americana], os Estados membros consentiram em obrigar-se a suas disposições. Embora a interpretação jurídica possa ser flexível e a linguagem dos direitos humanos reconheça seu desenvolvimento progressivo, os Estados emprestaram seu consentimento a uma ideia de direitos humanos que levava em consideração certos tipos de violação, e não outras que nesse momento não existiam. Caso seja necessário ampliar o alcance do Tratado, em matérias em que não há um consenso mínimo, essa convenção [Convenção Americana] estabelece um procedimento para a incorporação de protocolos que protejam outros direitos”.

75. O Estado também salientou “que a orientação sexual não era uma categoria suspeita sobre a qual houvesse um consenso em 2004”, quando foi proferida a sentença da Corte Suprema no presente caso. Alegou que “não seria procedente exigir [da Corte Suprema do Chile] a aplicação de um teste de escrutínio restrito para uma categoria na qual o consenso interamericano é recente”. Acrescentou que “o estabelecimento de uma 'super categoria suspeita', como seria neste caso a orientação sexual de um dos pais ou outras semelhantes, pode terminar por deslocar o centro de um processo de família para a consideração prioritária dos direitos dos pais em detrimento do bem superior da criança no caso concreto”.

76. Finalmente, o Estado alegou que “não é arbitrária a decisão que, declarando a mãe legalmente habilitada, resolveu [...] acolher a demanda de cuidado pessoal interposta pelo pai, com fundamento no interesse superior das crianças e seu melhor bem-estar”. Mencionou que “[n]ão é verdadeiro que o fundamento das referidas decisões fosse a orientação sexual da mãe ou somente sua expressão” e que “a orientação sexual da demandada foi considerada, entre outras circunstâncias, na medida em que sua expressão teve efeitos concretos adversos no bem-estar das crianças”.

Considerações da Corte

77. Para resolver essas controvérsias a Corte analisará: 1) o alcance do direito à igualdade e à não discriminação; 2) a orientação sexual como categoria protegida pelo artigo 1.1 da Convenção Americana; 3) se existiu neste caso uma diferença de tratamento, com base na orientação sexual; e 4) se essa diferença de tratamento constituiu discriminação, para o que se avaliarão, de forma estrita, as razões que se alegaram para justificar essa diferença de tratamento, em virtude do interesse superior da criança e das presunções de risco e dano em detrimento das três crianças.

1. Direito à igualdade e à não discriminação

78. A Corte estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral, cujo conteúdo se estende a todas as disposições do Tratado, e dispõe a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos “sem discriminação alguma”, ou seja, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório com respeito ao exercício de qualquer dos direitos garantidos na Convenção é com ela incompatível *per se*.⁸³

⁸³ Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à Naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 53; e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C Nº 214, par. 268.

79. Sobre o princípio de igualdade perante a lei e a não discriminação, a Corte salientou⁸⁴ que a noção de igualdade se infere diretamente da unidade de natureza do gênero humano, e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente à qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, leve a que seja tratado com privilégio; ou que, ao contrário, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou de qualquer forma o afaste do gozo de direitos que de fato se reconhecem àqueles que não se consideram incursos nessa situação. A jurisprudência da Corte também ressaltou que na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*. Sobre ele descansa a estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico.⁸⁵

80. Além disso, o Tribunal estabeleceu que os Estados devem abster-se de realizar ações que de alguma maneira se destinem, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*.⁸⁶ Os Estados são obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou modificar situações discriminatórias existentes na sociedade em detrimento de determinado grupo de pessoas. Isso implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer com relação a ações e práticas de terceiros que, com sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias.⁸⁷

81. A Convenção Americana, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, não dispõe uma definição explícita do conceito de "discriminação". Tomando por base as definições de discriminação estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial⁸⁸ e o artigo 1.1 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,⁸⁹ o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado "Comitê de Direitos Humanos") definiu a discriminação como:

toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenha por

⁸⁴ Cf. Parecer Consultivo OC-4/84, nota 83 *supra*, par. 55.

⁸⁵ Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A Nº 18, par. 10;1 e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 83 *supra*, par. 269.

⁸⁶ Cf. Parecer Consultivo OC-18/03, nota 85 *supra*, par. 103; e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 83 *supra*, par. 271.

⁸⁷ Cf. Parecer Consultivo OC-18/03, nota 85 *supra*, par. 104; *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 83 *supra*, par. 271; e Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, Observação Geral nº 18, Não discriminação, de 10 de novembro de 1989, CCPR/C/37, par. 6.

⁸⁸ O artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial dispõe: "Na presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública".

⁸⁹ O artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher dispõe: "Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo".

objeto ou como resultado anular ou depreciar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.⁹⁰

82. A Corte reitera que, enquanto a obrigação geral do artigo 1.1 se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir "sem discriminação" os direitos consagrados na Convenção Americana, o artigo 24 protege o direito à "igual proteção da lei",⁹¹ ou seja, o artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito ou de fato, não só quanto aos direitos consagrados nesse Tratado, mas no que diz respeito a todas as leis que o Estado aprove e sua aplicação. Em outras palavras, caso um Estado discriminasse no respeito ou garantia de um direito convencional, descumpriria a obrigação estabelecida no artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Caso, ao contrário, a discriminação se referisse a uma proteção desigual da lei interna ou sua aplicação, o fato deveria ser analisado à luz do artigo 24 da Convenção Americana.⁹²

2. *A orientação sexual como categoria protegida pelo artigo 1.1 da Convenção Americana*

83. A Corte estabeleceu, assim como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação acompanhará a evolução dos tempos e as condições de vida do momento.⁹³ Tal interpretação evolutiva é consequente com as normas gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da Convenção Americana bem como naquelas estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.⁹⁴

84. Nesse sentido, ao interpretar a expressão "qualquer outra condição social" do artigo 1.1. da Convenção, deve-se sempre escolher a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano.⁹⁵

85. Os critérios específicos em virtude dos quais é proibido discriminar, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana, não são uma relação taxativa ou restritiva, mas meramente exemplificativa. Pelo contrário, a redação desse artigo deixa critérios em aberto os com a inclusão do termo "outra condição social" para assim incorporar outras categorias que não tivessem sido explicitamente citadas. A expressão "qualquer outra condição social" do artigo 1.1. da Convenção deve ser, conseqüentemente, interpretada pela Corte na perspectiva da

⁹⁰ Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, Observação Geral nº 18, Não discriminação, nota 87 *supra*, par. 6.

⁹¹ *Cf.* Parecer Consultivo OC-4/84, nota 83 *supra*, par. 53 e 54; e *Caso Barbani Duarte e outros Vs. Uruguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C Nº 234, par. 174.

⁹² *Mutatis mutandi, Caso Apitz Barbera e outros ("Primeiro Tribunal do Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Exceção preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C Nº 182, par. 209; e *Caso Barbani Duarte e outros*, nota 91 *supra*, par. 174.

⁹³ *Cf. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99, de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 114; e *Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 134, par. 106. No Tribunal Europeu ver T.E.D.H., *Caso Tyrer Vs. Reino Unido*, (nº 5.856/72), Sentença de 25 de abril de 1978, par. 31.

⁹⁴ *Cf.* Parecer Consultivo OC-16/99, nota 93 *supra*, par. 114; e *Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*, nota 93 *supra*, par. 106.

⁹⁵ *Cf. Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-5/85, de 13 de novembro de 1985. Série A Nº 5, par. 52; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 93 *supra*, par. 106.

opção mais favorável à pessoa e da evolução dos direitos fundamentais no Direito Internacional Contemporâneo.⁹⁶

86. A esse respeito, no Sistema Interamericano, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (doravante denominada "OEA") aprovou, desde 2008, em seus períodos de sessões anuais, quatro resoluções sobre a proteção das pessoas contra tratamentos discriminatórios com base na orientação sexual e identidade de gênero, mediante as quais exigiu a adoção de medidas concretas para uma proteção eficaz contra atos discriminatórios.⁹⁷

87. A respeito da inclusão da orientação sexual como categoria de discriminação proibida, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos esclareceu que a orientação sexual é "outra condição" mencionada no artigo 14⁹⁸ da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (doravante denominada "Convenção Europeia"), que proíbe tratamentos discriminatórios.⁹⁹ Especificamente, no *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, o Tribunal Europeu concluiu que a orientação sexual é um conceito que se encontra abrigado no artigo 14 da Convenção Europeia. Além disso, reiterou que a lista de categorias que figura no citado artigo é exemplificativa e não exaustiva.¹⁰⁰ No

⁹⁶ Cf. Parecer Consultivo OC-16/99, nota 93 *supra*, par. 115.

⁹⁷ Cf. AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 7 de junho de 2011 ("A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar a discriminação contra pessoas, por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, e instar os Estados, de acordo com os parâmetros das instituições jurídicas de seu ordenamento interno, a adotar as medidas necessárias para prevenir, punir e erradicar tal discriminação."); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 8 de junho de 2010 ("A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar os atos de violência, bem como as violações de direitos humanos de pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero e instar os Estados a que investiguem esses atos e assegurem que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça. 2. Incentivar os Estados a que tomem todas as medidas necessárias para assegurar que não sejam cometidos atos de violência ou outras violações de direitos humanos contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero e assegurar o acesso à justiça por parte das vítimas em condições de igualdade. 3. Incentivar os Estados membros a que considerem meios de combater a discriminação contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero."); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 4 de junho de 2009 ("A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar os atos de violência e as violações de direitos humanos correlatas, perpetrados contra indivíduos e motivados pela orientação sexual e identidade de gênero. 2. Urgir os Estados a assegurar que se investiguem os atos de violência e as violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero e que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça."), e AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 3 de junho de 2008 ("A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.").

⁹⁸ Artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos: "O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação".

⁹⁹ Cf. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (nº 33.290/96), Sentença de 21 de dezembro de 1999. Final, 21 de março de 2000, par. 28; *Caso L. e V. Vs. Áustria* (nº 39.392/98 e 39.829/98), Sentença de 9 de janeiro de 2003. Final, 9 de abril de 2003, par. 45; *Caso S. L. Vs. Áustria*, (nº 45.330/99), Sentença de 9 de janeiro de 2003. Final, 9 de abril de 2003, par. 37; e *Caso E.B. Vs. França*, (nº 43.546/02), Sentença de 22 de janeiro de 2008, par. 50.

¹⁰⁰ Cf. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, nota 99 *supra*, par. 28 ("a orientação sexual da requerente [...] [é] um conceito que o artigo 14 da Convenção sem dúvida abrange. O Tribunal reitera a esse respeito que a relação constante da referida disposição é exemplificativa e não exaustiva, conforme mostram as palavras [...] qualquer motivo tais como [...]"). Ver também T.E.D.H., *Caso Fretté Vs. França*, (nº 36.515/97), Sentença de 26 de fevereiro de 2002. Final, 26 de maio de 2002, par. 32; T.E.D.H., *Caso Kozak Vs. Polônia* (nº 13.102/02), Sentença de 2 de março de 2010. Final, 2 de junho de 2010, par. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, (nº 37.060/06), Sentença de 28 de setembro de 2010. Final, 28 de dezembro de 2010, par. 55; e *Caso Alekseyev Vs.*

Caso Clift Vs. Reino Unido, o Tribunal Europeu também reiterou que a orientação sexual, como uma das categorias que pode ser incluída em “outra condição”, é outro exemplo específico das que se encontram na citada lista, que são consideradas características pessoais no sentido de que são inatas ou inerentes à pessoa.¹⁰¹

88. No âmbito do Sistema Universal de Proteção dos Direitos humanos, o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais qualificaram a orientação sexual como uma das categorias de discriminação proibida, consideradas nos artigos 2.1¹⁰² do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e 2.2¹⁰³ do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A esse respeito, o Comitê de Direitos Humanos salientou, no *Caso Toonen Vs. Austrália*, que a referência à categoria “sexo” incluiria a orientação sexual das pessoas.¹⁰⁴ Do mesmo modo, o Comitê de Direitos Humanos expressou sua preocupação quanto a diversas situações discriminatórias relacionadas com a orientação sexual das pessoas, o que já manifestou reiteradamente em suas observações finais sobre os relatórios apresentados pelos Estados.¹⁰⁵

Rússia, (nº 4.916/07, 25.924/08 e 14.599/09), Sentença de 21 de outubro de 2010. Final, 11 de abril de 2011, par. 108 (“A Corte reitera que a orientação sexual é um conceito inserido no artigo 14”).

¹⁰¹ Cf. T.E.D.H., *Caso Clift Vs. Reino Unido* (nº 7.205/07), Sentença de 13 de julho de 2010. Final, 22 de novembro de 2010, par. 57 (“the Court has considered to constitute [] other status[] characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent”). Entretanto, o Tribunal Europeu decidiu não limitar com isso o conceito de “outra condição” a que as características da pessoa sejam inerentes ou inatas. Cf. T.E.D.H., *Caso Clift*, nota 101 *supra*, par. 58 (“However, in finding violations of Article 14 in a number of other cases, the Court has accepted that “status” existed where the distinction relied upon did not involve a characteristic which could be said to be innate or inherent, and thus [] personal[] in the sense discussed above”).

¹⁰² Artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem distinção alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

¹⁰³ Artigo 2.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

¹⁰⁴ Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, *Toonen Vs. Austrália*, Comunicação nº 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, de 4 de abril de 1992, par. 8.7 (“The State party has sought the Committee's guidance as to whether sexual orientation may be considered an “other status” for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to “sex” in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation”). Ver também *X Vs. Colômbia*, Comunicação nº 1.361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, de 14 de maio de 2007, par. 7.2. (“The Committee recalls its earlier jurisprudence that the prohibition against discrimination under article 26 comprises also discrimination based on sexual orientation”). No mesmo sentido, Comitê de Direitos Humanos, *Edward Young Vs. Austrália*, Comunicação nº 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, de 18 de setembro de 2003, par. 10.4. Ver também Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, *Observações finais, Polônia*, CCPR/C/79/Add.110, de 25 de julho de 1999, par. 23.

¹⁰⁵ Cf., *inter alia*, Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, *Observações finais, Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, de 17 de abril de 2007, par. 16 (“Embora observe com satisfação a revogação das disposições que puniam as relações homossexuais entre adultos responsáveis, o Comitê continua preocupado com a discriminação de que são objeto certas pessoas devido a sua orientação sexual, entre outros âmbitos, frente aos tribunais e no acesso à saúde (artigos 2 e 26 do Pacto). O Estado Parte deveria garantir a todas as pessoas a igualdade dos direitos estabelecidos no Pacto, independentemente de sua orientação sexual, inclusive a igualdade perante a lei e no acesso aos serviços de saúde. Também deveria colocar em prática programas de sensibilização com a finalidade de combater os preconceitos sociais”); *Observações finais, Barbados*, CCPR/C/BRB/CO/3, de 14 de maio de 2007, par. 13 (“O Comitê expressa sua preocupação com a discriminação que sofrem os homossexuais no Estado Parte e, em particular, pela punição dos atos sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (artigo 26)”); *Observações finais, Estados Unidos da América*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, de 18 de dezembro de 2006, par. 25 (“Também observa com preocupação que em muitos Estados não se proibiu a discriminação no emprego por motivo de orientação sexual (artigos 2 e 26). O Estado Parte deveria aceitar a obrigação jurídica, em virtude dos artigos 2 e

89. Por sua vez, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determinou que a orientação sexual pode ser enquadrada em "outra condição social".¹⁰⁶ O Comitê dos Direitos da Criança,¹⁰⁷ o Comitê contra a Tortura¹⁰⁸ e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher¹⁰⁹ também fizeram referências, no âmbito de suas observações gerais e recomendações, a respeito da inclusão da orientação sexual como uma das categorias de discriminação proibida.

90. A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 22 de dezembro de 2008, a "Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero", reafirmando o "princípio de não discriminação, que exige que os direitos humanos se apliquem de maneira igual a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero".¹¹⁰ Também foi apresentada, em 22 de março de 2011, perante o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, a "Declaração

26, de garantir a todas as pessoas os direitos amparados pelo Pacto, bem como a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei, sem discriminação por motivo de orientação sexual"); *Observações finais, El Salvador, CCPR/CO/78/SLV*, 22 de agosto de 2003, par. 16 ("O Comitê expressa sua preocupação com os casos de pessoas atacadas, e também mortas, por motivo de orientação sexual (artigo 9), com o baixo número de investigações em relação a esses atos ilícitos e com as disposições existentes (como a "Legislação Contravencional" de caráter local) utilizadas para discriminar as pessoas em razão de sua orientação sexual (artigo 26)").

¹⁰⁶ Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 20. A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2, par. 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/GC/20, de 2 de julho de 2009, par. 32 ("Em 'qualquer outra condição social', tal como figura no artigo 2.2 do Pacto, inclui a orientação sexual"). Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 18. O direito ao trabalho, E/C.12/GC/18, de 6 de fevereiro de 2006, par. 12 ("em virtude do parágrafo 2 do artigo 2, bem como do artigo 3, o Pacto proíbe toda discriminação no acesso ao trabalho e na manutenção deste por motivos de [...] orientação sexual"); Observação nº 15. O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2002/11, de 20 de janeiro de 2003, par. 13 ("o Pacto proíbe toda discriminação por motivo de [...] orientação sexual"); Observação Geral nº 14. O direito a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2000/4, de 11 de agosto de 2000, par. 18 ("Em virtude do disposto no parágrafo 2 do artigo 2 e no artigo 3, o Pacto proíbe toda discriminação no que se refere ao acesso à atenção de saúde e aos fatores determinantes básicos de saúde, bem como aos meios e direitos para consegui-los, por motivos de [...] orientação sexual").

¹⁰⁷ Cf. Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 3. O HIV/AIDS e os Direitos da Criança, CRC/GC/2003/3, de 17 de março de 2003, par. 8 ("é preocupante a discriminação com base nas preferências sexuais"); Observação Geral nº 4. A saúde e o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança, CRC/GC/2003/4, de 21 de julho de 2003, par. 6 ("Os Estados Partes têm a obrigação de garantir a todos os seres humanos com menos de 18 anos o desfrute de todos os direitos enunciados na Convenção, sem distinção alguma (artigo 2), independentemente de "raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança". Dev[e]-se acrescentar também a orientação sexual").

¹⁰⁸ Cf. Nações Unidas, Comitê contra a Tortura, Observação Geral nº 2. Aplicação do artigo 2 pelos Estados Partes, CAT/C/GC/2, de 24 de janeiro de 2008, par. 20 e 21 ("O princípio de não discriminação é básico e geral na proteção dos direitos humanos e fundamental para a interpretação e aplicação da Convenção. [...] Os Estados Partes devem zelar por que, no âmbito das obrigações que contraíram em virtude da Convenção, suas leis se apliquem na prática a todas as pessoas, qualquer que se[ja] sua [...] orientação sexual").

¹⁰⁹ Cf. Nações Unidas, Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 27 sobre a mulher idosa e a proteção de seus direitos humanos, CEDAW/C/GC/27, de 16 de dezembro de 2010, par. 13 ("A discriminação que sofrem as mulheres idosas com frequência é de caráter multidimensional, ao somar-se a discriminação por [...] orientação sexual"); e Projeto de Recomendação Geral nº 28 relativa ao artigo 2 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, CEDAW/C/GC/28, de 16 de dezembro de 2010, par. 18 ("A discriminação contra a mulher por motivo de sexo e gênero está vinculada de maneira indivisível a outros fatores que afetam a mulher, como raça, origem étnica, religião ou crenças, saúde, condição, idade, classe, casta, orientação sexual").

¹¹⁰ Nações Unidas, Declaração sobre os Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, Assembleia Geral das Nações Unidas, A/63/635, de 22 de dezembro de 2008, par. 3.

conjunta para pôr fim aos atos de violência e às violações de direitos humanos correlatas dirigidas às pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero".¹¹¹ Em 15 de junho de 2011, esse mesmo Conselho aprovou uma resolução sobre "direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero", na qual expressou a "grave preocupação com os atos de violência e discriminação, em todas as regiões do mundo, [cometidos] contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero".¹¹² A proibição da discriminação por orientação sexual foi ressaltada também em numerosos relatórios dos relatores especiais das Nações Unidas.¹¹³

91. Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 *supra*), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias

¹¹¹ Nações Unidas, Declaração conjunta para pôr fim aos atos de violência e às violações de direitos humanos correlatas dirigidas às pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero, apresentada pela Colômbia, no 16º período de sessões do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 22 de março de 2011. Disponível em <http://www.iglhr.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf> (último acesso em 22 de fevereiro de 2012).

¹¹² Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, Resolução a respeito de direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, A/HRC/17/L.9/Rev.1, de 15 de junho de 2011.

¹¹³ *Cf.*, entre outros relatórios, Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, E/CN.4/2004/49, de 16 de fevereiro de 2004, par. 32 e 38 ("As normas internacionais de direitos humanos proíbem toda discriminação no acesso à atenção de saúde e a seus fatores determinantes básicos, bem como aos meios para consegui-los, por motivo de orientação sexual [...]. As normas jurídicas internacionais relativas aos direitos humanos excluem por completo a discriminação por razões de orientação sexual"). Ver também o Relatório da Relatora Especial sobre a liberdade de religião ou crença, A/HRC/6/5, de 20 de julho de 2007, par. 28; Relatório do Relator Especial sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância, Missão ao Brasil, E/CN.4/2006/16/Add. 3, de 28 de fevereiro de 2006, par. 40; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências; Integração dos direitos humanos da mulher e da perspectiva de gênero: Violência contra a mulher, inter-relações entre a violência contra a mulher e o HIV/AIDS, E/CN.4/2005/72, de 17 de janeiro de 2005, par. 27 e 58; Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas com os desaparecimentos e as execuções sumárias, E/CN.4/2003/3, de 13 de janeiro de 2003, par. 66 e 67; Relatório provisório da Relatora Especial da Comissão de Direitos Humanos sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, A/57/138, de 2 de julho de 2002, par. 37; Relatório da Representante Especial do Secretário-Geral sobre a questão dos defensores dos direitos humanos, E/CN.4/2001/94, de 26 de janeiro de 2001, par. 89, g; Relator Especial sobre a independência de juízes e advogados, Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas com: a independência do Poder Judiciário, a administração de justiça, a impunidade, Missão ao Brasil, E/CN.4/2005/60/Add. 3, de 22 de fevereiro de 2005, par. 28; Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, A/56/156, de 3 de julho de 2001, par. 17 a 25; Relatório sobre os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas com a tortura e a detenção, E/CN.4/2002/76, de 27 de dezembro de 2001, pág. 14; Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, E/CN.4/2004/56, de 23 de dezembro de 2003, par. 64; Relatório do Relator Especial sobre a venda de crianças, prostituição infantil e a utilização de crianças na pornografia, E/CN.4/2004/9, de 5 de janeiro de 2004, par. 118; e Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária, Parecer nº 7/2002 (Egito), E/CN.4/2003/8/Add. 1, de 24 de janeiro de 2003, pág. 72, par. 28. No âmbito do Direito Comparado, alguns Estados proíbem explicitamente a discriminação por orientação sexual em suas Constituições (por exemplo, África do Sul, Bolívia, Equador, Kosovo, Portugal, Suécia e Suíça, entre outros Estados) ou por meio de leis, como, por exemplo, em matéria de direito de família, destinadas a conceder aos homossexuais os mesmos direitos dos heterossexuais. Por exemplo, na Argentina, mediante os artigos 2 e 4 da Lei nº 26.618, de 21 de julho de 2010, ficou estabelecido que: "O casamento terá os mesmos requisitos e efeitos, independentemente de que os contraentes sejam do mesmo sexo ou de sexo diferente" e que "em casos de casamento constituídos por dois cônjuges do mesmo sexo, na falta de acordo, o juiz resolverá [sobre a guarda] levando em conta o interesse do menor". O Uruguai aprovou a Lei nº 18.246 (Diário Oficial nº 27.402, de 10 janeiro de 2008), que reconhece as uniões civis ("uniões concubinárias") de casais do mesmo sexo. Em 2009, mediante a Lei nº 18.590, (Diário Oficial nº 27.837, de 26 de outubro de 2009), autorizou-se a adoção conjunta por parte de casais em união civil.

protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.

92. No que diz respeito ao argumento do Estado de que até a data do proferimento da sentença da Corte Suprema não teria havido consenso a respeito da orientação sexual como categoria de discriminação proibida, a Corte ressalta que a suposta falta de consenso interno de alguns países sobre o respeito pleno aos direitos das minorias sexuais não pode ser considerado argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes os direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias tem sofrido.¹¹⁴ O fato de que esta pudesse ser matéria controversa em alguns setores e países, e de que não seja necessariamente matéria de consenso, não pode levar o Tribunal a abster-se de decidir, pois ao fazê-lo deve ater-se única e exclusivamente às disposições das obrigações internacionais contraídas por decisão soberana dos Estados por meio da Convenção Americana.

93. Um direito reconhecido das pessoas não pode ser negado ou restringido a ninguém, e sob nenhuma circunstância com base em sua orientação sexual. Isso violaria o artigo 1.1. da Convenção Americana. O instrumento interamericano veta a discriminação em geral, nele incluindo categorias como as da orientação sexual, que não pode servir de sustentação para negar ou restringir nenhum dos direitos dispostos na Convenção.

3. Diferença de tratamento com base na orientação sexual

¹¹⁴ De acordo com diversas fontes do Direito Internacional e do Direito Comparado, essa discriminação contra a comunidade de Lésbicas, Gays, Transexuais, Bissexuais e Intersexuais (doravante denominada "LGTBI") é inaceitável porque: i) a orientação sexual constitui um aspecto essencial da identidade de uma pessoa (par. 139 *infra*). Também: II) a comunidade LGBTI tem sido discriminada historicamente e é comum o uso de estereótipos no tratamento dessa comunidade. Cf. Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, E/CN.4/2004/49, de 16 de fevereiro de 2004, par. 33 ("a discriminação e a estigmatização continuam representando uma grave ameaça à saúde sexual e reprodutiva de muitos grupos, como [...] as minorias sexuais"); Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, E/CN.4/2004/56, de 23 de dezembro de 2003, par. 64 ("As atitudes e crenças derivadas de mitos e medos relacionados com o HIV/AIDS e a sexualidade contribuem para a estigmatização e a discriminação contra as minorias sexuais. Além disso, a percepção de que os membros dessas minorias não respeitam as barreiras sexuais ou questionam os conceitos predominantes do papel atribuído a cada sexo parece contribuir para sua vulnerabilidade à tortura como forma de 'castigar' seu comportamento não aceito"). Por outro lado: iii) constituem uma minoria para a qual é muito mais difícil eliminar as discriminações em âmbitos como o legislativo, bem como evitar repercussões negativas na interpretação de normas por funcionários dos ramos executivo ou legislativo e no acesso à justiça. Cf. Relatório Especial sobre a Independência de Juízes e Advogados, Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas com: A independência do Poder Judiciário, a administração de justiça, a impunidade, Missão ao Brasil, E/CN.4/2005/60/Add. 3, de 22 de fevereiro de 2005, par. 28 ("Travestis, transexuais e homossexuais são também, com frequência, vítimas de episódios de violência e discriminação. Quando recorrem ao sistema judicial encontram, com frequência, os mesmos preconceitos e estereótipos da sociedade reproduzidos ali"), e Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-481, de 9 de setembro de 1998. Finalmente: iv) a orientação sexual não constitui um critério racional para a distribuição ou divisão racional e equitativa de bens, direitos ou cargas sociais. Cf. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-481, de 9 de setembro de 1998, par. 25. Nessa sentença, com respeito ao direito dos professores de colégios públicos a não serem despedidos por sua condição homossexual, a Corte Constitucional colombiana salientou que afastar um professor do trabalho por essa razão se fundamenta "num preconceito sem nenhuma justificação empírica, que denota a injusta estigmatização que afetou essa população e que se invocou para impor-lhe ônus ou privá-la de direitos, em detrimento de suas possibilidades de participação em âmbitos tão relevantes da vida social e econômica" (par. 29). Por sua vez, a sentença C-507, de 1999, declarou inconstitucional uma norma que estabelecia como falta disciplinar o homossexualismo nas forças armadas. Na sentença C-373, de 2002, a Corte Constitucional da Colômbia declarou inconstitucional uma norma que dispunha como causa de incapacidade para exercer o cargo de escrivão ter sido punido disciplinarmente pelo delito de "homossexualismo".

94. O Tribunal ressalta que para comprovar que uma diferenciação de tratamento foi utilizada em uma decisão particular não é necessário que a totalidade dessa decisão esteja baseada “fundamental e unicamente” na orientação sexual da pessoa, pois basta constatar que de maneira explícita ou implícita se levou em conta, até certo grau, a orientação sexual da pessoa para adotar determinada decisão.¹¹⁵

95. No presente caso, alega-se um suposto tratamento discriminatório com respeito a dois fatos diferentes no âmbito do processo de guarda: i) a sentença que decidiu o recurso de queixa; e ii) a decisão de guarda provisória. Para determinar se houve vínculo ou nexo causal ou decisivo entre a orientação sexual da senhora Atala e as decisões da Corte Suprema de Justiça do Chile e do Juizado de Menores de Villarrica, é necessário analisar os argumentos expostos pelas autoridades judiciais nacionais, suas condutas, a linguagem utilizada e o contexto em que foram proferidas as decisões judiciais, com o objetivo de estabelecer se a diferença de tratamento se fundamentou na orientação sexual.¹¹⁶ A esse respeito, no *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, o Tribunal Europeu concluiu que o tribunal interno, ao considerar a convivência do pai com outro homem, tomou a orientação sexual do peticionário como um fator decisivo para a sentença judicial final.

96. Com relação ao contexto do processo judicial de guarda, a Corte observa que a demanda de guarda foi interposta na suposição de que a senhora Atala “não esta[va] capacitada para cuidar d[as três crianças, e por elas zelar, porque] sua nova opção de vida sexual, somada a uma convivência lésbica com outra mulher, est[ava] provocando [...] consequências danosas ao desenvolvimento dessas menores [de idade], pois a mãe não ha[via] demonstrado interesse algum em proteger [...] o desenvolvimento integral das crianças, e por ele zelar”.¹¹⁷ Portanto, o processo de guarda girou, além de outras considerações, em torno da orientação sexual da senhora Atala e das supostas consequências que a convivência com sua companheira poderia trazer para as três crianças, razão pela qual essa consideração foi central na discussão entre as partes e nas principais decisões judiciais do processo (pars. 41 e 56 *supra*).

97. Em especial, o Tribunal constata que a Corte Suprema de Justiça do Chile invocou as seguintes razões para fundamentar sua sentença: i) a suposta “deterioração experimentada no ambiente social, familiar e educacional em que se desenvolve[va] a vida das menores [de idade] desde que a mãe começou a conviver na casa com sua companheira homossexual” e os “efeitos que essa convivência p[odia] provocar no bem-estar e desenvolvimento psíquico e emocional das filhas”; ii) a alegada existência de uma “situação de risco para o desenvolvimento integral das menores [de idade] em relação à qual dev[iam] ser protegidas” pela “eventual confusão de papéis sexuais que nelas p[odia] provocar a carência no lar de um pai do sexo masculino e sua substituição por outra pessoa do gênero feminino”; iii) a suposta existência de “uma situação de vulnerabilidade no meio social” pelo suposto risco de uma estigmatização social; e iv) a priorização dos interesses da senhora Atala em relação aos das menores de idade “ao tomar a decisão de explicitar sua condição

¹¹⁵ Cf. T.E.D.H., *Caso E.B.*, nota 99 *supra*, pars. 88 e 89 (“notwithstanding the precautions taken by the Nancy Administrative Court of Appeal, and subsequently by the Conseil d’Etat, to justify taking account of the applicant’s [„]lifestyle[‘], the inescapable conclusion is that her sexual orientation was consistently at the centre of deliberations in her regard and omnipresent at every stage of the administrative and judicial proceedings. The Court considers that the reference to the applicant’s homosexuality was, if not explicit, at least implicit. The influence of the applicant’s avowed homosexuality on the assessment of her application has been established and, having regard to the foregoing, was a decisive factor leading to the decision to refuse her authorisation to adopt”).

¹¹⁶ Cf. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, nota 99 *supra*, pars. 28 e 31; e *Caso E.B.*, nota 99 *supra*, par. 85.

¹¹⁷ Demanda de guarda interposta perante o Juizado de Letras de Menores de Villarrica em 14 de janeiro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 1, folha 2.500).

homossexual”.¹¹⁸ Esses argumentos e a linguagem utilizada mostram um vínculo entre a sentença e o fato de que a senhora Atala vivia com uma companheira do mesmo sexo, o que mostra que a Corte Suprema atribuiu relevância significativa à sua orientação sexual.

98. A respeito da decisão de guarda provisória, o Tribunal observa que o Juizado de Menores de Villarrica¹¹⁹ utilizou como fundamentos: i) que supostamente a senhora Atala havia privilegiado seus interesses acima do bem-estar das filhas (par. 41 *supra*); e ii) que “no contexto de uma sociedade heterossexual e tradicional” o pai oferecia maior garantia do interesse superior das crianças (par. 41 *supra*). A esse respeito, a Corte constata que, assim como na sentença da Corte Suprema (par. 97 *supra*), a decisão de guarda provisória teve como fundamento principal a orientação sexual da senhora Atala, motivo pelo qual este Tribunal conclui que houve uma diferença de tratamento baseada nessa categoria.

99. Para determinar se essas diferenças de tratamento constituíram discriminação, analisa-se a seguir a justificativa apresentada pelo Estado para levá-las em conta, ou seja, a alegada proteção do interesse superior da criança e os supostos danos que as crianças teriam sofrido em consequência da orientação sexual da mãe.

4. O princípio do interesse superior da criança e as presunções de risco

Alegações das partes

100. A Comissão alegou que o interesse superior da criança “constitui não só um fim legítimo, mas uma necessidade social imperiosa”; no entanto, “a falta de adequação ou relação de causalidade entre esse fim nominal e a discriminação se torna evidente na própria motivação especulativa e abstrata das sentenças”.

101. A Comissão declarou que “ambas as autoridades judiciais [(a Corte Suprema e o Juizado de Menores de Villarrica)] se basearam em presunções de risco decorrentes de preconceitos e estereótipos equivocados sobre as características e comportamentos de um grupo social determinado”. A esse respeito, arguiu que “a decisão [da Corte Suprema] sustentou-se nas próprias concepções estereotipadas dos juízes sobre a natureza e os efeitos das relações entre pessoas do mesmo sexo”.

102. Os representantes argumentaram que o interesse superior da criança “[e]fetivamente, em teoria [...], seria um fim legítimo”. Entretanto, salientaram que “[n]ão basta [...] aduzir um fim legítimo para que o seja; o Estado tem a obrigação de demonstrar que esse fim é real”. Nesse sentido, alegaram que “o Estado simplesmente diz proteger as crianças, mas não fundamenta de maneira objetiva o dano que teria sido causado às crianças e, portanto, a decisão carece de um fim legítimo”.

¹¹⁸ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.669 a 2.677).

¹¹⁹ O Juizado salientou que “conforme dispõe o artigo 225 do Código Civil, se os pais vivem separados, à mãe cabe o cuidado pessoal dos filhos e, em todo caso, quando o interesse do filho o torne indispensável, seja por maus-tratos, seja por descuido ou outra causa qualificada, o juiz poderá entregar o cuidado pessoal ao outro pai”. Acrescentou que “ao juiz se impõe o ingrato trabalho judicial de dirimir qual dos pais é mais apto para tornar efetivo o direito de guarda que têm as menores [de idade], para o que deve recorrer a parâmetros objetivos – como o mérito do processo – e a um juízo de probabilidade, resolvendo incidentalmente pela urgência a que o bem-estar das crianças faça jus com qual dos pais é conveniente que permaneçam”. Resolução da demanda de guarda provisória pelo Juizado de Menores de Villarrica de 2 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.559 a 2.567).

103. Os representantes também salientaram que “cabe observar se a separação completa da mãe cumpre o objetivo declarado de proteger os direitos das crianças”. A esse respeito, alegaram que se poderia “considerar que sim –cumpre o objetivo- , embora de um modo que não atende ao princípio de interdição da arbitrariedade, pois o nível de intensidade com que se afeta[ria]m os direitos [seria] certamente muito alto, e provoca[ria] com isso violações de seus direitos”. Ressaltaram de maneira concreta que as decisões judiciais “separ[aram] as crianças da figura materna, e de suas referências, lugar de residência, colégios, amigos e animais de estimação”. Por outro lado, os representantes salientaram que o Estado “reescreve a sentença que teria desejado que a Corte Suprema tivesse escrito, mas não é a que dá origem a este processo”.

104. Em relação à decisão de guarda provisória, os representantes argumentaram que “era discriminatória” já que “não era nem objetiva nem razoável”. Além disso, alegaram que o “juiz assumiu que viver com uma companheira, no caso de mulheres lésbicas, é um interesse egoísta que só pode trazer bem-estar à mãe”.

105. Por sua vez, o Estado declarou que no âmbito de um processo de guarda se estabelece “uma prioridade a favor do interesse superior da criança sobre qualquer outro interesse protegido em conflito, [razão pela qual] é evidente que num processo de guarda deve-se necessariamente entender o referido interesse como causa qualificada que autoriza a modificação do regime de cuidado pessoal” da criança. Concretamente, o Estado alegou que “a sentença da Corte Suprema resolveu que os tribunais inferiores incorreram em falta ou abuso grave ao infringir as regras de avaliação da prova, afetando o interesse superior da criança”. Por outro lado, o Estado ressaltou que na decisão de guarda provisória “o tribunal declarou [...] que é tarefa do julgador assegurar o interesse superior da criança e procurar seu máximo bem-estar [...], e, por conseguinte, resolveu conceder o pedido de guarda provisória a favor do pai”. Além disso, argumentou que “a decisão de guarda provisória, após avaliar a totalidade da prova que até aquela data constava do processo [...] conclui[u] que: i) as crianças apresentavam perturbações de ordem psicológica e carências afetivas [...]; e ii) o pai dava certeza de oferecer um ambiente adequado”.

106. O Estado salientou que “em relação à ‘adequação’ que as medidas dos Estados devem ter para que não sejam discriminatórias, basta, para atender aos requisitos do exame de ponderação, [...] ter-se comprovado na causa a situação de dano vivida pelas crianças”. Concretamente, o Estado alegou que “há provas abundantes nos autos que comprova[riam]: i) os efeitos concretos adversos que teve a expressão da orientação sexual da demandada no bem-estar das filhas; e ii) as melhores condições que o pai oferecia [para] seu bem-estar, questão que em nada tem relação com a orientação sexual da demandada”. Além disso, arguiu que exist[ia] prova contundente que dava conta de que a demandada mostrava uma intensa atitude centrada em si mesma e características pessoais que dificultavam o exercício adequado de seu papel materno, circunstâncias que levaram a concluir que a mãe não oferecia um ambiente idôneo para o desenvolvimento das filhas”. Afirmou também que “havia prova abundante nos autos não só sobre os efeitos negativos adversos que teve a expressão da orientação sexual da demandada no bem-estar das filhas, mas também sobre circunstâncias totalmente alheias, tais como a determinação do pai ou mãe que oferecia melhor ambiente para o desenvolvimento das crianças e maior grau de compromisso e atenção para com elas”.

Considerações da Corte

107. A Corte Interamericana constata que, entre suas considerações, a Corte Suprema de Justiça do Chile observou que “em todas as medidas concernentes [às crianças], é primordial atender ao interesse superior da criança antes de outras considerações e direitos

relativos aos pais, e que possam tornar necessário separá-la dos pais”.¹²⁰ Por sua vez, o Juizado de Menores de Villarrica afirmou, na decisão de guarda provisória, que “é tarefa do julgador assegurar [...] o interesse superior da criança, o que implica realizar uma análise preventiva ou antecipada destinada à finalidade última que se há de ter em qualquer resolução judicial que afete um menor [de idade], e que não é outra senão procurar seu máximo bem-estar”.¹²¹

108. O objetivo geral de proteger o princípio do interesse superior da criança é, em si mesmo, um fim legítimo, além de imperioso. Em relação ao interesse superior da criança, a Corte reitera que esse princípio regulador da legislação dos direitos da criança se fundamenta na dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades.¹²² Nesse sentido, convém observar que para assegurar, na maior medida possível, a prevalência do interesse superior da criança, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que esta requer “cuidados especiais”, e o artigo 19 da Convenção Americana assinala que deve receber “medidas especiais de proteção”.¹²³

109. A Corte também constata que a determinação do interesse superior da criança, em casos de cuidado e guarda de menores de idade, deve se basear na avaliação dos comportamentos parentais específicos e seu impacto negativo no bem-estar e no desenvolvimento da criança, conforme o caso, nos danos ou riscos reais e provados, e não especulativos ou imaginários. Portanto, não podem ser admissíveis as especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais a respeito de certos conceitos tradicionais da família.¹²⁴

110. Concluindo, a Corte Interamericana observa que ao ser, de maneira abstrata, o “interesse superior da criança” um fim legítimo, a mera referência a ele, sem provar, concretamente, os riscos ou danos que poderiam implicar a orientação sexual da mãe para as crianças, não pode constituir medida idônea para a restrição de um direito protegido como o de poder exercer todos os direitos humanos sem discriminação alguma pela orientação sexual da pessoa.¹²⁵ O interesse superior da criança não pode ser usado para

¹²⁰ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.670).

¹²¹ Resolução da demanda de guarda provisória pelo Juizado de Menores de Villarrica de 2 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.566).

¹²² Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 56. No mesmo sentido, ver: Preâmbulo da Convenção Americana.

¹²³ Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 60.

¹²⁴ Cf., *inter alia*, na Austrália: *In the Marriage of C. and J.A. Doyle* (1992) 15 Fam. L.R. 274, 274, 277 (“o estilo de vida dos pais não é relevante sem considerar suas consequências no bem-estar da criança”); nas Filipinas: Corte Suprema das Filipinas, *Joycelyn Pablo-Gualberto Vs Crisanto Rafaelito Gualberto*, G.R. nº 156.254, de 28 de junho de 2005, salientando que a preferência sexual em si mesma não é mostra de incompetência parental para exercer a guarda de menores (“sexual preference or moral laxity alone does not prove parental neglect or incompetence. [...] To deprive the wife of custody, the husband must clearly establish that her moral lapses have had an adverse effect on the welfare of the child or have distracted the offending spouse from exercising proper parental care”); na África do Sul: Corte Constitucional da África do Sul, *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* (CCT40/01) [2002] ZACC 20; 2002 (10) BCLR 1006; 2003 (2) SA 198 (CC) (10 de setembro de 2002), permitindo a adoção de menores de idade por casais do mesmo sexo por considerar que não afetará o interesse superior da criança; e Corte Constitucional da África do Sul, *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others* (CCT46/02) [2003] ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 de março de 2003).

¹²⁵ Em perspectiva semelhante, num caso sobre retirada da guarda de uma menor de idade em virtude das crenças religiosas da mãe, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos criticou a falta de prova concreta e direta que mostrasse o impacto das crenças religiosas na criação e na vida diária das crianças, razão pela qual considerou que

amparar a discriminação contra a mãe ou o pai, em virtude da orientação sexual de qualquer deles. Desse modo, o julgador não pode levar em consideração essa condição social como elemento para decidir sobre uma guarda ou tutela.

111. Uma determinação com base em presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder assegurar e promover o bem-estar e o desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior dessa criança.¹²⁶ A Corte considera que não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos em virtude da orientação sexual, ou seja, preconceções dos atributos, condutas ou características que possuem as pessoas homossexuais, ou o impacto que possam supostamente provocar nas crianças.¹²⁷

112. Por outro lado, o Tribunal ressalta que, embora no processo de guarda tenha sido produzida prova relacionada com algumas alegações específicas do Estado sobre como o pai supostamente ofereceria melhor ambiente para as crianças, a Corte só levará em conta, para a análise da adequação da medida, as provas e argumentação que tenham sido explicitamente utilizadas para a motivação de suas decisões pela Corte Suprema ou pelo Juizado de Menores de Villarrica na decisão de guarda provisória (pars. 41 e 56 *supra*).

113. O Tribunal constata que a Corte Suprema de Justiça mencionou quatro fundamentos diretamente relacionados com a orientação sexual da senhora Atala: i) a suposta discriminação social que teriam sofrido as três crianças pelo exercício da orientação sexual da senhora Atala;¹²⁸ ii) a alegada confusão de papéis que teriam apresentado as três crianças em consequência da convivência da mãe com uma companheira do mesmo sexo;¹²⁹ iii) a suposta prioridade que a senhora Atala teria atribuído à sua vida pessoal em relação aos interesses das três filhas;¹³⁰ e iv) o direito das crianças de viver numa família com um pai e uma mãe.¹³¹ A Corte Suprema concluiu que os juízes recorridos falharam ao "não ter avaliado de maneira estritamente consciente os antecedentes probatórios do

o tribunal interno havia sentenciado de maneira abstrata e fundamentado em considerações gerais, sem estabelecer uma relação entre as condições de vida das crianças e da mãe. *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Palau-Martínez Vs. França* (nº 64.927/01), Sentença de 16 de dezembro de 2003. Final, 16 de março de 2004, par. 42 e 43.

¹²⁶ A esse respeito, a perita Jernow declarou que "a análise do interesse superior da criança [...] não pode ter por base presunções ou estereótipos infundados sobre a capacidade parental" (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.069). O perito Wintemute também salientou que "a discriminação com base na raça, religião, sexo ou orientação sexual do pai ou da mãe de uma criança nunca é no interesse superior da criança. O que diz respeito ao interesse superior da criança é uma decisão de guarda que leve em conta as qualidades dos dois pais, sem examinar considerações que são irrelevantes, e que muitas vezes estão ligadas a preconceitos sociais. [...] Uma decisão de guarda não discriminatória não deveria referir-se à orientação sexual do pai ou da mãe. Deveria focalizar somente a capacidade parental do pai ou da mãe, o tipo de lar que podem oferecer, etc. Não deveria haver a necessidade de sequer mencionar a orientação sexual" (expediente de mérito, tomo XI, folhas 5.355 e 5.358). No mesmo sentido, o perito García Méndez na audiência pública ressaltou que "a conduta sexual que os tribunais em geral levaram em conta em casos dessa natureza são condutas sexuais que se referem à promiscuidade, [...] sem nenhum outro tipo de consideração".

¹²⁷ Sobre o conceito de estereótipos, *mutatis mutandi*, cf. *Caso González e outras ("Campo Algodonero") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 401.

¹²⁸ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

¹²⁹ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

¹³⁰ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

¹³¹ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

processo" e que ao "ter preterido o direito preferencial das menores [de idade] de viver e desenvolver-se no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhes é próprio, ha[viam] incorrido em falta ou abuso grave, que dev[ia] ser corrigido mediante o acolhimento do presente [...] recurso de agravo".¹³² A decisão de guarda provisória utilizou como fundamento principal a suposta prioridade de interesses e o alegado direito das crianças de viver em uma família tradicional (par. 41 *supra*), razão pela qual nesses pontos o exame se realizará de maneira conjunta.

114. Levando em conta o acima exposto, a Corte passa a analisar se esses argumentos eram adequados para cumprir a finalidade declarada pela sentença da Corte Suprema e pela decisão do Juizado de Menores de Villarrica, isto é, a proteção do interesse superior das três crianças.

4.1. *Suposta discriminação social*

115. A Corte observa que entre os depoimentos obtidos no processo, uma das testemunhas declarou que "se estabeleceu uma discriminação contra as criancinhas, mas não na esfera d[as] crianças, mas dos pais, que reprimem as crianças, não me consta que haja fatos concretos de discriminação, mas deram como exemplo, que se alguém fizesse uma festa de pijamas na casa da [K]aren não deixariam que suas filhas fossem".¹³³ Algumas testemunhas também disseram que: i) "as crianças vão ser discriminadas e afetadas em suas relações sociais";¹³⁴ ii) "no ambiente do colégio e de seus amigos [...] elas estão sendo apontadas, me preocupa que por morar n[esta] cidade tão pequena, essa situação seja complicada",¹³⁵ e iii) "os pais dos companheiros de colégio e [dos] amiguinhos tomam atitudes de 'proteção' de seus filhos a respeito dessa situação que veem como contraditória com a formação que proporcionam aos filhos, e isso necessariamente deve gerar situações negativas e de isolamento a respeito das crianças, coisa que, de acordo com o que me contaram, lamentavelmente está acontecendo".¹³⁶

116. A assistente social que também depôs no processo afirmou que "no Chile, segundo um estudo [...] sobre a tolerância e a discriminação [de] 1997, chegou-se à conclusão de que os chilenos apresentam um alto índice de rejeição às minorias homossexuais [,] chegando a 60,2% o nível dessa rejeição. [Com] base [no] exposto, e no conhecimento dessa alta discriminação[,] essas menores [de idade] estariam sendo expostas a situações de discriminação social que elas não procuraram".¹³⁷

117. Por outro lado, a Corte observa que dos autos do processo de guarda constam oito declarações juramentadas de pais de companheiros e amigos das três crianças, nas quais se expressa, *inter alia*, que "jamais t[er] inham] discriminado [as] filhas [da senhora Atala] em

¹³² A Corte Suprema considerou que as condições descritas constituem "causa qualificada", em conformidade com o artigo 225 do Código Civil, para justificar a entrega da guarda ao pai, dado que a situação atual configurava "um quadro que provoca o risco de danos, que poderiam se tornar irreversíveis para os interesses das menores, cuja proteção deve ter prioridade sobre qualquer outra consideração". Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.672 e 2.673).

¹³³ Depoimento de 10 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 360).

¹³⁴ Depoimento de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 327).

¹³⁵ Depoimento de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 328).

¹³⁶ Depoimento de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 329).

¹³⁷ Depoimento da assistente social, de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 390).

nenhum sentido, de maneira que [seus] filhos se reuniam, brincavam e participavam de atividades com as crianças López Atala".¹³⁸

118. A esse respeito, o Tribunal constata que, embora haja provas nos autos de pessoas que declaravam que as crianças poderiam estar sendo discriminadas no ambiente social pela convivência de sua mãe com uma companheira do mesmo sexo, também há provas contrárias com relação a esse ponto (pars. 115, 0 e 117 *supra*). Entretanto, a Corte observa que a maneira pela qual a Corte Suprema expôs a possível discriminação social que as três crianças poderiam enfrentar era condicional e abstrata, porquanto se declarou que: i) "as crianças poderiam ser objeto de discriminação social"; e ii) "é evidente que seu ambiente familiar excepcional se diferencia significativamente daquele em que vivem seus companheiros de escola e das relações da vizinhança em que moram, expondo-as a ser objeto de isolamento e discriminação que igualmente afetará seu desenvolvimento pessoal".¹³⁹

119. A Corte considera que, para justificar uma diferença de tratamento e a restrição de um direito, não pode servir de sustentação jurídica a alegada possibilidade de discriminação social, provada ou não, que poderiam enfrentar os menores de idade em razão de condições da mãe ou do pai. Embora seja certo que determinadas sociedades podem ser intolerantes a condições como raça, sexo, nacionalidade ou orientação sexual de uma pessoa, os Estados não podem usar isso como justificativa para perpetuar tratamentos discriminatórios. Os Estados estão internacionalmente obrigados a adotar as medidas que se façam necessárias "para tornar efetivos" os direitos consagrados na Convenção, conforme dispõe o artigo 2 desse instrumento interamericano, motivo pelo qual devem inclinar-se, precisamente, por enfrentar as manifestações intolerantes e discriminatórias, a fim de evitar a exclusão ou negação de uma determina condição.

120. O Tribunal constata que, no âmbito das sociedades contemporâneas ocorrem mudanças sociais, culturais e institucionais voltadas para desdobramentos mais inclusivos de todas as opções de vida dos cidadãos, o que se evidencia na aceitação social de casais inter-raciais,¹⁴⁰ das mães ou pais solteiros ou dos casais divorciados, que em outros momentos não haviam sido aceitos pela sociedade. Nesse sentido, o Direito e os Estados devem contribuir para o avanço social; do contrário se corre o grave risco de legitimar ou consolidar diferentes formas de discriminação violatórias dos direitos humanos.¹⁴¹

121. Por outro lado, quanto ao argumento de que o princípio do interesse superior da criança pode ver-se afetado pelo risco de uma rejeição pela sociedade, a Corte considera

¹³⁸ Declarações juramentadas de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 458 a 465).

¹³⁹ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

¹⁴⁰ Cf. Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos da América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando a decisão de um tribunal de conceder a custódia de um menor de idade ao pai, por considerar que a nova relação da mãe com sua nova companheira de outra raça implicaria um sofrimento para a criança pela estigmatização social da relação da mãe. ("A questão, entretanto, é se a existência de preconceitos privados e a possível violação que podem causar são considerações admissíveis para a retirada de uma criança da custódia da mãe natural. Temos pouca dificuldade para concluir que não são. A Constituição não pode controlar esses preconceitos [,] mas tampouco pode tolerá-los. As parcialidades particulares podem estar fora do alcance da lei, mas a lei não pode, direta ou indiretamente, permitir sua aplicação").

¹⁴¹ Nesse sentido, num caso sobre discriminação por orientação religiosa, no contexto de uma decisão judicial sobre a guarda de menores de idade, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos recusou o argumento de um tribunal nacional, segundo o qual o interesse superior de dois menores de idade poderia ver-se afetado pelo risco de uma estigmatização social em função das crenças da mãe, pertencente ao grupo religioso das Testemunhas de Jeová. Cf. T.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Áustria*, (nº 12.875/87), Sentença de 23 de junho de 1993, par. 15 e 33 a 36.

que um possível estigma social, devido à orientação sexual da mãe ou do pai, não pode ser considerado um "dano" válido para os efeitos de determinação do interesse superior da criança. Caso os juízes que analisam casos como este constatem a existência de discriminação social, é totalmente inadmissível legitimar essa discriminação com o argumento de proteger o interesse superior do menor de idade. No presente caso, o Tribunal ressalta que, além disso, a senhora Atala não tinha por que sofrer as consequências de que em sua comunidade supostamente as crianças pudessem ser discriminadas, em virtude de sua orientação sexual.

122. Portanto, a Corte conclui que o argumento da possível discriminação social não era adequado para cumprir a finalidade declarada de proteger o interesse superior das crianças M., V. e R.

4.2. Alegada confusão de papéis

123. Sobre a possível confusão de papéis que poderia provocar nas três crianças a convivência com a mãe e sua companheira, a Corte Suprema fundamentou sua decisão salientando que: i) "o depoimento das pessoas próximas às menores [de idade], como as empregadas da casa, fazem referência a brincadeiras e atitudes das crianças que mostram confusão diante da sexualidade materna, que não puderam deixar de perceber na convivência no lar com sua nova companheira", e ii) "à parte os efeitos que essa convivência pudesse causar no bem-estar e desenvolvimento psíquico e emocional das filhas, consideradas as respectivas idades, a eventual confusão de papéis sexuais que nelas pode provocar a carência no lar de um pai do sexo masculino e sua substituição por outra pessoa do gênero feminino, configura uma situação de risco para o desenvolvimento integral das menores [de idade], em relação à qual devem ser protegidas".¹⁴²

124. Tratando-se da proibição de discriminação por orientação sexual, a eventual restrição de um direito exige uma fundamentação rigorosa e muito ponderável,¹⁴³ invertendo-se, também, o ônus da prova, o que significa que cabe à autoridade demonstrar que sua decisão não tinha propósito ou efeito discriminatório.¹⁴⁴ Isso é especialmente relevante num caso como o presente, levando em conta que a determinação de um dano deve ser

¹⁴² Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

¹⁴³ *Cr. T.E.D.H., Karner Vs. Áustria*, (nº 40.016/98), Sentença de 24 de julho de 2003. Final, 24 de outubro de 2003, par. 37 ("very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention"); e T.E.D.H., *Caso Kozak*, nota 100 *supra*, par. 92.

¹⁴⁴ *Cf. T.E.D.H., Caso E.B.*, nota 99 *supra*, par. 74 ((The Court observes, moreover, that the Government, on whom the burden of proof lay [...], were unable to produce statistical information on the frequency of reliance on that ground according to the – declared or known – sexual orientation of the persons applying for adoption, which alone could provide an accurate picture of administrative practice and establish the absence of discrimination when relying on that ground); *Caso D.H. e outros Vs. República Tcheca* (57.325/00 *supra*), Sentença de 13 de novembro de 2007, par. 177 ((As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Orsus e outros Vs. Croácia* (*supra* 15.766/03), Sentença de 16 de março de 2010, par. 150 (discrimination potentially contrary to the Convention may result from a de facto situation. Where an applicant produces prima facie evidence that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden of proof will shift on to the respondent State, to whom it falls to show that the difference in treatment is not discriminatory); *Caso Andrejeva Vs. Letônia* (55.707/00 *supra*), Sentença de 18 de fevereiro de 2009, par. 84 (Lastly, as to the burden of proof in relation to Article 14 of the Convention, the Court has held that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Serife Yigit Vs. Turquia*, (3.976/05 *supra*), Sentença de 2 de novembro de 2010, par. 71 (As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified), e *Caso Muñoz Díaz Vs. Espanha*, (49.151/07 *supra*), Sentença de 8 de março de 2010, par. 50.

sustentado em prova técnica e em pareceres de peritos e investigadores, com vistas a estabelecer conclusões que não redundem em decisões discriminatórias.

125. Com efeito, cabe ao Estado o ônus da prova, ou seja, mostrar que a decisão judicial objeto do debate baseou-se na existência de um dano concreto, específico e real no desenvolvimento das crianças. Para isso é necessário que nas decisões judiciais sobre esses temas se definam de forma específica e concreta os elementos de vinculação e causalidade entre a conduta da mãe ou do pai e o suposto impacto no desenvolvimento da criança. Do contrário, corre-se o risco de fundamentar a decisão num estereótipo (pars. 109 e 111 *supra*) vinculado exclusivamente à preconceção, não sustentada, de que crianças criadas por casais homossexuais necessariamente teriam dificuldades para definir papéis de gênero ou sexuais.

126. A jurisprudência de alguns países e muitos relatórios científicos se referiram a esse tema com clareza. Por exemplo, a Suprema Corte de Justiça da Nação do México, em sentença de 2010 sobre o direito dos casais homossexuais de adotar menores de idade, considerou relevante que os demandantes não tivessem sustentado empiricamente, com base em documentos ou análises científicas, um suposto dano ao interesse superior da criança nesses casos. Ao contrário, a Suprema Corte levou em conta os estudos existentes sobre o impacto da orientação sexual no desenvolvimento da criança, e considerou que de modo algum se pode sustentar a hipótese geral de um dano ao desenvolvimento dos menores de idade que convivem com pais homossexuais.¹⁴⁵ Além disso, a Suprema Corte mencionou, por exemplo, que:

A heterossexualidade não garante que um menor adotado viva em condições ótimas para seu desenvolvimento: isso não tem a ver com a heterossexualidade-homossexualidade. Todas as formas de família têm vantagens e desvantagens, e cada família tem de ser analisada de maneira particular, não do ponto de vista estatístico.¹⁴⁶

127. Por outro lado, diversas sentenças de tribunais internacionais¹⁴⁷ permitem concluir que em decisões judiciais a respeito da guarda de menores de idade, a consideração da conduta parental só é admissível quando existem provas específicas que demonstrem, concretamente, o impacto direto negativo dessa conduta parental no bem-estar e desenvolvimento da criança. Isso com vistas à necessidade de um exame mais acurado quando a decisão judicial se relacione com o direito à igualdade de grupos populacionais tradicionalmente discriminados como é o caso dos homossexuais (pars. 92 e 124 *supra*).

128. Por sua parte, os peritos Uprimny e Jernow citaram e apresentaram uma série de relatórios científicos, considerados representativos e autorizados nas ciências sociais, para concluir que a convivência de menores de idade com casais homossexuais não afeta *per se* seu desenvolvimento emocional e psicológico. Esses estudos concordam em que: i) as atitudes de mães ou pais homossexuais são equivalentes às de mães ou pais heterossexuais; ii) o desenvolvimento psicológico e o bem-estar emocional das crianças criadas por pais gays ou mães lésbicas são comparáveis aos das crianças criadas por pais

¹⁴⁵ Cf. Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Ação de Inconstitucionalidade A.I. 2/2010, de 16 de agosto de 2010, par. 336.

¹⁴⁶ Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Ação de Inconstitucionalidade A.I. 2/2010, de 16 de agosto de 2010, par. 338.

¹⁴⁷ Cf. T.E.D.H., *Caso M. e C. Vs. Romênia* (29032/04 *supra*), Sentença de 27 de setembro de 2011. Final, 27 de dezembro de 2011, par. 147; e *Caso Palau-Martinez*, nota 125 *supra*, no qual o Tribunal Europeu estabeleceu que uma decisão judicial sobre a entrega da custódia de menores de idade a uma instituição estatal não deve levar em conta *in abstracto* os possíveis efeitos de uma determinada condição dos pais no bem-estar do menor de idade, quando essa condição se encontra protegida contra tratamentos discriminatórios.

heterossexuais; iii) a orientação sexual é irrelevante para a formação de vínculos afetivos das crianças com os pais; iv) a orientação sexual da mãe ou do pai não afeta o desenvolvimento das crianças em matéria de gênero a respeito do sentido que têm de si mesmas como homens ou mulheres, seu comportamento no papel de gênero ou sua orientação sexual; e v) as crianças de pais homossexuais não são mais afetadas pelo estigma social que outras crianças.¹⁴⁸ A perita Jernow também mencionou várias sentenças de tribunais nacionais que se referiram a pesquisas científicas como prova documental para afirmar que o interesse superior da criança não é violado com a homossexualidade dos pais.¹⁴⁹

129. A Corte ressalta que a "Associação Americana de Psicologia", mencionada pela perita Jernow, qualificou os estudos existentes sobre a matéria como "impressionantemente coerentes ao deixar de identificar algum *deficit* no desenvolvimento das crianças criadas num lar gay ou lésbico [...] a capacidade de pessoas gays ou lésbicas de ser pais e o resultado positivo para os filhos não são áreas em que pesquisadores cientistas mais autorizados discordem".¹⁵⁰ Consequentemente, a perita concluiu que:

¹⁴⁸ Cf. Declaração pericial prestada pelo perito Rodrigo Uprimny na audiência pública realizada em 23 de agosto de 2011, fazendo referência a: *American Psychology Association, Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children, Adopted by the APA Council of Representatives July 28 / 30, 2004*. ("Não há provas científicas de que a efetividade parental esteja relacionada com a orientação sexual dos progenitores: as mães e os pais homossexuais são tão propensos como as mães e os pais heterossexuais a proporcionar um ambiente sadio e propício para os filhos [e ...] a ciência demonstrou que a adaptação, o desenvolvimento e o bem-estar psicológico das crianças não estão relacionados com a orientação sexual dos progenitores, e que os filhos de pais homossexuais têm as mesmas probabilidades de desenvolver-se que os dos pais heterossexuais"). Disponível em: <http://www.apa.org/about/governance/council/policy/parenting.aspx> (última visita em 19 de fevereiro de 2012). Ver também declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011, mencionando os seguintes estudos: R. McNair, D. Dempsey, S. Wise, A. Perlesz, *Lesbian Parenting: Issues Strengths and Challenges*, em: *Family Matters* Vol. 63, 2002, p. 40; A. Brewaeys, I. Ponjaert, E.V. Van Hall, S. Golombok, *Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families*, em: *Human Reproduction* Vol. 12, 1997, p. 1.349 e 1.350; Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, *American Journal of Orthopsychiatry* Vol. 65, 1995, p. 203; K. Vanfraussen, I. Ponjaert-Kristofferson, A. Breways, *Family Functioning in Lesbian Families Created by Donor Insemination*, em: *American Journal of Orthopsychiatry* Vol. 73, 2003, p. 78; Marina Rupp, *The living conditions of children in same-sex civil partnerships*, Ministério Federal da Justiça da Alemanha, 2009, p. 27; Henry M.W. Bos, Frank van Balen, Dymphna C. van den Boom, *Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families*, em: *Journal of Child Psychology and Psychiatry* Vol. 45, 2004, p. 755; Rafael Portugal Fernandez, Alberto Araujo Vilar, *Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción en parejas homosexuales*, em: *Avances en salud mental relacional* Vol. 3, 2004. Nesse estudo se informa que "tampouco se encontram diferenças significativas entre homossexuais e heterossexuais quanto à qualidade com que exercem a função de pai" e que "a pesquisa realizada até o momento mostra de maneira unânime que não há diferenças significativas entre os filhos criados por homossexuais e os filhos criados por heterossexuais em identidade sexual, tipificação sexual, orientação sexual, relações sexuais com companheiros e adultos, relações de amizade, popularidade"; Stéphane Nadaud, «Quelques repères pour comprendre la question homoparentale», em: M. Gross, *Homoparentalités, état des lieux*, Ed. érès «La vie de l'enfant», Toulouse, 2005, e Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, em: *American Journal of Orthopsychiatry* Vol. 65, 1995, p. 203. Cf. declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folhas 5.079 e 5.080).

¹⁴⁹ Cf. declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011, mencionando os *Re K and B and Six Other Applications*, Suprema Corte de Ontário, de 24 de maio de 1995, par. 89; *Boots Vs. Sharrow*, Suprema Corte de Justiça de Ontário, 2004 Can LII 5031, de 7 de janeiro de 2004; *Bubis Vs. Jones*, Suprema Corte de Ontário, 2000 Can LII 22571, de 10 de abril de 2000; Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul Vs. LMGB, de 27 de abril de 2010; e Comarca de Porto Alegre (Brasil), Adoção de VLN, nº 1.605.872, de 3 de julho de 2006. Cf. Declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folhas 5.082 e 5.083).

¹⁵⁰ Cf. Declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011, na qual se cita: *Brief of Amici Curiae* apresentado pela American Psychological Association, Arkansas Psychological Association, National Association of Social Workers and National Association of Social Workers, Arkansas Chapter, em *Department of Human Services v. Matthew Howard*, Corte Suprema do Arkansas (dezembro de 2005), p. 10-11 ("The APA has described the studies as 'impressively consistent in their failure to identify any deficits in the development of children raised in a lesbian or gay household [...] the abilities of gay and lesbian persons as parents and the

quando a especulação sobre um futuro dano potencial ao desenvolvimento da criança é refutada de maneira sólida por todas as pesquisas científicas existentes, essa especulação não pode estabelecer as bases probatórias para a determinação da custódia.¹⁵¹

130. O Tribunal observa que, no presente caso, a Corte Suprema de Justiça do Chile não decidiu com base numa análise *in abstracto* do alegado impacto da orientação sexual da mãe no desenvolvimento das crianças,¹⁵² mas invocou a suposta existência de provas concretas. Entretanto, limitou-se em suas considerações à aplicação de um exame de dano especulativo, e a fazer referência, a respeito do suposto dano, à “eventual confusão de papéis sexuais” e à “situação de risco para o desenvolvimento” das crianças.¹⁵³ A Corte Suprema de Justiça afirmou a existência de uma “deterioração experimentada no ambiente social, familiar e educacional em que se desenvol[via] a vida das menores” de idade em consequência da convivência da mãe com a companheira, sem especificar em que consistia a relação de causalidade entre essa convivência e a suposta deterioração. Não expôs argumentos para desacreditar a possibilidade de que a suposta deterioração não houvesse decorrido da nova convivência, mas em consequência da separação anterior da mãe e do pai, e dos possíveis efeitos negativos que poderiam provocar nas crianças. A Corte Suprema de Justiça tampouco se ocupou de expor argumentos específicos para sustentar a situação familiar do pai como mais favorável. A motivação da Corte Suprema de Justiça se concentrou nos possíveis danos psicológicos que poderiam provocar nas três crianças o fato de viverem com um casal homossexual, sem aludir a razões de suficiente peso que permitissem descaracterizar que a orientação sexual da mãe ou do pai não exerce efeito negativo no bem-estar psicológico e emocional, no desenvolvimento, na orientação sexual e nas relações sociais da criança.

131. A Corte Interamericana conclui que a Corte Suprema de Justiça não cumpriu os requisitos de um teste estrito de análise e sustentação de um dano concreto e específico supostamente sofrido pelas três crianças em virtude da convivência da mãe com uma companheira do mesmo sexo. Além disso, o Tribunal considera que, no caso concreto, o fato de viver com a mãe e sua companheira não privava as crianças do papel paterno, porque o objeto do processo de guarda não implicava que o pai tivesse perdido o contato com elas.

4.3. Alegado privilégio de interesses

132. A Corte Suprema ressaltou em sua sentença que “não é possível desconhecer que a mãe das menores de [idade], ao tomar a decisão de explicitar sua condição homossexual, como pode fazê-lo livremente toda pessoa no âmbito de seus direitos personalíssimos no gênero sexual, sem merecer por isso nenhuma reprovação ou censura jurídica, priorizou

positive outcome for their children are not areas where credible scientific researchers disagree”). Cf. declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.081).

¹⁵¹ Cf. Declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011 (“Where speculation about potential future harm to a child’s development is soundly refuted by all available social science research, such speculation cannot possibly establish the evidentiary basis for a custody determination”). Cf. Declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.083).

¹⁵² A Corte Suprema fez referência aos depoimentos das empregadas domésticas sobre a suposta confusão de papéis experimentada pelas crianças. Cf. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, de 31 de maio de 2004, considerando décimo quinto (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

¹⁵³ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

seus próprios interesses, postergando os das filhas, especialmente ao iniciar uma convivência com sua companheira homossexual na mesma casa em que leva[va] a efeito a criação e o cuidado das filhas separadamente do pai destas”.¹⁵⁴ No mesmo sentido, o Juizado de Menores de Villarrica, na decisão de guarda provisória, declarou que “a demandada ha[via] sobreposto seu bem-estar e interesse pessoal ao cumprimento do papel de mãe, em condições que p[odiam] afetar o posterior desenvolvimento das menores dos autos”.¹⁵⁵

133. A Corte Interamericana considera necessário realçar que a extensão do direito à não discriminação por orientação sexual não se limita à condição de ser homossexual em si mesma, mas inclui sua expressão e as consequências necessárias no projeto de vida das pessoas. A esse respeito, no *Caso Laskey, Jaggard e Brown Vs. Reino Unido*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu que tanto a orientação sexual quanto seu exercício são aspectos relevantes da vida privada.¹⁵⁶

134. A esse respeito, o perito Wintemute destacou que:

“a jurisprudência do Tribunal Europeu deixa claro que a orientação sexual também inclui a conduta. Isso significa que a proteção contra a discriminação com base na orientação sexual não diz respeito somente a um tratamento menos favorecido por ser lésbica ou gay. Também abrange a discriminação porque um indivíduo age segundo sua orientação sexual, ao optar por participar de atividades sexuais consentidas privadamente ou decidir iniciar uma relação de casal de longo prazo com uma pessoa do mesmo sexo”.¹⁵⁷

135. O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos ao salientar que vai além do direito à privacidade. Segundo o Tribunal Europeu, o direito à vida privada abrange a identidade física e social, o desenvolvimento pessoal e a autonomia pessoal de uma pessoa, bem como seu direito de estabelecer e desenvolver relações com outras pessoas e seu ambiente social, inclusive o direito de estabelecer e manter relações com pessoas do mesmo sexo.¹⁵⁸ Além

¹⁵⁴ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

¹⁵⁵ Resolução da demanda de guarda provisória pelo Juizado de Menores de Villarrica, de 2 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.567).

¹⁵⁶ Cf. T.E.D.H., *Caso Laskey, Jaggard e Brown Vs. Reino Unido*, (nº 21.627/93; 21.826/93; 21.974/93), Sentença de 19 de fevereiro de 1997, par. 36 (“There can be no doubt that sexual orientation and activity concern an intimate aspect of private life”). Ver também *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*, (nº 7.525/76), Sentença de 22 de outubro de 1981, par. 52; e *Caso A.D.T. Vs. Reino Unido* (nº 35.765/97), Sentença de 31 de julho de 2000. Final, 31 de outubro de 2000, par. 23 (“the Court recalls that the mere existence of legislation prohibiting male homosexual conduct in private may continuously and directly affect a person's private life”).

¹⁵⁷ Cf. declaração escrita prestada pelo perito Robert Wintemute em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.360). Também salientou que a Corte Suprema do Canadá no *Caso Egan Vs. Canadá* dispôs que “[a] orientação sexual é mais que simplesmente uma ‘condição’ de um indivíduo: é algo que é demonstrado por meio da conduta de um indivíduo na escolha de um companheiro. Assim como a Carta [Canadense de Direitos e Liberdades] protege as crenças religiosas e a prática religiosa como aspectos da liberdade de religião também deveria reconhecer que a orientação sexual abrange aspectos de ‘condição’ e ‘conduta’ e que ambos deveriam receber proteção”. *Egan Vs. Canadá*, [1995] 2 SCR, 513, 518 (expediente de Mérito, tomo XI, folha 5.360).

¹⁵⁸ Cf. T.E.D.H., *Caso Pretty Vs. Reino Unido* (nº 2.346/02), Sentença de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julho de 2002, par. 61 (“the concept of [‘]private life[‘] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity [...]. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees”); *Caso Schalk y Kopf Vs. Áustria*, (nº 30.141/04), Sentença de 24 de junho de

disso, o direito de manter relações pessoais com outros indivíduos, no âmbito do direito à vida privada, se estende à esfera pública e profissional.¹⁵⁹

136. Nesse sentido, a orientação sexual de uma pessoa também se encontra vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e de escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme suas próprias opções e convicções.¹⁶⁰ Portanto, “[a] vida afetiva com o cônjuge ou companheira permanente, em cujo âmbito encontram-se, logicamente, as relações sexuais, é um dos aspectos principais desse âmbito ou círculo da intimidade”.¹⁶¹

137. Por sua vez, a Suprema Corte de Justiça da Nação do México afirma que:

da dignidade humana [...] decorre, entre outros, o livre desenvolvimento da personalidade, isto é, o direito de todo indivíduo de escolher, de maneira livre e autônoma, como viver sua vida, o que compreende, entre outras expressões, [...] sua livre opção sexual. [A] orientação sexual de uma pessoa, como parte de sua identidade pessoal, [é] um elemento relevante no projeto de vida que tenha e que, como qualquer pessoa, inclui o desejo de ter uma vida em comum com outra pessoa do mesmo sexo ou de outro sexo.¹⁶²

138. No presente caso, o Tribunal observa que tanto a Corte Suprema de Justiça como o Juizado de Menores de Villarrica fundamentaram suas decisões para entregar a guarda ao pai na suposição de que a senhora Atala podia declarar-se abertamente como lésbica. No entanto, salientaram que, ao exercer sua homossexualidade, quando decidiu conviver com

2010, 22 de novembro de 2010, par. 90 (“É incontestável [...] que a relação de um casal do mesmo sexo como a do demandante recai na noção de []vida privada[] de acordo com o significado do artigo 8”); *Caso Dudgeon*, nota 156 *supra*, par. 41 (“the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant’s right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8, par. 1”); *Caso Burghartz Vs. Suíça* (nº 16.213/90), Sentença de 22 de fevereiro de 1994, par. 24; e *Caso Laskey, Jaggard y Brown*, *supra* nota 156, par. 36.

¹⁵⁹ Cf. T.E.D.H., *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (nº 44.647/98), Sentença de 28 de Janeiro de 2003. Final, 28 de abril de 2003, par. 57 (“Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name, sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8. That Article also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and it may include activities of a professional or business nature. There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of []private life[], citando T.E.D.H., *Caso P.G. e J.H. Vs. Reino Unido* (nº 44.787/98), Sentença de 25 de setembro de 2001. Final, 25 de dezembro de 2001, par. 56. Cf. T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemanha* (nº 13.710/88), Sentença de 16 de dezembro de 1992, par. 29 (“The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of []private life[]. However, it would be too restrictive to limit the notion to an []inner circle[] in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of []private life[] should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world”).

¹⁶⁰ *Mutatis mutandi*, *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 52.

¹⁶¹ Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-499 de 2003. A Corte Constitucional definiu o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 16 da Constituição Política da Colômbia, como o direito das pessoas de “optar por seu plano de vida e desenvolver sua personalidade conforme seus interesses, desejos e convicções, desde que não afete o direito de terceiros nem transgrida a ordem” (Corte Constitucional, Sentença C-309 de 1997) e “a capacidade das pessoas de definir, de maneira autônoma, as opções vitais que guiarão o curso de sua existência” (Corte Constitucional, Sentença SU-642 de 1998).

¹⁶² Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Ação de Inconstitucionalidade A.I. 2/2010 de 16 de agosto de 2010, par. 263 e 264.

uma companheira do mesmo sexo, sobrepôs seus interesses ao das filhas (pars. 41 e 56 *supra*).

139. A esse respeito, o Tribunal considera que dentro da proibição de discriminação por orientação sexual devem-se incluir, como direitos protegidos, as condutas no exercício da homossexualidade. Além disso, se a orientação sexual é um componente essencial de identidade da pessoa,¹⁶³ não era razoável exigir da senhora Atala que adiasse seu projeto de vida e de família. Não se pode considerar como “censurável ou reprovável juridicamente”, em nenhuma circunstância, que a senhora Atala tenha tomado a decisão de refazer sua vida. Além disso, não se provou nenhum dano que tenha prejudicado as três crianças.

140. Por conseguinte, a Corte considera que exigir da mãe que condicionasse suas opções de vida implica utilizar uma concepção “tradicional” do papel social da mulher como mãe, segundo a qual se espera socialmente que sobre a mulher recaia a responsabilidade principal da criação dos filhos, e que em busca disso devia ter privilegiado a criação dos filhos renunciando a um aspecto essencial de sua identidade. Portanto, a Corte considera que sob essa motivação do suposto privilégio dos interesses pessoais da senhora Atala tampouco se cumpria o objetivo de proteger o interesse superior das três crianças.

4.4. Alegado direito a uma família “normal e tradicional”

141. A esse respeito, a Corte Suprema de Justiça destacou que ignorou-se “o direito preferencial das menores [de idade] de viver e desenvolver-se no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhes é próprio”.¹⁶⁴ Por sua vez, o Juizado de Menores de Villarrica, na decisão de guarda provisória, salientou que “o autor apresenta argumentos mais favoráveis em prol do interesse superior das crianças, argumentos que, no contexto de uma sociedade heterossexual e tradicional, assumem grande importância”.¹⁶⁵

142. A Corte constata que na Convenção Americana não se encontra determinado um conceito fechado de família nem tampouco se protege só um modelo “tradicional” de família. A esse respeito, o Tribunal reitera que o conceito de vida familiar não se reduz unicamente ao matrimônio, e deve abranger outros laços familiares de fato, onde as partes têm vida em comum fora do casamento.¹⁶⁶

143. Nesse aspecto a jurisprudência internacional é coerente. No *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, o Tribunal Europeu considerou que a decisão de um tribunal nacional de retirar de um pai homossexual a guarda da filha menor de idade, com o argumento de que a criança deveria viver em uma família portuguesa tradicional, carecia de relação razoável

¹⁶³ Cf. T.E.D.H., *Caso Clift*, nota 101 *supra*, par. 57 (“Court has considered to constitute ‘other status’ characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent. Thus in *Salgueiro da Silva Mouta*, [...] it found that sexual orientation was [‘]undoubtedly covered[‘] by Article 14”).

¹⁶⁴ Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.673).

¹⁶⁵ Resolução da demanda de guarda provisória pelo Juizado de Menores de Villarrica, de 2 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.567).

¹⁶⁶ Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, pars. 69 e 70. Ver também: T.E.D.H., *Caso Keegan Vs. Irlanda*, (nº 16.969/90), Sentença de 26 de maio de 1994, par. 44; e *Caso Kroon e outros Vs. Países Baixos* (nº 18.535/91), Sentença de 27 de outubro de 1994, par. 30.

de proporcionalidade entre a medida tomada (retirada da guarda) e o objetivo visado (proteção do interesse superior da menor de idade).¹⁶⁷

144. Do mesmo modo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos salientou no *Caso Karner Vs. Áustria* que:

O objetivo de proteger a família no sentido tradicional é abstrato, e uma ampla variedade de medidas concretas podem ser utilizadas para implementá-lo [...] como é o caso quando há uma diferença de tratamento baseada no sexo ou na orientação sexual, o princípio de proporcionalidade não exige meramente que a medida escolhida seja em geral adequada à consecução do objetivo visado. Deve-se também mostrar que era necessário excluir certas categorias de pessoas para alcançar esse objetivo”.¹⁶⁸

145. No presente caso, o Tribunal constata que a linguagem utilizada pela Corte Suprema do Chile relacionada com a suposta necessidade das crianças de crescer numa “família estruturada normalmente e apreciada no meio social”, e não numa “família excepcional”, reflete uma percepção limitada e estereotipada do conceito de família que não tem base na Convenção porquanto não existe um modelo específico de família (a “família tradicional”).¹⁶⁹

4.5. Conclusão

146. Levando em conta o acima exposto, este Tribunal conclui que, embora a sentença da Corte Suprema e a decisão de guarda provisória pretendessem a proteção do interesse superior das crianças M., V. e R., não se provou que a motivação usada nas decisões tenha sido adequada para alcançar esse fim, dado que a Corte Suprema de Justiça e o Juizado de Menores de Villarrica não comprovaram, no caso concreto, que a convivência da senhora Atala com sua companheira tenha afetado de maneira negativa o interesse superior das menores de idade (pars. 121, 131 e 139 *supra*) e, ao contrário, utilizaram argumentos abstratos, estereotipados ou discriminatórios para fundamentar a decisão (pars. 118, 119, 125, 130, 140 e 145 *supra*), razão pela qual essas decisões constituem um tratamento discriminatório contra a senhora Atala. A Corte declara, portanto, que o Estado violou o direito à igualdade, consagrado no artigo 24, em relação ao artigo 1.1. da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.

5. Tratamento discriminatório contra as crianças M., V. e R.

Alegações das partes

¹⁶⁷ Cf. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, nota 99 *supra*, par. 34 a 36.

¹⁶⁸ T.E.D.H., *Caso Karner*, nota 143 *supra*, par. 41 (“The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. [...] as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realizing the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people”).

¹⁶⁹ No mesmo sentido, a Suprema Corte de Justiça do México salientou que o reconhecimento jurídico da existência de famílias homoparentais, via reprodução ou adoção, não desconsidera o interesse superior da criança. Ao contrário, desse reconhecimento decorre uma série de direitos a favor do menor de idade e de obrigações de quem são seus pais, pois é uma realidade que essas famílias existem e, portanto, devem ser protegidas pelo legislador: são tão respeitáveis umas quanto outras. Cf. Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Ação de Inconstitucionalidade A.I. 2/2010, de 16 de agosto de 2010, par. 333.

147. A Comissão alegou, em relação ao artigo 19 da Convenção Americana,¹⁷⁰ que “a Corte Suprema violou o interesse superior das crianças [...] pela falta de determinações com base em evidências e em fatos concretos”.

148. Os representantes argumentaram que, mediante a sentença da Corte Suprema de Justiça, foi violado o interesse superior da criança “ao infringir o direito das crianças M., V. e R. de não serem separadas da família”. Além disso, acrescentaram que as crianças não podem ser discriminadas pelas condições dos pais.

149. O Estado ressaltou que as supostas violações em relação às três crianças “são refutadas desde o momento em que se demonstrou que essa citada sentença não nasce de uma discriminação em razão da orientação sexual, mas da análise dos fatos concretos que se comprovaram no processo de guarda”.

Considerações da Corte

150. A Corte concluiu que, tanto a sentença da Corte Suprema como a decisão do Juizado de Menores de Villarrica, a respeito da guarda provisória, constituíram um tratamento discriminatório contra a senhora Atala (par. 146 *supra*), motivo pelo qual passará a analisar se esse tratamento gerou discriminação, por sua vez, contra as crianças M., V. e R. A esse respeito, o Tribunal considera que a proibição de discriminação, em casos envolvendo menores de idade, deve ser interpretada à luz do artigo 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o qual estabelece que:

1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

151. A esse respeito, a Corte ressalta que as crianças não podem ser discriminadas em razão de suas próprias condições e essa proibição se estende, além disso, às condições dos pais ou familiares, como no presente caso à orientação sexual da mãe. Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança esclareceu na Observação Geral nº 7 que as crianças podem sofrer as consequências da discriminação da qual são objeto seus pais, por exemplo, caso tenham nascido fora do casamento ou em outras circunstâncias que não se ajustem aos valores tradicionais.¹⁷¹

152. Por outro lado, com respeito à relação entre o interesse superior da criança e a proibição de discriminação, o perito Cillero Bruñol declarou que:

“uma decisão justificada no interesse superior da criança, entendido como a proteção de seus direitos, não pode ao mesmo tempo pretender legitimar uma decisão *prima facie*, ou *in abstracto*, discriminatória, que afete o direito da criança de ser cuidada pela mãe”.¹⁷²

¹⁷⁰ O artigo 19 da Convenção Americana estabelece que “[t]oda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

¹⁷¹ Cf. Nações Unidas, Comissão dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 7. Realização dos direitos da criança na primeira infância, CRC/C/GC/7, 30 de setembro de 2005, par. 12.

¹⁷² Declaração escrita prestada pelo perito Miguel Cillero Bruñol em 4 de agosto de 2011 (expediente de mérito, tomo II, folha 929).

153. Por sua parte, o perito Wintemute ressaltou que:

“a discriminação baseada na [...] orientação sexual dos pais da criança nunca protege o interesse superior da criança”.¹⁷³

154. Ao tomar a orientação sexual da mãe como fundamento, a decisão da Corte Suprema discriminou, por sua vez, as três crianças, uma vez que levou em conta considerações que não teria utilizado se o processo de guarda tivesse sido entre dois pais heterossexuais. Em especial, a Corte reitera que o interesse superior da criança é um critério orientador para a elaboração de normas e sua aplicação em todas as ordens relativas à vida da criança.¹⁷⁴

155. Além disso, o tratamento discriminatório contra a mãe teve repercussão nas crianças, pois foi o fundamento para decidir que não continuariam morando com ela. Dessa maneira, a decisão irradiou seus efeitos ao serem elas separadas da mãe em consequência da orientação sexual desta. Portanto, a Corte conclui que se violou o artigo 24, em relação aos artigos 19 e 1.1. da Convenção Americana, em detrimento das crianças M., V. e R.

D. Direito à vida privada e direito à vida familiar

Alegações das partes

156. A Comissão alegou, a respeito da suposta violação do artigo 11¹⁷⁵ da Convenção Americana, que o “direito à vida privada abrange todas as esferas da intimidade e autonomia de um indivíduo, inclusive a personalidade, a identidade, as decisões sobre sua vida sexual, as relações pessoais e familiares[, nesse sentido] a orientação sexual constitui componente fundamental da vida privada de um indivíduo”. Sustentou que “a interferência do Estado na vida privada de Karen Atala foi arbitrária, dado que a decisão de guarda foi fundamentada em preconceitos discriminatórios em razão de sua orientação sexual [e] também interferiu em sua autonomia para tomar decisões sobre sua vida pessoal, de acordo com essa orientação. E por último [...], sem que existissem razões objetivas para isso, a Corte Suprema de Justiça, baseando-se na expressão de sua orientação sexual, a privou da guarda das filhas e da vida em comum com elas, aspecto fundamental de seu plano de vida”.

157. Os representantes argumentaram que “a interferência é arbitrária porque a única justificativa é a manifestação da orientação sexual da mãe, que faz parte de sua identidade pessoal, qualidade essencial de todo indivíduo e que não denota relação alguma com o bem-estar das filhas”. Para os representantes é “inquestionável que tanto [a senhora] Atala como suas filhas sofreram ingerências arbitrárias em sua vida privada”.

¹⁷³ Declaração escrita prestada pelo perito Robert Wintemute em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.355).

¹⁷⁴ Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 137, parecer 2.

¹⁷⁵ O artigo 11 da Convenção estabelece que:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

158. Por outro lado, a Comissão e os representantes, em relação aos artigos 11.2 e 17,¹⁷⁶ alegaram uma “interferência ilegítima e arbitrária no direito à vida privada e familiar, o qual se estende ao desenvolvimento das relações entre os membros de uma família e ao papel das relações afetivas no projeto de vida de cada integrante”. Os representantes ressaltaram que “[n]ão há um conceito único de família” e que é “indubitável que a [senhora] Atala, suas filhas e a [senhora] De Ramón constituíam um núcleo familiar que foi fracionado por decisões baseadas em preconceitos contra a expressão da orientação sexual da Juíza Atala”.

159. O Estado argumentou que “num processo de guarda, que tem por objetivo considerar qual dos pais terá o cuidado pessoal dos filhos, o juiz não só tem a faculdade, mas a obrigação de avaliar todas e cada uma das condições e circunstâncias concretas que determinem o interesse superior da criança. [...] É, portanto, inerente ao processo de guarda [...] que o juiz possa, de acordo com a lei, investigar aspectos íntimos da vida das pessoas”. Alegou “que a busca do melhor interesse para o menor [de idade] deve prevalecer frente a uma concepção pétrea do direito à intimidade, já que o âmbito da vida privada não pode ficar fora do conhecimento e ponderação do juiz”. Acrescentou que “nem [a] Corte Suprema nem os demais tribunais nacionais causaram dano ao direito previsto no artigo 11.2 da Convenção Americana ao resolver sobre o processo de guarda [...] mas, que, ao contrário, não fizeram mais que pronunciar-se sobre as considerações próprias de um processo dessa natureza”.

160. Finalmente, o Estado alegou que não é “atribuí[vel] a separação da família à atuação dos tribunais chilenos, [pois] o trabalho dos tribunais chilenos foi justamente o contrário, isto é, respondendo à solicitação das partes [...] resolver, segundo o interesse superior das crianças, qual dos novos núcleos familiares constituía o melhor apoio a seu desenvolvimento”.

Considerações da Corte

161. O artigo 11 da Convenção proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos de seus âmbitos como a vida privada de suas famílias. Nesse sentido, a Corte sustentou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública.¹⁷⁷

162. Além disso, o Tribunal afirmou, com respeito ao artigo 11 da Convenção Americana, que, embora essa norma se intitule “Proteção da honra e da dignidade”, seu conteúdo inclui, entre outros, a proteção da vida privada.¹⁷⁸ Vida privada é um conceito amplo não suscetível a definições exaustivas e que compreende, entre outros âmbitos protegidos, a vida sexual e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos,¹⁷⁹

¹⁷⁶ O artigo 17 da Convenção dispõe a esse respeito:

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

¹⁷⁷ Cf. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 194; e *Caso Fontevicchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 48.

¹⁷⁸ Cf. *Caso dos Massacres de Ituango*, nota 177 *supra*, par. 193; e *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216, par. 119.

¹⁷⁹ Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 178 *supra*, par. 119; e *Caso Fernández Ortega e outros Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C Nº 215, par. 129, citando T.E.D.H., *Caso Dudgeon*, nota 156 *supra*, par. 41; *Caso X e Y Vs. Países Baixos* (nº 8.978/80), Sentença de 26 de março de 1985, par. 22; *Caso Niemietz*, nota 159 *supra*, par. 29; e *Caso Peck*, nota 159 *supra*, par. 57.

ou seja, a vida privada inclui a forma pela qual o indivíduo se vê a si mesmo, e como e quando decide projetar isso em relação aos demais.¹⁸⁰

163. A Corte observa que as alegações da Comissão a respeito da suposta violação do direito à vida privada da senhora Karen Atala se concentraram na sentença da Corte Suprema. Por sua vez, os representantes acrescentaram a decisão sobre a guarda provisória como outro fato supostamente gerador da violação do direito à vida privada da senhora Atala. Portanto, para resolver sobre a violação desse direito, serão analisadas essas duas decisões.

164. O Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que o direito à vida privada não é um direito absoluto e, portanto, pode ser restringido pelos Estados sempre que as ingerências não sejam abusivas ou arbitrárias. Por isso, as ingerências devem ser previstas em lei, visar a um fim legítimo e cumprir os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, ou seja, devem ser necessárias numa sociedade democrática.¹⁸¹

165. A esse respeito, a Corte ressalta que a orientação sexual da senhora Atala faz parte de sua vida privada, na qual não era possível qualquer ingerência, sem que fossem cumpridos os requisitos de "idoneidade, necessidade e proporcionalidade". Diferente é que no âmbito de um processo de guarda seja possível analisar as condutas parentais concretas que, supostamente, podiam ter ocasionado dano à criança (pars. 109 e 111 *supra*).

166. Considerando que os tribunais internos tiveram como referência de peso a orientação sexual da senhora Atala no momento de decidir sobre a guarda, expuseram diversos aspectos de sua vida privada ao longo do processo. O Tribunal observa que a razão exposta por esses tribunais para interferir na esfera da vida privada da senhora Atala era a mesma que foi usada para o tratamento discriminatório (par. 107 *supra*), isto é, a proteção de um alegado interesse superior das três crianças. A Corte considera que, embora esse princípio se relacione *in abstracto* com um fim legítimo (par. 110 *supra*), a medida era inadequada e desproporcional para cumprir esse objetivo, porquanto os tribunais chilenos teriam de ter-se limitado a examinar condutas parentais – que poderiam ser parte da vida privada – mas sem expor e averiguar a orientação sexual da senhora Atala.

167. O Tribunal constata que durante o processo de guarda, a partir de uma visão estereotipada sobre o alcance da orientação sexual da senhora Atala (par. 146 *supra*), provocou-se uma ingerência arbitrária em sua vida privada, dado que a orientação sexual é parte da intimidade de uma pessoa e não tem relevância para analisar aspectos relacionados com paternidade ou maternidade, boa ou má. Portanto, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 11.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.

168. Por sua vez, o Tribunal observa que um dos argumentos centrais analisados nas decisões da Corte Suprema de Justiça e do Juizado de Menores de Villarrica sobre a guarda provisória foi a convivência da senhora Atala com sua companheira do mesmo sexo (pars. 41 e 56 *supra*), razão pela qual esta Corte considera indispensável passar a analisar a suposta violação da vida familiar alegada pela Comissão e pelos representantes.

¹⁸⁰ Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 178 *supra*, par. 119; e *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 179 *supra*, par. 129, citando T.E.D.H., *Caso Niemietz*, nota 159 *supra*, par. 29; e *Caso Peck*, nota 159 *supra*, par. 57.

¹⁸¹ Cf. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C Nº 193, par. 56; e *Caso Escher e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C Nº 200, par. 116.

169. A esse respeito, a Corte reitera que o artigo 11.2 da Convenção Americana se relaciona estreitamente com o direito a que se proteja a família e a viver nela, reconhecido no artigo 17 da Convenção, segundo o qual o Estado é obrigado não somente a dispor e executar diretamente medidas de proteção das crianças, mas também a favorecer, da maneira mais ampla, o desenvolvimento e a força do núcleo familiar.¹⁸² O Tribunal estabeleceu que a separação de crianças da família constitui, em certas condições, uma violação do citado direito,¹⁸³ pois inclusive as separações legais da criança de sua família só são procedentes se devidamente justificadas.¹⁸⁴

170. No que concerne aos artigos 11.2 e 17.1 da Convenção Americana, o direito de toda pessoa a receber proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais em sua família faz parte, implicitamente, do direito à proteção da família e, além disso, está expressamente reconhecido nos artigos 12.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹⁸⁵ V da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem,¹⁸⁶ 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁸⁷ e 8 da Convenção Europeia.¹⁸⁸ Essas disposições revestem especial relevância quando se analisa a separação da criança da família.¹⁸⁹

171. Segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu, o desfrute mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental da vida em família,¹⁹⁰ e o artigo 8 da Convenção Europeia tem como objetivo preservar o indivíduo contra as ingerências arbitrárias das autoridades públicas e estabelecer obrigações positivas a cargo do Estado em prol do respeito efetivo da vida familiar.¹⁹¹

172. Com respeito ao conceito de família, diversos órgãos de direitos humanos criados por tratados salientaram que não existe um modelo único de família, porquanto esse modelo

¹⁸² Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 66; e *Caso Chitay Nech e outros*, nota 30 *supra*, par. 157.

¹⁸³ Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 71 e 72; e *Caso Chitay Nech e outros*, nota 30 *supra*, par. 157.

¹⁸⁴ Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 77.

¹⁸⁵ O artigo 12.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “[n]inguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei.”

¹⁸⁶ O artigo V da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispõe que “[t]oda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

¹⁸⁷ O artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece que “[n]inguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”.

¹⁸⁸ Nesse sentido, o artigo 8.1 da Convenção Europeia dispõe que “[qualquer] pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. O artigo 8.2 também dispõe que “[N]ão pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

¹⁸⁹ Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 71.

¹⁹⁰ Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 72, citando T.E.D.H., *Caso Buchberger Vs. Áustria*, (nº 32.899/96), Sentença de 20 de dezembro de 2001. Final, 20 de março de 2003, par. 35; *Caso K. e T. Vs. Finlândia* (nº 25.702/94), Sentença de 12 de julho de 2001, par. 151; *Caso Elsholz Vs. Alemanha* (nº 25.735/94), G.C., Sentença de 13 de julho de 2000, par. 43; *Caso Bronda Vs. Itália* (nº 22.430/93), Sentença de 9 junho de 1998, par. 51; e *Caso Johansen Vs. Noruega* (nº 17.383/90), Sentença de 7 de agosto de 1996, par. 52.

¹⁹¹ Cf. T.E.D.H., *Caso Olsson Vs. Suécia* (nº 10.465/83), Sentença de 24 de março de 1988, par. 81.

pode variar.¹⁹² Do mesmo modo, o Tribunal Europeu interpretou o conceito de “família” em termos amplos. Com relação a casais de diferentes sexos, ressaltou reiteradamente que:

A noção de família segundo esta norma não é limitada a relações baseadas no casamento, e pode abranger outros vínculos de ‘família’ *de facto*, onde as partes vivem juntas fora do casamento. Uma criança nascida dessa relação é *ipso jure* parte dessa unidade familiar a partir desse momento e pelo mero fato de seu nascimento. Portanto, existe entre a criança e os pais um vínculo que implica vida familiar. Além disso, o Tribunal recorda que o desfrute mútuo por parte dos pais e dos filhos da companhia uns dos outros constitui um elemento fundamental da vida familiar, ainda que a relação dos pais esteja rompida e[, em consequência,] medidas nacionais que limitem esse gozo implicam uma interferência no direito protegido pelo artigo 8 da Convenção.¹⁹³

173. No *Caso X, Y e Z Vs. Reino Unido*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, seguindo o conceito amplo da família, reconheceu que um transexual, sua companheira mulher e uma criança podem configurar uma família, ao ressaltar que:

Ao decidir se uma relação pode ser considerada ‘vida familiar’, uma série de fatores pode ser relevante, inclusive se o casal vive junto, a duração da relação, e demonstraram compromisso mútuo ao terem filhos conjuntamente ou por outros meios.¹⁹⁴

¹⁹² Cf. Nações Unidas, Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 21 (13º Período de Sessões, 1994). A igualdade no casamento e nas relações familiares, par. 13 (“A forma e o conceito de família variam de um Estado para outro e até de uma região para outra num mesmo Estado. Qualquer que seja a forma que adote e quaisquer que sejam o ordenamento jurídico, a religião, os costumes ou a tradição do país, o tratamento da mulher na família, tanto diante da lei como na esfera privada, deve adequar-se aos princípios de igualdade e justiça para todas as pessoas, como o exige o artigo 2 da Convenção”); Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 7. Realização dos direitos da criança na primeira infância, nota 171 *supra*, par. 15 e 19 (“A Comissão reconhece que ‘família’ aqui se refere a uma variedade de estruturas que podem ocupar-se da atenção, do cuidado e do desenvolvimento das crianças pequenas, e que incluem a família nuclear, a família ampliada e outras modalidades tradicionais e modernas de base comunitária, desde que estejam acordes com os direitos e o interesse superior da criança. [...] a Comissão observa que, na prática, os modelos familiares são variáveis e mutáveis em muitas regiões, assim como a disponibilidade de redes não estruturadas de apoio aos pais, e que existe uma tendência global para uma diversidade maior no tamanho de família, nas funções parentais e nas estruturas para a criação das crianças”); Comissão de Direitos Humanos, Observação Geral nº 19 (39º Período de Sessões, 1990). A família (artigo 23), HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), par. 2 (“A Comissão observa que o conceito de família pode diferir em alguns aspectos de um Estado para outro e entre regiões dentro do mesmo Estado, de maneira que não é possível apresentar uma definição uniforme do conceito”), e Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, Observação Geral nº 16 (32º Período de Sessões, 1988). Direito à intimidade (artigo 17), HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), par. 5 (“Quanto ao termo ‘família’, os objetivos do Pacto exigem que, para os efeitos do artigo 17, seja interpretado como um critério amplo que inclua todas as pessoas que compõem a família, tal como esta seja entendida na sociedade do Estado Parte de que se trate”).

¹⁹³ T.E.D.H., *Caso Schalk e Kopf*, nota 158 *supra*, par. 91 (“the notion of family [...] is not confined to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* ‘family’ ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is *ipso jure* part of that ‘family’ unit from the moment and by the very fact of his birth. Thus there exists between the child and his parents a bond amounting to family life. The Court further recalls that the mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life, even if the relationship between the parents has broken down, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8 of the Convention”), citando T.E.D.H., *Caso Elsholz*, nota 190 *supra*, par. 43; *Caso Keegan*, nota 166 *supra*, par. 44; e *Caso Johnston e outros Vs. Irlanda* (nº 9.697/82), Sentença de 18 de dezembro de 1986, par. 56; *ver também* T.E.D.H., *Caso Alim Vs. Rússia* (nº 39.417/07), Sentença de 27 de setembro de 2011, par. 70; *Caso Berrehab Vs. Países Baixos* (nº 10.730/84), Sentença de 21 de junho de 1988, par. 21; e *Caso L. Vs. Países Baixos* (nº 45.582/99), Sentença de 1º de junho de 2004. Final, 1º de setembro de 2004, par. 36.

¹⁹⁴ T.E.D.H., *Caso X, Y e Z Vs. Reino Unido*, (nº 21.830/93), Sentença de 22 de abril de 1997, par. 36 (“When deciding whether a relationship can be said to amount to ‘family life’, a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means”). Cf. T.E.D.H., *Caso Marckx Vs. Bélgica*, (nº 6.833/74), Sentença de 13 de junho de 1979, par. 31; *Caso Keegan*, nota 166 *supra*, par. 44; e *Caso Kroon e outros*, nota 166 *supra*, par. 30.

174. Em primeiro lugar, e a respeito da proteção convencional dos casais do mesmo sexo, no *Caso Schalk e Kopf Vs. Áustria*, o Tribunal Europeu revisou sua jurisprudência vigente até o momento, na qual somente havia aceitado que a relação emocional e sexual de um casal do mesmo sexo constitui "vida privada", mas não havia considerado que constituísse "vida familiar", ainda que se tratasse de uma relação de longo prazo em situação de convivência.¹⁹⁵ Ao aplicar um critério amplo de família, o Tribunal Europeu estabeleceu que "a noção de 'vida familiar' abrange um casal do mesmo sexo que convive numa relação estável *de facto*, tal como abrangeria um casal de sexo diferente na mesma situação",¹⁹⁶ pois considerou "artificial manter uma posição que sustente que, diferentemente de um casal heterossexual, um casal do mesmo sexo não pode desfrutar da 'vida familiar' nos termos do artigo 8" da Convenção Europeia.¹⁹⁷

175. O Tribunal ressalta que, diferentemente do disposto na Convenção Europeia, na qual só se protege o direito à vida familiar em conformidade com o artigo 8 da citada Convenção, a Convenção Americana conta com dois artigos que protegem a vida familiar de maneira complementar. Com efeito, esta Corte considera que a imposição de um conceito único de família deve ser analisada não só pela possível ingerência arbitrária contra a vida privada, segundo o artigo 11.2 da Convenção Americana, mas também pelo impacto que isso possa ter no núcleo familiar, à luz do artigo 17.1 dessa citada Convenção.

176. No presente caso, o Tribunal observa que de novembro de 2002 até a decisão de guarda provisória, em maio de 2003 (pars. 41 e 42 *supra*), havia um vínculo próximo entre a senhora Atala, a senhora De Ramón, o filho mais velho da senhora Atala e as três crianças. A esse respeito, a senhora Atala declarou que "éramos uma família absolutamente normal. Um menino, três meninas, um gato, um cachorro, uma cadela, uma casa, tínhamos um projeto como família. Tínhamos sonhos como família".¹⁹⁸ Também a senhora De Ramón declarou que "[a] vida dos cinco membros da família, seis [com ela], era quase idílica[, pois e]stabeleceram uma relação de muita comunicação, pelo menos entre as mulheres da família".¹⁹⁹

177. Portanto, é visível que se havia constituído um núcleo familiar que, nessa condição, estava protegido pelos artigos 11.2 e 17.1 da Convenção Americana, pois existia uma convivência, um contato frequente, e uma proximidade pessoal e afetiva entre a senhora Atala, sua companheira, seu filho mais velho e as três crianças. Isso, sem prejuízo de que as crianças mantivessem outro vínculo familiar com o pai.

178. Este Tribunal já concluiu que os fundamentos apresentados tanto pela Corte Suprema de Justiça como pelo Juizado de Menores de Villarrica na decisão de guarda provisória não constituíram uma medida idônea para proteger o interesse superior da

¹⁹⁵ T.E.D.H., *Caso Schalk e Kopf*, nota 158 *supra*, par. 92 ("the Court's case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes 'private life' but has not found that it constitutes 'family life', even where a long-term relationship of cohabiting partners was at stake").

¹⁹⁶ T.E.D.H., *Caso Schalk e Kopf*, nota 158 *supra*, par. 94 ("a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* partnership, falls within the notion of 'family life', just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would"); e *Caso P.B. e J.S. Vs. Áustria*, (nº 18.984/02), Sentença de 22 de julho de 2010. Final, 22 de outubro de 2010, par. 30.

¹⁹⁷ T.E.D.H., *Caso Schalk e Kopf*, nota 158 *supra*, par. 94 ("the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8"); e *Caso P.B. e J.S.*, nota 196 *supra*, par. 30.

¹⁹⁸ Declaração da senhora Karen Atala Riffo prestada perante a Corte Interamericana na audiência pública do presente caso.

¹⁹⁹ Declaração de Emma de Ramón, de 4 de agosto de 2011 (expediente de Mérito, tomo II, folha 762).

criança (par. 146 *supra*), o que teve como resultado, ademais, a separação da família formada pela mãe, sua companheira e as crianças. Isso constitui uma interferência arbitrária no direito à vida privada e familiar. Portanto, a Corte declara que o Estado violou os artigos 11.2 e 17.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Rizzo e das crianças M., V. e R. A respeito dessas últimas, essas violações da vida familiar ocorrem também em relação ao artigo 19 da Convenção, uma vez que foram separadas de maneira não justificada de um de seus ambientes familiares.

E. Garantias judiciais e proteção judicial

1. Garantias judiciais e proteção judicial em relação à senhora Atala

Alegações das partes

179. A Comissão e os representantes alegaram a suposta violação da garantia judicial de imparcialidade em virtude do enfoque estereotipado dos juízes em relação ao caso. A Comissão salientou que “ao considerar [a] orientação sexual” da senhora Atala “um elemento fundamental de sua capacidade de ser mãe, bem como o uso evidente de preconceitos discriminatórios”, se poderia concluir que a senhora Atala “não contou com a garantia de imparcialidade”. Os representantes acrescentaram que a revogação da sentença do Tribunal de Recursos pela Corte Suprema de Justiça constituía uma violação da garantia de independência judicial. A Comissão e os representantes sugeriram que tudo isso tinha impacto no direito de acesso à justiça, razão pela qual alegaram a violação do artigo 8.1²⁰⁰ e do artigo 25²⁰¹ da Convenção Americana.

180. Além disso, os representantes argumentaram que a Corte Suprema “acolh[eu] um recurso de queixa [...] num caso em que não procedia, infringindo as normas do devido processo e a independência [objetiva interna] dos juízes”, e ao punir disciplinarmente os Ministros do Tribunal de Recursos de Temuco “por terem uma interpretação determinada” do Código Civil. Consideraram que “por meio de um recurso que, por disposição legal não desloca a competência, como é o caso do recurso de queixa, a Corte Suprema passou a conhecer de um caso, bem como a nele proferir sentença, que já havia sido decidido e que as autoridades pertinentes já haviam feito tramitar perante os respectivos tribunais competentes”. Os representantes também arguiram uma violação da garantia de imparcialidade judicial porque a decisão da Corte Suprema “se sustenta[va] num preconceito e carec[ia] de sustentação racional e jurídica”. Por último, salientaram que a senhora Atala não deseja que “[as crianças] fossem novamente [...] submetidas à pressão de um processo de guarda [...] renunciando a que se restitua[m] [...] as crianças ao núcleo familiar com a mãe”.

181. O Estado alegou que “a Corte Suprema de Justiça não excedeu o limite no exercício de suas faculdades, nem delas abusou, quando, após declarar a efetividade da falta ou

²⁰⁰ O artigo 8.1 da Convenção Americana (Garantia judiciais) estabelece que:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

²⁰¹ O artigo 25.1 da Convenção Americana (Proteção judicial) estabelece que:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

abuso grave, acolhendo o recurso de agravo, resolveu invalidar a decisão impugnada proferindo em seu lugar uma sentença de substituição”. Por sua vez, o Estado negou uma violação do artigo 25.1 da Convenção com o argumento de que a senhora Atala “teria podido e ainda pode tentar revogar a decisão da Corte Suprema, interpondo [...] um novo pedido de guarda das crianças, com a única exigência de demonstrar que alguma das circunstâncias que motivaram a sentença se modificou”, uma vez que a decisão que concedeu a guarda ao pai das crianças só possui força de coisa julgada formal. Concluiu que “para que o direito ao recurso contra uma decisão judicial seja afetado, é fundamental que se comprove a existência de uma violação ao devido processo, no momento em que foi proferida, sem que exista um meio de impugnação à disposição da parte agravada, qualquer que seja [e]le, mediante o qual seja possível reverter a suposta violação de direitos fundamentais”.

Considerações da Corte

182. No presente caso, a Corte Suprema de Justiça considerou que os juízes do Tribunal de Recursos de Temuco “cometeram falta ou abuso grave tanto ao aplicar as normas jurídicas que regem a matéria como ao apreciar os antecedentes da causa em que pronunciaram a sentença que deu origem ao recurso [de agravo]”.²⁰²

183. A esse respeito, a Corte observa que a alegação dos representantes sobre a aceitação indevida do recurso de agravo pela Corte Suprema de Justiça está diretamente relacionada com a suposta inexistência de uma falta grave por parte do Tribunal de Recursos de Temuco. A propósito, cumpre salientar que o recurso de queixa no Chile está previsto no artigo 545 do Código Orgânico de Tribunais.²⁰³ Trata-se de um recurso disciplinar cuja fonte é o artigo 82 da Constituição²⁰⁴ e que, em geral, tem origem na prática jurisprudencial dos Tribunais Superiores de Justiça, dos Tribunais de Recursos e da Corte Suprema de Justiça.²⁰⁵

184. Na opinião do perito Marín, a prática de usar o recurso de queixa como meio para revisar sentenças alterou o sistema processual ao banir o recurso de cassação como

²⁰² Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.673).

²⁰³ Cf. o artigo 545 do Código Orgânico de Tribunais dispõe: “O recurso de agravo tem por exclusiva finalidade corrigir as faltas ou abusos graves cometidos na promulgação de resoluções de caráter jurisdicional. Só procederá quando a falta ou abuso sejam cometidos em sentença interlocutória, que ponha fim ao julgamento ou torne impossível sua continuação ou encerramento, e que não sejam suscetíveis de qualquer recurso, ordinário ou extraordinário, sem prejuízo da atribuição da Corte Suprema de agir de ofício no exercício de suas facultades disciplinares. Excetuam-se as sentenças definitivas de primeira ou única instância proferidas por árbitros arbitradores, em cujo caso procederá o recurso de agravo, além do recurso de cassação na forma e no mérito. A sentença que acolhe o recurso de agravo conterà as considerações precisas que demonstrem a falta ou abuso, bem como os erros ou omissões manifestos e graves que os constituam e que existam na resolução que motiva o recurso, e determinará as medidas destinadas a remediar essa falta ou abuso. Em nenhum caso poderá modificar, emendar ou invalidar resoluções judiciais a respeito das quais a lei contemple recursos jurisdicionais ordinários ou extraordinários, a não ser que se trate de um recurso de agravo interposto contra sentença definitiva de primeira ou única instância proferida por árbitros arbitradores. Caso um tribunal superior de justiça, fazendo uso de suas atribuições disciplinares, invalide uma resolução jurisdicional, deverá aplicar a medida disciplinar ou as medidas disciplinares que considere pertinentes. Nesse caso, a câmara disporá que se dê conta dos antecedentes ao tribunal pleno, com vistas à aplicação das medidas disciplinares procedentes, atendida a natureza das faltas ou abusos, que não poderão ser inferiores à admoestação privada” (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.398).

²⁰⁴ Cf. o artigo 82 da Constituição Política estabelece que “a Corte Suprema terá a supervisão executiva, correcional e econômica de todos os tribunais da nação. Excetuam-se dessa norma o Tribunal Constitucional, o Tribunal Qualificador de Eleições e os tribunais eleitorais regionais” (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.393).

²⁰⁵ Cf. Relatório escrito do perito Marín González sobre o recurso de agravo no Chile, apresentado em 21 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folhas 5.393 e 5.411).

recurso jurisdicional natural previsto pelo legislador nacional para corrigir os erros dos juízes de instância.²⁰⁶ Segundo o perito, o recurso de queixa provocou, de fato, a criação de uma terceira instância na qual a Corte Suprema alterava os fatos provados na respectiva instância e a forma como os juízes haviam avaliado essa prova.²⁰⁷

185. Por outro lado, a Corte observa que, segundo a doutrina jurídica chilena a que se refere o Estado, o recurso de queixa é definido como “o ato jurídico processual de parte que se exerce diretamente perante o Tribunal superior hierárquico e contra o juiz ou juízes inferiores que tenham proferido sentença num processo ao qual conhecem uma resolução de falta ou abuso grave, solicitando-lhe que corrija de imediato o erro que motiva sua interposição, mediante a emenda, revogação ou anulação da sentença, sem prejuízo da aplicação das sanções disciplinares procedentes pelo plenário desse Tribunal, com respeito ao juiz ou juízes recorridos”.²⁰⁸ Esse recurso se interpõe “diretamente perante o Tribunal superior hierárquico àquele que tenha expedido a decisão por falta ou abuso grave, para que seja por ele reconhecido e solucionado”. Não se interpõe contra uma decisão, mas contra o juiz ou juízes que promulgaram a decisão de falta ou abuso grave, para que seja modificada, emendada ou tornada sem efeito. O recurso não foi “criado para corrigir erros de interpretação, mas faltas ou abusos ministeriais [...] que se enquadrem no âmbito da [] jurisdição disciplinar do superior hierárquico”. Portanto, “não constitui instância para a revisão de todas as questões de fato e de direito, mas unicamente faculta ao superior examinar se se cometeu falta ou abuso grave”. O Tribunal Superior tem a faculdade de revogar, emendar ou anular a decisão.²⁰⁹ A falta ou abuso grave cometido por um juiz pode decorrer da violação formal da lei, da interpretação errada da lei ou da falsa apreciação dos antecedentes do processo.²¹⁰

186. Para analisar se no presente caso se desconheceu a garantia de independência judicial ao aceitar o recurso de agravo, a Corte recorda que um dos objetivos principais da separação dos poderes públicos é a garantia da independência dos juízes, cujo objetivo reside em evitar que o sistema judicial e seus integrantes se vejam submetidos a restrições indevidas no exercício de sua função por parte de órgãos alheios ao Poder Judiciário ou, inclusive, por parte dos magistrados que exercem funções de revisão ou recurso.²¹¹ Além disso, a garantia da independência judicial abrange a garantia contra pressões externas,²¹²

²⁰⁶ Cf. Relatório escrito do perito Marín González sobre o recurso de agravo no Chile, nota 205 *supra*, folha 5.411.

²⁰⁷ A esse respeito, o perito Marín citou os motivos legislativos para a aprovação da Lei nº 19.374, de 1995, mediante a qual se modificou o recurso de queixa, e jurisprudência da Corte Suprema de Justiça para explicar que o legislador chileno modificou o recurso de queixa com o objetivo de limitar esse recurso disciplinar e impedir a distorção do sistema processual e da função jurisdicional dos tribunais superiores de justiça, com a finalidade de evitar sua prática abusiva e, portanto, a revisão de julgamentos por meio de uma terceira instância que violava abertamente o princípio do contraditório da audiência. Cf. Relatório escrito do perito Marín González sobre o recurso de agravo no Chile, nota 205 *supra*, folhas 5.397, 5.398, 5.400 e 5.411.

²⁰⁸ Mario Mosquera Ruíz e Cristián Maturana Miquel. *Los Recursos Procesales*, 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago do Chile, p. 383, prova documental anexada pelo Estado às suas alegações finais escritas (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.945).

²⁰⁹ Cf. Mario Mosquera Ruíz e Cristián Maturana Miquel. *Los Recursos Procesales*, p. 383 e 384, nota 208 *supra*, folhas 5.945 e 5.946.

²¹⁰ Cf. Mario Mosquera Ruíz, Cristián Maturana Miquel. *Los Recursos Procesales*, p. 387, nota 208 *supra*, tomo XII, folha 5.949.

²¹¹ Cf. *Caso Apitz Barbera e outros*, nota 92 *supra*, par. 55; e *Caso Reverón Trujillo*, nota 33 *supra*, par. 67.

²¹² Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 75; e *Caso Reverón Trujillo*, nota 33 *supra*, par. 80. Ver também T.E.D.H., *Caso Campbell e Fell Vs. Reino Unido*, (nº 7.819/77; 7.878/77), Sentença de 28 de junho de 1984, par. 78; e *Caso Langborger Vs. Suécia*, (nº 11.179/84), Sentença de 22 de junho de 1989, par. 32. Ver também Princípios 2, 3 e 4

de tal forma que o Estado deve abster-se de realizar ingerências indevidas no Poder Judiciário ou em seus integrantes, isto é, com relação à pessoa do juiz específico, e deve prevenir essas ingerências e investigar e punir aqueles que as cometam.²¹³

187. A Corte considera que neste caso não há elementos probatórios suficientes que permitam inferir a existência de pressões externas contra os juízes que conheceram da causa, destinadas a arbitrar contra a senhora Atala. Por outro lado, dado que os juízes do Tribunal de Recursos de Temuco punidos pelo recurso de queixa não são supostas vítimas no presente caso, isso limita o pronunciamento que o Tribunal pode fazer em relação a uma possível violação do artigo 8.1 da Convenção por essa decisão punitiva.

188. Finalmente, a Corte salientou anteriormente que não constitui uma quarta instância que possa realizar uma avaliação da prova referente a qual dos pais oferecia um melhor lar para as três crianças (par. 66 *supra*). No mesmo sentido, o Tribunal tampouco é uma quarta instância que possa se pronunciar sobre a controvérsia entre diversos setores da doutrina local sobre o alcance do direito interno a respeito dos requisitos de procedência do recurso de agravo.

189. Por outro lado, com relação à suposta imparcialidade da Corte Suprema ao adotar sua decisão sobre o recurso de agravo, esta Corte recorda que a imparcialidade exige que o juiz que intervém numa contenda específica se aproxime aos fatos da causa livre de todo preconceito, de maneira subjetiva, e, do mesmo modo, oferecendo garantias suficientes de natureza objetiva que permitam eliminar qualquer dúvida que o acusado ou a comunidade possam abrigar a respeito da ausência de imparcialidade. Enquanto a imparcialidade pessoal ou subjetiva se presume, a menos que exista prova ao contrário, coerente, por exemplo, na demonstração de que algum membro de um tribunal ou juiz guarda preconceitos ou parcialidades de índole pessoal contra os litigantes, a denominada prova objetiva consiste em determinar se o juiz questionado ofereceu elementos convincentes que permitam eliminar temores legítimos ou suspeitas fundamentadas de parcialidade sobre sua pessoa. Assim sendo, a atuação do juiz deve parecer isenta de influência, incentivo, pressão, ameaça ou intromissão, direta ou indireta,²¹⁴ guiando-se única e exclusivamente conforme o direito e por ele determinada.²¹⁵

190. A Corte Interamericana ressalta que, embora certamente tenham sido declaradas no presente caso algumas violações da Convenção (pars. 146, 155 e 178 *supra*), uma violação do artigo 8.1. pela suposta falta de imparcialidade judicial dos juízes deve-se estabelecer com base em elementos probatórios específicos e concretos que mostrem que se está efetivamente diante de um caso em que os juízes claramente se deixaram influenciar por aspectos ou critérios alheios às normas legais.

191. O Tribunal constata que nem a Comissão nem os representantes apresentaram elementos probatórios específicos para descaracterizar a presunção de imparcialidade subjetiva dos juízes. Tampouco apresentaram elementos convincentes que permitam

dos Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Independência da Magistratura, aprovados pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, realizado em Milão, de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985, e confirmados pela Assembleia Geral nas resoluções 40/32, de 29 de novembro de 1985, e 40/146, de 13 de dezembro de 1985.

²¹³ Cf. *Caso Reverón Trujillo*, nota 33 *supra*, par. 146.

²¹⁴ Princípio 2 dos Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Independência da Magistratura, nota 212 *supra*.

²¹⁵ *Caso Apitz Barbera e outros*, nota 92 *supra*, par. 56.

questionar a imparcialidade objetiva dos juízes na sentença da Corte Suprema. Uma interpretação das normas do Código Civil chileno contrária à Convenção Americana em matéria do exercício da guarda de menores de idade por uma pessoa homossexual não é suficiente, em si mesma, para que este Tribunal declare uma falta de imparcialidade objetiva.

192. A Corte considera, por conseguinte, que o Estado não violou as garantias judiciais reconhecidas no artigo 8.1 da Convenção, em relação à decisão da Corte Suprema de Justiça no presente caso.

2. Direito das crianças M., V. e R. a serem ouvidas e a que suas opiniões sejam levadas em conta

Alegações das partes

193. A Comissão alegou "como particularmente grave que no processo de guarda as preferências e as necessidades das crianças não tenham sido consideradas pela Corte Suprema de Justiça, o que, sim, foi levado em conta por tribunais inferiores". Acrescentou que a Corte Suprema de Justiça do Chile não envidou esforços por ouvir as crianças.

194. Os representantes argumentaram que, ainda que "existam mecanismos processuais cuidadosamente concebidos [no Chile] para que as opiniões das crianças tenham influência nas decisões que as afetem, e se adotem efetivamente decisões em seu interesse, e não no de outras pessoas intervenientes[,]a Corte Suprema ignorou completamente esses mecanismos e arbitrariamente decidiu atribuir maior peso a opiniões baseadas em preconceitos e estereótipos, em detrimento da opinião especializada de profissionais e, mais importante ainda, das próprias crianças, como de fato o fizeram os tribunais de instância".

195. O Estado declarou que "no contexto do conhecimento de um meio de impugnação extraordinária, como é o recurso de queixa, não existe a oportunidade processual para reiterar as declarações das crianças, e isso é desnecessário com vistas ao devido processo. Da perspectiva do interesse e da proteção das crianças é contraproducente, além de desnecessário, exigir-lhes que voltem a depor no mesmo processo sobre a separação dos pais e o desejo de viver com um deles, aumentando, assim, seu grau de vitimização". Acrescentou que "as crianças foram de fato ouvidas pelos juízes da instância, e a Corte Suprema teve acesso a esses antecedentes". Além disso, salientou que, "[p]or outro lado, o princípio de reconhecimento da autonomia e da subjetividade das crianças em nenhum caso implica ou pode ser equiparado à possibilidade de impor-lhes a responsabilidade final de decidir sobre seus destinos. [...] Quando a opinião da criança ou do adolescente e seus desejos entram em colisão com seu 'interesse superior' [...], sem que seja possível sua compatibilidade, deverá necessariamente privilegiar-se seu interesse sobre seus desejos, pois, do contrário, ficaria sem sustentação o regime especial de proteção de que gozam".

Considerações da Corte

196. A Corte ressalta que as crianças são titulares dos direitos estabelecidos na Convenção Americana, além de contarem com as medidas especiais de proteção contempladas no artigo 19 da Convenção, as quais devem ser definidas segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto.²¹⁶ No presente caso, o Tribunal observa que o artigo 8.1 da Convenção Americana consagra o direito de todas as pessoas, inclusive

²¹⁶ *Mutatis mutandi, Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C Nº 221, par. 121.

as crianças, de serem ouvidas nos processos em que se determinem seus direitos. Esse direito deve ser interpretado à luz do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança,²¹⁷ que contém disposições adequadas sobre o direito que as crianças têm de ser ouvidas, com o objetivo de que a intervenção da criança se ajuste às condições deste e não redunde em prejuízo de seu interesse genuíno.²¹⁸

197. De maneira específica, a Observação Geral nº 12, de 2009, do Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas ressaltou a relação entre o "interesse superior da criança" e o direito de ser ouvida, ao afirmar que "não é possível uma aplicação correta do artigo 3 [(interesse superior da criança)] se não se respeitam os componentes do artigo 12. Do mesmo modo, o artigo 3 reforça a funcionalidade do artigo 12 ao facilitar o papel essencial das crianças em todas as decisões que afetem sua vida".²¹⁹

198. Com a finalidade de determinar o alcance dos termos descritos no artigo 12 dessa Convenção, o Comitê definiu uma série de especificações, a saber: i) "não [se] pode partir da premissa de que uma criança é incapaz de expressar suas próprias opiniões";²²⁰ ii) "a criança não deve ter necessariamente um conhecimento exaustivo de todos os aspectos do assunto que a afeta, mas compreensão suficiente para ser capaz de formar adequadamente um juízo próprio sobre o assunto";²²¹ iii) a criança pode expressar suas opiniões sem pressão, e pode escolher se quer ou não exercer o direito de ser ouvida; iv) "a realização do direito da criança de expressar suas opiniões exige que os responsáveis por ouvi-la e seus pais ou tutores informem a criança sobre os assuntos, as opções e as possíveis decisões que possam ser adotadas e suas consequências";²²² v) "a capacidade da criança [...] deve ser avaliada para que se levem devidamente em conta suas opiniões ou para a ela comunicar a influência que essas opiniões tiveram no resultado do processo";²²³ e vi) "os níveis de compreensão das crianças não se vinculam de maneira uniforme à sua idade biológica", razão pela qual a maturidade da criança deve ser medida com base na "capacidade [...] de expressar suas opiniões sobre as questões de forma razoável e independente".²²⁴

²¹⁷ O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança salienta: 1. Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas em função da idade e da maturidade da criança. 2 - Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais de legislação nacional. (Sem grifo no original)

²¹⁸ Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 99. Por outro lado, o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas definiu que o direito de "ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a criança", implica que "essa disposição seja aplicável a todos os processos judiciais pertinentes que afetem a criança, sem limitações". Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12 (2009). O direito da criança de ser ouvida, CRC/C/GC/12, de 20 de julho de 2009, par. 32. O UNICEF salientou especificamente que "todo processo [...] judicial que afete a criança compreende um espectro muito amplo de audiências em tribunais, inclusive todos os processos civis, tais como os de divórcio, custódia, cuidado e adoção, mudança de nome, solicitações judiciais a respeito do lugar de residência, religião, educação, disposição de dinheiro, etc., decisões judiciais sobre nacionalidade, imigração e condição de refugiado, e processos penais; também inclui a participação de Estados perante tribunais internacionais". Tradução para o espanhol feita pela Secretaria da Corte Interamericana. UNICEF, Manual de Aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (Terceira edição inteiramente revisada), 2007, pág. 156.

²¹⁹ Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 74.

²²⁰ Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 20.

²²¹ Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 21.

²²² Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 25.

²²³ Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 28.

²²⁴ Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 30.

199. Por outro lado, a Corte reitera que as crianças exercem seus direitos de maneira progressiva à medida que desenvolvem maior nível de autonomia pessoal²²⁵ (par. 108 *supra*). Por conseguinte, o aplicador do direito, seja no âmbito administrativo seja no judicial, deverá levar em consideração as condições específicas do menor de idade e seu interesse superior para acordar sua participação, conforme seja cabível, na determinação de seus direitos. Nessa ponderação se procurará o maior acesso do menor de idade, na medida do possível, ao exame de seu próprio caso.²²⁶ A Corte também considera que as crianças devem ser informadas de seu direito de serem ouvidas diretamente ou por meio de um representante, caso assim o desejem. A esse respeito, em casos em que se apresentem conflitos de interesses entre a mãe e o pai, é necessário que o Estado garanta, na medida do possível, que os interesses do menor sejam representados por alguém alheio ao conflito.

200. Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança salientou que o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança não só dispõe o direito de cada criança de expressar sua opinião livremente, em todos os assuntos que a afetem, mas também engloba o direito subsequente de que se levem devidamente em conta essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.²²⁷ Não basta ouvir a criança; suas opiniões devem ser seriamente consideradas a partir do momento em que seja capaz de formar um juízo próprio, o que requer que suas opiniões sejam avaliadas mediante exame caso a caso.²²⁸ Na hipótese de que esteja em condições de formar um juízo próprio de forma razoável e independente, o encarregado de adotar decisões deve levar em conta as opiniões da criança como fator importante na solução da questão.²²⁹ Portanto, no contexto de decisões judiciais sobre a guarda, toda a legislação sobre separação e divórcio deve incluir o direito da criança de ser ouvida pelos encarregados de adotar decisões.²³⁰

201. No presente caso, a Corte observa que, em 8 de abril de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica ouviu M., V. e R., em audiência privada, e “guardou o registro da audiência privada em envelope lacrado no cofre de documentos do Tribunal”.²³¹ Além disso, a decisão da demanda de guarda provisória, aprovada pelo Juizado de Menores de Villarrica em 2 de maio de 2003, salientou “[q]ue, segundo consta dos autos principais do processo de guarda, as menores de idade foram ouvidas em audiência privada”.²³²

202. Por outro lado, na sentença de primeira instância, declarou-se “[q]ue consta das atas guardadas no cofre de documentos do Tribunal que as menores [de idade] foram ouvidas por este [Juizado]. Nessas audiências constatou-se que a vontade das três menores [de idade] é que seus pais voltem a viver juntos, e na última audiência, realizada em 8 de outubro de 2003, [R.] e [V.] manifestaram o desejo de voltar a viver com a mãe e, no caso

²²⁵ Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 7, nota 171 *supra*, par. 17.

²²⁶ Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 102.

²²⁷ Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 15.

²²⁸ Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 28 e 29.

²²⁹ Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 44.

²³⁰ Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 28 e 29.

²³¹ Ata do Juizado de Menores de Villarrica de 8 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 350).

²³² Decisão da demanda de guarda provisória pelo Juizado de Menores de Villarrica de 2 de maio de 2003, considerando sétimo (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.565).

de [M.], só se detectou uma leve preferência pela figura materna”.²³³ Além disso, o Juizado esclareceu que “as audiências decretadas para ouvir as menores [de idade], tiveram como único objetivo cumprir o mandato do [...] artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança e só constituem um antecedente a ser considerado, sem que condicione a decisão [...], isso em razão de que, por sua pouca idade, não estão em condições de emitir um juízo acertado acerca da situação que as rodeia, e tendo presente, além disso, que a opinião das menores [de idade] pode ver-se afetada artificialmente por fatores externos que a influenciem, distorçam ou invalidem para o objetivo proposto”.²³⁴ Finalmente, o Juizado levou em conta uma série de relatórios psicológicos por ele ordenados para determinar a condição psicológica e emocional das menores de idade.²³⁵

203. A esse respeito, o Tribunal constata que na primeira instância do processo de guarda foram cumpridas as obrigações que decorrem do direito das crianças de serem ouvidas num processo judicial que as afete, razão pela qual não somente as ouviu em audiência, mas, além disso, é explícito que foram levadas em conta as opiniões das três crianças, considerando sua maturidade e capacidade no momento.

204. Por outro lado, a Corte observa que dos autos do processo de guarda não consta prova de que as crianças foram ouvidas novamente pela Corte Suprema de Justiça do Chile no âmbito do recurso de agravo, assim como não figura na sentença da Corte Suprema menção alguma com respeito à decisão de ignorar a vontade que as crianças haviam manifestado no processo.

205. No presente caso, o Tribunal leva em conta a natureza específica do recurso de queixa, que constitui principalmente um recurso disciplinar contra os juízes de instância e no qual não se reúnem outras provas além das que já haviam sido apresentadas ao longo do processo de guarda (par. 185 *supra*). Esta Corte também adverte que uma criança não deve ser entrevistada com frequência maior do que a necessária, sobretudo quando se investiguem acontecimentos nocivos, dado que o processo de “ouvir” uma criança pode ser difícil e ter efeitos traumáticos.²³⁶ Por esse motivo, o Tribunal não considera que a Corte Suprema tivesse de realizar uma nova audiência no âmbito da decisão sobre o recurso de queixa para ouvir as menores de idade sobre suas preferências a respeito da convivência com um dos pais, porquanto havia nos autos do processo de guarda várias provas das quais constava a vontade das crianças.

206. Entretanto, o fato de que uma autoridade judicial não tenha de solicitar novamente o depoimento de uma criança no âmbito de um processo judicial não a exime da obrigação de levar devidamente em conta e avaliar, num sentido ou noutro, as opiniões expressas pela criança nas instâncias inferiores, em função de sua idade e capacidade. Caso seja pertinente, a respectiva autoridade judicial deve argumentar especificamente por que não levará em conta a opção da criança. Nesse sentido, o perito García Méndez afirmou que:

Em qualquer tipo de controvérsia entre a opinião da criança e a autoridade parental ou as autoridades institucionais, [...] a opinião da criança não pode ser descartada discricionariamente. Ou seja, o que isso significa é que [...] será necessário elaborar, de maneira muito sofisticada,

²³³ Cf. Sentença do Juizado de Menores de Villarrica de 29 de outubro de 2003, considerando trigésimo sexto (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.605).

²³⁴ Cf. Sentença do Juizado de Menores de Villarrica de 29 de outubro de 2003, considerando trigésimo sexto (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.605).

²³⁵ Cf. Sentença do Juizado de Menores de Villarrica de 29 de outubro de 2003, considerando trigésimo sexto (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.589).

²³⁶ Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 24.

argumentos para eventualmente se opor ao que seja essa opinião da criança. [A] opinião da criança não produz jurisprudência automaticamente [...]. Mas tampouco a opinião da criança pode ser descartada automaticamente sem uma argumentação séria e profunda.²³⁷

207. Do mesmo modo, o perito Cillero Bruñol salientou que:

[Existe a] obrigação [das autoridades estatais] de considerar sua opinião na deliberação que conduza a uma decisão que afete a criança. [...] Os adultos responsáveis pela decisão não devem decidir arbitrariamente quando a criança diz algo relevante para a decisão. [...] Ainda que a criança não seja suficientemente desenvolvida quanto a suas opiniões e visões, elas deveriam prevalecer a respeito de assuntos que a afetem, salvo por razões muito qualificadas em contrário. Isso quer dizer que, caso as opiniões da criança sejam fundamentadas, precisas, com suficiente conhecimento dos fatos e das consequências que implicam, devem *prima facie* prevalecer sobre outras argumentações para determinar a decisão que afetará a criança quanto aos fatos e situações que a ela se refiram. Esse primado é exigido pelo princípio do interesse superior da criança do artigo 3 da [Convenção sobre os Direitos da Criança]. O exposto não quer dizer que sempre irão coincidir a determinação do interesse superior da criança, no caso concreto, com as opiniões da criança, mesmo quando a criança tenha idade e maturidade para formar juízo próprio [...] O juiz ou o responsável pelo processo deve avaliar de maneira razoável o peso das opiniões da criança, em relação às consequências para o conjunto de seus direitos fundamentais, bem como em relação ao nível de maturidade da criança, mas essa avaliação [...] exige uma carga argumentativa superior à decisão que se afasta da opinião da criança.²³⁸

208. A Corte constata que a Corte Suprema de Justiça não explicou em sua sentença como avaliou ou levou em conta as declarações e preferências das menores de idade que constavam do expediente. Com efeito, o Tribunal observa que a Corte Suprema não adotou uma decisão na qual se argumentasse sobre a relevância atribuída por aquela Corte às preferências de convivência expressadas pelas menores de idade e sobre as razões pelas quais ignorava a vontade das três crianças. Pelo contrário, a Corte Suprema limitou-se a fundamentar sua decisão no suposto interesse superior das três menores de idade, mas sem justificar ou fundamentar a razão pela qual considerava legítimo rechaçar a vontade manifestada pelas crianças durante o processo de guarda, mais ainda se se leva em conta a inter-relação de seu direito de participação com o objetivo de cumprir o princípio do interesse superior da criança (par. 197 *supra*). Em virtude do exposto, a Corte conclui que a referida decisão da Corte Suprema de Justiça violou o direito das crianças de serem ouvidas e devidamente levadas em conta no processo, consagrado no artigo 8.1 em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das crianças M., V. e R.

VI DIREITO À IGUALDADE E À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO, DIREITO À VIDA PRIVADA E DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR E GARANTIR COM RESPEITO À INVESTIGAÇÃO DISCIPLINAR

209. Um dos aspectos da controvérsia é o processo disciplinar conduzido contra a senhora Atala. No que se refere a esse tema, neste capítulo serão estabelecidos os fatos provados relacionados com o processo para, em seguida, analisar as controvérsias sobre: i) direito à igualdade; ii) vida privada; e iii) garantias judiciais.

A. Fatos provados a respeito da investigação disciplinar contra a senhora Atala

²³⁷ Declaração do perito García Méndez na audiência pública realizada no presente caso em 23 de agosto de 2011.

²³⁸ Declaração escrita apresentada pelo perito Cillero Bruñol em 4 de agosto de 2011 (expediente de mérito, tomo II, folhas 935, 939 e 940).

210. Em 17 de março de 2003, a Presidenta do Comitê de Juízes do Tribunal de Julgamento Oral Penal de Villarrica levou ao conhecimento do Ministro Visitante do Tribunal de Recursos de Temuco, senhor Lenin Lillo, "uma situação específica ocorrida em 12 de março de 2003". Nesse escrito, a Presidenta do Comitê de Juízes informou que a senhora Atala havia pedido a uma de suas subalternas que "transcrev[esse], redig[isse] e imprimi[sse] ofícios em nome do Juizado de Letras e de Menores de Villarrica, nos quais se pediam diligências no processo de guarda [...] em que essa magistrad[a era] parte litigante". Além disso, declarou que "proced[eu] à realização de uma reunião de caráter privado com a magistrad[a] Atala Riffo [...] salientando a improcedência de sua atitude bem como sua ingerência numa esfera atribuída a outro Tribunal, no qual ela não era juíza, mas parte demandada".²³⁹

211. Naquele mesmo dia, e em 19 de março de 2003, o Plenário do Tribunal de Recursos de Temuco designou o senhor Lillo²⁴⁰ para uma visita extraordinária ao Tribunal Penal de Villarrica, onde a senhora Atala ocupava o cargo de juíza. A esse respeito, declarou que "essa visita obedec[ia] a dois fatos fundamentais: um dizia respeito às notícias veiculadas nos jornais 'Las Últimas Noticias' [...] e 'La Cuarta' [...] nas quais se fazia referência à condição de lésbica que se atribuía em determinadas publicações à [senhora] Atala;"²⁴¹ o outro se referia aos fatos relatados na denúncia de 17 de março de 2003.

212. Depois de realizada a visita ao Juizado no qual a senhora Atala era titular, o senhor Lillo apresentou um relatório ao Tribunal de Recursos de Temuco,²⁴² mediante o qual informou a respeito de três fatos supostamente irregulares, a saber: i) "utilização de meios e de pessoal para cumprir diligências decretadas pelo juiz [...] de menores"; ii) "utilização indevida do carimbo do Tribunal", e iii) "notícias veiculadas na imprensa". A respeito do primeiro fato, apresentou um relato dos fatos informados pela Presidenta do Comitê de Juízes e concluiu que esses fatos "eram graves, no parecer des[se] visitante especial, porquanto a senhora [...] Atala [...], prevalecendo-se de meios e de pessoal do Tribunal do qual faz [p]arte, se envolveu diretamente no cumprimento de ações decretadas no processo perante o Juiz de Menores". Em relação ao segundo fato, o senhor Lillo declarou que "rev[estia] especial gravidade, porque a Juíza Karen Atala ha[via] excedido o limite de suas atribuições com sua atitude, ao utilizar elementos do Tribunal que est[avam] subordinados a terceiros para favorecer pessoas relacionadas com seu círculo de amizades".

213. Por último, o senhor Lillo fez referência às notícias veiculadas nos Jornais "Las Últimas Noticias" e "La Cuarta", nas quais se deu a conhecer à opinião pública a demanda de guarda, fazendo referência "à relação lésbica" que a senhora Atala "manteria com outra mulher".

214. Sobre esses fatos, o senhor Lillo concluiu em seu relatório que:

não é intenção deste visitante emitir juízo de valor a respeito da inclinação sexual da Magistrad[a] Atala; entretanto, não se pode desconhecer o fato de que sua peculiar relação afetiva transcendeu o âmbito privado ao terem sido divulgadas as notícias anteriormente citadas,

²³⁹ Escrito da Presidenta do Comitê de Juízes do Tribunal de Julgamento Oral Penal de Villarrica de 17 de março de 2003 (expediente de mérito, tomo XIII, folha 7.040).

²⁴⁰ Cf. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, em 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.927).

²⁴¹ Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, em 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.927).

²⁴² Cf. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, de 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folhas 5.927 a 5.934).

o que claramente prejudica a imagem tanto da senhora Atala como do Poder Judiciário. Todo o exposto reveste uma gravidade que merece ser observada pelo Ilustríssimo Tribunal.²⁴³

215. Em 2 de abril de 2003, o Tribunal de Recursos de Temuco aprovou a visita realizada pelo senhor Lillo e formulou acusações contra a senhora Atala a respeito dos três fatos supostamente irregulares citados no relatório.²⁴⁴ Posteriormente, em 9 de maio de 2003, o Tribunal de Recursos expediu “uma séria advertência pela utilização de meios e de pessoal para cumprir diligências decretadas pelo Juiz de Letras de Menores [...] numa causa na qual era uma das partes na controvérsia”.²⁴⁵

B. Direito à igualdade e à proibição da discriminação

Alegações das partes

216. Os representantes alegaram que a senhora Atala “mantinha uma relação estável de casal que não se diferenciava de outras relações de casal, a não ser pelo fato de que sua companheira era do mesmo sexo”, e que, portanto “a ordem de investigar e de realizar uma visita ao Tribunal no qual trabalhava a Juíza Atala baseava-se exclusivamente numa rejeição discriminatória de sua orientação sexual”.

217. O Estado argumentou que “o relatório do Ministro Lillo ao plenário do Tribunal de Recursos de Temuco contém uma série de antecedentes graves que justificam a ‘séria advertência’, e que essa advertência à senhora Atala “não tem relação com sua homossexualidade, mas diz respeito a denúncias e fatos constatados pelo Ministro Lillo, completamente alheios a ela”.

Considerações da Corte

218. O Tribunal destaca que o Tribunal de Recursos de Temuco recebeu, em 17 de março de 2003, uma denúncia contra a senhora Atala pelo uso de meios e de pessoal do Juizado para assuntos de interesse pessoal (par. 210 *supra*). Entretanto, a Corte observa que, de acordo com o exposto no relatório do Ministro visitante, outras considerações foram feitas para levar a cabo a visita ao local de trabalho da senhora Atala, todas elas referentes à sua orientação sexual, pois se relacionavam com “as notícias no jornal ‘La Cuarta’, de 28 de fevereiro de [2003], e em ‘Las Últimas Noticias’, de 1º de março [de 2003], nas quais se d[eu] a conhecer à opinião pública o conteúdo de uma demanda de guarda iniciada pelo [senhor López] contra sua esposa [...] porque esta última manteria uma relação lésbica com outra mulher”.²⁴⁶ De maneira que um dos motivos da visita ao local de trabalho da senhora Atala era constatar o veiculado pelas notícias de imprensa a respeito de sua orientação sexual.

²⁴³ Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, de 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.934).

²⁴⁴ O Tribunal de Recursos de Temuco salientou que “se aprova a visita realizada pelo Ministro Lenin Lillo [...] e se formulam como acusações contra a senhora Karen Atala Riffo os três capítulos do relatório preparados pelo visitante”. Resolução do Tribunal de Recursos de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.935).

²⁴⁵ Resolução do Tribunal de Recursos de Temuco de 9 de maio de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.937).

²⁴⁶ Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, de 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.934).

219. A Corte observa que a investigação disciplinar e a visita extraordinária mencionadas têm fundamento legal nos artigos 544, parágrafo 4,²⁴⁷ 559,²⁴⁸ e 560²⁴⁹ do Código Orgânico de Tribunais. Ao ser um dos propósitos da visita indagar sobre a orientação sexual da senhora Atala, com base nas notícias da imprensa, constata-se um tratamento diferenciado em detrimento da senhora Atala ao incorporar como matéria investigável no processo disciplinar sua orientação sexual e sua relação com uma pessoa do mesmo sexo.

220. O Estado alegou que, finalmente, a “advertência” do Tribunal de Temuco se baseou “exclusivamente” na “utilização de meios e de pessoal para cumprir diligências decretadas” pelo Juizado encarregado do processo de guarda, razão pela qual a senhora Atala não teria sido punida, segundo essa alegação, por um fato relacionado com sua orientação sexual. No entanto, o Tribunal constata que no relatório preparado pelo Ministro visitante, o qual foi posteriormente aprovado pelo Tribunal de Recursos de Temuco, e que serviu de base para a formulação de acusações contra a senhora Atala, salientou-se que “não se pode desconhecer o fato de que sua peculiar relação afetiva transcendeu o âmbito privado ao terem sido divulgadas as notícias anteriormente citadas, o que claramente prejudica a imagem tanto da [senhora] Atala como do Poder Judiciário. Todo o exposto reveste uma gravidade que merece ser observada pelo [...] Tribunal”.²⁵⁰ Portanto, embora a senhora Atala não tenha sido punida expressamente pelo Tribunal de Temuco por sua orientação sexual, esse aspecto fez parte das considerações incorporadas ao relatório do Ministro visitante, as quais não foram desautorizadas ou questionadas pelo Tribunal de Temuco.

221. No entanto, a respeito do fim legítimo que se visava com essa investigação, no relatório apresentado não se especificou com clareza o motivo da visita no que dizia respeito ao questionamento da orientação sexual, porquanto apenas foi feita referência às notícias da imprensa que haviam sido publicadas. Nesse sentido, embora o fim legítimo não tenha sido explicitado no relatório, do exposto se poderia chegar a inferir que, mediante o questionamento a respeito da orientação sexual da senhora Atala, se procurava proteger a “imagem do Poder Judiciário”. Entretanto, a alegada proteção da “imagem do Poder Judiciário” não pode justificar uma diferença de tratamento baseada na orientação sexual. Além disso, a finalidade que se invoque ao praticar uma diferença de tratamento desse tipo deve ser concreta e não abstrata. No caso concreto, o Tribunal não observa relação alguma

²⁴⁷ O artigo 544, parágrafo 4, do Código Orgânico de Tribunais dispõe que: “[a]s facultades disciplinares que sejam da competência da Corte Suprema ou dos Tribunais de Recursos deverão ser exercidas especialmente a respeito dos funcionários do sistema judiciário que se enquadrem nos casos a seguir: [...] 4. Quando por irregularidade da conduta moral ou por vícios que os depreciem no conceito público comprometam o decoro de seu ministério”. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (último acesso em 20 de fevereiro de 2012), endereço eletrônico fornecido pelo Estado (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.914).

²⁴⁸ O artigo 559 do Código Orgânico de Tribunais estabelece que: “[o]s Tribunais Superiores de Justiça decretarão visitas extraordinárias por meio de algum de seus ministros aos juzgados do respectivo território jurisdicional, sempre que o melhor serviço judicial o exija”. Disponível em <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (último acesso em 20 de fevereiro de 2012) (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.914).

²⁴⁹ O artigo 560 do Código Orgânico de Tribunais salienta que: “[o] tribunal ordenará especialmente essas visitas nos seguintes casos: 1. Quando se tratar de causas civis que possam afetar as relações internacionais e que sejam de competência dos tribunais de justiça; 2. Quando se tratar da investigação de fatos ou de pesquisar crimes cujo conhecimento caiba à justiça militar, e que possam afetar as relações internacionais, ou que provoquem intranquilidade pública e exijam pronta repressão por sua gravidade e consequências prejudiciais; e 3. Sempre que seja necessário investigar fatos que afetem a conduta dos juízes no exercício de suas funções e quando haja atraso notável no despacho dos assuntos submetidos ao conhecimento desses juízes”. Disponível em <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (último acesso em 20 de fevereiro de 2012) (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.914).

²⁵⁰ Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, de 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.934).

entre um desejo de proteger a “imagem do Poder Judiciário” e a orientação sexual da senhora Atala. A orientação sexual ou seu exercício não podem constituir, em nenhuma circunstância, fundamento para a condução de um processo disciplinar, pois não existe relação alguma entre o correto desempenho do trabalho profissional da pessoa e sua orientação sexual.

222. Portanto, ao ser discriminatória uma diferenciação num questionamento disciplinar relacionado com sua orientação sexual, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 24, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.

C. Direito à vida privada

Alegações das partes

223. Os representantes declararam que a investigação disciplinar constituiu uma ingerência na vida privada da senhora Atala, porquanto “inspecionou [seu] escritório [...], inclusive seu computador e impressora, entrevistou o pessoal do Tribunal [...] sobre possíveis visitas de mulheres que a [senhora] Atala houvesse recebido [e] interrogou a [senhora] Atala sobre sua vida privada e sua relação de casal”. Acrescentaram que “expôs de maneira ilegítima [a senhora] Atala perante sua comunidade social e profissional, violando sua vida privada”.

224. O Estado salientou que a visita “não gerou nenhuma sanção administrativa contra a [senhora] Atala, já que o Tribunal de Recursos de Temuco considerou que suas atividades privadas e sua vida familiar não prejudicavam seu trabalho judicial”.

Considerações da Corte

225. O artigo 11 da Convenção, conforme se salientou (par. 161 *supra*), proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, razão pela qual a área da privacidade se caracteriza por permanecer isenta e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte da autoridade pública.²⁵¹ Segundo a jurisprudência da Corte, para determinar se existiu ingerência arbitrária na vida privada devem-se analisar, entre outros requisitos, a legalidade e a finalidade da medida.

226. No presente caso, a senhora Atala declarou a respeito da visita realizada ao seu local de trabalho que:

o Ministro se instalou na minha mesa, no meu Gabinete, inspecionou meu computador pessoal [e] todas as páginas de internet que eu havia visitado. Depois, interrogou todos os funcionários, um a um, do Tribunal, um a um, e, além disso, interrogou o pessoal da limpeza e depois interrogou meus colegas juízes, porque eu me havia unido a três juízes, e foi ao Tribunal de Garantia, porque eu era do Tribunal Oral Penal, interrogou os dois juízes daí, além da secretária do Juizado de Villarrica. Quer dizer, interrogaram seis colegas para saber se eu era ou não lésbica.²⁵²

227. Diante desse tratamento, a senhora Atala afirmou que:

²⁵¹ Cf. *Caso dos Massacres de Ituango*, nota 177 *supra*, par. 194; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 48.

²⁵² Declaração da senhora Karen Atala Riffo prestada perante a Corte Interamericana na audiência pública do presente caso.

"me senti profundamente humilhada, exposta, como se me tivessem deixado nua e jogado em praça pública".²⁵³

228. Além disso, a senhora Atala explicou que, antes da visita extraordinária, o Tribunal de Recursos de Temuco havia enviado aos funcionários do Juizado de Villarrica um questionário com perguntas indagando sobre a orientação sexual da senhora Atala.²⁵⁴ Esses fatos não foram questionados pelo Estado.

229. Em especial, a Corte observa que no relatório da visita do senhor Lillo estabeleceram-se, como conclusão, entre outros, os seguintes fatos: i) que a senhora Atala "começou a ser visitada em seu escritório por uma grande quantidade de mulheres a partir de meados de 2002",²⁵⁵ inclusive sua companheira "com quem passava horas em seu escritório"; ii) que a senhora Atala "foi visitada no Tribunal pelos pais" de sua companheira quando informou que "eram seus sogros"; e iii) que a senhora Atala "manifestou sua homossexualidade abertamente" ao senhor Lillo e "defendeu sua determinação de comunicá-la abertamente aos funcionários e Magistrados do Tribunal".²⁵⁶

230. A Corte constata que, embora a investigação disciplinar tenha tido início com fundamento legal²⁵⁷ e não tenha concluído com sanção disciplinar contra a senhora Atala por sua orientação sexual, de fato indagou-se arbitrariamente sobre isso, o que constitui uma interferência no direito à vida privada da senhora Atala, que se estendia à área profissional. Portanto, o Estado é responsável pela violação do direito à vida privada, reconhecido no artigo 11.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.

D. Garantias judiciais

231. A Comissão qualificou "o conteúdo da visita extraordinária decretada pelo Tribunal de Recursos de Temuco como um exemplo de falta de imparcialidade e dos preconceitos discriminatórios existentes no Poder Judiciário chileno na época do processo de guarda". Por outro lado, questionou "o impacto dessa visita no processo de guarda, em matéria de prejulgamento, já que o Ministro Lenin Lillo acabou por participar da concessão do mandado de segurança em 24 de novembro de 2003".

232. Os representantes argumentaram que "[q]uando o Tribunal de Recursos do Estado do Chile decide iniciar um processo disciplinar contra uma juíza, e designa um ministro para uma visita extraordinária porque se propalou [na imprensa] sua orientação sexual, também há uma violação à imparcialidade, já que a visita é um procedimento e sua origem se deve a um preconceito". Além disso, alegaram que a "violação do direito de ser julgado por um tribunal imparcial ocorre no momento em que, em 24 de novembro de 2003, dois Ministros que haviam manifestado uma opinião negativa a respeito da orientação sexual da Juíza Atala participaram da concessão do mandado de segurança". Os representantes declararam, em especial, que "os Ministros Lenin Lillo e Archivaldo Loyola estavam legalmente

²⁵³ Declaração da senhora Karen Atala prestada perante a Corte Interamericana na audiência pública do presente caso.

²⁵⁴ Declaração da senhora Karen Atala prestada perante a Corte Interamericana na audiência pública do presente caso.

²⁵⁵ Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, em 2 de abril de 2003, nota 43 *supra*, folha 5.933.

²⁵⁶ Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, em 2 de abril de 2003, nota 43 *supra*, folha 5.934.

²⁵⁷ Ver as normas disciplinares (par. 219 *supra*).

impedidos” de participar do mandado de segurança, já que “o primeiro [havia] atua[do] como ministro visitante no âmbito da investigação” disciplinar e o segundo, “exort[ado] diretamente a [senhora] Atala a que renunciasse às filhas”.

233. O Estado não se pronunciou sobre essas alegações a respeito da visita extraordinária. Por outro lado, argumentou que “não é verdadeiro que a respectiva câmara do Tribunal de Recursos de Temuco [...] estivesse integrada por dois Ministros legalmente impedidos de atuar, pois não tendo sido invocada a causa de impedimento, entende-se que a parte que podia invocá-la renunciou ao exercício de seu direito”.

Considerações da Corte

234. A Corte reitera que a imparcialidade pessoal de um juiz deve ser presumida, salvo prova em contrário (par. 189 *supra*).²⁵⁸ Para a análise da imparcialidade subjetiva, o Tribunal deve tentar averiguar os interesses ou motivações pessoais do juiz num determinado caso.²⁵⁹ Quanto ao tipo de prova exigida para atestar a imparcialidade subjetiva, o Tribunal Europeu salientou que se deve tentar determinar se o juiz manifestou hostilidade ou fez com que o caso fosse distribuído a ele por razões pessoais.²⁶⁰

235. A Corte já estabeleceu (par. 222 e 230 *supra*) que a visita extraordinária afetou o direito à igualdade e à não discriminação e à vida privada da senhora Atala. Também concluiu que era discriminatório incorporar à investigação disciplinar a orientação sexual ou a relação de casal da senhora Atala, porquanto não havia relação alguma com seu desempenho profissional (par. 221 *supra*) e, portanto, tampouco havia fundamento para concluir que a orientação sexual da senhora Atala podia redundar numa falta disciplinar. Entretanto, no relatório da visita ao local de trabalho determinou-se, com relação à orientação sexual da senhora Atala, que o que havia sido encontrado eram fatos que “rev[estiam] uma gravidade que merec[ia] ser observada pe[lo Tribunal de Recursos de Temuco]” (par. 214 *supra*).

236. Além disso, o Tribunal leva em conta as circunstâncias da realização da visita extraordinária, já que no seu decorrer e antes dela foi realizada uma série de interrogatórios aos funcionários e empregados do Juizado de Villarrica para indagar sobre a orientação sexual e os hábitos da senhora Atala (par. 228 e 229 *supra*). Observa-se também que as conclusões do relatório da visita apresentadas ao Tribunal de Recursos foram aprovadas em seu conjunto pelo referido Tribunal no mesmo dia em que o relatório foi apresentado. O Tribunal de Recursos passou então a impor penas disciplinares à senhora Atala, entre outras medidas, por sua orientação sexual (par. 215 *supra*).

²⁵⁸ Nesse mesmo sentido, na jurisprudência europeia, ver T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (nº 73.797/01), Sentença de 27 de janeiro de 2004, par. 119 (“In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary”), citando T.E.D.H., *Caso Hauschildt Vs. Dinamarca* (nº 10.486/83), Sentença de 24 de maio de 1989, par. 47.

²⁵⁹ Cf. T.E.D.H., *Caso Kyprianou*, nota 258 *supra*, par. 118 (“a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case”).

²⁶⁰ Cf. T.E.D.H., *Caso Kyprianou*, nota 258 *supra*, par. 119 (“As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will or has arranged to have a case assigned to himself for personal”). Ver também, T.E.D.H., *Caso Bellizzi Vs. Malta*, (nº 46.575/09), Sentença de 21 de junho de 2011. Final, 28 de novembro de 2011, par. 52; e *Caso De Cubber Vs. Bélgica* (nº 9.186/80), Sentença de 26 de outubro de 1996, par. 25. Além disso, o Tribunal Europeu salientou que se pode determinar a imparcialidade subjetiva de um juiz segundo as circunstâncias concretas do caso, com base no comportamento do juiz durante o procedimento, no conteúdo, nos argumentos e na linguagem utilizados na decisão, ou nos motivos para conduzir a investigação, que sugeriram uma falta de distanciamento profissional frente à decisão. Cf. T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (nº 73.797/01), G.C., Sentença de 15 de dezembro de 2005, par. 130 a 133.

237. Levando em conta todos os fatos relatados acima, a Corte considera que havia preconceitos e estereótipos que foram expostos no relatório, que demonstravam que aqueles que prepararam e aprovaram esse relatório não foram objetivos a respeito desse ponto. Pelo contrário, deixaram expressa sua posição pessoal a respeito da orientação sexual da senhora Atala num âmbito disciplinar no qual não era aceitável ou legítima uma censura jurídica por esse fato. Por conseguinte, a Corte estabelece que a visita extraordinária e a investigação disciplinar foram realizadas sem a imparcialidade subjetiva necessária, razão pela qual o Estado violou o artigo 8.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.

238. Com relação ao Ministro Loyola, a Corte observa que nos autos não consta prova com a qual se possa corroborar que o senhor Loyola, em reunião privada que teria sido realizada em março de 2003, teria sugerido à senhora Atala que entregasse as filhas ao pai. Por outro lado, o Tribunal reitera que a garantia da imparcialidade judicial deve ser respeitada pelas autoridades judiciais *ex officio*. Portanto, qualquer juiz, a respeito do qual exista uma razão legítima e objetiva que ponha em dúvida sua imparcialidade, deve abster-se de participar da aprovação da decisão.²⁶¹ Em face do exposto, o senhor Lillo deveria ter-se eximido da concessão da medida liminar de 24 de novembro de 2003, após a realização da visita extraordinária no âmbito da investigação disciplinar. Não obstante isso, a Corte constata que, imediatamente após essa decisão, o Tribunal de Recursos de Temuco resolveu confirmar as considerações da primeira instância e tornar sem efeito o mandado de segurança.²⁶²

VII REPARAÇÕES (APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

239. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,²⁶³ a Corte salientou que toda violação de uma obrigação internacional que haja provocado dano pressupõe o dever de repará-lo adequadamente,²⁶⁴ e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.²⁶⁵

240. O Estado alegou que este caso “não representou uma violação dos direitos humanos [...] da senhora Karen Atala nem de suas três filhas”. Entretanto, em consideração às

²⁶¹ Cf. T.E.D.H., *Caso Micallef Vs. Malta* (nº 17.056/06), G.C., Sentença de 15 de outubro de 2009, par. 98 (“What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. Thus, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw”); T.E.D.H., *Caso Castillo Algar Vs. Espanha* (nº 28.194/95), Sentença de 8 de outubro de 1998, par. 45.

²⁶² Sentença do Tribunal de Recursos de Temuco, de 30 de março de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.643).

²⁶³ O artigo 63.1 da Convenção Americana dispõe:

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

²⁶⁴ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25; e *Caso Fontevicchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 97.

²⁶⁵ Cf. *Caso Castillo Páez Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C Nº 43, par. 50; e *Caso Fontevicchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 97.

violações da Convenção Americana, declaradas nos capítulos anteriores, o Tribunal analisará as pretensões expostas pela Comissão e pelos representantes, bem como as posições apresentadas pelo Estado, à luz dos critérios fixados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar, com o objetivo de dispor as medidas destinadas a reparar os danos ocasionados às vítimas.

241. A reparação do dano causado pela infração de uma obrigação requer, sempre que possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja possível, como ocorre na maioria dos casos de violações de direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados, reparar as consequências que as infrações tenham provocado e estabelecer uma indenização que compense os danos ocasionados.²⁶⁶ Portanto, a Corte considerou a necessidade de dispor diversas medidas de reparação, a fim de ressarcir os danos de maneira integral, razão pela qual, além das compensações pecuniárias, as medidas de restituição, reparação e garantias de não repetição têm especial relevância pelos danos provocados.²⁶⁷

242. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas e os danos comprovados bem como com as medidas solicitadas para reparar os respectivos danos. Portanto, de acordo com as considerações expostas sobre o mérito e as violações da Convenção declaradas nos capítulos anteriores, a Corte deverá observar essa concomitância para pronunciar-se devidamente e conforme o direito.²⁶⁸

A. Parte lesada

243. O Tribunal considera como parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, aquele que tenha sido declarado vítima da violação de algum direito nela consagrado.²⁶⁹ No caso em exame, a Corte declarou que o Estado violou os direitos humanos de Karen Atala Riffo e das crianças M., V. e R. (pars. 146, 155, 178, 208, 222, 230 e 237 *supra*). No que tange à criança V., para os efeitos das reparações, deve-se ater ao estabelecido no parágrafo 71.

244. A Corte observa que os representantes solicitaram que entre os beneficiários das reparações se incluam pessoas que não foram apresentadas pela Comissão Interamericana como supostas vítimas neste caso. Especificamente, solicitaram "a reparação integral dos prejuízos materiais e imateriais" supostamente ocasionados a: i) María del Carmen Riffo Véjar, mãe de Karen Atala e avó de M., V. e R.; ii) Emma Zelmira María De Ramón Acevedo, companheira de Karen Atala até o ano de 2010; iii) Sergio Ignacio Javier Vera Atala, filho mais velho de Karen Atala; iv) Judith Riffo Véjar, tia-avó das crianças M., V. e R.; e v) Elías Atala Riffo, irmão de Karen Atala.

²⁶⁶ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 264 *supra*, par. 26; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 98.

²⁶⁷ Cf. *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 93 *supra*, par. 294; e *Caso Barbani Duarte e outros*, nota 91 *supra*, par. 240.

²⁶⁸ Cf. *Caso Baldeón García Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C Nº 183; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 101.

²⁶⁹ Cf. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C Nº 187, par. 126; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 101.

245. Entretanto, a Corte observa que a Comissão não alegou nem no relatório de mérito nem na demanda que essas pessoas sejam vítimas de violações de direitos consagrados na Convenção Americana. Por esse motivo, e levando em conta a jurisprudência do Tribunal,²⁷⁰ a Corte não considera como “parte lesada” os familiares das vítimas no presente caso e determina que serão credores de reparações unicamente na qualidade de sucessores, ou seja, caso as vítimas tenham falecido, e em conformidade com o disposto na legislação interna.²⁷¹

246. A jurisprudência internacional e, em especial, a da Corte Interamericana, estabeleceu reiteradamente que a sentença constitui *per se* uma forma de reparação.²⁷² Não obstante isso, considerando as circunstâncias do presente caso e os danos às vítimas, decorrentes das violações dos artigos 24, 11.2, 17.1, 19, 8.1 e 1.1 da Convenção Americana, declaradas em detrimento da senhora Atala e das crianças M., V. e R., a Corte julga pertinente fixar algumas medidas de reparação, conforme se explica nas seções seguintes.

B. Obrigação de investigar e impor consequências jurídicas aos funcionários responsáveis

247. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado “investigar e impor as consequências legais cabíveis pela ação de funcionários judiciais que discriminaram e interferiram arbitrariamente na vida privada e familiar de Karen Atala, e que descumpriram suas obrigações internacionais de assegurar o interesse superior de M., V. e R.”.

248. Os representantes não apresentaram alegações a esse respeito.

249. O Estado salientou que a pretensão da Comissão “parece afastar-se da jurisprudência” da Corte Interamericana, e manifestou sua “profunda preocupação” com o pedido de que se puna os membros do Poder Judiciário. O Estado alegou que a Corte não possui atribuições “para investigar e punir a conduta individual dos agentes [estatais] que tenham [cometido] violações [de direitos humanos, pois só é competente] para [declarar] a responsabilidade internacional dos Estados”.

250. A esse respeito, a Corte constata que a Comissão não teceu considerações que dessem ao Tribunal elementos suficientes para analisar em profundidade esse pedido. Por exemplo, não foi demonstrado se há normas do direito interno que autorizem as autoridades disciplinares a investigar a prática de atos discriminatórios. Tampouco foram analisadas as particularidades deste caso em relação a outros casos anteriores em que se ordenaram medidas dessa natureza. Levando em conta o exposto, a Corte considera que no presente caso o pedido apresentado pela Comissão não é procedente.

C. Outras medidas de reparação integral: reparação e garantias de não repetição

²⁷⁰ Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C Nº 198, par. 112; e *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2011. Série C Nº 228, par. 131.

²⁷¹ Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”)*, nota 270 *supra*, par. 114; e *Caso Abril Alosilla e outros Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de março de 2011. Série C Nº 223, par.90.

²⁷² Cf. *Caso Neira Alegría e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29, par. 56; e *Caso Fontevecchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 102.

251. O Tribunal determinará outras medidas que busquem reparar o dano imaterial e que não tenham natureza pecuniária, e disporá medidas de alcance ou repercussão pública.²⁷³

1. Reabilitação: assistência médica e psicológica às vítimas

252. A Comissão solicitou que se disponham medidas de reabilitação a favor das vítimas. O Estado não fez observação alguma sobre esse pedido, enquanto os representantes fizeram menção a essas medidas no âmbito da solicitação de indenização por dano material (par. 287 *infra*).

253. A Corte observa que os relatórios apresentados pelas psiquiatras aludem a diversos danos que atingem a senhora Atala e suas filhas M., V. e R. em consequência de algumas das violações de direitos ocorridas no presente caso.

254. A Corte considera, como o fez em outros casos,²⁷⁴ que é preciso dispor uma medida de reparação que ofereça atendimento adequado aos sofrimentos psicológicos causados às vítimas, atendendo a suas especificidades. Portanto, tendo constatado as violações e os danos sofridos pelas vítimas no presente caso, o Tribunal dispõe a obrigação a cargo do Estado de oferecer gratuitamente e de forma imediata, por até quatro anos, o tratamento médico e psicológico de que necessitem. O tratamento psicológico, em especial, deve ser prestado por pessoal e instituições estatais especializados no atendimento de vítimas de fatos como os ocorridos no presente caso. Ao oferecer esse tratamento, deve-se considerar, ademais, as circunstâncias e necessidades particulares de cada vítima, de maneira que lhes sejam oferecidos tratamentos familiares e individuais, segundo o que se acorde com cada uma delas, depois de uma avaliação individual.²⁷⁵ Os tratamentos devem incluir o fornecimento de medicamentos e, caso seja pertinente, transporte e outros gastos que a eles estejam diretamente relacionados e sejam estritamente necessários.

255. Em especial, esse tratamento deverá ser oferecido, na medida das possibilidades, em centros mais próximos dos respectivos locais de residência. As vítimas que solicitem essa medida de reparação, ou seus representantes legais, dispõem de um prazo de seis meses, contados a partir da notificação desta Sentença, para dar a conhecer ao Estado sua intenção de receber tratamento psicológico ou psiquiátrico.

2. *Reparação*

a) *Publicação da Sentença*

256. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado a publicação das partes pertinentes da Sentença que profira o Tribunal.

257. Nesse mesmo sentido, os representantes solicitaram que se publicasse "um resumo dos fatos provados e a parte resolutiva completa [...] por duas vezes, em domingos sucessivos, nos jornais 'El Mercurio', 'La Tercera', 'Las Últimas Noticias' e 'La Cuarta'". Além disso, solicitaram à Corte que ordene ao Estado a publicação do texto completo da Sentença

²⁷³ Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 84; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 326.

²⁷⁴ Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C Nº 87, par. 42 e 45; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 329.

²⁷⁵ Cf. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109, par. 278; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 329.

na página eletrônica inicial do Poder Judiciário do Chile “por um prazo não inferior a seis meses”.

258. O Estado não apresentou nenhum argumento destinado a questionar a reparação solicitada pela Comissão e pelos representantes.

259. A esse respeito, a Corte, como já o dispôs em outros casos,²⁷⁶ considera que o Estado deverá publicar, no prazo de seis meses, contados a partir da notificação desta Sentença:

- o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, uma só vez, no Diário Oficial;
- o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, uma só vez, em um jornal de ampla circulação nacional; e
- a íntegra da presente Sentença, disponível por um ano, numa página eletrônica oficial.

b) Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional

260. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado que proceda ao reconhecimento público de responsabilidade internacional.

261. No mesmo sentido, os representantes solicitaram a realização de um ato público de “desagravo” às vítimas “de forma verbal e escrita”, que deveria contar com a presença das mais altas autoridades do Estado, inclusive “do Presidente da República e do Presidente da Corte Suprema”.

262. O Estado não se pronunciou a respeito do pedido da Comissão e dos representantes.

263. A Corte determinou que se justifica em certos casos que os Estados procedam a um reconhecimento de responsabilidade que deve ser realizado num ato público para que surta plenos efeitos.²⁷⁷ No presente caso, procede adotar uma medida dessa natureza, e o Estado deverá fazer referência às violações de direitos humanos declaradas nesta Sentença. O Estado deverá assegurar a participação das vítimas que assim o desejem, e convidar para o evento as organizações que representaram as vítimas nas instâncias nacionais e internacionais. A realização e demais detalhes dessa cerimônia pública devem ser objeto da devida consulta prévia com os representantes das vítimas. Para cumprir essa obrigação o Estado dispõe do prazo de um ano a partir da notificação da presente Sentença.

264. Quanto às autoridades estatais que deverão estar presentes ou participar do referido ato, o Tribunal, como já o fez em outros casos, salienta que deverão ser de alta hierarquia. Caberá ao Estado definir a quem se atribui essa tarefa. Entretanto, o Poder Judiciário deverá estar representado no ato.

²⁷⁶ Cf. *Caso Barrios Altos*, nota 274 *supra*, ponto resolutivo 5, d; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 108.

²⁷⁷ Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 81; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C Nº 140, par. 254.

3. *Garantias de não repetição*

265. As alegações apresentadas pela Comissão e pelos representantes referentes à implementação de garantias de não repetição guardam estreita relação com: i) a capacitação de funcionários públicos; e ii) a adoção de medidas de direito interno, reformas e adequação de leis contra a discriminação.

266. O Estado alegou que “não são precedentes” esses pedidos “porque a legislação nacional não é discriminatória”. Considerou que “a aplicação de medidas de não repetição de caráter legislativo [somente se justifica] quando o Tribunal internacional declara que existe uma violação geral de um direito fundamental por parte de um Estado, violação que não foi comprovada nesta causa, nem cabe fazê-lo, por fugir do objeto do processo”. Alegou que “não é correta a afirmação” da senhora Atala ao salientar na audiência pública que “a sentença da Corte Suprema gerou uma linha jurisprudencial discriminatória contra as mães homossexuais em julgamentos de guarda dos filhos”. O Estado também mencionou e anexou uma série de decisões judiciais de tribunais de primeira instância, da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional, para mostrar o apego à jurisprudência nacional e ao Direito Internacional.²⁷⁸

267. A Corte ressalta que alguns atos discriminatórios analisados em capítulos anteriores se relacionaram com a reprodução de estereótipos associados à discriminação estrutural e histórica que têm sofrido as minorias sexuais (par. 92 *supra*), especialmente em questões que dizem respeito ao acesso à justiça e à aplicação do direito interno. Por esse motivo, algumas das reparações devem ter uma vocação transformadora dessa situação, de maneira a ter um efeito não só restitutivo, mas também corretivo,²⁷⁹ com vistas a mudanças estruturais que desarticulem os estereótipos e práticas que perpetuam a discriminação contra a população LGTBI. Nessa linha, serão analisados a seguir os pedidos da Comissão e dos representantes.

a) *Capacitação de funcionários públicos*

268. A Comissão destacou a importância da “capacitação de autoridades judiciais” e da “realização de campanhas que contribuam para um ambiente de tolerância frente a uma problemática que foi invisibilizada”.

²⁷⁸ Cf. Sentenças de primeira instância: *Sentença RIT nº C-178-2005*, proferida pelo Juizado de Família de Santa Cruz; *Sentença RIT nº C-917-2005*, proferida pelo Juizado de Família de Temuco; *Sentença RIT nº C-1075-2008*, proferida pelo Segundo Juizado de Família de Santiago; e *Sentença RIT nº C-1049-2010*, proferida pelo Juizado de Família de Villarrica. Sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça do Chile: *Vásquez Martínez*, Rol nº 559-2004, de 13 de dezembro de 2006; *Albornoz Agüero*, Rol nº 4.183-2006, de 18 de abril de 2007; *Massis con Sánchez*, Rol nº 608-2010, de 24 de junho de 2010; *Mesa con De La Rivera*, Rol nº 4.307-2010, de 16 de agosto de 2010; *Poblete con Díaz*, Rol. nº 5.770-2010, de 18 de novembro de 2010; *Barrios Duque*, Rol nº 1.369-09, de 20 de janeiro de 2010; *Encina Pérez*, Rol nº 5.279-2009, de 14 de abril de 2010; *"Episodio Chihuío"*, Rol nº 8.314-09, de 27 de janeiro de 2011; *Farías Urzúa*, Rol nº 5.219-2010, de julho de 2011; *Iribarren González*, Rol nº 9.474-2009, de 21 de dezembro de 2011; *Silva Camus*, Rol nº 1.198-2010, de 20 de dezembro de 2010; *Figueroa Mercado*, Rol nº 3.302-2009, de 18 de maio de 2010; *González Galeano*, Rol nº 682-2010, de 19 de agosto de 2011; *Ríos Soto*, Rol nº 6.823-2009, de 25 de agosto de 2011; *Hermanos Vergara Toledo*, Rol nº 789-2009, de 4 de agosto de 2010; *Prats González*, Rol nº 2.596-2009, de 8 de julho de 2010; *Aldoney Vargas*, Rol nº 4.915-2009, de 5 de maio de 2011; *Linares Solís*, Rol nº 2.263-2010, de 27 de abril de 2011; *Ortega Fuentes*, Rol nº 2.080-2008, de 8 de abril de 2010; *Robotham e Thauby*, Rol nº 5.436-2010, de 22 de junho de 2011; *Juan Llaupé e outros*, Rol nº 5.698-2009, de 25 de janeiro de 2011, e *Soto Cerna*, Rol nº 5.285-2010, de 11 de junho de 2011. Sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional: *Rol nº 786-07*, de 13 de junho de 2007; e *Rol nº 1.309-09*, de 20 de abril de 2010 (expediente de mérito, tomo XII, folhas 5.882, 5.912, 5.913, 5.914, 5.956 a 6.325; e expediente de mérito, tomo XIII, folhas 6.325 a 7.039).

²⁷⁹ No mesmo sentido, Cf. *Caso González e outras ("Campo Algodonero")*, nota 127 *supra*, par. 450.

269. Os representantes instaram a Corte a que ordene o Estado a “[i]ncorporar cursos obrigatórios sobre direitos humanos com ênfase especial em questões de gênero relacionados com a discriminação por orientação sexual, identidade e expressão de gênero”. Após a consideração dos representantes, esses cursos “deverão ser administrados pela Corporação Administrativa do Poder Judiciário a todos os escalões” da administração de justiça. Além disso, solicitaram a destinação de dotação orçamentária para o Instituto Nacional de Direitos Humanos, a fim de que essa instituição execute programas de prevenção de “discriminação, divulgação e educação em direitos humanos, e pesquisas”.

270. O Estado informou sobre a realização de “[c]apacitação nas áreas de [d]iversidade e não [d]iscriminação, especialmente para funcionários de diversas repartições públicas em todo o território nacional, buscando a divulgação dos diferentes instrumentos nacionais e internacionais de proteção da diversidade”.

271. O Tribunal tomou nota do progresso registrado pelo Estado em matéria de programas e ações destinados à capacitação de funcionários públicos. Sem prejuízo do anterior, a Corte ordena que o Estado continue implementando programas e cursos permanentes de educação e treinamento em: i) direitos humanos, orientação sexual e não discriminação; ii) proteção dos direitos da comunidade LGBTI; e iii) discriminação, superação de estereótipos de gênero contra a população LGTBI. Os cursos devem ser dirigidos a funcionários públicos em âmbito regional e nacional, e especialmente a funcionários judiciais de todas as áreas e escalões da esfera judicial.

272. Nesses programas e cursos de capacitação deverá ser feita especial menção à presente Sentença e aos diversos precedentes do *corpus iuris* dos direitos humanos relativos à proibição da discriminação por orientação sexual e à obrigação de todas as autoridades e funcionários de garantir que todas as pessoas, sem discriminação por sua orientação sexual, possam gozar de todos e de cada um dos direitos estabelecidos na Convenção. Deve-se dispensar especial atenção para essa finalidade a normas ou práticas no direito interno que, seja intencionalmente ou por seus resultados, possam ter efeitos discriminatórios no exercício de direitos por pessoas pertencentes às minorias sexuais.

b) Adoção de medidas de direito interno, reformas e adequação de leis contra a discriminação

273. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado chileno “a adoção de medidas corretivas como legislação, políticas públicas, programas e diretrizes para proibir e erradicar a discriminação com base na orientação sexual em todas as esferas do exercício do poder público, inclusive a administração de Justiça”.

274. Os representantes solicitaram à Corte que disponha medidas destinadas a reformar a legislação existente no Chile. Especificamente, solicitou que se enviasse uma “Mensagem de Suma Urgência” para o projeto de lei que estabelece medidas contra a discriminação (Boletim 3.815-07), a fim de que esse projeto de lei proíba expressamente a discriminação por orientação sexual, e se “dispon[ham] recursos legais para a apresentação de queixas contra aqueles que a pratiquem”. Por outro lado, os representantes exigiram a revogação e modificação de toda norma que, “segundo o teor do artigo 2 da Convenção, entrasse em conflito com o direito à igualdade entre as pessoas, perpetuando e validando a discriminação por orientação sexual”.

275. O Estado salientou que a decisão da Corte Suprema não supõe “a presença de uma prática constante e amparada em lei (ou em sua insuficiente regulamentação) que permita [...] aos tribunais nacionais [...] interpret[ar] as normas de guarda de maneira

discriminatória com respeito à orientação sexual dos pais”. Acrescentou que “a legislação chilena em matéria de determinação de guarda não estabelece discriminação [...] direta ou indireta pela opção sexual dos pais”.

276. Por outro lado, o Estado declarou que o direito à igualdade é amplamente garantido na Constituição do Chile, a saber, “os artigos 1º, 5º, 19 parágrafo 2, 19 parágrafo 3, 19 parágrafo 17, 19 parágrafo 20 e 19 parágrafo 22 da Carta Fundamental” e “uma ação de proteção para assegurar sua proteção eficaz no artigo 20”. Além disso, esclareceu que o Congresso Nacional discute atualmente um projeto de lei sobre não discriminação (Boletim nº 3.815-07), que estabelece “de maneira expressa” certas categorias de discriminação proibida e “outra ação judicial para garantir sua adequada proteção e respeito”. No mesmo sentido, em relação a iniciativas legislativas, salientou que o Governo do Chile apresentou “o projeto de lei Acordo de Vida em Casal (Boletim nº 7.873-07)” que busca “melhorar no texto jurídico as condições de igualdade entre pessoas com diferentes orientações sexuais”. O Estado anexou como prova documental um relatório elaborado pelo senhor Claudio Nash, no qual se ressalta que a legislação chilena em matéria de determinação da guarda não estabelece discriminação direta ou indireta pela orientação sexual dos pais, e que a lei processual não menciona que a orientação sexual dos pais “os incapacite para desempenhar seu papel”.

277. O Estado também ressaltou que atualmente existem “várias políticas públicas, programas e diretrizes estatais que se destinam a erradicar a discriminação em todas as suas formas, inclusive aquela com base na orientação sexual”. Destacou que o Departamento de Organizações Sociais do Ministério Secretaria-Geral de Governo preparou o Programa Diversidade Sexual 2011 que tem por finalidade “[p]romover uma política de respeito por todas as pessoas [...] zelando para que não existam discriminações arbitrárias contra as minorias”.

278. O Estado declarou, a respeito de suas políticas públicas de combate à discriminação, que a Divisão de Organizações Sociais (“DOS”), vinculada ao Ministério Secretaria-Geral de Governo, vem implementando desde 2000 o programa denominado “Tolerância e Não Discriminação”. O Estado informou que em 2006 esse programa se transformou no Departamento de Diversidade e Não Discriminação, para promover a integração social de pessoas e grupos vulneráveis à discriminação, inclusive a orientação sexual, como um dos critérios de discriminação contemplados. Esse Departamento, atuando por intermédio da Seção Não Discriminação e da Seção Diversidade, realizou uma série de programas, projetos e atividades para promover a não discriminação de minorias sexuais.²⁸⁰

²⁸⁰ Entre esses programas, o Estado mencionou: a edição do “Diagnóstico da Oferta Pública em Matéria de Diversidade e Não Discriminação”, que corresponde a um levantamento sobre a oferta pública em 12 regiões do país, realizado em 2007; a realização de um Encontro entre a Ação Social Gay, a Aliança Trans, o Sindicato Afrodita de Valparaíso e a Secretaria Regional Ministerial de Governo, no âmbito da difusão do diagnóstico mencionado; capacitação em matéria de diversidade e não discriminação para funcionários no plano nacional; apoio à realização de eventos públicos organizados pelo movimento LGBT, como, por exemplo, a Parada Gay; o Segundo Encontro Nacional de Organizações Transfemininas “Dificuldades, Avanços e Desafios na Promoção e Defesa dos Direitos Humanos”, organizado pelo sindicato “Amanda Jofré” e o Grupo de Travestis *Travesnavia*, em 2006; a Primeira Jornada de Capacitação “Planejamento Estratégico para a Rede da Diversidade da Região do *Biobío*”, organizada, entre outros, pela Rede de Organizações de Diversidade Sexual, em 2007; o Primeiro Encontro Nacional “Gênero, família e diversidade sexual”, organizado pela *ACCION GAY*, em 2009; esboço do Programa de Diversidade Sexual para 2011, do qual foram implantadas as seguintes ações: o Seminário “Diversidade Sexual e Discriminação no Chile”, em 27 de janeiro de 2011; e a realização de 12 encontros da “Mesa de Diálogo sobre Diversidade Sexual”, criada pela Divisão de Organizações Sociais, com o objetivo de reunir representantes da comunidade gay, lésbica, bissexual, transgênera, transexual e intersexual (GLBTII), centros de estudos superiores, fundações, corporações e instituições internacionais. Cf. alegações finais escritas apresentadas pelo Estado (expediente de mérito, tomo XII, folhas 5.833 a 5.837).

Considerações da Corte

279. A Corte recorda que o artigo 2 da Convenção obriga os Estados Partes a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais e as disposições da Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades protegidos pela Convenção,²⁸¹ ou seja, os Estados não só têm a obrigação positiva de adotar as medidas legislativas necessárias para garantir o exercício dos direitos nela consagrados, mas também devem esquivar-se de promulgar leis que impeçam o livre exercício desses direitos, e evitar que se suprimam ou modifiquem as leis que os protejam.²⁸²

280. No presente caso, a Corte limitou-se a examinar a relação entre a aplicação judicial de certas normas e práticas discriminatórias. O Tribunal não analisou a compatibilidade de determinada norma com a Convenção Americana nem foi isso matéria deste caso. Os representantes tampouco acrescentaram elementos suficientes que permitam inferir que as violações decorressem de um problema das leis em si mesmas. Portanto, a Corte considera que não é pertinente, nas circunstâncias do presente caso, ordenar a adoção, modificação ou adequação de normas específicas de direito interno.

281. Por outro lado, conforme estabeleceu em sua jurisprudência anterior, este Tribunal recorda que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico.²⁸³ Mas, quando um Estado é Parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes e demais órgãos vinculados à administração de justiça, também se sujeitam a ele, o que os obriga a zelar por que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam reduzidos pela aplicação de normas contrárias a seu objetivo e fim.

282. Os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, têm a obrigação de exercer *ex officio* um "controle de convencionalidade" entre as normas internas e a Convenção Americana, no âmbito de suas respectivas competências e das respectivas regulamentações processuais. Nessa tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça devem levar em conta não somente o Tratado, mas também a interpretação que dele fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.²⁸⁴

283. Assim, por exemplo, tribunais da mais alta hierarquia da região, tais como a Câmara Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica,²⁸⁵ o Tribunal Constitucional da Bolívia,²⁸⁶ a Suprema Corte de Justiça da República Dominicana,²⁸⁷ o Tribunal Constitucional

²⁸¹ Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C Nº 12, par. 50; e *Caso Chocrón Chocrón*, nota 26 *supra*, par. 140.

²⁸² Cf. *Caso Gangaram Panday*, nota 281 *supra*, par. 50; e *Caso Chocrón Chocrón*, nota 26 *supra*, par. 140.

²⁸³ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154, par. 124; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 93.

²⁸⁴ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, nota 283 *supra*, par. 124; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 93.

²⁸⁵ Cf. Sentença de 9 de maio de 1995 proferida pela Câmara Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Ação Inconstitucional. Voto 2.313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

²⁸⁶ Cf. Sentença proferida em 10 de maio de 2010 pelo Tribunal Constitucional da Bolívia (Expediente nº 2006-13.381-27-RAC), ação III.3, sobre "O Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Fundamentos e efeitos das Sentenças emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos".

do Peru,²⁸⁸ a Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina,²⁸⁹ a Corte Constitucional da Colômbia,²⁹⁰ a Suprema Corte da Nação do México²⁹¹ e a Corte Suprema do Panamá²⁹² se referiram ao controle de convencionalidade e o aplicaram, levando em conta interpretações feitas pela Corte Interamericana.

284. Concluindo, com base no controle de convencionalidade, é necessário que as interpretações judiciais e administrativas e as garantias judiciais sejam aplicadas com adequação aos princípios estabelecidos na jurisprudência deste Tribunal no presente caso.²⁹³ Isso é de particular relevância em relação ao salientado neste caso com respeito à proibição da discriminação em razão da orientação sexual da pessoa, em concordância com o disposto no artigo 1.1. da Convenção Americana (seção C.2 *supra*).

D. Indenização compensatória por dano material e imaterial

285. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência os conceitos de dano material²⁹⁴ e imaterial²⁹⁵ e as hipóteses em que cabe indenizá-los.

1. Dano material

286. A Comissão solicitou à Corte que “fixe de maneira justa o montante da indenização correspondente ao dano material [...] causado”.

287. Os representantes solicitaram o pagamento de “danos emergentes, que [a senhora Atala] teve ou terá de custear no futuro, bem como da perda de ganhos ou rendimentos legítimos que deixou e deixará de receber”. Essa reparação suporia:

- i) despesas relacionadas com a “assistência psiquiátrica e terapêutica [...] e a prescrição correlata de vários medicamentos [...] em que incorreu a peticionária, e as

²⁸⁷ Cf. Resolução nº 1.920-2003 emitida em 13 de novembro de 2003 pela Suprema Corte de Justiça da República Dominicana.

²⁸⁸ Cf. Sentença proferida em 21 de julho de 2006 pelo Tribunal Constitucional do Peru (Expediente nº 2.730-2006-PA/TC), fundamento 12; e Sentença 00007-2007-PI/TC, proferida em 19 de junho de 2007 pelo Plenário do Tribunal Constitucional do Peru (*Colégio de Advogados de Callao Vs. Congresso da República*), fundamento 26.

²⁸⁹ Cf. Sentença proferida em 23 de dezembro de 2004 pela Corte Suprema de Justiça da Nação, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescrição da ação penal promovido pela defesa”, considerando 6; e Sentença da Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, Mazzeo, Julio Lilo e outros, recurso de cassação e inconstitucionalidade. M. 2333. XLII. e outros, de 13 de Julho de 2007, par. 20.

²⁹⁰ Cf. Sentença C-010/00 proferida em 19 de janeiro de 2000 pela Corte Constitucional da Colômbia, par. 6.

²⁹¹ Cf. Plenário da Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Expedientes Vários 912/2010, decisão de 14 de julho de 2011.

²⁹² Cf. Corte Suprema de Justiça do Panamá, Acordo nº 240, de 12 de maio de 2010, mediante o qual se dá cumprimento à sentença de 27 de janeiro de 2009 da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Santander Tristan Donoso contra o Panamá.

²⁹³ Cf. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Mérito Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2011. Série C No. 233, par. 228.

²⁹⁴ Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 43; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 114.

²⁹⁵ O Tribunal estabeleceu que o dano imaterial “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus parentes e a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, bem como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de vida da vítima ou de sua família”. *Caso das “Crianças de Rua”*, nota 273 *supra*, par. 84; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 120.

que julga que ocorrer[ão] no futuro”, despesas que chegariam a US\$62.205 (sessenta e dois mil duzentos e cinco dólares dos Estados Unidos da América);

ii) despesas de transporte, levando em conta que as filhas da senhora Atala moram em Temuco e que “a projeção que f[izeram] em relação às despesas futuras está calculada até o alcance da maioridade da mais nova” das filhas, despesas que chegam a US\$38.752 (trinta e oito mil setecentos e cinquenta e dois dólares dos Estados Unidos da América); e

iii) lucro cessante, em relação ao qual os representantes alegaram que a senhora Atala não pôde dispor adequadamente de um bem imóvel, localizado na cidade de Villarrica, devido ao tempo que manteve o regime periódico de visitas. Argumentaram que a vítima não pôde alugar o imóvel ou tirar nenhum proveito dele. Os representantes consideraram que o cálculo deve ser feito de maneira justa e até a data em que a mais nova das crianças alcance a maioridade. A esse respeito, solicitaram o pagamento da soma de US\$96.600 (noventa e seis mil e seiscentos dólares dos Estados Unidos da América), baseando essa pretensão num cálculo que leva em conta o pagamento da última prestação da senhora Atala pela casa, considerando que o pagamento da prestação equivale, na maioria dos casos, ao rendimento do aluguel. Alegaram que “esse ganho legítimo [...] teria ocorrido não fosse a decisão arbitrária da Corte Suprema que determinou a separação de suas filhas”.

288. Para o Estado, por não existir ato discriminatório algum, “não procedem as indenizações solicitadas”. Alegou, também, em referência ao *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, que o Tribunal Europeu “não concedeu nenhuma compensação [pois] o fato de haver-[se] declarado que existiu uma violação [...] constitui[u] em si mesm[o] uma justa compensação com respeito aos danos que se alega[ram]”. Finalmente, o Estado declarou que tentou chegar a um acordo amistoso “que não conseguiu concretizar devido ao[s] elevados [...] montantes solicitados pela suposta vítima, [que] não condiziam com a dimensão do alegado dano”.

289. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e estabeleceu que este supõe “a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados em razão dos fatos e as consequências de natureza pecuniária que guardem nexos causal com os fatos do caso”.²⁹⁶

290. Em relação ao suposto lucro cessante provocado pelas perdas econômicas da senhora Atala, por não ter podido alugar sua casa em Villarrica ou obter dela outro benefício, diante da necessidade de usá-la durante as visitas às filhas, os representantes basearam suas pretensões num quadro que abrange o período de junho de 2004 a dezembro de 2010, e de janeiro de 2011 a outubro de 2017, quando a filha mais nova da senhora Atala alcance a maioridade. Os representantes quantificaram o lucro cessante em US\$47.400 (equivalente a \$23.700.000 pesos chilenos) para o primeiro período, e US\$49.200 (equivalente a \$24.600.000 pesos chilenos), num total de US\$96.600. Salientaram que a Corte deve utilizar esse quadro como orientação para fixar uma estimativa dos ganhos perdidos com base no critério de equidade.

²⁹⁶ Cf. *Caso Bámaca Velásquez*, nota 294 *supra*, par. 43; e *Caso Fontevicchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 114.

291. O critério de equidade foi utilizado na jurisprudência desta Corte para a quantificação de danos imateriais e²⁹⁷ dos danos materiais²⁹⁸ e para fixar o lucro cessante.²⁹⁹ Entretanto, ao utilizar esse critério, isso não significa que a Corte possa agir discricionariamente ao fixar os montantes indenizatórios.³⁰⁰ Cabe às partes especificar claramente a prova do dano sofrido bem como a relação específica da pretensão pecuniária com os fatos do caso e as violações que se alegam. No presente caso, os representantes se limitaram a anexar uma cópia do pagamento da última prestação da mencionada casa pela senhora Atala e uma relação dos valores diários da Unidade de Fomento do Banco Central.³⁰¹ O Tribunal considera que isso não constitui argumentação suficientemente detalhada e clara para determinar a relação entre as mencionadas unidades de fomento, o pagamento da prestação hipotecária, o quadro demonstrativo dos ganhos não recebidos e a quantia de lucro cessante que, a esse título, se solicita seja fixada com justiça pela Corte.

292. Além disso, dado que deve existir um nexo causal entre os fatos analisados pelo Tribunal, as violações declaradas anteriormente e o suposto lucro cessante (pars. 287 e 291 *supra*), a Corte reitera que a ela não compete realizar uma análise da prova constante dos autos de guarda do presente caso, referente a qual dos pais das três crianças oferecia um lar melhor para elas. Portanto, não é procedente que o Tribunal se pronuncie sobre a afirmação dos representantes no sentido que a perda de receita com respeito à casa de Villarrica não teria ocorrido sem a sentença da Corte Suprema de Justiça.

293. Conclusão semelhante se estende à análise das despesas de transporte da senhora Atala destinados à visita das filhas. Com efeito, se a Corte não determinou a qual dos pais cabia a guarda, tampouco pode avaliar o impacto econômico do regime de visitas fixado nas decisões judiciais internas sobre a guarda.

294. Finalmente, em relação às despesas relacionadas ao tratamento médico e à compra de medicamentos, a Corte observa que consta prova nos autos a respeito dessas despesas e sua relação com os efeitos que teve na senhora Atala a perda da guarda das filhas.³⁰² O Tribunal considera que essa prova é razoável para concluir que as violações declaradas na

²⁹⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 264 *supra*, par. 27; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 378.

²⁹⁸ Cf. *Caso Neira Alegría e outros*, nota 272 *supra*, par. 50; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 373.

²⁹⁹ Cf. *Caso Neira Alegría e outros*, nota 272 *supra*, par. 50; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 373.

³⁰⁰ Cf. *Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Reparaciones e Custas*. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C Nº 15, par. 87.

³⁰¹ Cf. Cópia valor unidade de fomento – banco de dados estatísticos (expediente de anexos do escrito de petições, argumentos e provas, tomo VI, folha 2.925).

³⁰² A esse respeito, foram anexados atestados médicos sobre assistência psiquiátrica e terapêutica e prescrição de medicamentos, além de uma projeção de despesas médicas e farmacêuticas futuras, emitidos pela psiquiatra Figueroa Morales. De acordo com o atestado elaborado por essa psiquiatra, a senhora Atala foi atendida em 314 oportunidades, de junho de 2003 a dezembro de 2010, num valor total de \$12.560.000 pesos chilenos equivalentes a US\$25.120 (vinte e cinco mil cento e vinte dólares dos Estados Unidos da América). Cf. Atestado emitido pela psiquiatra Figueroa Morales, de 21 de dezembro de 2010 (expediente de anexos do escrito de petições, argumentos e provas, tomo VI, folha 2.762; e expediente de mérito, tomo I, folhas 242 e 243). De acordo com os atestados elaborados pela psiquiatra Figueroa Morales, a senhora Atala efetuou as seguintes despesas em medicamentos e consultas: i) de junho de 2003 a junho de 2006: \$5.775.000 pesos chilenos. Atestado emitido pela psiquiatra Figueroa Morales em 27 de junho de 2006 (expediente de anexos do escrito de petições, argumentos e provas, tomo VI, folha 2.764); e ii) de junho de 2006 a maio de 2008: \$268.000 pesos chilenos. Atestado emitido pela psiquiatra Figueroa Morales em 19 de maio de 2008 (expediente de anexos do escrito de petições, argumentos e provas, tomo VI, folha 2.763). A psiquiatra Figueroa Morales também informou que a senhora Atala “necessitará apoio psiquiátrico permanente até que as filhas sejam independentes, o que significa pelo menos mais sete anos, considerando a idade da filha mais nova”. Peritagem de Claudia Figueroa Morales de 4 de agosto de 2010 (expediente de mérito, tomo II, folha 797).

presente Sentença podem ter tido efeitos negativos no bem-estar emocional e psicológico da senhora Atala. No entanto, o montante solicitado para despesas com medicamentos realizadas até 2010 (US\$14.378) não se infere claramente dos atestados anexados. Por outro lado, a Corte observa que a senhora Atala recebia atendimento médico por problemas de saúde antes do processo de guarda. Portanto, a Corte não pode determinar com precisão que componentes do tratamento médico se relacionaram exclusivamente com os problemas de saúde causados pelas violações declaradas no presente caso. Com respeito ao pagamento das despesas futuras com o tratamento médico no período 2012-2017, a Corte considera que essa despesa será financiada por meio da implantação da medida de reabilitação de assistência médica e psicológica já determinada (pars. 254 e 255 *supra*). Portanto, a Corte fixa, com base num critério de justiça, a soma de US\$10.000 a título das despesas já realizadas com tratamento médico e psicológico.

2. *Dano imaterial*

295. A Comissão solicitou que fosse fixado de maneira justa o montante da indenização correspondente ao dano imaterial causado.

296. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado o pagamento de "uma indenização pecuniária" que repare o "sofrimento e as aflições que causou a violação d[os] direitos fundamentais", o "prejuízo ostensivo no projeto de vida" e o "doloroso distanciamento e a perda recíproca de mãe e filhas". O pedido de indenização por dano imaterial chega a US\$100.000 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das vítimas.

297. O Estado reiterou os argumentos apresentados sobre dano material (par. 288 *supra*).

298. A Corte observa que na audiência pública a senhora Atala declarou, com respeito à investigação disciplinar conduzida efetuada contra ela (par. 227 *supra*), que se sentiu "profundamente humilhada, exposta, como se me tivessem deixado nua e jogado em praça pública". Por outro lado, afirmou que a decisão da Corte Suprema do Chile, que resolveu o recurso de queixa, teve influência direta em sua identidade de mãe ao privá-la das filhas por ser lésbica, provocando-lhe "humilhação [...] como mulher", estigmatizando-a como "incapaz" de ser mãe e "criar os próprios filhos". A vítima declarou também que em virtude das violações ocorridas no presente caso sua reputação, sua atividade profissional e suas relações sociais e familiares foram afetadas. Finalmente, as peritas que procederam à avaliação psicológica da senhora Atala e das crianças M., V. e R. diagnosticaram diversos danos relacionados com os atos de discriminação e dano à vida privada e familiar mencionados nesta Sentença.

299. A esse respeito, a Corte observa que as violações declaradas provocaram no cotidiano das vítimas diversos danos, além de diversos níveis de estigmatização e inquietação. Em observância a outras indenizações ordenadas pelo Tribunal em outros casos, e em consideração às circunstâncias do presente caso, aos sofrimentos ocasionados às vítimas, bem como à mudança nas condições de vida e às demais consequências de ordem imaterial que sofreram, a Corte julga pertinente fixar, de maneira justa, a quantia de US\$20.000 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) para a senhora Atala e de US\$10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das crianças M., V. e R. a título de indenização por dano imaterial.

E. Custas e gastos

300. Conforme a Corte salientou em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão compreendidos no conceito de reparação, estipulado no artigo 63.1 da Convenção Americana.³⁰³

301. A Comissão solicitou que a Corte "ordene ao Estado do Chile o pagamento das custas e gastos que decorre[ram] da tramitação do [...] caso, tanto no âmbito interno como perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos".

302. Os representantes solicitaram um pagamento a título de custas e gastos do litígio no âmbito nacional e internacional. O montante solicitado no escrito de petições, argumentos e provas chegava a US\$80.200 (oitenta mil e duzentos dólares dos Estados Unidos da América). Nas alegações finais escritas incluiu-se um conjunto de estimativas pelas quais se solicitava, no total, um montante maior que o citado.³⁰⁴

303. Por sua vez, o Estado não apresentou observações sobre pretensões quanto a custas e gastos dos representantes.

304. O Tribunal salientou que as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento do processo a eles concedido, ou seja, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que essas pretensões sejam atualizadas num momento posterior, conforme as novas custas e gastos em que se tenha incorrido por ocasião do processo.³⁰⁵ Quanto ao reembolso das custas e gastos, cabe à Corte apreciar prudentemente sua extensão, que compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no decorrer do processo perante o Sistema Interamericano, levando em conta as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Essa apreciação pode ser

³⁰³ Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 79; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 124.

³⁰⁴ Os representantes avaliaram em US\$200 (duzentos dólares dos Estados Unidos da América) cada hora de seu trabalho. Também em seu escrito de alegações finais especificaram que solicitavam o seguinte por gastos e custas, contado em horas de trabalho: i) "[c]ustas de tramitação do Recurso de queixa no Chile: US\$20.000" (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América); ii) "[c]ustas de apresentação de denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos" ("50 horas de preparação de denúncia"; "50 horas de preparação de audiência perante a CIDH" e "uma hora de audiência perante a CIDH": US\$20.200 (vinte mil e duzentos dólares dos Estados Unidos da América); iii) "[c]ustas incorridas durante o processo de solução amistosa" ("50 horas de preparação para cinco reuniões [...] com representantes do Estado"; "66 horas de traslados entre Santiago e Washington - três viagens de ida e volta de 11 horas cada trecho", e "150 horas de preparação de 10 escritos (15 horas para cada escrito) apresentados perante a CIDH": US\$53.200 (cinquenta e três mil e duzentos dólares dos Estados Unidos da América); iv) "[c]ustas incorridas na preparação da demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos" ("80 horas de preparação da demanda" e "457 horas de trabalho no momento de apresentar o escrito de alegações finais): US\$91.400 (noventa e um mil e quatrocentos dólares dos Estados Unidos da América); e v) "[c]ustas incorridas na preparação da audiência e alegações finais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos" ("120 horas de preparação da audiência"; "100 horas de preparação" do escrito de alegações finais", e "viagem a Bogotá de seis advogados para a audiência, com um custo de US\$2.000 por pessoa": US\$56.000 (cinquenta e seis mil dólares dos Estados Unidos da América). Com relação à diligência ordenada pela Corte e que se realizou em Santiago, Chile (par. 13 *supra*), em 6 de fevereiro de 2012, os representantes informaram que a senhora Atala "teve de custear as despesas de transporte da senhora Alicia Espinoza, e de suas filhas menores de idade, que não se encontravam em Santiago, para garantir seu comparecimento à [citada] diligência", razão pela qual solicitaram "levar em consideração as despesas incorridas pela senhora Atala no momento de fixar as custas deste processo" (expediente de mérito, tomo XII, folhas 7.513 e 7.514). Entretanto, a esta última solicitação não foi anexado nenhum comprovante de despesa.

³⁰⁵ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 160 *supra*, par. 27.5 e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 127.

realizada com base no princípio de equidade e levando em conta os gastos mencionados pelas partes, desde que seu *quantum* seja razoável.³⁰⁶

305. No presente caso, o Tribunal observa que não consta dos autos nenhum comprovante das custas e gastos solicitados pelos representantes. Com efeito, o montante solicitado a título de honorários não foi acompanhado por argumentação de prova específica sobre sua razoabilidade e alcance. Entretanto, a Corte considera que é possível supor que, tanto durante o processo interno como perante o Sistema Interamericano, a vítima realizou gastos econômicos.

306. Levando em conta as alegações apresentadas pelas partes, bem como a ausência de material probatório, a Corte determina de maneira justa que o Estado deve pagar à vítima a quantia de US\$12.000 (doze mil dólares dos Estados Unidos da América), a título de custas e gastos. Essa quantia deverá ser paga no prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença. A senhora Atala pagará, por sua vez, a quantia que julgue adequada aos seus representantes no foro interno e no processo perante o Sistema Interamericano. Do mesmo modo, o Tribunal afirma que no processo de supervisão do cumprimento da presente Sentença poderá dispor o reembolso à vítima ou a seus representantes, por parte do Estado, dos gastos razoáveis em que incorram nessa etapa processual.

F. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

307. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial diretamente às vítimas ou, na sua ausência, a seus representantes legais, bem como o reembolso de custas e gastos, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos seguintes.

308. Caso a beneficiária faleça antes que lhe seja paga a respectiva indenização, o pagamento de que se trata será feito diretamente a seus sucessores, conforme o direito interno aplicável.

309. O Estado deve cumprir suas obrigações mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em pesos chilenos, utilizando para o respectivo cálculo o tipo de câmbio entre ambas as moedas que esteja em vigor na Bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.

310. Caso por motivos atribuíveis à beneficiária das indenizações ou a seus sucessores não seja possível efetuar o pagamento das quantias determinadas no prazo indicado, o Estado consignará esses montantes a seu favor numa conta ou certificado de depósito em instituição financeira chilena solvente, em dólares estadunidenses e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Caso a indenização não tenha sido reclamada no prazo de dez anos, os valores serão devolvidos ao Estado com os juros acumulados.

311. As quantias atribuídas na presente Sentença a indenização e reembolso de custas e gastos deverão ser integralmente pagas à pessoa indicada, conforme o disposto nesta Sentença, sem reduções decorrentes de eventuais encargos fiscais.

312. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente aos juros de mora bancários no Chile.

³⁰⁶ Cf. *Caso Garrido e Baigorria*, nota 303 *supra*, par. 82; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 127.

313. Quanto às indenizações ordenadas a favor das crianças M., V. e R., o Estado deverá depositá-las numa instituição financeira chilena solvente em dólares estadunidenses. Os depósitos serão efetuados no prazo de um ano, nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária, enquanto as beneficiárias sejam menores de idade. Essa soma poderá ser retirada por elas quando alcancem a maioridade, caso seja pertinente, ou antes, caso seja conveniente para o interesse superior das crianças, estabelecido por determinação de uma autoridade judicial competente. Na hipótese de as indenizações não serem reclamadas no prazo de dez anos, contado a partir da maioridade de cada criança, a soma será devolvida ao Estado com os juros acumulados. No que tange à criança V., para os efeitos das reparações, deve-se ater ao disposto no parágrafo 71 desta Sentença.

VIII PONTOS RESOLUTIVOS

314. Portanto,

A CORTE

DECLARA,

por unanimidade, que:

1. O Estado é responsável pela violação do direito à igualdade e à não discriminação, consagrado no artigo 24, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de Karen Atala Riffo, em conformidade com o disposto nos parágrafos 94 a 99, 107 a 146 e 218 a 222 desta Sentença;

por unanimidade, que:

2. O Estado é responsável pela violação do direito à igualdade e à não discriminação, consagrado no artigo 24, em relação aos artigos 19 e 1.1. da Convenção Americana, em detrimento das crianças M., V. e R., em conformidade com o disposto nos parágrafos 150 a 155 desta Sentença;

por unanimidade, que:

3. O Estado é responsável pela violação do direito à vida privada, consagrado no artigo 11.2, em relação ao artigo 1.1. da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo, em conformidade com o disposto nos parágrafos 161 a 167 e 225 a 230 desta Sentença.

O juiz Diego García-Sayán e as juízas Margarette May Macaulay e Rhadys Abreu Blondet votaram a favor do ponto resolutivo seguinte. Os juízes Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco e Alberto Pérez Pérez votaram contra. Por conseguinte, em aplicação dos artigos 23.3 do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos e 16.4 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, declara-se que:

4. O Estado é responsável pela violação dos artigos 11.2 e 17.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo e das crianças M., V. e R., em conformidade com o disposto nos parágrafos 168 a 178 desta Sentença;

por unanimidade, que:

5. O Estado é responsável pela violação do direito de ser ouvido, consagrado no artigo 8.1, em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das crianças M., V. e R., em conformidade com o disposto nos parágrafos 196 a 208 desta Sentença;

por unanimidade, que:

6. O Estado é responsável pela violação da garantia de imparcialidade, consagrada no artigo 8.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, com respeito à investigação disciplinar, em detrimento de Karen Atala Riffo, em conformidade com o disposto nos parágrafos 234 a 237 desta Sentença;

por cinco votos a favor e um contra, que:

7. O Estado não violou a garantia judicial de imparcialidade, consagrada no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação às decisões da Corte Suprema de Justiça e do Juizado de Menores de Villarrica, no termos dos parágrafos 187 a 192 da presente Sentença;

Dissentiu a juíza Margarete May Macaulay;

E DISPÕE

por unanimidade, que:

1. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.

2. O Estado deve prestar atendimento médico e psicológico ou psiquiátrico gratuito, e de forma imediata, adequada e efetiva, mediante suas instituições públicas especializadas de saúde, às vítimas que o solicitem, em conformidade com o disposto nos parágrafos 254 e 255 desta Sentença.

3. O Estado deve realizar as publicações mencionadas no parágrafo 259 da presente Sentença, no prazo de seis meses contado a partir de sua notificação.

4. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 263 e 264 da presente Sentença.

5. O Estado deve continuar implementando, num prazo razoável, programas e cursos permanentes de educação e treinamento destinados a funcionários públicos no âmbito regional e nacional e, especialmente, a funcionários judiciais de todas as áreas e escalões do setor jurídico, em conformidade com o disposto nos parágrafos 271 e 272 desta Sentença.

6. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 294 e 299 da presente Sentença, a título de indenização por dano material e imaterial e de reembolso de custas e gastos, conforme seja cabível, no termos do parágrafo 306 da presente Sentença.

7. O Estado deve, no prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento.

8. A Corte supervisionará a íntegra do cumprimento desta Sentença, no exercício de suas atribuições e no cumprimento de seus deveres, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha cumprido cabalmente o que nela se dispõe.

O Juiz Alberto Pérez Pérez deu a conhecer à Corte seu Voto Parcialmente Dissidente, o qual acompanha esta Sentença.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 24 de fevereiro de 2012.

Diego García-Sayán
Presidente

Manuel E. Ventura Robles

Leonardo A. Franco

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Diego García-Sayán
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

**VOTO PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ ALBERTO PEREZ PEREZ
SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO ATALA RIFFO E CRIANÇAS VS. CHILE
DE 24 DE FEVEREIRO DE 2012**

1. Votei contrariamente ao ponto resolutivo 4, segundo o qual “[o] Estado é responsável pela violação dos artigos 11.2 e 17.1” da Convenção Americana, pois entendo que somente se devia haver mencionado como violado o artigo 11.2, porque, diante dos fatos do presente caso: I) é suficiente declarar uma violação do artigo 11.2; e II) não é necessário nem prudente declarar uma violação do artigo 17 que se pudesse entender como um pronunciamento implícito sobre a interpretação das diferentes disposições desse artigo.

I. É SUFICIENTE INVOCAR O ARTIGO 11.2

2. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra direitos relacionados com a família no artigo 11.2 e no artigo 17, e também contém importantes referências à família nos artigos 19, 27.2 e 32.1:

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção.
3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.
4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.
5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

Artigo 19. Direitos da criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Artigo 27. Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.
2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito à integridade pessoal), 6 (Proibição da escravidão e servidão), 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (Liberdade de consciência e de religião), 17 (Proteção da família), 18 (Direito ao nome), 19 (Direitos da criança), 20 (Direito à nacionalidade), e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.
3. (...).

Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

3. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais contém dois dispositivos atinentes a esse âmbito, relativos aos artigos 11 e 17.2 da Convenção Americana:

Artigo 8 — Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Artigo 12 — Direito ao casamento

A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

4. Portanto, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que corretamente e com valor persuasivo se cita na Sentença, se refere às disposições da Convenção Europeia relativas ao artigo 11.2 e ao artigo 17.2 da Convenção Americana,³⁰⁷ pois não existem disposições referentes aos temas previstos nos parágrafos 1, 3, 4 e 5 do artigo 17.

5. Importa, sobretudo, conhecer as Sentenças nas quais o TEDH considerou as situações de convivência entre pessoas do mesmo sexo ou gênero³⁰⁸ à luz do artigo 8 da Convenção Europeia, em relação ao artigo 14. Como bem diz a Sentença desta Corte em seu parágrafo 174:

“no *Caso Schalk e Kopf Vs. Áustria* o Tribunal Europeu revisou sua jurisprudência vigente até o momento, na qual somente havia aceitado que a relação emocional e sexual de um casal do mesmo sexo constitui “vida privada”, mas não havia considerado que constituísse “vida

³⁰⁷ Em casos análogos ao presente também se invoca a norma que proíbe a discriminação, cujo texto é o seguinte: *Artigo 14 — Proibição de discriminação* - O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

³⁰⁸ Talvez tivesse correspondido citar também a Sentença no caso *P. VS. Vs. Espanha* (demanda nº 35.159/09), que se proferiu em 30 de novembro de 2010 e adquiriu caráter definitivo em 11 de abril de 2011. Nesse caso, a demandante é uma transexual que mudou do sexo masculino para o sexo feminino, e previamente havia estado casada com P.Q.F., com quem tivera um filho em 1998. Quando se dispôs judicialmente a separação de corpos, homologou-se o acordo celebrado entre os cônjuges, pelo qual se atribuía a guarda à mãe, se confiava o poder parental a ambos conjuntamente e se estabelecia um amplo regime de visitas a favor do pai. Dois anos depois, a mãe solicitou que se retirasse o exercício do poder parental de seu ex-cônjuge e se suspendesse o regime de visitas, bem como toda comunicação entre o pai e o filho. Alegou para esse efeito a falta de interesse do pai com respeito à criança, bem como o fato de que o pai fazia um tratamento hormonal para mudar de sexo, se maquiava e habitualmente se vestia de mulher. As sentenças internas não aceitaram a petição relativa ao poder parental e, quanto ao restante, estabeleceram um regime de visitas limitado, que em seguida se foi ampliando. Para isso se fundamentaram, quanto aos fatos, num parecer psicológico segundo o qual P. atravessava “uma situação de instabilidade emocional” que “implicava a existência de um risco importante de perturbação efetiva da saúde emocional e do desenvolvimento da personalidade do menor, considerada sua idade (seis anos no momento do laudo pericial) e a etapa evolutiva em que se encontr[ava]”, e, quanto ao direito, no interesse superior da criança. Não se basearam na transexualidade do pai. O TEDH julgou que os tribunais espanhóis, diferentemente do ocorrido no *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, não se haviam fundamentado na orientação sexual da demandante, mas haviam levado em conta “a instabilidade emocional conjuntural detectada” nela e haviam “privilegiado o interesse da criança, adotando um regime de visitas mais restritivo, que lhe permitisse habituar-se progressivamente à mudança de sexo do pai”, e posteriormente haviam ampliado esse regime, apesar de “a condição sexual da demandante continuar sendo a mesma”.

familiar”, ainda que se tratasse de uma relação de longo prazo em situação de convivência. Ao aplicar um critério amplo de família, o Tribunal Europeu estabeleceu que “a noção de ‘vida familiar’ abrange um casal do mesmo sexo que convive numa relação estável *de facto*, tal como abrangeria um casal de diferente sexo na mesma situação”, pois considerou “artificial manter uma posição que sustente que, diferentemente de um casal heterossexual, um casal do mesmo sexo não pode desfrutar da ‘vida familiar’ nos termos do artigo 8”.³⁰⁹ [Notas de rodapé omitidas.]

6. Também se observa (par. 173), corretamente, que, “[n]o *Caso X, Y e Z Vs. Reino Unido*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, seguindo o conceito amplo de família, reconheceu que um transexual, sua companheira mulher e uma criança podem configurar uma família, ao salientar que:

Ao decidir se uma relação pode ser considerada ‘vida familiar’, uma série de fatores pode ser relevante, inclusive se o casal vive junto, a duração da relação, e demonstraram compromisso mútuo ao ter filhos conjuntamente ou por outros meios”.³¹⁰

7. Para maior clareza, e também tendo em vista o recurso futuro à jurisprudência ou às decisões de outros órgãos de proteção dos direitos humanos, resumirei brevemente os fatos de cada um dos casos citados, bem como as conclusões de direito do TEDH.

O Caso Schalk e Kopf Vs. Áustria

8. *Os fatos do caso* podem ser assim resumidos: os demandantes, nascidos em 1962 e 1960, respectivamente, são um casal do mesmo sexo que vive em Viena. Em 2002, iniciaram os trâmites para casar-se, e as autoridades austríacas entenderam que careciam de capacidade para isso, porque ambos eram homens, e segundo o artigo 44 do Código Civil só podem se casar duas pessoas de sexo oposto (pars. 7 a 9). Na Áustria há uma lei sobre uniões registradas (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*), que oferece aos casais do mesmo sexo “um mecanismo formal para reconhecer suas relações e dar-lhes efeito jurídico”, com características análogas às do casamento em muitos aspectos (tais como “o direito sucessório, o direito trabalhista, social e de seguros sociais, o direito tributário, o direito relativo ao processo administrativo, o direito relativo à proteção de dados e à função pública, às questões relativas a passaportes e registro, e o direito relativo aos estrangeiros” (pars. 16 a 22). Não obstante isso, persistem diferenças em vários outros aspectos, em especial no tocante à possibilidade de adotar ou de recorrer à inseminação artificial.

9. *As considerações de direito* começam (pars. 24 a 26) com uma análise da legislação da União Europeia (artigo 9 da Carta de Direitos Fundamentais³¹¹ e várias diretrizes), e especificamente do direito dos 47 Estados membros do Conselho da Europa (pars. 27 a 34). Somente seis deles dispõem que os casais do mesmo sexo tenham igualdade de acesso ao casamento; outros 13 têm “certas disposições legislativas que permitem que os casais de um mesmo sexo registrem sua relação”. Um Estado “reconhece aos casais do mesmo sexo que coabitam certos efeitos limitados, mas não os da possibilidade de registro”. Com referência às consequências materiais, de parentesco e de outra natureza, o TEDH diz que

³⁰⁹ A Sentença no *Caso Schalk e Kopf Vs. Áustria* (nº 30.141/04) foi proferida por uma Câmara do TEDH em 24 de junho de 2010 e adquiriu caráter definitivo em 22 de novembro de 2010, de acordo com o artigo 44.2 da Convenção (texto estabelecido pelo Protocolo nº 11).

³¹⁰ A sentença no *Caso X, Y e Z Vs. Reino Unido* (nº 21.830/93) foi proferida pela Grande Câmara em 22 de abril de 1997.

³¹¹ O texto dessa disposição é o seguinte: “Artigo 9 - *Direito de contrair casamento e de constituir família* - O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício”. Conforme se ressalta, desaparece a referência “ao homem e à mulher”, mas há uma referência geral ao que disponham as leis nacionais.

“as consequências jurídicas das uniões registradas variam das que são quase equivalentes ao casamento às que dão direitos relativamente limitados”. O TEDH passa então a considerar os princípios gerais e sua aplicação ao caso concreto, e finalmente examina a aplicabilidade do artigo 14, considerado juntamente com o artigo 8 e a alegação de que havia sido violado.

10. *Princípios gerais.* O TEDH recorda que, segundo sua jurisprudência estabelecida, “o artigo 12 assegura o direito fundamental de um homem e uma mulher de se casar e fundar uma família”, um direito cujo exercício dá lugar a “consequências pessoais, sociais e jurídicas”. Embora esteja sujeito às leis nacionais dos Estados Contratantes, “as limitações que por essa via se introduzam não devem restringir nem reduzir o direito de um modo ou numa medida que se afete a essência mesma do direito” (par. 49). Por outro lado, o TEDH “ainda não tinha tido a oportunidade de examinar se duas pessoas que são do mesmo sexo podem invocar o direito de se casar”, mas “certos princípios podiam decorrer” de sua jurisprudência relativa a transexuais, a qual inicialmente considerou que “o apego ao conceito tradicional de casamento que subjaz ao artigo 12 constituía uma razão suficiente para que o Estado demandado continuasse adotando critérios biológicos para determinar o sexo de uma pessoa para efeitos do matrimônio” (pars. 50 e 51). Essa jurisprudência se modificou a partir do *Caso Christine Goodwin*,³¹² em que, levando em conta as “importantes mudanças sociais na instituição do casamento”, ocorridas depois da aprovação da Convenção, citando o artigo 9 da Carta Europeia e tomando nota de que havia “uma aceitação generalizada do casamento de transexuais no gênero atribuído”, considerou que “os termos do artigo 12 não tinham de continuar sendo entendidos no sentido de determinar o gênero por critérios puramente biológicos”. Por conseguinte, “a impossibilidade de que uma transexual pós-operada se casasse no gênero a ela atribuído violava o artigo 12” (par. 52). Em outros dois casos relativos a casamentos constituídos por uma mulher e uma transexual que havia passado do sexo masculino para o sexo feminino,³¹³ o TEDH havia determinado (par. 53) que a queixa relativa à exigência legal de que pusessem fim ao casamento para que a transexual pudesse “obter o pleno reconhecimento jurídico de sua mudança de gênero” era “manifestamente infundada”. O TEDH observou que “o direito interno só permitia o casamento entre pessoas de gênero oposto, fosse derivado da atribuição no nascimento, fosse decorrente de um processo de reconhecimento de gênero, enquanto não se permitiam os casamentos do mesmo sexo”, e que “o artigo 12 consagrava o conceito tradicional de que o casamento era entre um homem e uma mulher”. Embora “tenha reconhecido que vários Estados Contratantes haviam estendido o âmbito do casamento para compreender casais do mesmo sexo”, salientou que “isso refletia a visão própria [desses Estados] acerca do papel do casamento em suas sociedades”, mas “não decorria de uma interpretação do direito fundamental, consagrado na Convenção de 1950”. Portanto, “estava dentro da esfera de avaliação do Estado a forma de regulamentar os efeitos da mudança de gênero nos casamentos preexistentes”. Por outro lado, caso os demandantes optassem pelo divórcio, tinham a possibilidade de entrar numa união civil, o que “contribuía para a proporcionalidade do regime de reconhecimento de gênero que impugnavam”.

11. *Aplicação ao caso concreto.* O TEDH disse que o direito de se casar é conferido pelo artigo 12 ao “homem e à mulher” (“*men and women*”, “*l’homme et la femme*”) e que, embora esse artigo, considerado separadamente, pudesse ser interpretado no sentido de “excluir o casamento entre dois homens ou duas mulheres”, considerado no contexto devia-

³¹² *Christine Goodwin Vs. Reino Unido* (nº 28.957/95), sentença da Grande Câmara de 11 de julho de 2002.

³¹³ *Parry Vs. Reino Unido* (dec.), nº 42.971/05, ECHR 2006-XV; e *R. e F. Vs. Reino Unido* (dec.), nº 35.748/05, de 28 de novembro de 2006.

se ter presente que, “ao contrário, todos os demais artigos substantivos da Convenção conferem direitos e liberdades a “toda pessoa” ou dispõem que “ninguém” poderá ser submetido a certos tipos de tratamentos proibidos”. A escolha das palavras “o homem e a mulher” devia ser considerada “deliberada”, especialmente no “contexto histórico” da década de 50, quando “o casamento era entendido no sentido tradicional de união entre contraentes de sexo diferente”. No tocante à “conexão entre o direito de se casar e o direito de fundar uma família”, a conclusão a que havia chegado o TEDH, no *Caso Christine Goodwin* de que “a impossibilidade de um casal de conceber ou agir como pais de uma criança” não excluía *per se* o direito de se casar, “não permitia chegar a conclusão alguma sobre a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo” (par. 56). Embora “a Convenção seja um instrumento vivo que deve ser interpretado nas condições do momento”, e “o casamento tenha passado por importantes mudanças sociais”, o TEDH observou que “não há um consenso europeu sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, que só é permitido em seis dos 47 Estados Partes na Convenção (par. 58). O caso que se considerava devia distinguir-se do *Caso Christine Goodwin*, no qual se havia reconhecido que havia “uma convergência de normas acerca do casamento de transexuais em seu gênero atribuído” e se tratava do “casamento entre pessoas de diferente gênero”, caso este não se considere somente no sentido biológico (par. 59). [Com isso, o TEDH coincidia com a afirmação das organizações não governamentais intervenientes no caso, segundo as quais “embora o Tribunal houvesse salientado frequentemente que a Convenção era um instrumento vivo que devia ser interpretado nas condições do momento, só havia utilizado esse enfoque para desenvolver sua jurisprudência quando havia percebido uma convergência de normas entre os Estados membros”.]

12. *Influência do artigo 9 da Carta Europeia.* Quanto ao artigo 9 da Carta Europeia (ilustrado pelo comentário oficial), a eliminação deliberada da referência a “um homem e uma mulher” ampliava seu alcance em relação aos artigos concordantes de outros instrumentos de direitos humanos, mas “a referência ao direito interno refletia a diversidade das regulamentações nacionais, que vão de permitir o casamento entre pessoas do mesmo gênero à proibição explícita” e deixava livre aos Estados a decisão a esse respeito³¹⁴ (par. 60). Levando em conta o artigo 9 da Carta, o TEDH concluiu que “já não consideraria que o direito de se casar, consagrado no artigo 12, deve-se limitar em todas as circunstâncias ao casamento entre duas pessoas de sexo oposto”, razão pela qual esse artigo era aplicável ao caso, mas destacou que “a questão relativa a se permitir ou não o casamento entre pessoas do mesmo sexo está liberada à regulamentação pelo direito nacional” de cada Estado (par. 61). Observou que “o casamento tem conotações sociais e culturais profundamente arraigadas que podem diferir amplamente de uma sociedade para outra”, e que o TEDH “não se pode apressar a antepor seu próprio critério ao das autoridades nacionais, que estão em melhor posição para responder às necessidades da sociedade” (par. 62). Determinou, por conseguinte, que “o artigo 12 não impu[nha] ao Governo demandado a obrigação de conceder o direito de se casar a um casal de pessoas do mesmo sexo, como os demandantes” (par. 63), e que não se havia violado esse artigo (par. 64).

13. *Aplicabilidade do artigo 14 considerado juntamente com o artigo 8.* Segundo o TEDH, “o artigo 14³¹⁵ complementa as demais disposições substantivas da Convenção e seus Protocolos. Não tem existência independente, pois surte efeito unicamente em relação ao “gozo dos direitos e liberdades salvaguardados por essas disposições” (par. 89). Em

³¹⁴ Segundo o comentário, “pode-se argumentar que não há obstáculos para reconhecer as relações entre pessoas do mesmo sexo no contexto do casamento”, mas “não há uma exigência explícita de que as leis internas facilitem esses casamentos”.

³¹⁵ Para o texto, ver nota 1.

diferentes sentenças (a última das quais³¹⁶ de 2001), o TEDH havia determinado que “a noção de família” no artigo 12 compreendia também as uniões de fato, “quando as partes vivem juntas sem estarem casadas”, mas quanto aos casais do mesmo sexo só havia reconhecido que constituíam “vida privada”, mas não “vida familiar” (pars. 91 a 92). No *Caso Schalk e Kopf Vs. Áustria*, o TEDH muda essa jurisprudência (conforme se mostra acertadamente no par. 174 da Sentença a que se refere este voto), ao considerar que depois de 2001, havia ocorrido “uma rápida evolução das atitudes sociais com relação aos casais do mesmo sexo em vários Estados membros”, e “um considerável número” destes havia “estendido reconhecimento jurídico aos casais do mesmo sexo”. Também em várias disposições da União Europeia se refletia “uma crescente tendência de incluir os casais do mesmo sexo na noção de ‘família’” (par. 93). “Levada em conta essa evolução”, o TEDH considerou “artificial manter a opinião de que, diferentemente de um casal heterossexual, um casal do mesmo sexo não pode desfrutar da ‘vida familiar’ nos termos do artigo 8”, e que, “[c]onsequentemente, a relação entre os demandantes, um casal do mesmo sexo que coabita e vive numa união de fato estável, está compreendida na noção de ‘vida familiar’, como o estaria uma relação de um casal de sexo oposto na mesma situação” (par. 94).

14. *Alegação de violação do artigo 14 considerado juntamente com o artigo 8.* Tendo assim determinado que os fatos do caso estavam compreendidos “tanto na noção de ‘vida privada’ como na de ‘vida familiar’”, e que era aplicável o artigo 14, considerado juntamente com o artigo 8 (par. 95), o TEDH passou a considerar se havia sido violado (pars. 96 a 110). Para chegar a essa determinação teria de encontrar “uma diferença no tratamento de pessoas em situações relevantemente análogas”, que será “discriminatória caso não exista uma justificativa objetiva e razoável; em outras palavras, caso não vise um fim legítimo ou não haja uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”. A esse respeito, os Estados “gozam de uma margem de apreciação” (par. 97). Por um lado, “assim como as diferenças baseadas no sexo, as diferenças baseadas na orientação sexual requerem razões especialmente sérias para justificá-las”, mas habitualmente se reconhece aos Estados “uma ampla margem” no tocante a “medidas gerais de estratégia econômica ou social” (par. 97), e um dos fatores pertinentes para determinar o alcance da margem de apreciação pode ser “a existência ou inexistência de um espaço de coincidência (*common ground*)”. O TEDH partiu da “premissa de que os casais de um mesmo sexo são tão capazes como os casais de sexo diferente de manter relações estáveis de compromisso”, razão pela qual estão “em situação relevantemente análoga à de um casal de sexo diferente no tocante à necessidade de reconhecimento jurídico e proteção da relação” (par. 99). Não obstante isso, determinou que, embora não se houvesse permitido que os demandantes se casassem, uma lei posterior à apresentação da demanda, mas anterior à sentença (a lei sobre uniões registradas,³¹⁷ que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010), havia oferecido um reconhecimento legal alternativo (par. 102). Embora “exista um incipiente consenso europeu sobre o reconhecimento dos casais do mesmo sexo”, que se desenvolveu “rapidamente durante a última década”, ainda não são maioria os Estados que conferem esse reconhecimento jurídico. Trata-se de uma esfera em que “os direitos estão em evolução e não há consenso estabelecido”, de maneira que “os Estados devem gozar também de uma margem de apreciação quanto à data em que introduzam as mudanças legislativas” (par. 105). Concluindo, após analisar a condição jurídica das uniões registradas e as diferenças que subsistiam com respeito aos casamentos, o TEDH declarou que não via “nenhum indício de que o Estado demandado houvesse excedido sua margem de apreciação ao escolher os direitos e obrigações conferidos pelas uniões registradas” (par. 109), e determinou que não se havia violado o artigo 14 considerado em conjunto com o artigo 8 (par. 110).

³¹⁶ *Caso Mata Estevez Vs. Espanha* (dec.), nº 56.501/00, ECHR 2001-VI, 10 de maio de 2001.

³¹⁷ Parágrafo 6 *supra*.

O Caso X, Y e Z Vs. Reino Unido

15. *Os fatos do caso* podem ser assim resumidos: o primeiro demandante, "X", nasceu com corpo feminino, em 1955, mas desde os quatro anos se sentia inadequada sexualmente e a atraíam papéis de conduta "masculina". Essa discrepância a fez sofrer de depressão suicida durante a adolescência. Em 1975, iniciou tratamento hormonal e começou a viver e trabalhar como homem. A partir de 1979, viveu em união permanente e estável com a segunda demandante, "Y", uma mulher nascida em 1959, e pouco depois de iniciar essa convivência submeteu-se a cirurgia de redesignação sexual. A terceira demandante, "Z",³¹⁸ foi dada à luz em 1992 por "Y" mediante inseminação artificial por um doador (IAD). Posteriormente, "Y" deu à luz outro filho pelo mesmo método. A demanda perante o TEDH se deveu a que as autoridades do Reino Unido haviam denegado o pedido de "X" de ser registrado como pai de "Z" no registro civil.

16. *Considerações de direito.* O TEDH recordou, citando várias sentenças anteriores, que "a noção de 'vida familiar' no artigo 8 não se limita unicamente às famílias baseadas no casamento e pode abranger outras relações de fato", e acrescentou que "[a]o se decidir se é possível considerar que uma relação constitui 'vida familiar', vários fatores podem ser pertinentes, inclusive se o casal vive junto, a duração da relação, e se demonstrou compromisso mútuo ao ter filhos conjuntamente ou por outros meios (par. 36)". Como ponto de partida, considerou que "deve-se levar em consideração o justo equilíbrio (*fair balance*) que se deve conseguir entre os interesses em conflito do indivíduo e do conjunto da comunidade", e que "o Estado goza de certa margem de apreciação" (par. 41). No tocante ao ponto concreto do reconhecimento como pai (par. 44), o TEDH observou que "não há uma norma comum europeia a respeito da concessão de direitos parentais aos transexuais", e que não se demonstrou "que existe um enfoque em geral compartilhado entre as Altas Partes Contratantes acerca da maneira pela qual se deveria refletir no direito a relação social entre uma criança concebida mediante IAD e a pessoa que desempenha o papel de pai". Acrescentou que, "embora a tecnologia da procriação medicamente assistida esteja disponível na Europa há várias décadas, muitas das questões suscitadas, em especial com respeito à questão da filiação, continuam sendo objeto de debate. Por exemplo, não há consenso entre os Estados membros do Conselho da Europa quanto a se os interesses de uma criança concebida dessa maneira são mais bem atendidos reservando-se o anonimato do doador do esperma, ou se a criança deveria ter o direito de conhecer a identidade do doador". Daí decorre que as questões suscitadas no caso "afetam esferas onde há muito pouco espaço de coincidência (*common ground*)" entre os Estados membros do Conselho da Europa e, em geral, o direito parece estar numa etapa de transição, devendo-se reconhecer ao Estado demandado uma ampla margem de apreciação". Finalmente informou que, "dado de que a transexualidade propõe complexas questões científicas, jurídicas, morais e sociais, com respeito às quais não há em geral um enfoque comum entre os Estados Contratantes, o Tribunal opina que não se pode considerar, nesse contexto, que o artigo 8 implique uma obrigação do Estado demandado de reconhecer como pai de uma criança uma pessoa que não seja o pai biológico". Portanto (par. 52), "o fato de que a legislação do Reino Unido não conceda um reconhecimento jurídico especial à relação entre X e Z não configura um descumprimento do dever de respeitar a vida familiar no sentido dessa disposição".

17. Naturalmente, as extensas citações de sentenças do TEDH não significam que a Corte Interamericana deva tomá-las como precedentes obrigatórios. Como já se disse (par.

³¹⁸ Em voto concordante, o magistrado L-E. Pettiti declarou que "[n]a hipótese de que se proponha outro caso como este, indubitavelmente seria desejável que a Comissão e a Corte sugerissem às partes que constituíssem especificamente um advogado para representar exclusivamente os interesses da criança".

3 *supra*), têm “valor persuasivo” na medida em que a razão nelas contida seja intrinsecamente convincente, o que dependerá, em boa medida, “da hierarquia do tribunal de que emanem e da personalidade do juiz que tenha redigido a sentença”.³¹⁹ Tendo em vista a hierarquia do TEDH e a semelhança entre suas funções e as da Corte Interamericana, as sentenças citadas neste voto fundamentado têm grande importância, como se verá no Capítulo II.

II. NÃO É NECESSÁRIO NEM PRUDENTE INVOCAR O ARTIGO 17.1

18. Conforme salientei anteriormente, não considero necessário nem prudente declarar uma violação do artigo 17 que se pudesse tomar como um pronunciamento implícito sobre a interpretação das diferentes disposições desse artigo. Com efeito, o artigo 17 contém uma série de disposições conexas entre si, que começam pela declaração de princípio de que “[a] família é o elemento natural e fundamental da sociedade”, à qual se segue, no mesmo parágrafo 1, a disposição segundo a qual a família “deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”, e mais adiante várias disposições que poderiam ser interpretadas (ponto sobre o qual neste voto não se faz nenhum pronunciamento) no sentido de que pressupõem que a família se baseia no casamento ou na união de fato heterossexual. O direito de não “ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada” nem “na de sua família”, consagrado no artigo 11.2, é um aspecto específico e autônomo do dever geral de proteção, de modo que não é necessário invocar o artigo 17.1 cumulativamente com o 11.2. A determinação de que os mesmos fatos violam um dever geral e um dever específico (ou os direitos respectivos) não muda a natureza nem a gravidade da violação, e tampouco leva a que se disponham reparações diferentes das que seriam dispostas se se invocasse apenas a disposição que consagra o direito ou o dever específico. Ao contrário, a invocação do artigo 17.1 compreende a declaração de princípio mencionada e, por incompatibilidade, poderia abranger o restante do artigo 17.

19. A Declaração de Princípios relativa à família que figura no artigo 17.1 coincide basicamente com as disposições de numerosas constituições latino-americanas.

Bolívia: Artigo 62. O Estado reconhece e protege a família como núcleo fundamental da sociedade, e garantirá as condições sociais e econômicas necessárias para seu desenvolvimento integral. Todos os seus integrantes têm igualdade de direitos, obrigações e oportunidades.

Artigo 63. I. O casamento entre uma mulher e um homem se constitui por vínculos jurídicos e se baseia na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

II. As uniões livres ou de fato que reúnam condições de estabilidade e singularidade, e sejam mantidas entre uma mulher e um homem sem impedimento legal, produzirão os mesmos efeitos que o casamento civil, tanto nas relações pessoais e patrimoniais dos conviventes como no que diz respeito às filhas e filhos adotados ou nascidos dessas relações.

Brasil: Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

O artigo continua com disposições específicas relativas, entre outros aspectos, ao casamento ou matrimônio, e à “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”.

Chile: Artigo 1 (contido no Capítulo I, Bases da Institucionalidade). As pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos

A família é o núcleo fundamental da sociedade.

O Estado reconhece e ampara os grupos intermediários mediante os quais se organiza e estrutura a sociedade, e lhes garante a adequada autonomia para cumprir seus próprios fins específicos.

O Estado está a serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem comum, razão pela qual deve contribuir para criar as condições sociais que permitam a todos e a cada um dos

³¹⁹ Cf. Alberto Pérez Pérez, “*Reseña de la vida jurídica angloamericana*”, em *La Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, T. 61, pág. 109 e 120 (a citação corresponde à página 112).

integrantes da comunidade nacional a maior realização espiritual e material possível, com pleno respeito aos direitos e garantias que esta Constituição estabelece.

É dever do Estado resguardar a segurança nacional, dar proteção à população e à família, visar ao fortalecimento desta, promover a integração harmônica de todos os setores da Nação e assegurar o direito das pessoas de participar com igualdade de oportunidades da vida nacional.

Colômbia: Artigo 5. O Estado reconhece, sem nenhuma discriminação, a primazia dos direitos inalienáveis da pessoa, e ampara a família como instituição básica da sociedade.

Artigo 42. A família é o núcleo fundamental da sociedade. É constituída por vínculos naturais ou jurídicos, pela decisão livre de um homem e uma mulher de contrair matrimônio ou pela vontade responsável de estabelecê-la.

O Estado e a sociedade garantem a proteção integral da família. A lei poderá determinar o patrimônio familiar inalienável e inibargável. A honra, a dignidade e a intimidade da família são invioláveis.

As relações familiares se baseiam na igualdade de direitos e deveres do casal e no respeito recíproco entre todos os seus integrantes.

Qualquer forma de violência na família é considerada destrutiva de sua harmonia e unidade, e será punida conforme a lei.

Os filhos existentes no casamento ou fora dele, adotados ou procriados naturalmente ou com assistência científica, têm iguais direitos e deveres. A lei regulamentará a paternidade responsável.

O casal tem direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos, e deverá tê-los e educá-los enquanto sejam menores ou impedidos.

As formas de casamento, a idade e a capacidade para contraí-lo, os deveres e direitos dos cônjuges, sua separação, bem como a dissolução do vínculo, são regidos pela lei civil.

Os casamentos religiosos terão efeitos civis nos termos que estabeleça a lei.

Os efeitos civis de todo casamento cessarão por divórcio de acordo com a lei civil.

Também terão efeitos civis as sentenças de anulação dos casamentos religiosos expedidas por autoridades da respectiva religião, nos termos que estabeleça a lei.

A lei determinará o que se refira ao estado civil das pessoas e aos consequentes direitos e deveres.

Costa Rica: Artigo 51. A família, como elemento natural e fundamental da sociedade, tem o direito à proteção especial do Estado. Também terão direito a essa proteção a mãe, a criança, o idoso e o doente desamparado.

Artigo 52. O casamento é a base essencial da família e reside na igualdade de direitos dos cônjuges.

Artigo 53. Os pais têm com os filhos nascidos no casamento as mesmas obrigações que com os nascidos fora dele.

Toda pessoa tem direito de saber quem são seus pais, conforme a lei.

Cuba: Artigo 35. O Estado protege a família, a maternidade e o casamento.

O Estado reconhece na família a célula fundamental da sociedade e a ela atribui responsabilidades e funções essenciais na educação e formação das novas gerações.

Artigo 36. O casamento é a união voluntária e harmônica de um homem e uma mulher com capacidade legal para isso, a fim de constituir vida em comum. Reside na igualdade absoluta de direitos e deveres dos cônjuges, os quais devem atender à manutenção do lar e à formação integral dos filhos mediante o esforço comum, de maneira que este seja compatível com o desenvolvimento das atividades sociais de ambos.

A lei regulamenta a formalização, o reconhecimento e a dissolução do casamento bem como os direitos e obrigações que desses atos decorram.

Equador: Artigo 67. Reconhece-se a família em seus diversos tipos. O Estado a protegerá como núcleo fundamental da sociedade e garantirá condições que favoreçam integralmente a consecução de seus fins. Esta se constituirá por vínculos jurídicos ou de fato, e se baseará na igualdade de direitos e oportunidades de seus integrantes.

O casamento é a união entre homem e mulher, e se fundamenta no livre consentimento das pessoas contraentes e na igualdade dos respectivos direitos, obrigações e capacidade legal.

Artigo 68. A união estável e monogâmica entre duas pessoas livres de vínculo matrimonial que formem um lar de fato, pelo tempo e nas condições e circunstâncias que determine a lei, gerará os mesmos direitos e obrigações que têm as famílias constituídas mediante casamento.

A adoção caberá somente a casais de sexo diferente.

El Salvador: Artigo 32. A família é a base fundamental da sociedade e terá a proteção do Estado, que promulgará a legislação necessária e criará os organismos e serviços apropriados para sua integração, bem-estar e desenvolvimento social, cultural e econômico. O fundamento legal da família é o casamento, e reside na igualdade jurídica dos cônjuges. O Estado incentivará o casamento; mas a falta deste não afetará o gozo dos direitos que se estabeleçam em favor da família.

Artigo 33. A lei regulamentará as relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges entre si e entre eles e seus filhos, estabelecendo os direitos e deveres recíprocos em bases equitativas; e criará as instituições necessárias para garantir sua aplicabilidade. Também regulamentará as relações familiares que decorram da união estável de um homem e uma mulher.

Nicarágua: Artigo 70. A família é o núcleo fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.

Artigo 71. É direito dos nicaraguenses constituir uma família. Garante-se o patrimônio familiar, que é inibargável e isento de todo ônus público. A lei regulamentará e protegerá esses direitos.

Artigo 72. O casamento e a união de fato estável são protegidos pelo Estado; residem no acordo voluntário do homem e da mulher e poderão ser dissolvidos por mútuo consentimento ou pela vontade de uma das partes. A lei regulamentará essa matéria.

Artigo 73. As relações familiares residem no respeito, na solidariedade e na igualdade absoluta de direitos e responsabilidades entre o homem e a mulher.

Os pais devem prover a manutenção do lar e a formação integral dos filhos mediante o esforço comum, com iguais direitos e responsabilidades. Os filhos, por sua vez, são obrigados a respeitar e ajudar os pais. Esses deveres e direitos se cumprirão de acordo com a legislação da matéria.

Paraguai: Artigo 49. Da proteção da família

A família é o fundamento da sociedade, e se promoverá e garantirá sua proteção integral, que inclui a união estável do homem e da mulher, os filhos e a comunidade que se constitua com qualquer de seus pais e seus descendentes.

Artigo 50. Do direito a constituir família

Toda pessoa tem direito a constituir família, em cuja formação e desenvolvimento a mulher e o homem terão os mesmos direitos e obrigações.

Artigo 51. Do casamento e dos efeitos das uniões de fato

A lei estabelecerá as formalidades para a celebração do casamento entre o homem e a mulher, os requisitos para contraí-lo, as causas de separação, de dissolução e seus efeitos, bem como o regime de administração de bens e outros direitos e obrigações entre cônjuges.

As uniões de fato entre o homem e a mulher, sem impedimentos legais para contrair matrimônio, que reúnam as condições de estabilidade e singularidade, produzem efeitos similares aos do casamento, nas condições que estabeleça a lei.

Artigo 52. Da união no casamento

A união do homem e da mulher no casamento é um dos componentes fundamentais na formação da família.

Peru: Artigo 4. A comunidade e o Estado protegem especialmente a criança, o adolescente, a mãe e o idoso em situação de abandono. Também protegem a família e promovem o casamento. Reconhecem esses últimos como institutos naturais e fundamentais da sociedade.

A forma de casamento e as causas de separação e de dissolução são regulamentadas por lei.

Artigo 5.- A união estável de um homem e uma mulher, livres de impedimento matrimonial, que formem um lar de fato, dá lugar a uma comunidade de bens sujeita ao regime da sociedade conjugal no que seja aplicável.

Uruguai: Artigo 40. A família é a base de nossa sociedade. O Estado zelará por sua estabilidade moral e material, para a melhor formação dos filhos dentro da sociedade.

Artigo 41. O cuidado e a educação dos filhos, para que alcancem a plena capacidade corporal, intelectual e social, é um dever e um direito dos pais. Aqueles que tenham a seu cargo prole numerosa têm direito a auxílios compensatórios, sempre que necessitem.

A lei disporá as medidas necessárias para que a infância e a juventude sejam protegidas contra o abandono corporal, intelectual ou moral dos pais ou tutores, bem como contra a exploração e o abuso.

Artigo 42. Os pais têm para com os filhos fora do casamento os mesmos deveres relativos aos nascidos no casamento.

A maternidade, qualquer que seja a condição ou situação da mulher, tem direito à proteção e à assistência da sociedade em caso de desamparo.

Venezuela: Artigo 75. O Estado protegerá as famílias como associação natural da sociedade e como espaço fundamental para o desenvolvimento integral das pessoas. As relações familiares se baseiam na igualdade de direitos e deveres, na solidariedade, no esforço comum, na compreensão mútua e no respeito recíproco entre seus integrantes. O Estado garantirá proteção à mãe, ao pai ou a quem exercer a chefia da família.

As crianças e adolescentes têm direito de viver e ser criados bem como a se desenvolver no seio da família de origem. Quando isso não seja possível ou contrário a seu interesse superior, terão direito a uma família substituta, em conformidade com a lei. A adoção tem efeitos similares aos da filiação, e se estabelece sempre em benefício da criança adotada, em conformidade com a lei. A adoção internacional é subsidiária à nacional.

Artigo 76. A maternidade e a paternidade são protegidas integralmente, seja qual for o estado civil da mãe ou do pai. Os casais têm o direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos que desejem conceber, e a dispor da informação e dos meios que lhes assegurem o exercício desse direito. O Estado garantirá assistência e proteção integral à maternidade, em geral a partir do momento da concepção, durante a gestação, o parto e o pós-parto, e assegurará serviços de planejamento familiar integral, baseados em valores éticos e científicos.

Os pais têm o dever comum e irrenunciável de criar, formar, educar, manter e assistir os filhos, e estes têm o dever de assisti-los quando não possam fazê-lo por si mesmos. A lei estabelecerá as medidas necessárias e adequadas para garantir a efetividade da obrigação alimentar.

Artigo 77. Protege-se o casamento entre um homem e uma mulher, o qual se fundamenta no livre consentimento e na igualdade absoluta dos direitos e deveres dos cônjuges. As uniões estáveis de fato entre um homem e uma mulher que cumpram os requisitos estabelecidos na lei produzirão os mesmos efeitos que o casamento.

20. Concordo com o critério de interpretação evolutiva que considera a Convenção Americana como um instrumento vivo que se deve entender de acordo com as circunstâncias do momento, mas no entendimento de que para avançar nesse terreno é necessário que exista um consenso, um espaço de coincidência ou uma convergência de normas entre os Estados Partes (ver par. 9 *supra*). É o que ocorre no caso do reconhecimento de que se deve entender como proibida a discriminação baseada na orientação sexual (pars. 83 a 93 da Sentença), pois existe não só entre os Estados Partes na Convenção Americana, mas entre todos os Estados membros da OEA, um claro conceito a esse respeito, expressado nas resoluções da Assembleia Geral citadas (nota 97).

21. Não se pode dizer que ocorra o mesmo em relação à evolução da noção de família e sua qualidade de base ou elemento essencial ou natural da sociedade, que continua presente, inclusive nas Constituições de muitos Estados Partes (par. 19 *supra*). O fato incontestável de que atualmente exista uma pluralidade de conceitos de família, como se reúne na nota 192 da Sentença,³²⁰ não quer dizer que, necessariamente, todos e cada um

³²⁰ O texto da nota 192 é o seguinte (grifo nosso): "Nações Unidas, Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 21 (13º Período de Sessões, 1994). A igualdade no casamento e nas relações familiares, par. 13 ("A forma e o conceito de família variam de um Estado para outro e até de uma região para outra num mesmo Estado. Qualquer que seja a forma que adote e quaisquer que sejam o ordenamento jurídico, a religião, os costumes ou a tradição do país, o tratamento da mulher na família, tanto diante da lei como na esfera privada, deve adequar-se aos princípios de igualdade e justiça para todas as pessoas, como o exige o artigo 2 da Convenção"); Comissão dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 7. Realização dos direitos da criança na primeira infância, nota 171 *supra*, par. 15 e 19 ("A Comissão reconhece que 'família' aqui se refere a uma variedade de estruturas que podem ocupar-se da atenção, do cuidado e do desenvolvimento das crianças pequenas, e que incluem a família nuclear, a família estendida e outras modalidades tradicionais e modernas de base comunitária, desde que estejam acordes com os direitos e o interesse superior da criança. [...] a Comissão observa que, na prática, os modelos familiares são variáveis e mutáveis em muitas regiões, assim como a disponibilidade de redes não estruturadas de apoio aos pais, e que existe uma tendência global para uma diversidade maior no tamanho de família, nas funções parentais e nas estruturas para a criação das crianças"); Comissão de Direitos Humanos, Observação Geral nº 19 (39º Período de Sessões, 1990). A família (artigo 23), HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), par. 2 ("A Comissão observa que o conceito de família pode diferir em alguns aspectos de um Estado para outro, e entre regiões dentro do mesmo Estado, de maneira que não é possível apresentar uma definição uniforme do conceito"), e Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, Observação Geral nº 16 (32º Período de Sessões, 1988). Direito à intimidade (artigo 17), HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), par. 5 ("Quanto ao termo 'família', os objetivos do Pacto exigem que, para os efeitos do artigo 17, seja interpretado como um critério amplo

deles correspondam ao que a Convenção Americana, inclusive interpretada evolutivamente, segundo as normas mencionadas (pars. 9 e 18 *supra*), entende por família como “elemento natural e fundamental da sociedade”, ou ao que os Estados Partes que têm disposições análogas entendam como tal. Tampouco quer dizer que todos os Estados Partes devam reconhecer todos os conceitos ou modelos de família. Precisamente na Observação Geral nº 19, o Comitê de Direitos Humanos, no mesmo parágrafo, em que observa que

“o conceito de família pode diferir em alguns aspectos de um Estado para outro, e ainda entre regiões dentro de um mesmo Estado, de maneira que não é possível dar uma definição uniforme ao conceito”.

22. Destaca que:

“quando a legislação e a prática de um Estado considerem um grupo de pessoas como uma família, este deve ser objeto da proteção prevista no artigo 23. Por conseguinte, em seus relatórios, os Estados Partes deveriam expor a interpretação ou a definição que se dá ao conceito de família e de seu alcance em suas sociedades e em seus ordenamentos jurídicos. Quando existam diversos conceitos de família dentro de um Estado, “nuclear” e “estendida”, se deveria especificar a existência desses diversos conceitos de família, com indicação do grau de proteção de uma e de outra. Em vista da existência de diversos tipos de família, como as de casais que não contraíram matrimônio e seus filhos e as famílias monoparentais, os Estados Partes deveriam também informar em que medida a legislação e as práticas nacionais reconhecem e protegem esses tipos de família e seus membros”. (Grifo nosso.)

23. Em outras palavras, é uma das esferas em que se torna necessário reconhecer uma *margem de apreciação nacional*, para a qual se deverá fazer uma indagação a qual não cabe proceder no presente caso, mas que se deverá formular quando o tema seja objeto de um caso apresentado perante a Corte e se ouçam os argumentos que a respeito formulem as partes e eventualmente os *amici curiae* que se apresentem.

24. Tudo isso reafirma minha convicção de que não é necessário nem prudente que neste caso se declare uma violação do parágrafo 1º do artigo 17 que se pudesse entender como um pronunciamento implícito sobre a interpretação das diferentes disposições desse artigo.

Alberto Pérez Pérez
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário