

COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

AFFAIRE ATALA RIFFO ET SES FILLES c. CHILI

ARRÊT DU 24 FÉVRIER 2012 (Mérites, réparations et frais)

Dans l'affaire *Atala Riffo et ses filles*,

La Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après, la "Cour interaméricaine" ou la "Cour") est composée des juges suivants¹:

Diego García-Sayán, président ;
Manuel E. Ventura Robles, vice-président ;
Leonardo A. Franco, juge ;
Margarette May Macaulay, juge ;
Rhadys Abreu-Blondet, juge ;
Alberto Pérez Pérez, juge ;

Egalement présents :

Pablo Saavedra Alessandri, secrétaire et, Emilia
Segares Rodríguez, secrétaire adjointe ;

En vertu des articles 62, paragraphe 3, et 63, paragraphe 1, de la Convention américaine des droits de l'homme (ci-après, la "Convention" ou la "Convention américaine") et des articles 31, 32, 56, 57, 65 et 67 du règlement de procédure de la Cour² (ci-après, le "règlement de procédure") rend le présent arrêt.

¹ Conformément à l'article 19(1) du Règlement de procédure de la Cour interaméricaine, applicable à la présente affaire (*infra* note 2), qui dispose que " [d]ans les cas visés à l'article 44 de la Convention, un juge ressortissant de l'Etat défendeur ne pourra pas participer à l'instruction et au délibéré de l'affaire ", le juge Vio Grossi, de nationalité chilienne, n'a pas participé à l'instruction de la présente affaire ni au délibéré du présent arrêt

² Le règlement de procédure approuvé par la Cour lors de sa quatre-vingt-cinquième période ordinaire de sessions tenue du 16 au 28 novembre 2009 s'applique en l'espèce conformément aux dispositions de l'article 79 dudit règlement. L'article 79, paragraphe 2, du règlement de procédure stipule que " [d]ans les cas où la Commission a adopté un rapport au titre de l'article 50 de la Convention avant l'entrée en vigueur du présent règlement de procédure, la présentation de l'affaire devant la Cour sera régie par les articles 33 et 34 du règlement de procédure précédemment en vigueur. Les déclarations seront reçues avec l'aide du Fonds d'aide juridique aux victimes, et les dispositions du présent règlement de procédure seront applicables". Par conséquent, en ce qui concerne la présentation de l'affaire, les articles 33 et 34 du Règlement de procédure approuvé par la Cour lors de sa quarante-neuvième session ordinaire, s'appliquent.

I.	INTRODUCTION OF THE CASE AND PURPOSE OF THE APPLICATION	4
II.	PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL	5
III.	COMPÉTENCE	8
IV.	EVIDENCE	8
	<u>A. Preuves documentaires, témoignages et expertises</u>	<u>9</u>
	<u>B. Admission des preuves documentaires</u>	<u>11</u>
	<u>C. Admission des preuves testimoniales et des expertises</u>	<u>12</u>
V.	LE DROIT À L'ÉGALITÉ ET À LA NON-DISCRIMINATION, LE DROIT À LA VIE PRIVÉE, LE DROIT À LA VIE FAMILIALE, LES DROITS DE L'ENFANT, LE DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE ET À LA PROTECTION JUDICIAIRE EN RELATION AVEC L'OBLIGATION DE RESPECTER ET DE GARANTIR LES DROITS RELATIFS À LA PROCÉDURE DE GARDE.	13
	<u>A. Faits avérés en relation avec la procédure de garde</u>	<u>13</u>
	1) Procédure de garde d'enfants	14
	2) Garde provisoire accordée au père	17
	3) Décision du tribunal de première instance accordant la garde des filles à Mme Atala	18
	4) Appel à la Cour d'appel de Temuco et injonction accordée à en faveur du père.	20
	5) Dépôt d'un recours en plainte (recurso de queja) auprès de la Cour suprême de justice et octroi d'une seconde injonction en faveur du père.	21
	6) Décision de la Cour suprême de justice du Chili	21
	<u>B. Considérations préalables</u>	<u>23</u>
	1. Considération préalable sur la question de l'affaire devant la Cour interaméricaine	23
	2. Considération préalable sur la participation des filles M., V. et R.	25
	<u>C. Le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination</u>	<u>26</u>
	1. Droit à l'égalité et à la non-discrimination	28
	2. L'orientation sexuelle comme catégorie protégée par l'article 1(1) de la Convention américaine	29
	3. Différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle	35
	4. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et les hypothèses de risque	37
	4.1. Discrimination sociale présumée	40
	4.2. Confusion présumée des rôles sexuels	42
	4.3. Privilège allégué d'intérêts	46
	4.4. Droit à une famille "normale et traditionnelle"	49
	4.5. Conclusion	50
	5. Traitement discriminatoire à l'encontre des filles M., V. et R.	50
	<u>D. Droit à la vie privée et droit à la vie familiale</u>	<u>52</u>

E.	Garanties judiciaires et protection judiciaire	58
1.	<i>Garanties judiciaires et protection judiciaire concernant Mme Atala</i>	58
2.	<i>Droit des filles M., V. et R. d'être entendues et de voir leur opinion prise en considération</i>	62
VI.	DROIT À L'ÉGALITÉ ET INTERDICTION DE LA NON-DISCRIMINATION, DROIT À LA VIE PRIVÉE ET DROIT À DES GARANTIES JUDICIAIRES EN RELATION AVEC L'OBLIGATION DE RESPECTER ET DE GARANTIR LES DROITS DANS LE CADRE DE L'ENQUÊTE DISCIPLINAIRE	66
A.	<u>Faits avérés concernant l'enquête disciplinaire contre Mme Atala</u>	67
B.	<u>Le droit à l'égalité et l'interdiction de la non-discrimination</u>	68
C.	<u>Droit à la vie privée</u>	70
D.	Garanties judiciaires	71
VII.	REPARATIONS	73
A.	<u>Partie lésée</u>	74
B.	<u>Obligation d'enquêter et d'appliquer les conséquences juridiques de l'infraction. fonctionnaires responsables</u>	75
C.	<u>Autres mesures de réparation intégrale : satisfaction et garantie de la qualité de la vie. non-répétition</u>	76
1.	<i>Réhabilitation : Traitement médical et psychologique de la victime</i>	76
2.	<i>Satisfaction</i>	76
a)	<i>Publication de l'arrêt</i>	76
b)	<i>Acte public reconnaissant la responsabilité internationale</i>	77
3.	<i>Garanties de non-répétition</i>	78
a.	<i>Formation pour les agents publics</i>	79
b.	<i>Adoption de mesures nationales, réformes et adaptation des lois contre la discrimination</i>	79
D)	<u>Indemnisation des dommages pécuniaires et non pécuniaires</u>	82
1.	<i>Dommage pécuniaire</i>	83
2.	<i>Dommages non pécuniaires</i>	85
E)	Coûts et dépenses	86
F)	Méthode d'exécution des paiements ordonnés	87
VIII.	PARAGRAPHES OPÉRATIONNELS	88

Le juge Alberto Pérez Pérez a informé la Cour de son opinion partiellement dissidente.

I.
INTRODUCTION OF THE CASE AND PURPOSE OF THE APPLICATION

1. Le 17 septembre 2010, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (ci-après, la " Commission interaméricaine " ou " la Commission ") a déposé une plainte contre la République du Chili (ci-après, l' " État " ou le " Chili ") en relation avec l'affaire 12.50 2³. La requête initiale a été déposée devant la Commission interaméricaine le 24 novembre 2004 par Mme Karen Atala Riffo (ci-après " Mme Atala "), représentée par des avocats de l'*Asociación Gremial Libertades Públicas*, de la *Clinica de Acciones de Interés Público* de l'Université Diego Portales et de la *Fundación Ideas*.⁴.

2. Le 23 juillet 2008, la Commission a approuvé le rapport sur la recevabilité n° 42/08 et le 18 décembre 2009, elle a approuvé le rapport sur le fond n° 139/09, conformément à l'article 50 de la Convention américaine.⁵ Le 17 septembre 2010, la Commission interaméricaine a considéré que l'État ne s'était pas conformé aux recommandations formulées dans le rapport sur le fond, raison pour laquelle elle a décidé de soumettre l'affaire à la juridiction de la Cour interaméricaine. La Commission interaméricaine a désigné la Commissaire Luz Patricia Mejía et le Secrétaire exécutif Santiago A. Canton comme ses délégués dans cette affaire. La Secrétaire exécutive adjointe Elizabeth Abi-Mershed et les avocates Silvia Serrano Guzmán, Rosa Celorio et María Claudia Pulido, spécialistes du Secrétariat exécutif de la Commission, ont été désignées pour agir en tant que conseillers juridiques.

3. Selon la Commission, la présente affaire concerne la responsabilité internationale alléguée de l'État pour le traitement discriminatoire et l'ingérence arbitraire dans la vie privée et familiale subis par Mme Atala en raison de son orientation sexuelle, dans le cadre de la procédure judiciaire qui a abouti à la perte de la garde de ses filles M., V. et R. L'affaire concerne également l'absence alléguée de prise en compte de l'intérêt supérieur des filles, dont la garde et la prise en charge ont été déterminées sans tenir compte de leurs droits et sur la base de préjugés discriminatoires allégués. La Commission a demandé à la Cour de déclarer la violation des articles 11 (droit à la vie privée), 17(1) et 17(4) (droits de la famille), 19 (droits de l'enfant), 24 (droit à une protection égale) et 25 (droit à la protection judiciaire) de la Convention, en relation avec l'article 1(1) de celle-ci. De même, la Commission a demandé à la Cour d'ordonner à l'État d'adopter des mesures de réparation.

³ À la demande de la Commission interaméricaine, l'identité des trois filles de Mme Karen Atala Riffo ne sera pas divulguée. Ces filles seront désignées sous les noms de "M., V. et R.". En outre, à la demande des représentants, afin de protéger le droit à la vie privée et familiale de M., V. et R., les déclarations sous serment transmises par les parties et "relatives à la situation familiale" de Mme Atala et de ses filles ne seront pas divulguées. (Dossier de l'affaire, volume III, page 1162)

⁴ Dans la pétition initiale, Mme Atala a indiqué que la Fundación Ideas était représentée par Francisco Estévez Valencia et elle a désigné Verónica Undurraga Valdés, Claudio Moraga Klenner, Felipe González Morales et Domingo Lovera Parmo comme ses représentants devant la Commission interaméricaine (Dossier des annexes de la pétition, volume III, pages 1533 et 1572).

⁵ Dans le rapport sur le bien-fondé n° 139/09, la Commission a conclu que l'État chilien "a violé le droit de Karen Atala de vivre sans discrimination, comme le prévoit l'article 24 de la Convention américaine, en liaison avec son article 1(1)". De plus, "l'État a également violé les articles 11(2), 17(4), 19, 8(1) et 25(1) de la Convention américaine, conjointement avec l'article 1(1) de celle-ci, à l'égard des individus identifiés dans les sections correspondantes". La Commission a recommandé à l'État chilien : i) " d'accorder à Karen Atala et à M., V. et R. une réparation intégrale des violations des droits de l'homme découlant de la décision [...] en tenant compte de leur situation et de leurs besoins " et ii) d'adopter des lois, des politiques publiques, des programmes et des initiatives visant à interdire et à éradiquer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans toutes les sphères du pouvoir public, y compris l'administration de la justice. Ces mesures doivent être accompagnées de ressources humaines et financières adéquates pour garantir leur mise en œuvre, et de programmes de formation/rééducation pour les agents publics impliqués dans la défense de ces droits ". Rapport sur le fond n° 139/09, affaire 12.502,

Karen Atala et ses filles du 18 décembre 2009 (Dossier des annexes à la requête, volume I, annexe 2, pages 22 à 67).

4. La demande a été notifiée à l'État et aux représentants le 19 octobre 2010.

5. Le 25 décembre 2010, Macarena Sáez, Helena Olea et Jorge Contesse, indiquant qu'ils étaient les représentants de Mme Atala et de ses filles M., V. et R⁶ (ci-après, les "représentants") ont déposé auprès de la Cour un mémoire contenant des plaidoiries, des requêtes et des preuves (ci-après, le "mémoire de plaidoiries et de requêtes") conformément à l'article 40 du Règlement de procédure de la Cour⁷. Les représentants ont indiqué qu'ils étaient entièrement d'accord avec les faits présentés dans la requête et ont demandé à la Cour de déclarer la responsabilité internationale de l'Etat pour la violation des articles 11 (Droit à la vie privée et familiale), 17 (droit à une famille), 19 (droits de l'enfant), 24 (droit à l'égalité) et 25 (protection judiciaire) de la Convention, en relation avec l'article 1(1) de celle-ci. En conséquence, ils demandent à la Cour d'ordonner plusieurs mesures de réparation.

6. Le 11 mars 2011, le Chili a déposé auprès de la Cour un mémoire contenant sa réponse à la requête et les observations au mémoire de plaidoiries et de requêtes (ci-après, "mémoire de réponse"). Dans ledit mémoire, l'État conteste toutes les prétentions présentées par la Commission et les représentants et nie sa responsabilité internationale dans les violations alléguées de la Convention américaine. En ce qui concerne les mesures de réparation demandées par la Commission et les représentants, l'Etat demande à la Cour de rejeter la requête dans son intégralité. L'État a nommé M. Miguel Angel González et Mme Paulina González Vergara comme agents.

II PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL

7. Par une décision rendue le 7 juillet 2011⁸ le Président de la Cour a ordonné la réception de diverses déclarations dans cette affaire. De même, il a convoqué les parties à une audience publique, qui s'est tenue les 23 et 24 août 2011, lors de la 92nd session ordinaire de la Cour, dans la ville de Bogota, Colombie.⁹

⁶ Comme mentionné par la suite (*infra* paragraphes 12, 13 et 67 à 71), concernant la représentation des filles M., V. et R., dans la Décision du 29 novembre 2011, la Cour a relevé que le dossier ne contenait aucune déclaration spécifique des filles M., V. et R. quant à savoir si elles acceptaient d'être représentées par l'un ou l'autre de leurs parents et si elles souhaitaient être considérées comme des victimes présumées dans cette affaire. En conséquence, une procédure judiciaire a été organisée pour entendre directement les filles M. et R. (*infra* para. 13).

⁷ Mme Karen Atala Riffo a nommé Macarena Sáez de l'organisation "Libertades Públicas A.G", Helena Olea de "Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género" et Jorge Contesse du "Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales", comme ses représentants.

⁸ Voir l'affaire *Atala Riffo et filles c. Chili*. Ordonnance du président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 7 juillet 2011. Disponible sur : http://corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_21_08_11.pdf
Les représentants ont demandé une modification du format de deux déclarations, ce qui a été accepté par l'ensemble de la Cour. Voir l'affaire *Atala Riffo et filles c. Chili*. Ordonnance de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 21 août 2011, disponible à l'adresse suivante : http://corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_21_08_11.pdf.

⁹ Les personnes suivantes ont assisté à cette audience : a) au nom de la Commission interaméricaine : Le Commissaire Rodrigo Escobar Gil et les conseillers juridiques Silvia Serrano et Rosa Celorio ; b) au nom des représentants : Helena Olea Rodríguez, Macarena Sáez Torres, Jorge Contesse Singh, José Ignacio Escobar Opazo, Francisco Cox Vial et Catalina Lagos Tschorne, et c) au nom de l'État : Agents Miguel Ángel González Morales et Paulina González Vergara ; Gustavo Ayares Ossandón, ambassadeur du Chili en Colombie ; Ricardo Hernández Menéndez, conseiller de l'ambassade du Chili en Colombie ; Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Felipe Bravo Allende et Alberto Vergara Arteaga.

8. Les 18 août, 6 septembre et 18 octobre 2011, M. Reinaldo Bustamante Alarcón a transmis plusieurs communications au nom de Jaime López Allendes, père des filles M., V. et R., en relation avec cette affaire. Dans ces mémoires, les demandes suivantes ont été faites : i) participation des mineurs et représentation légale par leur père dans la procédure devant la Cour interaméricaine ; ii) demande d'inclure un intervenant dans la procédure ; iii) demande d'annulation de la procédure devant la Commission et la Cour et iv) demande de collaboration avec le mémoire de l'État.

9. Le 30 novembre 2011, le Secrétariat a envoyé une note à M. Bustamante, suivant les instructions de la Cour plénière, en réponse aux mémoires soumis (*supra* para. 8). Cette note indiquait que : i) dans une décision rendue le 29 novembre 2011, la Cour a ordonné, à titre de preuve pour faciliter le jugement de l'affaire, que les trois filles soient informées de leur droit d'être personnellement entendues par la Cour (*infra* paras. 12 et 13) ; ii) la Cour n'est pas compétente pour traiter les demandes formulées par des personnes ou des organisations autres que les victimes présumées participant à la procédure d'une affaire devant la Cour ; iii) la Cour ne constate pas d'irrégularités dans la manière dont la notification de cette affaire a été faite et iv) étant donné que M. López n'est pas partie à cette affaire et que sa participation en tant que troisième intervenant n'a pas été acceptée, il n'a pas qualité pour présenter des arguments sur le fond ou des éléments de preuve.¹⁰

10. En outre, la Cour a reçu les mémoires d'*amici curiae* de : 1) l'Association nationale des juges du Chili [*Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile*] ; 2) l'organisation Ombudsgay, qui a pour but de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes.¹¹ ; 2) l'organisation Ombudsgay¹²3) M. José Pedro Silva Prado, professeur de droit procédural et président de l'Institut chilien de droit procédural ; 4) M. José Ignacio Martínez Estay, professeur du programme Jean Monnet, une initiative de l'Union européenne, de l'Université de Los Andes, Chili ; 5) le groupe des droits de l'homme [*Nucleo Derechos Humanos*] du département de droit de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro.¹³ ; 6) M. Diego Freedman, professeur à la faculté de droit de l'université de Buenos Aires ; 7) Mme María Inés Franck, Présidente de l'*Asociación Civil Nueva Política* et M. Jorge Nicolás Lafferriere, Directeur du *Centro de Bioética, Persona y Familia* ; 8) le Séminaire de recherche sur le droit de la famille et de l'individu, de la Faculté de droit de la Pontificia Universidad Católica d'Argentine¹⁴9) M. Luis A. González Placencia, président de la Commission des droits de l'homme du district fédéral et M. José Luis Caballero Ochoa, coordinateur du programme de maîtrise en droits de l'homme de l'Université ibéro-américaine ; 10) Mme Úrsula C. Basset, professeur

¹⁰ Nonobstant ce qui précède, la Cour a confirmé que les preuves fournies par M. Bustamante, concernant des expertises psychologiques sur les trois filles et des déclarations faites par plusieurs personnes, ont été transmises par les parties en annexe à leurs mémoires principaux, qui comprenaient une copie des principaux documents de la procédure de garde.

¹¹ Le mémoire a été présenté par M. Leopoldo Llanos Sagristá, ministre de la Cour d'appel de Temuco, Chili et président de l'Association nationale des magistrats du Chili [*Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile*].

¹² Le mémoire a été présenté par Mme Geraldina González de la Vega, conseillère juridique et M. Alejandro Juarez Zepeda, coordinateur général.

¹³ Le mémoire a été déposé par Mme Marcia Nina Bernardes, professeur au département de droit et coordinatrice du *Nucleo de Derechos Humanos* de la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro ; Andrea Schettini, Luiza Athayde, Maria Fernanda Marques, Isabella Benevides, Isabella Maioli, Julia Rosa, Juliana Streva, Karen Oliveira et Maria Eduarda Vianna ; et M. Felipe Saldanha.

¹⁴ Le mémoire a été déposé par M. Jorge Nicolás Laferriere et Mme Úrsula C. Basset, codirecteurs du Séminaire.

et chercheur à l'Université de Buenos Aires¹⁵11) Mme Judith Butler, professeur du programme Maxine Elliot de l'Université de Californie à Berkeley ; 12) M. Alejandro Romero Seguel et Mme Maite Aguirrezabal Grünstein, docteurs en droit de l'Université de Navarre et professeurs de droit procédural ; 13) M. Carlos Álvarez Cozzi, professeur de droit privé à l'École des sciences économiques et de l'administration et professeur associé de droit international privé à l'École de droit de l'Université de la République de l'Uruguay ; 14) M. Carlos Álvarez Cozzi, professeur de droit privé à l'École des sciences économiques et administratives et professeur associé de droit international privé à la Faculté de droit de l'Université de la République d'Uruguay ; 14) M. James J. Silk, directeur de Allard K. Lowenstein, Legal Clinic on Human Rights, de la Yale University Law School ; 15) Mme María Sara Rodríguez Pinto, docteur en droit à l'*Universidad Autónoma de Madrid* et professeur de droit civil ; 16) Mme Natalia Gherardi, directrice exécutive de l'*Equipo Latinoamericano de Justicia et Género*, et Mme. Josefina Durán, directrice du département juridique de cette organisation ; 17) Mme Laura Clérico, Mme Liliana Ronconi, M. Gustavo Beade et M. Martín Aldao, professeurs et chercheurs à la faculté de droit de l'Université de Buenos Aires ; 18) MM. Carlo Casini, Antonio Gioacchino Spagnolo et Joseph Meaney¹⁶; 19) du Chancelier et de quelques membres de l'*Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*¹⁷; 20) de Mme María del Pilar Vásquez Calva, coordinatrice de *Enlace Gubernamental de Vida et Familia A.C.* ; 21) de Mme Suzanne B. Goldberg et M. Michael Kavey, avocats à la *Sexuality & Gender Law Clinic* de l'Université de Columbia et de Mme Adriana T. Luciano, avocate au cabinet Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP ; 22) Mme Elba Nuñez Ibañez, Gabriela Filoni, Jeannette Llaja et M. Gastón Chillier¹⁸; M. 23) M. Brent McBurney et M. Bruce Abramson, avocats à *Advocates International* ; 24) Mme Gail English, présidente de *Lawyers Christian Fellowship*, et Mme Shirley Richards ; 25) *Colombia Diversa* et *Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional*¹⁹Piero A. Tozzi et Brian W. Raum de l'*Alliance Defense Fund* ; 27) M. Jorge Rafael Scala, professeur du programme de troisième cycle sur le développement humain à l'*Universidad Libre Internacional de las Américas* et professeur honoraire à l'*Universidad Ricardo Palma* ; 28) le Centre pour la justice globale, les droits de l'homme et l'État de droit [*Centro para la Justicia Global, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho*] de la Faculté de droit de l'Université d'État de Californie du Sud ; 29) M. G. English, président de la *Lawyers Christian Fellowship*, et Mme Shirley Richards.

¹⁵ Mme Ursula C. Basset est membre du conseil d'administration de l'Académie internationale pour l'étude de la jurisprudence sur la famille [*Academia Internacional para la Jurisprudencia sobre la Family*] et du conseil d'administration de la Société internationale de droit de la famille.

¹⁶ M. Carlo Casini est membre du Parlement européen, président de la commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen et président du mouvement pro-vie italien. M. Antonio Gioacchino Spagnolo est professeur de bioéthique et directeur de l'Institut de bioéthique de l'Université catholique du Sacré-Cœur à Rome. M. Joseph Meaney est le directeur de la coordination internationale de Human Life International.

¹⁷ Le mémoire a été signé par M. Hugo Calienes Bedoya, chancelier et directeur de l'Institut de bioéthique de l'USAT, et par M. Carlos Tejada Lombardi, directeur de la faculté de droit de l'USAT, M. Rafael Santa Maria D'Angelo, coordinateur du département d'histoire et de philosophie du droit, M. Javier Colina Seminario, conseiller juridique de l'USAT, Mme Rosa Sánchez Barragán, coordinatrice du département de droit civil, Mme. Erika Valdivieso López, doyenne de la faculté de droit de l'USAT, Mme Angelica Burga Coronel, professeur de protection juridique des droits, Mme Ana María Olguín Britto, directrice de l'Institut scientifique du mariage et de la famille de l'USAT et Mme Tania Díaz Delgado, toutes professeurs de la faculté de droit et de l'Institut scientifique du mariage et de la famille de l'Université catholique Santo Toribio de Mogrovejo.

¹⁸ Mme Elba Nuñez Ibañez est la coordinatrice régionale du Comité d'Amérique latine et des Caraïbes pour la défense des droits de la femme (CLADEM). Mme Gabriela Filoni est responsable du Programme d'appui au contentieux du Comité d'Amérique latine et des Caraïbes pour la défense des droits de la femme (CLADEM). Mme Jeannette Llaja est membre du Comité latino-américain et caribéen pour la défense des droits de la femme du Pérou. M. Gaston Chillier est le directeur exécutif du Centre d'études juridiques et sociales.

¹⁹ Le mémoire a été déposé par Mme Marcela Sánchez Buitrago, directrice générale de *Colombia Diversa*, M.

Mauricio Noguera Rojas et M. Santiago Medina Villareal, au nom de *Colombia Diversa*, et Mme Viviana Bohórquez Monsalve, au nom du Centre des droits de l'homme et des litiges internationaux [Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional].

Université Regent²⁰; 29) M. Álvaro Francisco Amaya Villareal, Mme Bárbara Mora Martínez et Mme Carolina Restrepo Herrera ; 30) Mme Lisa Davis, Mme Jessica Stern, Mme Dorothy L. Fernández, Mme Megan C. Kieffer, Mme Rachel M. Wertheimer, Mme Erin I. Herlihy et M. Justin D. Hoogs²¹; 31) Mme Andrea Minichiello Williams, Mme Ruth Ross et M. Mark Mudri²² et 32) le Département des droits sexuels et reproductifs du Programme des droits à la santé, Division des études juridiques du Centre de recherche et de formation économique [*Área de Derechos Sexuales and Reproductivos del Programa de Right to Salud, División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas*].²³.

11. Le 24 septembre 2011, les représentants et l'État ont transmis leurs arguments finaux et la Commission interaméricaine a présenté ses observations écrites finales sur cette affaire. En outre, à cette occasion, les parties ont répondu aux questions préparées par les juges ainsi qu'aux demandes de preuves formulées par la Cour pour faciliter le jugement de l'affaire. Ces mémoires ont été transmis aux parties, auxquelles la Cour a donné l'occasion de présenter toute observation jugée pertinente.

12. Le 29 novembre 2011, la Cour a rendu une décision dans laquelle elle a ordonné, à titre de preuve pour faciliter le jugement de l'affaire, que les trois filles M., V. et R., soient informées de leur droit d'être entendues par la Cour et des conséquences découlant de l'exercice de ce droit, afin qu'elles puissent exprimer leur volonté à cet égard²⁴.

13. Le 8 février 2012, le Secrétariat de la Cour interaméricaine a tenu une audience à Santiago du Chili à laquelle les filles M. et R. ont participé. Pour des raisons de *force majeure*, la fille V. n'était pas présente à l'audience. Au cours de ladite audience, les filles ont fait plusieurs observations relatives à l'affaire, qui sont de nature confidentielle (*infra* paragraphes 67 à 71).

14. Le 16 février 2012, le compte rendu de la procédure susmentionnée a été communiqué aux parties.²⁵

²⁰ Le mémoire a été déposé par Mme Lynne Marie Kohm, au nom du Center for Global Justice, Human Rights and the Rule of Law de la Law School de Regent University.

²¹ Le mémoire a été déposé par Mme Lisa Davis, professeur de droit clinique, de l'International Women's Human Rights Clinic de la City University of New York Law School ; Mme Jessica Stern, de l'International Gay and Lesbian Human Rights Commission ; et Dorothy L. Fernández, Justin D. Hoogs, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer et Erin I. Herlihy, de Morrison & Foerster LLP. Parmi les autres participants au mémoire figurent Amnesty International ; ARC International ; Center for Constitutional Rights ; le Council for Global Equality ; Human Rights Watch ; Lawyers for Children Inc ; Legal Aid Society of New York ; Legal Momentum ; MADRE ; *Centro Nacional de Derechos Lésbicos* ; *Iniciativa Nacional de Derechos Económicos y Sociales* ; New York City Bar Association ; Women's Link Worldwide et *Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento* (CODHES).

²² Mme Andrea Minichiello Williams est la directrice générale du Christian Legal Center/Christian Legal Fellowship. Mme Ruth Ross est la directrice exécutive du Christian Legal Fellowship. M. Mark Mudri est le facilitateur régional d'Advocates Oceania.

²³ Le mémoire a été déposé par Mme Estefania Vela Barba et M. Alejandro Madrazo Lajous, du secteur des droits sexuels et reproductifs du programme des droits de la santé de la division des études juridiques du Centre de recherche et d'enseignement économique.

²⁴ Affaire Atala Riffo et filles c. Chili. Ordonnance de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 29 novembre 2011. Disponible sur : http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_29_11_111.pdf

²⁵ Dans un mémoire déposé le 23 février 2012, l'État a présenté ses observations concernant la confidentialité du dossier de procédure susmentionné.

III COMPÉTENCE

15. La Cour interaméricaine est compétente pour connaître de cette affaire conformément à l'article 62(3) de la Convention américaine, étant donné que le Chili est un Etat partie à la Convention américaine depuis le 21 août 1990 et qu'il a accepté la juridiction obligatoire de la Cour à cette même date.

IV EVIDENCE

16. Sur la base des dispositions des articles 46, 49 et 50 du règlement de procédure, ainsi que de la jurisprudence de la Cour en matière de preuve et d'appréciation de celle-ci²⁶ la Cour va maintenant examiner et évaluer les preuves documentaires transmises par les parties aux différents stades de la procédure, les déclarations de la victime présumée, les témoignages et les avis d'experts rendus par affidavit et à l'audience publique devant la Cour, ainsi que les preuves destinées à faciliter le règlement de l'affaire. Ce faisant, la Cour s'en tient aux principes de bon jugement, dans le cadre juridique applicable²⁷.

A. [Preuves documentaires, témoignages et expertises](#)

17. La Cour a reçu les déclarations sous serment des sept témoins experts et des six témoins suivants :

- a) *Stefano Fabeni*, témoin expert proposé par la Commission, directeur du programme sur la communauté LGTBI (Lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres et intersexuels) de l'Organisation mondiale des droits, qui a rendu un avis d'expert concernant : i) les mesures législatives et autres types de mesures qu'un État doit adopter pour prévenir la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'exercice du pouvoir public, et en particulier, dans le système judiciaire et ii) les différents éléments qui doivent être pris en compte lors de la formulation et de l'application de politiques publiques visant à éradiquer et à prévenir les préjugés discriminatoires fondés sur l'orientation sexuelle dans ce domaine ;
- b) *Leonor Etcheberry*, témoin expert proposé par les représentants, avocate et professeur de droit de la famille à l'Université Diego Portales au Chili, qui a rendu un avis d'expert sur : " la manière dont les procédures de garde sont examinées et décidées en droit chilien et son lien avec la manière dont s'est déroulée la procédure [...] par le juge dans l'affaire Atala Riffo " ;
- c) *Fabiola Lathrop*, témoin expert proposé par les représentants, avocate et professeur de droit de la famille à l'Université du Chili, qui a rendu une expertise sur : les concepts liés à la garde des enfants au Chili et en droit comparé, en mettant l'accent sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ;

²⁶ Voir l'affaire de la "camionnette blanche" (*Paniagua Morales et al*) c. *Guatemala*. Réparations et frais de justice. Arrêt du 25 mai 2001. Série C n° 76, par. 50 et *Affaire Chocrón Chocrón c. Venezuela*. Objections préliminaires, fond, réparations et frais de justice. Arrêt du 1er juillet 2011. Série C N°. 227, para. 26.

²⁷ Voir l'affaire de la "camionnette blanche" (*Paniagua Morales et al*) c. *Guatemala*, fond. Jugement du 8 mars

1998. Série C, N° 37, para. 76 ; et *Affaire Chocrón Chocrón*, *supra* note 13, para. 26.

d) *Miguel Cillero*, expert proposé par les représentants, professeur de droit à l'Université Diego Portales au Chili, qui a rendu une expertise sur : le traitement du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit international ;

e) *Monica Pinto*, témoin expert proposé par les représentants, professeur de droit et doyenne de la faculté de droit de l'Université de Buenos Aires, qui a rendu un avis d'expert sur : le développement du droit international des droits de l'homme en matière de non-discrimination et le traitement de l'orientation sexuelle comme catégorie suspecte ;

f) *Maria Alicia Espinoza Abarzúa*, témoin expert proposé par les représentants, psychiatre pour enfants et adolescents, qui a rendu un avis d'expert sur : le prétendu dommage mental causé et le prétendu besoin de thérapie des filles de Mme Atala Riffo ;

g) *Claudia Figueroa Morales*, témoin expert proposé par les représentants, psychiatre pour adultes, qui a rendu un avis d'expert sur : i) la santé mentale et l'impact présumé sur le projet de vie de Mme Atala Riffo à la suite de la procédure de garde et ii) le besoin présumé de Mme Atala Riffo d'un soutien psychiatrique à l'avenir ;

h) *Juan Pablo Olmedo*, témoin proposé par les représentants, qui a fait une déclaration concernant : l'ingérence présumée dans la vie privée de Mme Atala pendant la procédure de garde à vue dans laquelle il a agi en tant qu'avocat ;

i) *Sergio Vera Atala*, un témoin proposé par les représentants, qui a fait une déclaration concernant : l'impact présumé sur sa vie familiale, sur la vie de sa mère, sur Mme Atala Riffo et sur la vie de ses sœurs en raison de la procédure judiciaire au Chili ;

j) *María del Carmen Riffo Véjar*, témoin proposé par les représentants, qui a fait une déclaration concernant : l'impact présumé que la décision de la Cour suprême du Chili a eu sur sa vie familiale, sur la vie de sa fille, sur Mme Atala Riffo et sur ses petites-filles ;

k) *Judith Riffo Véjar*, témoin proposé par les représentants, qui a fait une déclaration concernant : l'impact présumé que la décision de la Cour suprême du Chili a eu sur sa vie familiale, sur la vie de sa nièce, sur Mme Atala Riffo et sur ses petites nièces ;

l) *Elías Atala Riffo*, témoin proposé par les représentants, qui a fait une déclaration concernant : l'impact présumé que la décision de la Cour suprême du Chili a eu sur sa vie familiale, sur la vie de sa sœur, sur Mme Atala Riffo et sur ses nièces ; et

m) *Emma De Ramón*, témoin proposé par les représentants, qui a fait une déclaration concernant : le processus vécu par la famille de Mme Atala pendant la procédure de garde et après le jugement rendu par la Cour suprême du Chili.

18. Quant aux preuves produites lors de l'audience publique, la Cour a entendu les déclarations de la victime présumée et de cinq témoins experts :

- a) *Karen Atala Riffo*, la victime présumée proposée par les représentants, qui a fait une déclaration concernant : i) la violation présumée de ses droits depuis le début de la procédure de garde de ses filles et ii) l'impact présumé de la décision rendue par la Cour suprême du Chili sur sa vie personnelle et familiale ;
- b) *Juan Carlos Marín*, témoin expert proposé par les représentants, avocat chilien et professeur de droit civil à l'*Instituto Tecnológico Autónomo* de Mexico, qui a rendu une expertise concernant : l'utilisation du *recurso de queja* (recours de plainte) et son utilisation exceptionnelle ;
- c) *Robert Warren Wintemute*, un témoin expert proposé par les représentants, professeur de droits de l'homme au King's College de Londres, qui a rendu une opinion d'expert concernant : le statut du droit international concernant la discrimination basée sur l'orientation sexuelle, en mettant l'accent sur le système européen des droits de l'homme ;
- d) *Rodrigo Uprimny*, témoin expert proposé par la Commission, expert en matière de droit à l'égalité et à la non-discrimination, qui a rendu un avis d'expert concernant : i) les normes internationales des droits de l'homme relatives à l'orientation sexuelle et leurs liens avec les droits à l'égalité, à la non-discrimination et à la vie privée et ii) le traitement de l'orientation sexuelle en droit international en tant que critère interdit de discrimination, et en tant qu'aspect de la vie privée d'une personne et la jurisprudence pertinente dans le système universel des droits de l'homme, dans d'autres systèmes régionaux et en droit comparé ;
- e) *Allison Jernow*, témoin expert proposé par la Commission, juriste auprès de la Commission internationale de juristes et coordinatrice du projet sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, qui a rendu un avis d'expert concernant : i) l'utilisation de l'orientation sexuelle comme facteur dans les décisions judiciaires concernant la garde, à la lumière des normes internationales des droits de l'homme en matière d'égalité, de non-discrimination et de vie privée et familiale ; et ii) la relation entre les normes du droit international des droits de l'homme et les questions de garde dans la présente affaire, et
- f) *Emilio García Mendez*, un témoin expert proposé par la Commission, un conseiller international sur les droits de l'enfant, qui a rendu un avis d'expert sur : i) les normes internationales sur les droits de l'homme des enfants applicables aux cas liés aux soins et à la garde ; ii) la façon dont les intérêts supérieurs des enfants et leur droit de participer et d'être entendus dans les procédures les concernant, doivent être reflétés dans la pratique des autorités judiciaires qui décident de ces cas et iii) le préjudice causé aux intérêts supérieurs de l'enfant lorsque des préjugés discriminatoires sont appliqués dans ces décisions.

B. [Admission des preuves documentaires](#)

19. En l'espèce, comme dans de nombreuses autres affaires²⁸ la Cour admet la valeur probante de tels documents transmis en temps utile par les parties, qui n'ont pas été contestés ou contestables, ou dont l'authenticité n'a pas été mise en doute, uniquement dans la mesure où ils sont pertinents et utiles pour déterminer les faits et leurs éventuelles conséquences juridiques.

²⁸ Cf. *l'affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras. Fond.* Arrêt du 29 juillet 1988. Série C n° 4, par. 140 ; et *Affaire*

Fontev ecchia et D`Amico c. Argentine. Fond, réparations et frais de justice. Arrêt du 29 novembre 2011. Série C N°. 238, para. 13.

20. Quant aux articles de presse soumis, la Cour a considéré que ceux-ci peuvent être appréciés lorsqu'ils se réfèrent à des faits publics notoires ou à des déclarations d'agents de l'Etat, ou lorsqu'ils corroborent des aspects liés à l'affaire.²⁹ Par conséquent, la Cour décide d'admettre les articles de journaux qui sont complets, ou du moins ceux dont la source et la date de publication peuvent être vérifiées, et les évaluera en fonction de l'ensemble des preuves, des observations des parties et des règles de bon jugement.

21. En ce qui concerne certains des documents mentionnés par les parties au moyen de leurs liens électroniques, la Cour a établi que si une partie fournit au moins le lien électronique direct vers le document cité comme preuve, et qu'il est possible d'accéder à ce document, la sécurité juridique et l'équilibre procédural ne seront pas affectés, car sa localisation est immédiatement disponible pour la Cour et pour les autres parties³⁰. En l'espèce, aucune opposition ou observation n'a été exprimée par les autres parties concernant le contenu et l'authenticité des documents.

22. En outre, avec les dernières plaidoiries écrites, les représentants et l'État ont transmis divers documents à titre de preuve, qui ont été demandés par la Cour sur la base des termes stipulés à l'article 58, point b), du règlement de procédure de la Cour, et les parties ont eu la possibilité de présenter toute observation jugée pertinente. La Cour admet lesdits documents comme preuves. Ceux-ci seront appréciés en tenant compte de l'ensemble des éléments de preuve, des observations des parties et des règles de bon jugement.

23. Après l'audience publique, les versions écrites des avis d'experts rendus par Juan Carlos Marín, Robert Warren Wintemute et Allison Jernow lors de l'audience publique dans cette affaire ont été transmises. Ces déclarations ont également été communiquées aux autres parties. La Cour admet ces documents dans la mesure où ils se réfèrent à l'objet dûment spécifié par le Président de la Cour pour de telles expertises (*supra* para. 18), considérant qu'ils sont utiles pour la présente affaire et qu'il n'y a pas eu d'objections, ni de contestation de leur authenticité ou de leur véracité.

C. Admission des preuves testimoniales et des expertises

24. Quant aux déclarations rendues devant notaire et à celles faites à l'audience publique, la Cour les admet, considérant qu'elles sont pertinentes en ce qu'elles se rapportent à l'objet défini par le président de la Cour dans l'ordonnance qui les requiert (*supra* paragraphes 17 et 18). Ces déclarations sont appréciées dans le chapitre approprié, avec l'ensemble des preuves, en tenant compte des observations formulées par la partie s³¹.

25. Selon la jurisprudence de notre Cour, les déclarations des victimes présumées ne peuvent être appréciées séparément mais comme faisant partie de l'ensemble des éléments de preuve de la procédure, car elles sont utiles dans la mesure où elles peuvent apporter des précisions sur les violations alléguées et leurs conséquences³². Sur la base de ce qui précède, la Cour admet la déclaration faite par les victimes alléguées.

²⁹ Cf. *l'affaire Velásquez Rodríguez*, *supra* note 28, para. 146 et *Affaire Fontevicchia et D'Amico*, *supra*, note 28, para. 14.

³⁰ Cf. *l'affaire Escué Zapata c. Colombie. Fond, réparations et frais*. Arrêt du 4 juillet 2007. Série C N^o. 165, para. 26 ; *Affaire Radilla Pacheco c. Mexique*, *supra* note 12, para. 86 ; et *Affaire Chitay Nech et al. c. Guatemala. Objections préliminaires, fond, réparations et frais de justice*. Jugement du 25 mai 2010. Série C n^o 212, para. 54.

³¹ Cf. *l'affaire Loayza Tamayo c. Pérou. Fond*. Arrêt du 17 septembre 1997. Série C n^o 33, par. 43 et *Affaire Famille Barrios c. Venezuela. Fond, réparations et frais*. Arrêt du 24 novembre 2011. Série C n^o 238, paragraphe 25.

la victime présumée, Karen Atala, qui sera évaluée selon le critère susmentionné.

26. En outre, en ce qui concerne les témoins experts, l'État a formulé plusieurs observations fondées, en général, sur : a) son désaccord avec le contenu de certaines des expertises, contredisant ou donnant son avis sur ces rapports ; b) la portée des déclarations des témoins experts par rapport à l'objet de l'expertise, que l'État considère parfois comme partiales ou comme de simples observations personnelles ; c) certains éléments utilisés pour rendre une telle opinion et d) la méthodologie utilisée pour rendre certaines des opinions.

27. La Cour estime qu'il est pertinent de souligner que, contrairement aux témoins, qui doivent éviter de donner des avis personnels, les témoins experts peuvent donner des avis techniques ou personnels pour autant que ceux-ci soient liés à leurs connaissances ou à leur expérience particulières. En outre, les experts peuvent se référer tant à des points particuliers de l'affaire qu'à tout autre point pertinent du litige, à condition que ceux-ci concernent le but pour lequel ils ont été convoqués et que les conclusions soient bien fondées³³. Quant aux observations concernant le contenu des expertises, la Cour constate que de telles observations ne remettent pas en cause leur recevabilité, mais visent à remettre en cause leur valeur probante, raison pour laquelle elles seront examinées, le cas échéant, dans les chapitres pertinents du présent arrêt.

28. En particulier, concernant les observations de l'État sur le prétendu " manque d'objectivité et les considérations personnelles " du témoin expert Espinoza, qui ne relèvent pas de l'objet pour lequel elle a été convoquée, la Cour prend en considération l'observation de l'État et répète qu'elle n'admet que les déclarations qui servent l'objet dûment stipulé (*supra* par. 17). S'agissant de la méthodologie du rapport d'expertise de Mme Espinoza, nonobstant l'objection formulée par l'État, la Cour relève que, dans ledit rapport, figure une explication de la procédure suivie. Le témoin expert Espinoza a souligné qu'elle a fondé son rapport sur les réunions tenues avec les filles López Atala et leur mère, ainsi que sur divers précédents. La Cour considère que les objections à la méthode utilisée par le témoin expert, qui découlent du rapport lui-même, n'affectent pas sa recevabilité.

V

DROIT À L'ÉGALITÉ ET À LA NON-DISCRIMINATION, DROIT À LA VIE PRIVÉE, DROIT À LA VIE FAMILIALE, DROITS DE L'ENFANT, DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE ET À LA PROTECTION JUDICIAIRE EN RELATION AVEC L'OBLIGATION DE RESPECTER ET DE GARANTIR LES DROITS CONCERNANT LA PROCÉDURE DE GARDE

29. Tout d'abord, la Cour estime nécessaire de souligner que l'objet de la présente affaire n'est pas de déterminer si la mère ou le père a offert aux trois filles un meilleur foyer (*infra* paragraphes 64 à 66). En l'espèce, le litige entre les parties porte sur deux aspects : i) l'action en garde intentée par le père des filles et ii) la procédure disciplinaire menée contre Mme Atala. Ce chapitre se concentre sur les débats entourant le procès pour garde. Dans un chapitre ultérieur, la procédure disciplinaire sera analysée.

[A. Faits avérés en relation avec la procédure de garde](#)

³² Cf. *l'affaire Loayza Tamayo*, *supra* note 31, para 43 et *l'affaire Chocrón Chocrón*, *supra* note 26, para 34.

³³ Cf. *l'affaire Reverón Trujillo c. Venezuela. Objection préliminaire, fond, réparations et frais de justice*. Jugement du 30 juin 2009. Série C N° 197, para. 42 ; et *Affaire de la famille Barrios*, *supra* note 31, para 28.

30. Le 29 mars 1993, Mme Atala a épousé Ricardo Jaime López Allendes³⁴. Ses filles, M., V. et R. sont nées en 1994, 1998 et 1999, respectivement.³⁵ Mme Atala a un fils aîné, Sergio Vera Atala, né d'un précédent mariage. En mars 2002, Mme Atala et M. López Allendes ont décidé de mettre fin à leur mariage par une séparation *de fait*. Dans le cadre de la dissolution de leur mariage, ils ont décidé d'un commun accord que Mme Atala assurerait la garde des trois filles dans la ville de Villarrica, avec des visites hebdomadaires au domicile de leur père à Temuco.³⁶ En novembre 2002, Mme Emma de Ramón, la compagne de Mme Atala, a commencé à vivre dans la même maison que Mme Atala, ses trois filles et son fils aîné.³⁷

1) Procédures de garde d'enfants³⁸

31. Le 14 janvier 2003, le père des trois filles a déposé une demande de garde auprès du tribunal pour mineurs de Villarrica, estimant que "le développement physique et émotionnel [des filles] était gravement menacé" si elles continuaient à vivre sous la garde de leur mère. Dans cette plainte, M. López a fait valoir que Mme Atala "[n'était] pas capable de surveiller et de s'occuper [des trois filles, étant donné que] son nouveau choix de vie sexuelle, ainsi que sa cohabitation dans une relation lesbienne avec une autre femme, [entraînaient] des conséquences néfastes pour le développement de ces mineures [...]" puisque la mère [n'avait] montré aucun souci de s'occuper et de protéger [...] le développement des filles". En outre, M. López a fait valoir que "[traiter] comme normaux, dans l'ordre juridique, des partenaires du même sexe [conduit] à déformer la signification d'un couple humain, homme et femme, et donc à altérer la signification naturelle de la famille, [...] car cela affecte les valeurs fondamentales de la famille, en tant qu'unité centrale de la société" ; par conséquent, "le choix sexuel fait par la mère perturberait la coexistence saine, équitable et normale à laquelle [M., V. et R.] ont droit". Enfin, M. López a fait valoir qu'" il faudrait prendre en compte toutes les conséquences de nature biologique que cela impliquerait pour les mineurs vivant avec un couple de lesbiennes [;] en fait, uniquement en termes de maladies, étant donné les pratiques sexuelles d'un couple de lesbiennes, les jeunes filles sont [seraient]

³⁴ Cf. Acte de mariage du 22 septembre 2011 (dossier de l'affaire, volume XII, page 5926).

³⁵ Cf. les rapports psychologiques sur M., V. et R., du 15 novembre 2002 (dossier des annexes à la demande, volume V, annexe 23, pages 2680, 2683 et 2686).

³⁶ Cf. décision du tribunal des mineurs de Villarrica du 29 octobre 2003 (dossier des annexes à la requête, volume V, annexe 12, page 2581).

³⁷ cet égard, le tribunal des mineurs de Villarrica a établi que "en juin 2002, [Mme Atala] a entamé une relation avec [Mme] Emma de Ramón [,] qui, depuis novembre 2002, travaille comme coordinatrice des archives régionales d'Araucanie dans la ville de Temuco [et qui, par conséquent, a emménagé dans la maison commune et a rejoint la famille nucléaire". Jugement du tribunal des mineurs de Villarrica du 29 octobre 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, annexe 12, page 2582).

³⁸ Le système de garde des mineurs au Chili est régi par l'article 225 du code civil, qui dispose que : "Si les parents vivent séparément, la mère veillera à la garde personnelle des enfants". Néanmoins, par le biais d'un document public, ou d'un document délivré devant n'importe quel fonctionnaire de l'état civil, avec inscription en marge de l'acte de naissance de l'enfant dans les trente jours de son octroi, les deux parties peuvent, d'un commun accord, déterminer que la garde personnelle d'un ou plusieurs enfants revient au père. Cet accord peut être révoqué, suivant les mêmes formalités. Quoi qu'il en soit, lorsque cela est nécessaire pour protéger les intérêts de l'enfant, que ce soit en raison de mauvais traitements, de négligence ou d'une autre juste cause, le juge peut transférer la garde de l'enfant à l'autre parent. Mais il ne confierait pas la garde personnelle de l'enfant à un parent qui n'aurait pas contribué, dans la mesure de ses moyens, à l'entretien de l'enfant pendant que celui-ci était sous la garde de l'autre parent. Tant qu'une modification relative à la prise en charge personnelle n'est pas annulée par une modification ultérieure, tout accord ou résolution est inopposable aux tiers." Arrêt de la Cour suprême de

justice du Chili du 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2671).

sous le risque constant de contracter des maladies sexuellement transmissibles telles que l'herpès et le sida".

³⁹.

32. Le 28 janvier 2003, Mme Atala a répondu à l'action en garde à vue intentée par M. López, exprimant "la tristesse que m'a causée la lecture des allégations diffamatoires et la manière dont a été décrite et jugée ce qu'était notre vie familiale et, aujourd'hui, ma vie privée". Mme Atala a affirmé que le texte et le ton de la lettre "l'ont affectée en raison de son agressivité, de ses préjugés, de sa discrimination, de son ignorance du droit à l'identité homosexuelle, de la déformation des faits qu'elle exprime et, enfin, de son mépris de l'intérêt supérieur de [ses] filles". Elle a également affirmé que " les allégations faites concernant [son] identité sexuelle n'ont rien à voir avec [sa] fonction et son rôle de mère et, par conséquent, devraient rester en dehors du procès, dans la mesure où les questions de relations de connivence et de choix sexuel ne s'étendent pas aux relations parentales, qui sont l'objet de la procédure ". Enfin, Mme Atala a fait valoir que ni le code civil chilien ni la loi sur les mineurs ne considèrent un "choix sexuel différent" comme un motif de "déchéance de la qualité de parent"... ⁴⁰.

33. Le 28 janvier 2003, le Tribunal des mineurs de Villarrica a ordonné une " discovery " pour laquelle il a décidé d'établir les éléments suivants comme " faits substantiels, pertinents et contestés " : i) " les motifs de qualification et de disqualification des parents pour avoir la garde des mineurs " et ii) " l'environnement offert par les parents aux mineurs ". En outre, le tribunal a décidé de fixer une date d'audience et de demander, *entre autres*, les éléments de preuve suivants : i) "rapport psychologique sur les deux parties et sur les mineurs" ; ii) "rapport psychiatrique sur les deux parties" ; iii) entendre "les mineurs en question en audience privée" ; iv) "rapport socio-économique complet du défendeur et des mineurs" et v) demander au "Département de psychologie de l'Université du Chili [de confirmer] s'il existe des études psychologiques au niveau national et international pour montrer s'il y a des différences entre les enfants élevés par des couples hétérosexuels et homosexuels et les conséquences que ces circonstances peuvent avoir sur les mineurs".⁴¹.

34. Un certain nombre de médias ont couvert le procès de la garde, y compris des journaux à diffusion nationale tels que *Las Últimas Noticias* et *La Cuarta*.⁴² Sur la base de ces reportages, et pour d'autres raisons liées à l'allégation de détournement de recours au tribunal pénal de Villarrica où Mme Atala était juge (*infra* para. 211), le 19 mars 2003, la Cour d'appel plénière de Temuco a nommé le juge Lenin Lillo⁴³ pour effectuer une visite spéciale au tribunal pénal.

35. Le 11 mars 2003, le représentant de Mme Atala a fourni des preuves documentaires, a demandé que six témoignages soient admis et a demandé au tribunal de procéder à d'autres procédures de preuve, ce qui a été accepté par le tribunal de première instance⁴⁴. En outre, le

³⁹ Demande de garde déposée devant le tribunal des mineurs de Villarrica le 14 janvier 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, annexe 1, pages 2499, 2500, 2503 et 2504).

⁴⁰ Réponse à l'action en garde à vue du 28 janvier 2003 (Dossier des annexes à la demande, volume V, annexe 2, pages 2507, 2513, 2516, 2521 et 2522).

⁴¹ Ordonnance du tribunal des mineurs de Villarrica du 28 janvier 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume I, page 113 et 114).

⁴² Communiqué de presse, "Lawyer Demands Custody of his Daughters because Spouse/Judge is a Lesbian", Journal La Cuarta, 28 février 2003 ; et "Lawyer Demands Custody of his Daughters because his Former Wife is a Lesbian", Journal Las Últimas Noticias, 1er mars 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, annexes 3 et 4, pages 2529 à 2532).

⁴³ Rapport préparé par le ministre Lenin Lillo Hunzinker, Cour d'appel de Temuco, 2 avril 2003 (dossier de l'affaire, volume XII, page 5927).

⁴⁴ Concrètement, le représentant a fourni les preuves documentaires suivantes : i) rapport psychologique de V. et R. de décembre 2002 ; ii) rapport psychologique de M. de décembre 2002 ; iii) rapport psychologique des mineurs et de leur mère ; iv) attestation fournie par l'infirmière du centre de santé fréquenté par les mineurs, certifiant qu'"il n'y avait pas de preuves ou de signes physiques de mauvais traitements" chez les filles ; v) copie des bulletins scolaires de M.

représentant a demandé à la juridiction de jugement de mener une procédure différente⁴⁵. En outre, l'avocat de M. López a demandé à la juridiction de jugement de produire vingt-deux témoignages, demande qui a également été acceptée par le tribunal.⁴⁶ Le 3 avril 2003, le tribunal des mineurs de Villarrica a reçu les témoignages de six parents du plaignant et de trois parents du défendeur.⁴⁷

36. Le 8 avril 2003, le Tribunal des mineurs de Villarrica a tenu une audience privée avec les filles M., V. et R. et " un compte-rendu de l'audience privée a été conservé dans une enveloppe fermée au coffre du Tribunal ". Le tribunal a également entendu le fils aîné de Mme Atala lors de l'audience privée.⁴⁸

37. Le 10 avril 2003, une audience a été tenue pour présenter des preuves documentaires⁴⁹. Le 14 avril 2003, le Tribunal des mineurs de Villarrica reçut quatre témoignages de personnes proposées par le requérant, notamment d'un psychologue et d'un travailleur social⁵⁰. À cet égard, le travailleur social, à la question de savoir si "les enfants élevés dans des familles homosexuelles subissent des conséquences négatives", a indiqué qu'"il y a des conséquences sociales, telles que la confusion des rôles paternel et maternel qui affecte le développement de l'identité sexuelle." Le travailleur social a ajouté qu'"une autre des conséquences est qu'au Chili, selon une étude [...] sur la tolérance et la discrimination [réalisée] en 1997, on est arrivé à la conclusion que les Chiliens manifestent un rejet catégorique des minorités homosexuelles [,] exprimé par 60,2 % de la population. [Sur la base de ce qui précède et compte tenu de ce niveau élevé de discrimination, les mineurs seraient exposés à des situations de discrimination sociale qu'ils n'auraient pas souhaitées".⁵¹

38. Outre les parents et amis proches qui ont fait des déclarations lors de l'audience (*supra* para. 35), trois employés de maison qui travaillaient au domicile de la famille López Atala ont également fait des déclarations, indiquant, entre autres, que le père se souciait beaucoup plus de ses filles que Mme Atala⁵². L'une des employées a également décrit le comportement des filles⁵³.

et V. ; vi) carte de Noël faite par M. ; vii) copie des décisions "dans lesquelles les mineurs [ont été] reconnus comme parents à charge du défendeur" ; viii) certificat de "Isapré Más Vida" ; ix) copie des notes obtenues par Mme Atala dans sa profession ; x) copie des accords de pension alimentaire conclus entre Mme Atala et le père de son fils aîné ; xi) copie d'un certificat de santé de Mme. Atala " certifiant l'absence d'herpès génital " ; xii) copie d'un certificat de santé de Mme Emma de Ramón " certifiant l'absence d'herpès génital " ; xiii) copie du test de dépistage du SIDA négatif de Mme Atala ; xiv) copie du test de dépistage du SIDA négatif de Mme de Ramón ; et xv) copie notariée de la nomination de Mme de Ramón comme coordinatrice des archives régionales d'Araucanie. Mémoire de Mme Atala du 11 mars 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume I, pages 192 à 193).

⁴⁵ L'avocat a demandé : i) un rapport du psychiatre en charge du conseil conjugal pour Mme. Atala et le requérant ; ii) d'émettre une lettre officielle au département des droits de l'homme du lieu de travail du requérant ; iii) de demander à l'Organisation Panaméricaine de la Santé d'informer sur "la date à laquelle l'homosexualité a été éliminée du catalogue des conduites pathologiques" ; iv) de demander au Service national de la femme de fournir des informations sur le "concept de famille inclus dans le rapport de la Commission nationale de la famille" ; v) de demander au ministère général du gouvernement de transmettre le plan visant à surmonter la discrimination au Chili ; et vi) de demander au directeur du département des droits de l'homme du ministère des Affaires étrangères de fournir des informations "sur les obligations internationales assumées par l'État chilien en matière de droits de l'homme",...] l'État du Chili dans le domaine de la non-discrimination pour orientation ou identité sexuelle". Mémoire de Mme Atala du 11 mars 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume I, pages 193 à 195).

⁴⁶ Cf. Mémoire de M. López du 11 mars 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume I, pages 197 à 199).

⁴⁷ Cf. le procès-verbal du tribunal des mineurs de Villarrica du 3 avril 2003 (dossier des annexes à la requête, volume I, pages 327 à 334).

⁴⁸ Cf. le procès-verbal du Tribunal des mineurs de Villarrica du 8 avril 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume I, pages 350 et 351).

⁴⁹ Cf. le procès-verbal du Tribunal des mineurs de Villarrica du 10 avril 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume I, pages 352 à 373).

⁵⁰ Cf. dossier du Tribunal des mineurs de Villarrica du 14 avril 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume I, pages 374 à 393).

⁵¹ Témoignage d'Edith Paola Retarnal Arevalo du 14 avril 2003 (Dossier des annexes à la demande, volume I, page 390).

⁵² Cf. Témoignage rendu dans une déclaration sous serment le 14 avril 2003 devant le Tribunal des mineurs de Villarrica par Erecilda Teresa Solis Ruíz (Dossier des annexes à la requête, volume I, page 370), Ana Delia Pacheco

2) Garde provisoire accordée au père

39. Dans le cadre de la procédure de garde, le père des filles a déposé une demande de garde provisoire le 10 mars 2003, en vue d'obtenir la garde de ses filles avant la conclusion de la procédure. À cet égard, le représentant de M. López a fait valoir la prétendue "incompétence que le choix sexuel fait par la mère et défenderesse, [Mme] Atala Riffo, et qui s'est traduit par sa reconnaissance expresse qu'elle est lesbienne, produit et produira pour le développement psychologique et socio-environnemental global de ces trois fillettes, sans parler du comportement difficilement maternel et violent dont elle a fait preuve au fil des ans, non seulement avec sa famille mais aussi avec son environnement social". En outre, elle a fait valoir que "le besoin de l'intimée d'être heureuse et de se réaliser en tant que personne dans tous les domaines de sa vie [...] n'est pas compatible avec le fait d'être parent, ce qui implique des capacités maternelles [...], que l'intimée a, semble-t-il, égoïstement négligées." Le représentant du père des filles a également fait valoir que celles-ci ont le droit de vivre dans une famille composée d'un père et d'une mère de sexe différent⁵⁴.

40. Le 13 mars 2003, Mme Atala a répondu à la requête de garde provisoire déposée par son ex-conjoint, demandant qu'elle soit rejetée dans son intégralité. En particulier, le représentant de Mme Atala a fait valoir que :

La représentante légale de la requérante [a cherché] à rendre sans effet le *statu quo* atteint à ce jour, situation à laquelle elle a contribué par son assistance, sa participation et son apport personnel en tant que professionnelle dans les comparutions effectuées, ayant obtenu un système temporaire qui reflète mieux l'intérêt supérieur des mineurs [...]. Le fait que [Mme Atala] soit lesbienne et reconnaisse sa condition comme telle, n'affecte pas ses capacités maternelles et sa capacité à créer un environnement d'amour, d'affection, de respect et de tolérance aux fins de l'éducation et du développement des filles en tant qu'êtres humains et futurs citoyens de notre ^{pays}⁵⁵.

41. Le 2 mai 2003, le tribunal des mineurs de Villarica a accordé la garde provisoire des filles au père et a réglé les visites de la mère, même s'il a expressément reconnu qu'il n'existait aucun élément permettant de présumer de l'incapacité juridique de la mère. Le tribunal des mineurs a fondé sa décision, *entre autres*, sur les arguments suivants : i) " Attendu que [...] la défenderesse, ayant expressément reconnu son choix sexuel, cohabite avec son compagnon dans la maison qu'elle partage avec ses filles, [...] altérant ainsi la routine familiale normale, privilégiant ses intérêts et son bien-être personnels au détriment du bien-être émotionnel et du développement social de ses filles " et ii) " Attendu que, le fait que la défenderesse ait privilégié son bien-être et son intérêt personnel au détriment de l'exercice de son rôle de mère, dans des conditions susceptibles d'affecter le développement ultérieur des mineurs en cause, [...]il n'y a pas d'autre conclusion que celle que la requérante présente des arguments plus favorables en faveur de l'intérêt supérieur des filles, arguments qui, dans le contexte d'une société hétérosexuelle et traditionnelle, revêtent une grande importance" ⁵⁶.

Guzmán (Dossier des annexes à la requête, volume I, page 375), et Graciela del Carmen Curín Jara (Dossier des annexes à la requête, volume I, page 377).

⁵³ Cf. Témoignage obtenu par une déclaration orale faite le 14 avril 2003 devant le Tribunal des mineurs de Villarrica par Ana Delia Pacheco Guzmán (Dossier des annexes à la requête, volume I, page 376).

⁵⁴ Demande de détention provisoire de M. López Allendes du 10 mars 2003 (Dossier des annexes à la demande, volume V, pages 2546 à 2552).

⁵⁵ Réponse à la requête de garde provisoire du 13 mars 2003 (Dossier des annexes à la demande, volume V, pages 2554 à 2557).

⁵⁶ Décision dans la procédure de garde provisoire par le Tribunal des mineurs de Villarrica, le 2 mai 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, annexe 10, pages 2559 à 2567). Dans le cadre de la procédure de garde provisoire

42. Le 8 mai 2003, conformément à la décision du tribunal pour mineurs de Villarrica, Mme Atala a remis ses trois filles à leur père.⁵⁷ En réponse à cette décision, le 13 mai 2003, Mme Atala a cherché à empêcher le juge ordinaire du tribunal des mineurs de Villarrica de poursuivre la procédure de garde en se fondant sur le fait qu'il avait encouru les motifs d'incompatibilité [*implicancia*] prévus par le code organique des tribunaux.⁵⁸ Le représentant de Mme Atala a soutenu que, dans la décision du 2 mai 2003, le juge a donné " une forme et un contenu, avec la force d'une décision judiciaire, à un modèle de société spécifique, une vision qui est sans doute à la base de la question présentée et qui est discriminatoire parce qu'elle est fondée sur des stéréotypes et des présupposés patriarcaux qui n'acceptent pas et ne valorisent pas la diversité et le pluralisme au sein de la société "...⁵⁹.

43. Le 14 mai 2003, le juge ordinaire du tribunal des mineurs de Villarrica a déclaré les "motifs suffisants" d'incompatibilité (*implicancia*) sans se prononcer sur le fond, et s'est abstenu d'intervenir dans la procédure de garde jusqu'à ce qu'elle soit résolue conformément à l'article 120 du Code de procédure civile⁶⁰.

3) Décision du tribunal de première instance accordant la garde des filles à Mme Atala

44. Compte tenu de la récusation du juge ordinaire, le juge par intérim du tribunal pour enfants de Villarrica a été chargé de rendre une décision sur le fond le 29 octobre 2003.⁶¹ Dans cette décision, le juge a rejeté la demande de garde en considérant que les preuves existantes avaient établi que l'orientation sexuelle de la défenderesse n'était pas un obstacle à l'exercice d'une maternité responsable, qu'il n'y avait pas de pathologie psychiatrique qui l'empêcherait d'exercer son " rôle de mère " et qu'il n'y avait pas d'indications permettant de présumer d'un quelconque motif d'incapacité de la mère à assumer la garde personnelle des mineurs. Le juge a également conclu qu'"aucun élément concret n'a démontré que la présence de la compagne de la mère dans les

Dans le cadre de la procédure de garde, le Tribunal des mineurs a recueilli comme preuves testimoniales les déclarations suivantes : i) un parrain de l'une des filles ; ii) un psychologue ; iii) un ami de la famille ; iv) un employé de maison ; et v) une nounou (Dossier du fond, volume XII, pages 5919 à 5921). En outre, le Tribunal des mineurs a considéré comme preuve documentaire diverses publications de journaux, un rapport socio-économique, un ensemble de photographies, un rapport émis par le psychiatre de Mme Atala, un rapport du psychologue chargé de la thérapie des filles et le rapport d'une étudiante infirmière (Dossier du fond, volume XII, pages 5918 à 5921). De même, la Cour a considéré qu'il existait "des motifs suffisants pour affecter le devoir de soin personnel, légalement établi, [pour cette raison] la demande de la requérante a été acceptée".

⁵⁷ Cf. procès-verbal du 15 mai 2003 (Dossier des annexes à la demande, volume I, page 572).

⁵⁸ A cet égard, le Code organique des tribunaux [Código Orgánico de Cortes] prévoit que :

Art. 194. Les juges peuvent ne pas être compétents pour connaître de certaines affaires en raison d'une incompatibilité ou d'une récusation, si nécessaire, en vertu de raisons juridiques.

Art. 195. Motifs d'incompatibilité : [...] 8. Le juge ayant donné son avis sur la question en cause en pleine connaissance des précédents nécessaires pour rendre un jugement.

Disponible sur http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf (dernière visite le 22 février 2012)

⁵⁹ Requête en radiation du juge Luis Humberto Toledo Obando, 13 mai 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2573).

⁶⁰ Ordonnance du tribunal des mineurs de Villarrica du 14 mai 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume II, page 569). L'article 120 du code de procédure civile chilien en vigueur à l'époque des faits prévoit que : Une fois les motifs de récusation acceptés comme suffisants ou déclarés conformément à l'alinéa 2 de l'article précédent, ladite déclaration est portée à la connaissance du fonctionnaire dont l'incompatibilité ou la récusation a été demandée, lui ordonnant de s'abstenir de participer à l'affaire en question tant que la requête n'est pas résolue ". Disponible à l'adresse suivante : <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986> (dernier accès le 20 février 2012), adresse électronique fournie par l'État dans son mémoire d'arguments finaux (Dossier du fond, volume XII, page 5914).

⁶¹ Décision du Tribunal des mineurs de Villarrica du 29 octobre 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2607).

foyer est préjudiciable au bien-être des filles". Le juge a rappelé qu'il était établi que l'homosexualité n'était pas considérée comme un comportement pathologique et que la défenderesse ne présentait aucune "contre-indication d'un point de vue psychologique qui la rendrait inapte à exercer son rôle maternel."

45. En évaluant la prétendue incapacité de Mme. Atala, en raison de son statut reconnu de lesbienne et du fait qu'elle vivait avec un partenaire du même sexe, le tribunal a pris en considération une série de rapports émanant d'organisations telles que l'Organisation panaméricaine de la santé, le département de psychologie de l'université du Chili et l'école d'éducation de l'université catholique pontificale du Chili, indiquant que : i) " l'homosexualité est un comportement normal et n'est pas la manifestation d'une conduite pathologique " et ii) " la capacité d'aimer les enfants, de s'en occuper, de les protéger, de respecter leurs droits et de promouvoir leurs choix de vie [...], n'est pas liée à l'identité ou aux choix sexuels des parents ".⁶². Le tribunal a également examiné les rapports psychologiques des mineures et les rapports psychologiques de la défenderesse et de la requérante, et a conclu que "la présence du partenaire de la mère dans le foyer [où] les filles vivent avec leur mère [n'était] pas un obstacle pour la mère à assumer la prise en charge personnelle des mineures [et qu'] aucun élément concret n'a montré que la présence du partenaire de la mère dans le foyer est nuisible au bien-être des filles".

46. En ce qui concerne la qualité des soins que Mme Atala a prodigués à ses filles, le tribunal a pris en compte le rapport d'une infirmière de l'hôpital Villarrica et des rapports éducatifs, et a indiqué que ces preuves "démontrent le souci constant de la mère pour la santé et l'éducation de ses filles et, par conséquent, il est établi que la défenderesse a assuré l'éducation, les soins personnels et l'éducation de ses filles". La cour a également indiqué que, bien que la plainte indique que les filles ont été soumises à des mauvais traitements de la part de Mme Atala, "elle ne décrit jamais les actes concrets, ni si ces actes s'apparentent à des mauvais traitements physiques ou mentaux." En outre, il a déclaré que le tribunal estimait qu'il n'y avait pas de preuve qui "donnerait du crédit à un quelconque type de mauvais traitement des filles" par leur mère.

47. Sur l'argument du pétitionnaire concernant le risque des filles de contracter des maladies sexuellement transmissibles, le juge a considéré les certificats médicaux de Mme Atala et de son partenaire confirmant qu'il n'y a aucune preuve de telles maladies. En ce qui concerne le danger moral auquel les mineures auraient été confrontées, le tribunal de première instance a pris en considération un rapport social sur la défenderesse démontrant un environnement familial harmonieux, "avec des règles et des limites claires et une routine familiale qui fonctionne de manière appropriée avec la supervision de la mère, qui, dans le contexte d'une relation de partenariat satisfaisante, est considérée comme étant en harmonie avec son environnement et préoccupée et proche de ses filles". En outre, le tribunal s'est référé à la conclusion du rapport du département de psychologie de l'Université du Chili affirmant que "l'orientation sexuelle de la mère ne constitue pas un danger pour la moralité des mineures car, comme déjà indiqué, s'agissant d'une condition ou d'une forme normale de la sexualité humaine, elle ne fait pas l'objet d'un jugement éthique ou moral mais peut être considérée uniquement comme une condition physique de la personne, et non pas en soi soumise à un jugement de valeur."

48. En ce qui concerne la discrimination potentielle dont les filles pourraient faire l'objet et qui a été mentionnée par les parents et les témoins du requérant, le juge par intérim a également conclu que "les mineures n'ont pas été soumises à une quelconque discrimination à ce jour et ce que les témoins et les parents du requérant indiquent est une crainte d'une possible discrimination future". Sur ce point, le tribunal a estimé qu'il devait "fonder [sa] décision sur des faits précis et avérés en l'espèce et non sur de simples suppositions ou craintes."

⁶² Décision du Tribunal des mineurs de Villarrica, 29 octobre 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, pages 2591, 2594 et 2595).

49. Enfin, dans sa décision, le Tribunal des mineurs a considéré que les filles avaient été entendues par le tribunal et que, lors de la dernière audience, en date du 8 octobre 2003, " R. et V. ont exprimé leur désir de retourner vivre avec leur mère, et dans le cas de M., seule une légère préférence pour la mère a été détectée ". À cet égard, le tribunal a observé que les déclarations faites par les jeunes filles lors de l'audience avaient été prises en considération, mais qu'elles n'avaient pas influencé la décision du tribunal en raison de leur jeune âge et de la possibilité que leurs opinions soient affectées "artificiellement par des facteurs extérieurs qui les influencent, les déforment ou les rendent inadaptées au but proposé." ⁶³

4) Appel à la Cour d'appel de Temuco et injonction accordée en faveur du père.

50. Conformément à la décision rendue le 29 octobre 2003, le tribunal des mineurs de Villarrica a ordonné que les filles soient remises à leur mère le 18 décembre 2003.⁶⁴ Cependant, le 11 novembre 2003, le père des filles a fait appel de la décision du tribunal et a ensuite déposé une demande d'injonction temporaire [*solicitud provisional de no innovar*], en faisant valoir que l'exécution de la décision entraînerait un changement radical et violent du *statu quo* actuel des filles.⁶⁵

51. Le 24 novembre 2003, la Cour d'appel de Temuco a accordé l'injonction, en maintenant la garde au père⁶⁶. En ce qui concerne cette injonction, Mme Atala a déposé une plainte disciplinaire contre deux membres de la Cour, fondée sur les motifs de récusation et de disqualification.⁶⁷ La Cour suprême de justice du Chili a statué sur sa plainte le 2 juillet 2004, déclarant à la majorité qu'il n'y avait aucune faute ou abus de la part des juges. En dépit de cette décision, certains membres de la Cour "ont failli adresser un avertissement sévère aux juges mis en cause en raison de l'omission pour laquelle la plainte a été déposée".⁶⁸

52. Le 30 mars 2004, la Cour d'appel de Temuco, sans les deux juges qui s'étaient retirés de la procédure (supra par.51), a confirmé à l'unanimité la décision contestée par le père des filles, partageant les considérations du juge de première instance, et a rendu sans effet l'injonction accordée le 24 novembre 2003⁶⁹. La Cour d'appel n'a pas avancé de nouveaux motifs et a confirmé intégralement la décision de la juridiction inférieure.

⁶³ Décision du Tribunal des mineurs de Villarrica du 29 octobre 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, pages 2591, 2594, 2595).

⁶⁴ Ordonnance du tribunal des mineurs de Villarrica du 5 novembre 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume II, page 933).

⁶⁵ Appel déposé par M. López Allendes, le 11 novembre 2003 (Dossier des annexes à la demande, volume V, pages 2614 à 2632) et Requête en injonction temporaire déposée par M. López Allendes le 22 novembre 2003 (Dossier des annexes à la demande, volume V, pages 2634 à 2636).

⁶⁶ Octroi d'une injonction par la Cour d'appel de Temuco, le 24 novembre 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2638).

⁶⁷ Le 7 janvier 2003, le rapporteur de la Cour d'appel de Temuco a certifié que " le juge Archibaldo Loyola s'était récusé de l'affaire et que le juge Lenin Lillo Hunzinker avait considéré que les motifs de récusation, stipulés à l'article 196 du Code organique des tribunaux, lui étaient applicables, dans la mesure où il avait une connaissance préalable de l'affaire, étant donné qu'il avait participé à une enquête lors de la visite extraordinaire du Tribunal des mineurs de Villarrica ". Voir le dossier des annexes de la requête, volume V, page 2640.

⁶⁸ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 2 juillet 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2645).

⁶⁹ Arrêt de la Cour d'appel de Temuco, 30 mars 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2643).

5) Dépôt d'un recours en plainte (recurso de queja) auprès de la Cour suprême de justice et octroi d'une seconde injonction en faveur du père.

53. Le 5 avril 2004, le père des filles a déposé un recours en plainte (*recurso de queja*) auprès de la Cour suprême du Chili contre les juges de la Cour d'appel de Temuco et a demandé que les filles restent sous sa garde à titre provisoire. Le père des filles a fait valoir que, dans leur décision, les juges attaqués avaient commis une " faute et un abus grave et flagrant " car : i) ils [avaient] donné la préférence aux droits de la mère par rapport aux droits des filles ; ii) ils [avaient] manqué à leur devoir légal de protéger la vulnérabilité des filles ; et iii) ils [avaient] violé les principes régissant l'appréciation consciencieuse des preuves dans les affaires impliquant des questions familiales.⁷⁰ Plus précisément, M. López Allendes a fait valoir que les juges avaient ignoré tous les éléments de preuve dans l'affaire démontrant que "l'expression ouverte d'un comportement lesbien a produit directement et immédiatement chez M., V. et R. une confusion concernant les rôles sexuels qui a interféré et interférera plus tard avec le développement d'une identité sexuelle claire et définie".⁷¹ La Cour a accordé l'injonction demandée le 7 avril 2004.⁷²

6) Décision de la Cour suprême de justice du Chili

54. Le 31 mai 2004, la quatrième chambre de la Cour suprême de justice du Chili, dans une décision partagée à trois contre deux, a admis l'appel de la plainte et a accordé la garde permanente au père.⁷³

55. En premier lieu, la Cour suprême a souligné que "dans toutes les mesures concernant [les enfants], l'intérêt supérieur des enfants doit primer sur d'autres considérations et droits liés à leurs parents, de telle sorte qu'il pourrait être nécessaire de les séparer de leurs parents." La Cour suprême a également noté que le premier paragraphe de l'article 225 du code civil, qui prévoit que lorsque les parents vivent séparément, la prise en charge personnelle des enfants incombe à la mère, n'est pas une règle " absolue et définitive ". Par conséquent, la Cour a déclaré que "le tribunal peut confier la garde personnelle des enfants à l'autre parent, en mettant fin à la garde du parent qui l'a, s'il existe une "cause justifiée" qui rend cette décision indispensable, en tenant toujours compte de l'intérêt de l'enfant."

56. Dans ce contexte, la Cour a conclu que i) "il n'a pas été tenu compte des témoignages, tant dans la procédure de garde permanente que dans le dossier de garde provisoire, concernant la détérioration de l'environnement social, familial et éducatif des filles depuis que la mère a commencé à cohabiter avec son partenaire homosexuel, ni de la possibilité que les filles soient la cible d'une discrimination sociale découlant de ce fait" ; ii) " le témoignage de personnes proches des filles, telles que les femmes de ménage, fait référence à des jeux et des attitudes des filles qui reflètent une confusion sur la sexualité de la mère, qu'elles auraient pu percevoir dans le nouveau schéma de cohabitation à leur domicile " ; iii) Mme. Atala "a fait passer ses propres intérêts avant ceux de ses filles lorsqu'elle a choisi de commencer à vivre avec un partenaire du même sexe, dans la même maison où elle a élevé et pris soin de ses filles, séparément du père de celles-ci" et iv) "la

⁷⁰Plainte en appel et requête en injonction déposée par M. López Allendes, le 5 avril 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, pages 2652 à 2655).

⁷¹ Appel, plainte et demande d'injonction déposés par M. López Allendes, le 5 avril 2004 (Dossier de annexes à la demande, volume V, page 2654).

⁷² Cf. Octroi de l'injonction par la Cour suprême du Chili, 7 avril 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2666).

⁷³ Cf. décision de la quatrième chambre de la Cour suprême de justice du Chili du 31 mai 2004 (dossier des annexes à la requête, volume V, annexe 22, pages 2669 à 2677).

la confusion potentielle sur les rôles sexuels qui pourrait être provoquée chez eux par l'absence du père masculin et son remplacement par une autre personne de sexe féminin constitue un risque pour le développement intégral des enfants dont il faut les protéger".

57. La Cour a également estimé que les filles se trouvaient dans une "situation de risque" qui les plaçait dans une "position vulnérable dans leur environnement social, car il est évident que leur environnement familial unique diffère sensiblement de celui de leurs camarades d'école et de leurs connaissances dans le quartier où elles vivent, les exposant à l'ostracisme et à la discrimination, ce qui affecterait également leur développement personnel". Par conséquent, la Cour a estimé que les conditions décrites constituent un "juste motif" au sens de l'article 225 du Code civil, justifiant l'attribution de la garde au père, étant donné que la situation actuelle "comporte un risque de préjudice, qui pourrait devenir irréversible pour les intérêts des mineurs, dont la protection doit primer sur toute autre considération." La Cour a conclu que les juges contestés ont failli en "n'ayant pas évalué strictement les preuves dans la procédure" et en "ayant passé outre le droit privilégié des mineurs de vivre et de grandir au sein d'une famille structurée normalement et appréciée dans l'environnement social, selon le modèle traditionnel adéquat, et ont encouru une faute ou un abus grave, qui doit être corrigé par l'admission du présent recours en plainte."⁷⁴

58. Les deux juges de la Chambre de la Cour suprême qui ont voté pour le rejet du recours en réclamation ont avancé certains arguments concernant la nature de ce recours.⁷⁵ En outre, les juges dissidents ont estimé que, conformément à l'article 225 et à la préférence qu'il accorde à la mère pour la prise en charge des enfants en cas de séparation, "le juge ne peut pas modifier la règle générale du lieu de prise en charge des enfants sur la base de jugements arbitraires ou de motifs injustifiés, frivoles ou ambigus, mais seulement lorsqu'un examen restrictif de la norme juridique et des preuves qui l'accompagnent fait apparaître un intérêt "essentiel" de l'enfant".⁷⁶

B. Considérations préalables

1. Considération préalable sur la question de l'affaire devant la Cour interaméricaine

⁷⁴ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2670, 2671, 2672, 2673).

⁷⁵ En particulier, ils ont indiqué que "ce n'est pas un recours procédural qui habilite cette Cour à résoudre toutes les questions de fait et de droit présentées par les parties dans l'affaire. Comme on le sait et conformément à l'article 545 du Code organique des tribunaux, le recours en plainte est un recours disciplinaire, dont le but exclusif est de corriger les fautes ou les abus graves commis dans l'émission d'une décision juridictionnelle, par a) l'invalidation de la décision et b) l'imposition de mesures disciplinaires aux juges qui ont commis la faute grave ou l'abus contenu dans la décision annulée. Ensuite, et en écartant comme un impératif juridique la possibilité que le recours en plainte puisse signifier, devant cette Cour suprême, l'ouverture d'une troisième instance - ce que notre système procédural n'accepte pas - ou qu'il soit un moyen approprié pour imposer des opinions ou des interprétations discutables, il convient d'examiner si les juges attaqués ont commis une faute grave ou un abus en accordant à leur mère, Jacqueline Karen Atala Riffo, la garde de ses trois filles mineures, M., V. et R., âgées de 10, 8 et 4 ans". Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004, votes dissidents des juges Jose Benquis C. et Orlando Álvarez H. (Dossier des annexes à la requête, volume V, pages 2673 et 2674).

⁷⁶ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004, votes dissidents des juges Jose Benquis C. et Orlando Álvarez H. (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2675). Dans cette analyse, les juges ont considéré que : i) "le dossier ne fournit aucun antécédent sur la base duquel on pourrait supposer que la mère [...] a maltraité ou négligé ses filles" et ii) les "expertises qui figurent dans le dossier, tant de la part de psychologues que de travailleurs sociaux, indiquent que la sexualité de la mère ne porte pas atteinte aux droits des filles, ni ne la prive de l'exercice de son droit de mère, puisque d'un point de vue psychologique ou psychiatrique, selon ces experts, il s'agit d'une personne absolument normale". Par conséquent, les juges concluent que "priver la mère, sur la seule base de son choix sexuel, de la garde de ses filles mineures, comme le père l'a demandé sur la base d'appréciations clairement subjectives, signifie imposer tant aux filles qu'à leur mère une sanction

innommable qui se situe en dehors de la marge de la loi, en plus d'être discriminatoire".

Arguments des parties

59. La Commission a fait valoir que la présente affaire " renvoie à une discrimination et à une ingérence arbitraire dans la vie privée de [Mme] Atala, survenues dans le cadre d'une procédure judiciaire concernant la garde et la prise en charge de ses trois filles ". Ceci, en considération du fait que l'orientation sexuelle de [Mme] Atala, et notamment l'expression de cette orientation dans son mode de vie, auraient été les principaux motifs des décisions prises pour lui retirer la garde de ses filles."

60. Les représentants se sont ralliés aux arguments généraux de la Commission, ajoutant que " la procédure engagée devant le Système interaméricain [...] n'a pas cherché, ni ne cherche, à rouvrir la procédure de garde et à utiliser le Système interaméricain comme quatrième instance. " En outre, ils ont fait valoir que "l'État a présenté à cette [...] Cour des raisons que la Cour suprême n'a pas exprimées dans sa décision sur le recours en plainte, en se basant sur des documents dont la Cour suprême avait connaissance et qu'elle a rejetés dans son arrêt."

61. Pour sa part, l'État a soutenu qu'"il n'est pas vrai que la raison pour laquelle les tribunaux chiliens ont décidé de retirer la garde à la mère pour la confier au père dans le cas des filles López Atala était l'orientation sexuelle" de Mme Atala. Plus précisément, l'État a allégué que "le but du procès de garde dans le cas de López avec Atala n'était pas de déclarer la disqualification de la mère, mais de déterminer si le père ou la mère offrait de meilleures conditions pour assurer le bien-être des trois filles". En conséquence, l'État a fait valoir que " [i]l n'est pas vrai que les motifs des décisions mentionnées étaient l'orientation sexuelle de la mère ou sa simple expression. Au contraire, la teneur de ces [décisions] permet de conclure [...] qu'elles sont fondées sur l'intérêt supérieur de l'enfant et, dans ce contexte, l'orientation sexuelle de la défenderesse a été prise en compte, entre autres circonstances, dans la mesure où son expression avait des effets négatifs spécifiques sur le bien-être des filles. " Selon l'État, "l'arrêt rendu par la Cour suprême a jugé que les juridictions inférieures avaient commis une faute grave ou un abus en violant les règles d'appréciation des preuves, [...] puisque [...] lesdites juridictions n'ont pas pesé le bien-fondé global de toutes les preuves présentées."

62. En termes généraux, l'État a soutenu que, dans la procédure de garde, "il y avait une abondance de preuves [...] qui prouvaient [...] que le père offrait de meilleures conditions pour le bien-être" des filles. Plus précisément, l'État a fait valoir qu'"il y avait des preuves convaincantes qui montraient que la défenderesse avait une attitude intensément égocentrique et des caractéristiques personnelles qui rendaient difficile pour elle l'exercice adéquat d'un rôle maternel, des circonstances qui permettaient de conclure que la mère n'offrait pas un environnement approprié pour le développement de ses filles".

63. D'autre part, l'État a fait valoir que "en ce qui concerne le père, il existe de nombreux éléments de preuve [...] qui démontrent : i) son dévouement et son attention à l'égard de ses filles ; ii) ses compétences dans leur éducation ; iii) l'environnement favorable qu'il offre pour le bien-être de ses filles, et iv) la relation positive qui existe entre les filles et le partenaire du demandeur". En outre, l'État a noté qu'en examinant les preuves dans le dossier, il serait clair que la décision concernant la garde provisoire "a également pris en compte des questions autres que l'orientation sexuelle susmentionnée, comme déterminer si le père ou la mère offrait un plus grand degré d'engagement et de soins aux filles."

Considérations de la Cour

64. À partir des arguments présentés par l'État et des éléments de preuve contenus dans le dossier, la Cour considère que, lors du procès relatif à la garde, les aspects suivants ont été discutés, *entre autres* : i) l'orientation sexuelle de Mme Atala ; ii) la personnalité de Mme Atala ; iii) les dommages prétendument causés aux filles et iv) la préséance prétendument accordée par Mme Atala à ses intérêts. En outre, en ce qui concerne le père des filles, des arguments ont été présentés pour et contre la question de savoir s'il pouvait leur offrir un plus grand bien-être. L'Etat a considéré que la Cour interaméricaine devait analyser toutes les preuves examinées lors du procès de garde et pas seulement les jugements rendus par les tribunaux nationaux.

65. A cet égard, la Cour réaffirme que la juridiction internationale a un caractère subsidiaire,⁷⁷ de renforcement et de complémentarité⁷⁸ et complémentaire, et ne remplit donc pas les fonctions d'une juridiction de "quatrième instance". La Cour n'est pas une instance d'appel qui doit résoudre les désaccords entre les parties concernant certains aspects de l'appréciation des preuves ou de l'application du droit interne dans des matières qui ne concernent pas directement le respect des obligations internationales en matière de droits de l'homme. Ainsi, cette Cour a jugé qu'en principe, "il appartient aux juridictions étatiques d'examiner les faits et les preuves présentés dans les affaires individuelles."⁷⁹

66. Par conséquent, il n'appartient pas à cette Cour de déterminer si la mère ou le père ont offert aux trois fillettes un meilleur foyer, ni d'apprécier les preuves à cette fin, car cela sort du cadre de la présente affaire, dont l'objet est de déterminer si les autorités judiciaires ont ou non rempli leurs obligations en vertu de la Convention. De même, et sur la base du caractère subsidiaire du système interaméricain, la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur la garde des trois mineures M., V. et R., car cette question relève exclusivement des juridictions internes chiliennes. Par conséquent, la garde actuelle des mineures ne fait pas l'objet de la présente affaire.

2. considération préalable sur la participation des filles M., V. et R.

67. Dans la décision du 29 novembre 2011 (*supra* paragraphe 12), la Cour a noté que le dossier ne contenait aucune déclaration spécifique des filles M., V. et R. quant à savoir si elles étaient d'accord ou non avec la représentation exercée par l'un ou l'autre de leurs parents ou si elles souhaitaient être considérées comme des victimes présumées dans cette affaire. La Cour a souligné que, bien qu'il y ait deux mémoires dans lesquels la mère et le père ont déclaré qu'ils agissaient au nom des trois filles devant cette Cour, la position de la mère et du père ne représente pas nécessairement l'intérêt supérieur des filles.

68. En outre, dans sa décision, la Cour a déclaré que les enfants exercent leurs droits progressivement, à mesure qu'ils acquièrent un plus grand degré d'indépendance, et que pour cette raison, pendant la petite enfance, leurs proches agissent en leur nom. Il est évident que le niveau de développement physique et intellectuel, l'expérience et l'information varient considérablement d'un enfant à l'autre. Par conséquent, lorsque l'audience a été tenue conformément à la décision susmentionnée

⁷⁷ Cf. *l'affaire Acevedo Jaramillo et al. c. Pérou. Interprétation de l'arrêt sur les objections préliminaires, le fond, les réparations et les frais.* Arrêt du 24 novembre 2006. Série C n° 157, para. 66 et *Affaire Cabrera García et Montiel Flores c. Mexique. Objections préliminaires, fond, réparations et frais.* Arrêt du 26 novembre 2010. Série C n° 220, para. 16.

⁷⁸ Le préambule de la Convention américaine stipule que la protection internationale se présente "sous la forme d'une convention qui renforce ou complète la protection offerte par le droit interne des États américains". Voir aussi, *L'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine des droits de l'homme* (art. 74 et 75). Avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982. Série A n° 2, par. 31 ; *L'expression "lois" dans l'article 30 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.* Avis consultatif OC-6/86 du 9 mai 1986. Série A n° 6, par. 26, et *Affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras. Fond.* Arrêt du 29 juillet 1988. Série C n° 4, par. 61.

⁷⁹ Cabrera, para. 16. *Affaire Nogueira of Carvalho et al. c. Brésil. Objections préliminaires et fond.* Jugement du 28 novembre 2006. Série C n° 161, para. 80 et *Affaire Cabrera García et Montiel Flores, supra* note 77, para. 16.

(*supra* paragraphe 13), il a été tenu compte du fait que les trois filles étaient alors âgées de 12, 13 et 15 ans.

17 ans et qu'il pourrait y avoir des différences dans leurs points de vue et dans le niveau d'indépendance personnelle de chacune des filles pour exercer ses droits. En l'espèce, la Cour a entendu deux des jeunes filles le 8 février 2012. (*supra* para. 13).

69. Pendant l'audience, le personnel du Secrétariat était accompagné de la psychiatre María Alicia Espinoza.⁸⁰ Avant d'entamer la procédure, la délégation du Secrétariat de la Cour a tenu une réunion préalable avec la psychiatre, consistant en un échange d'idées, afin de s'assurer que les informations fournies étaient accessibles et appropriées pour les filles. Compte tenu des normes internationales relatives au droit de l'enfant d'être entendu (*infra* paragraphes 196 à 200), les jeunes filles M. et R. ont, en premier lieu, été informées conjointement par le personnel du secrétariat de leur droit d'être entendues, des effets ou conséquences que leurs opinions pourraient avoir dans le litige en l'espèce, de la position et des arguments des parties en l'espèce. Il leur a également été demandé s'ils souhaitaient continuer à participer à la procédure. Par la suite, au lieu de procéder à un examen unilatéral, une conversation a eu lieu avec chaque fille séparément, afin d'offrir aux filles un environnement de confiance approprié. Au cours de la procédure, aucun des parents et aucune des parties n'étaient présents. En outre, la procédure menée avec les filles était privée, en raison de la demande, tant de la Commission que des représentants dans cette affaire, que l'identité des filles reste confidentielle (*supra* note 3), et de la nécessité de protéger l'intérêt supérieur des filles et leur droit à la vie privée. En outre, les jeunes filles ont expressément demandé que tout ce qu'elles ont dit au cours de la réunion soit gardé dans la plus stricte confidentialité.

70. Au cours de la procédure du 8 février 2012, les filles M. et R. ont dit connaître et comprendre les questions relatives aux trois violations alléguées dans lesquelles elles ont été présentées comme victimes alléguées dans la présente affaire (*infra* paragraphes 150, 176, 178 et 201). Sur la base des déclarations des deux filles et en gardant à l'esprit la nature progressive des droits de l'enfant, la Cour constate que les deux filles ont exprimé librement et de manière indépendante leurs propres opinions et jugements concernant les faits de l'affaire qui les concernent, ainsi que certaines de leurs attentes et intérêts dans la résolution de cette affaire. Par conséquent, la Cour les considère comme des victimes présumées en l'espèce (*infra* paragraphes 150, 176, 178 et 208).

71. Comme mentionné précédemment, la fille V. n'a pas participé à l'audience pour des raisons de *force majeure* (*supra* para. 13). Sur la base des considérations précédentes, la Cour ne trouve aucune raison de considérer que la fillette V. ne se trouve pas dans la même situation que ses sœurs (*infra* paragraphes 150, 176, 178 et 208). Toutefois, aux fins de réparation, l'autorité nationale compétente pour les enfants doit confirmer en privé le libre avis de la fille V. quant à sa volonté d'être considérée comme une partie lésée.

[C. Le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination](#)

Arguments des parties

72. En ce qui concerne la violation alléguée des articles 24⁸¹ et 1(1)⁸² de la Convention américaine, la Commission a fait valoir qu'"il est largement admis dans les États américains

⁸⁰ Dans son mémoire du 3 février 2012, l'État a présenté ses observations concernant la participation de la psychiatre Espinoza à la procédure. Le 6 février 2012, suite aux instructions du Président de la Cour, les parties ont été informées que le psychiatre Espinoza avait été désigné pour accompagner la délégation du Secrétariat, si nécessaire. De même, le procès-verbal envoyé aux parties indiquait que, bien que le soutien du psychiatre

Espinoza ait été envisagé dans cette affaire, cela n'était pas nécessaire.

⁸¹ L'article 24 de la Convention américaine (droit à une protection égale) stipule que :

que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est interdite". Elle a noté que "l'orientation sexuelle [...] a motivé la décision de la Cour suprême", qui a vraisemblablement déterminé que Mme Atala "ne devait pas avoir la garde de ses filles [étant donné] qu'elle vivait avec une personne du même sexe". La Cour suprême a ajouté qu'"une distinction a été faite au détriment de [Mme] Atala en ce qui concerne l'application des instruments juridiques pertinents pour la détermination des questions familiales, sur la base de l'expression de son orientation sexuelle et de sa décision de former un couple et d'établir une vie avec son [partenaire]". Elle a également relevé que la " décision de garde provisoire [...] constituait également une distinction fondée sur l'orientation sexuelle de Mme Atala. " En outre, elle a déclaré que "dans le droit constitutionnel comparé, la définition de "catégorie de suspects" a été utilisée et, par conséquent, un test de contrôle strict a été appliqué aux affaires liées à l'orientation sexuelle."

73. Les représentants ont souligné que les États "ont signé la Convention américaine avec une clause ouverte de non-discrimination, et donc ils ne peuvent pas maintenant prétendre que leur niveau de développement social et politique les empêche de comprendre que l'orientation sexuelle est incluse comme une catégorie pour laquelle la discrimination est interdite." Ils ont également allégué que "la décision dans le recours de la plainte est [...] un jugement de contrôle de [Mme] Atala et de sa vie privée, sans tenir compte de ses compétences parentales, qui était la question qui devait être examinée. Ils ajoutent que " le jugement de contrôle [n'a pas été appliqué] à la vie de [M.] López, sur laquelle rien n'est connu, questionné ou enquêté, ni de ses compétences parentales ". Par conséquent, ils considèrent que "ce simple fait constitue une différence de traitement, qui n'est pas envisagée par la loi chilienne et est clairement interdite par le droit international." En outre, ils allèguent que la "Cour suprême du Chili [...] a créé une catégorie de personnes qui, par leur nature même, indépendamment de leur comportement, ne seraient pas en mesure de s'occuper de leurs propres enfants, du fait qu'elles sont associées à des situations de maltraitance et de négligence."

74. L'État a fait valoir que " le système [interaméricain] [des droits de l'homme] a besoin de la crédibilité et de la confiance des États membres. Une relation basée sur la confiance mutuelle pourrait être affectée si la Cour assume un rôle excessivement réglementaire, sans tenir compte des opinions de la majorité des États". L'État a fait valoir qu'"en signant [la Convention américaine], les États membres ont accepté de se conformer à ses dispositions. Bien que l'interprétation juridique puisse être flexible et que le langage des droits de l'homme reconnaisse leur développement progressif, les États ont donné leur consentement à une notion des droits de l'homme qui avait à l'esprit certains types de violations, et non d'autres qui n'existaient pas à l'époque. S'il s'avère nécessaire d'étendre le champ d'application de l'accord à des questions sur lesquelles il n'y a pas de consensus minimum, la [Convention américaine] elle-même établit une procédure pour incorporer des protocoles qui protègent d'autres droits."

75. De même, l'État a souligné que "l'orientation sexuelle n'était pas une catégorie suspecte sur laquelle il existait un consensus en 2004", lorsque la Cour suprême a rendu son arrêt dans l'affaire

Toutes les personnes sont égales devant la loi. Par conséquent, elles ont droit, sans discrimination, à une protection égale devant la loi.

⁸²L' article 1(1) de la Convention américaine (obligation de respecter les droits) stipule que :

Les États parties à la présente Convention s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à assurer à toute personne soumise à leur juridiction le libre et

plein exercice de ces droits et libertés, sans aucune discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale.

présente affaire. Elle a fait valoir qu'"il ne serait pas approprié d'exiger [que la Cour suprême du Chili] passe un test de contrôle strict pour une catégorie sur laquelle le consensus interaméricain est récent". Elle a ajouté que "l'établissement d'une "super-catégorie suspecte", comme le serait l'orientation sexuelle de l'un des parents en l'espèce et dans d'autres cas similaires, peut finir par déplacer le centre d'intérêt d'un procès en droit de la famille vers une question qui donne la priorité à la considération des droits des parents, au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas spécifique".

76. Enfin, l'État a fait valoir que "ayant déclaré la mère légalement compétente, la décision d'accepter la demande de garde déposée par le père et fondée sur l'intérêt supérieur et le bien-être des filles n'est pas arbitraire". Il a également indiqué qu'" il n'est pas vrai que les motifs de ces décisions étaient fondés sur l'orientation sexuelle de la mère ou sur sa simple expression " et que " l'orientation sexuelle [de la mère] a été prise en compte, parmi d'autres facteurs, dans la mesure où son expression avait des effets négatifs spécifiques sur l'intérêt supérieur des filles ".

Considérations de la Cour

77. Pour résoudre ces controverses, la Cour examinera 1) la portée du droit à l'égalité et à la non-discrimination ; 2) l'orientation sexuelle en tant que catégorie protégée par l'article 1(1) de la Convention américaine ; 3) si, en l'espèce, il y a eu une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle ; 4) si cette différence de traitement constitue une discrimination, ce pour quoi la Cour évaluera strictement les raisons données pour justifier cette différence de traitement, en prenant en considération l'intérêt supérieur des enfants et le risque et le préjudice allégués pour les filles.

1. Droit à l'égalité et à la non-discrimination

78. La Cour a établi que l'article 1, paragraphe 1, de la Convention est une norme de nature générale, dont le contenu s'étend à toutes les dispositions du traité et qui établit l'obligation des États parties de respecter et de garantir le plein et libre exercice des droits et libertés qui y sont reconnus "sans aucune discrimination". C'est-à-dire que, quelle que soit l'origine ou la forme qu'il revêt, tout traitement qui peut être considéré comme discriminatoire à l'égard de l'exercice de l'un quelconque des droits garantis par la Convention est *en soi* incompatible avec celle-ci⁸³.

79. En ce qui concerne le principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination, la Cour a déclaré⁸⁴ que "la notion d'égalité découle directement de l'unicité de la famille humaine et est liée à la dignité essentielle de l'individu. Ce principe ne peut se concilier avec l'idée qu'un groupe donné a droit à un traitement privilégié en raison de sa supériorité apparente. Il est tout aussi inconciliable avec cette notion de qualifier un groupe d'inférieur et de le traiter avec hostilité ou de le soumettre de toute autre manière à une discrimination dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

⁸³ Cf. Proposition d'amendement à la Constitution politique du Costa Rica relative à la naturalisation. Avis consultatif OC-4/84, 19 janvier 1984. Série A n° 4, para. 53 et Affaire de la communauté autochtone Xákmok Kásek. c. Paraguay. Fond, réparations et frais. Arrêt du 24 août 2010, Série C n° 214, para. 268.

⁸⁴ Cf. l'avis consultatif OC-4/84, *supra* note 83, para. 55.

la jouissance de droits qui sont accordés à d'autres personnes non classées comme telles". La jurisprudence de la Cour a également indiqué qu'au stade actuel du développement du droit international, le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination est entré dans le domaine du *jus cogens*. Le cadre juridique de l'ordre public national et international repose sur ce principe et imprègne l'ensemble du système juridique.⁸⁵

80. De plus, la Cour a mentionné que "les Etats doivent s'abstenir de mener toute action qui, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, vise à créer des situations de discrimination *de jure* ou de *facto*".⁸⁶ Les Etats sont tenus "de prendre des mesures positives pour renverser ou modifier les situations discriminatoires qui existent dans leur société au détriment d'un groupe spécifique de personnes. Cela implique les obligations particulières de protection que l'État doit exercer à l'égard des actes et pratiques de tiers qui, avec sa tolérance ou son assentiment, créent, maintiennent ou favorisent des situations discriminatoires."⁸⁷

81. La Convention américaine, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne comporte pas de définition explicite du concept de "discrimination". Sur la base des définitions de la discrimination figurant à l'article 1(1) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁸⁸ et l'article 1(1) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes,⁸⁹ le Comité des droits de l'homme des Nations unies a défini la discrimination comme suit :

...toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur certains motifs tels que la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre condition sociale, qui tend à annuler ou à diminuer la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont toute personne est titulaire.⁹⁰

82. La Cour rappelle que si l'obligation générale de l'article 1(1) fait référence au devoir de l'État de respecter et de garantir " sans discrimination " les droits inclus dans la Convention américaine, l'article 24 protège le droit à " une protection égale devant la loi ".⁹¹ C'est-à-dire que l'article 24 de la Convention américaine interdit toute discrimination, de droit ou de *fait*, non seulement en ce qui concerne les droits consacrés par ledit traité, mais aussi en ce qui concerne toutes les lois

⁸⁵ Cf. *Condition juridique et droits des sans-papiers*. Avis consultatif OC-18/03, du 17 septembre 2003. Série A n° 18, para. 101 et *Affaire Communauté autochtone Xákmok Kásek*, *supra* note 83, para. 269.

⁸⁶ Cf. l'avis consultatif OC-18/03, *supra* note 85, para. 103 et *Affaire de la communauté autochtone Xákmok Kásek*, *supra* note 83, para. 271.

⁸⁷ Cf. l'avis consultatif OC-18/03, *supra* note 85 para. 104 ; *Affaire de la communauté autochtone Xákmok Kásek*, *supra* note 83, para. 271 ; et ONU, Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18, Non-discrimination, 10 novembre 1989, CCPR/C/37, para. 6.

⁸⁸ L'article 1(1) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale stipule : "Dans la présente Convention, l'expression "discrimination raciale" vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique."

⁸⁹ L'article 1(1) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes stipule : "Aux fins de la présente Convention, l'expression "discrimination à l'égard des femmes" vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine".

⁹⁰ Nations Unies, Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18, Non-discrimination, 10 novembre

1989, CCPR/C/37, para. 6.

⁹¹ Cf. l'avis consultatif OC-4/84, *supra* note 83, paras. 53 et 54 et *Affaire Barbani Duarte et al. c. Uruguay. Fond, réparations et frais*. Arrêt du 13 octobre 2011. Série C n° 234, para. 174.

approuvés par l'État et leur application. En d'autres termes, si un État exerce une discrimination dans le respect ou la garantie d'un droit contenu dans la Convention, il manquera à l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 1(1) et du droit substantiel en question. Si, au contraire, la discrimination se réfère à une protection inégale par les lois nationales, le fait doit être analysé à la lumière de l'article 24 de la Convention américaine.⁹²

2. L'orientation sexuelle comme catégorie protégée par l'article 1(1) de la Convention américaine

83. La Cour a établi, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme, que les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants, dont l'interprétation doit aller de pair avec l'évolution des temps et des conditions de vie actuelles.⁹³ Cette interprétation évolutive est conforme aux règles générales d'interprétation énoncées à l'article 29 de la Convention américaine, ainsi qu'à celles établies dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.⁹⁴

84. A cet égard, lors de l'interprétation des termes "toute autre condition sociale" de l'article 1(1) de la Convention, il est toujours nécessaire de choisir l'alternative la plus favorable à la protection des droits consacrés par ledit traité, en se basant sur le principe de la règle la plus favorable à l'être humain.⁹⁵

85. Selon l'article 1(1) de la Convention américaine, les critères spécifiques en vertu desquels la discrimination est interdite ne constituent pas une liste exhaustive ou limitative, mais simplement illustrative. En effet, le libellé dudit article laisse les critères ouverts avec l'inclusion de l'expression "une autre condition sociale", permettant l'inclusion d'autres catégories qui n'ont pas été explicitement indiquées. Par conséquent, la Cour doit interpréter l'expression "toute autre condition sociale" de l'article 1(1) de la Convention dans le contexte de l'option la plus favorable pour l'être humain et à la lumière de l'évolution des droits fondamentaux dans le droit international contemporain.⁹⁶

86. À cet égard, dans le système interaméricain, l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains (ci-après l'OEA) a approuvé, depuis 2008, lors de ses réunions annuelles, quatre résolutions successives faisant référence à la protection des personnes contre les traitements discriminatoires fondés sur leur orientation sexuelle, exigeant l'adoption de mesures spécifiques pour une protection efficace contre les actes discriminatoires.⁹⁷

⁹² *Affaire Apitz Barbera et al. ("Corte Primera Contencioso Administrativo") c. Venezuela. Objection préliminaire, fond, réparations et frais.* Arrêt du 5 août 2008. Série C n° 182, para. 209 et *Affaire Barbani Duarte et al, supra* note 91, para. 174.

⁹³ *Cf. Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière.* Avis consultatif OC-16/99, 1er octobre 1999. Série A n° 16, para. 114 et *Affaire du massacre de Mapiripán c. Colombie. Fond, réparations et frais.* Jugement du 15 septembre 2005. Série C n° 134, par.

106. A la Cour européenne, voir CEDH, *Affaire Tyrer c. Royaume-Uni*, (n° 5856/72), Arrêt du 25 avril 1978, para. 31.

⁹⁴ *Cf. l'avis consultatif OC-16/99, supra* note 93, para. 114 et *Affaire du massacre de Mapiripán c. Colombie, supra* note 93, para. 106.

⁹⁵ *Cf. l'affiliation obligatoire des journalistes (articles 13 et 29 de la Convention américaine des droits de l'homme).* Avis consultatif OC-5/85 du 13 novembre 1985. Série A n° 5, para. 52, et *Affaire du massacre de Mapiripán, supra.* note 93, para. 106.

⁹⁶ *Cf. l'avis consultatif OC-16/99, supra* note 93, para. 115.

⁹⁷ *Cf. AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre, approuvée lors de la quatrième session plénière, tenue le 7 juin 2011 ("L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE [...] DÉCIDE : 1. de condamner la discrimination à l'égard des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre, et d'exhorter les États, dans le cadre des institutions juridiques de leur système national, à adopter les mesures nécessaires pour prévenir, sanctionner et éliminer cette discrimination") ; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Droits de*

l'homme, orientation sexuelle et identité de genre, approuvée lors de la quatrième séance plénière, tenue le 8 juin 2010 ("L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE [...] DÉCIDE : 1. de condamner la discrimination à l'égard des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre

87. En ce qui concerne l'inclusion de l'orientation sexuelle comme catégorie interdite de discrimination, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que l'orientation sexuelle est "une autre condition" mentionnée à l'article 14⁹⁸ de la Convention européenne des droits de l'homme qui interdit les traitements discriminatoires.⁹⁹ Plus précisément, dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, la Cour européenne a conclu que l'orientation sexuelle est "un concept couvert par l'article 14 de la Convention européenne". Elle a également réaffirmé que la liste des catégories figurant dans ledit article a un but illustratif et n'est pas exhaustive.¹⁰⁰ Récemment, dans l'affaire *Clift c. Royaume-Uni*, la Cour européenne a réaffirmé que l'orientation sexuelle, en tant que l'une des catégories pouvant être incluses dans la catégorie "autre condition", est un autre exemple spécifique de celles figurant sur ladite liste, qui sont considérées comme des caractéristiques personnelles en ce sens qu'elles sont innées ou inhérentes à la personne.¹⁰¹

88. Dans le cadre du système universel de protection des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels ont classé l'orientation sexuelle parmi les catégories de discrimination interdite visées à l'article 2(1)¹⁰² du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 2, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

et d'exhorter les États, dans le cadre des institutions juridiques de leurs systèmes nationaux, à adopter les mesures nécessaires pour prévenir, sanctionner et éradiquer cette discrimination. 2. Condamner les actes de violence et les violations des droits de l'homme commis à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre, et demander instamment aux États de prévenir ces actes et violations, d'enquêter à leur sujet, de garantir aux victimes une protection judiciaire adéquate sur un pied d'égalité et de faire en sorte que les auteurs de ces actes soient traduits en justice. 3. Encourager les États membres à envisager, dans le cadre des institutions juridiques de leurs systèmes nationaux, d'adopter des politiques publiques contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre." ; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre, approuvée lors de la quatrième séance plénière, tenue le 4 juin 2009 ("L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE [...] DÉCIDE : 1. de condamner les actes de violence et les violations des droits de l'homme commis à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre. 2. Exhorter les États à prévenir ces actes et ces violations, à enquêter à leur sujet, à assurer une protection judiciaire adéquate aux victimes sur un pied d'égalité et à faire en sorte que les auteurs de ces actes soient traduits en justice") ; AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre, approuvée lors de la quatrième session plénière, tenue le 3 juin 2008 ("L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE [...] DÉCIDE : 1. d'exprimer sa préoccupation face aux actes de violence et aux violations des droits de l'homme perpétrés contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre").

⁹⁸ Article 14 de la Convention européenne : La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

⁹⁹ Cf. CEDH, affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, (n° 33290/96), arrêt du 21 décembre 1999. Final, 21 mars 2000, para. 28 ; Affaire *L. et V. c. Autriche* (No. 39392/98 et 39829/98), Arrêt du 9 janvier 2003. Final, 9 avril 2003, para. 45 ; Affaire *S.L. c. Autriche*, (No. 45330/99), Arrêt du 9 janvier 2003. Final, 9 avril 2003, para. 37 ; Affaire *E.B. c. France*, (no 43546/02), arrêt du 22 janvier 2008, par. 50.

¹⁰⁰ Cf. CEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, *supra* note **Erreur ! Bookmark not defined**, paragraphe 28 (" l'orientation sexuelle du requérant [...] [est] une notion qui relève incontestablement de l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que la liste figurant dans cette disposition est illustrative et non exhaustive, comme le montrent les termes " tout motif tel que ", Voir également CEDH, *Affaire Fretté c. France*, (n° 36515/97), Arrêt du 26 février 2002. Final, 26 mai 2002, para. 32 ; Cf. CEDH, *Affaire Kozak c. Pologne*, (n° 13102/02), Arrêt du 2 mars 2010. Final, 2 juin 2010, para. 92 ; CEDH, *Affaire J.M. c. Royaume-Uni*, (n° 37060/06), Arrêt du 28 septembre 2010. Final, 28 décembre 2010, para. 55 et CEDH, *Affaire Alekseyev c. Russie*, (No. 4916/07, 25924/08 et 14599/09), Arrêt du 21 octobre 2010. Final, 11 avril 2011, para. 108. (" La Cour réitère que l'orientation sexuelle est un concept couvert par 14 ").

¹⁰¹ Cf. CEDH, affaire *Clift c. Royaume-Uni*, (n° 7205/07), arrêt du 13 juillet 2010. Final, 22 novembre 2010, para. 57 (" la Cour a considéré comme constituant [...] d'autres caractéristiques d'état [...] qui, comme certains des exemples spécifiques énumérés dans l'article, peuvent être dites personnelles en ce sens qu'elles sont innées ou inhérentes. " Toutefois, en concluant à des violations de l'article 14 dans un certain nombre d'autres affaires, la Cour a admis l'existence d'un " statut " lorsque la distinction invoquée n'impliquait pas une caractéristique dont on pouvait dire qu'elle était innée ou inhérente, et donc " personnelle " au sens évoqué ci-dessus ").

¹⁰² Article 2(1) : Tout Etat partie au présent Pacte s'engage à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa juridiction les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de situation économique, de naissance ou de toute autre condition sociale.

2(2)¹⁰³ du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. À cet égard, dans l'affaire *Toonen c. Australie*, le Comité des droits de l'homme a indiqué que la référence à la catégorie "genre" inclurait l'orientation sexuelle des personnes.¹⁰⁴ De même, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a exprimé sa préoccupation à l'égard de plusieurs situations discriminatoires liées à l'orientation sexuelle des personnes, qu'il a exprimée à plusieurs reprises dans ses observations finales sur les rapports présentés par les États.¹⁰⁵

89. Pour sa part, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a déterminé que l'orientation sexuelle peut être incluse dans "une autre condition sociale" ...¹⁰⁶. De même, dans le cadre de leurs observations et recommandations générales, le Comité des droits de l'enfant,¹⁰⁷ le Comité contre la torture,¹⁰⁸ et le Comité des droits de l'homme

¹⁰³ Article 2(2) : Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

¹⁰⁴ Nations Unies, Comité des droits de l'homme, *Toonen c. Australie*, communication no 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 avril 1992, par. 8.7 ("L'État partie a demandé l'avis du Comité sur la question de savoir si l'orientation sexuelle peut être considérée comme une "autre situation" aux fins de l'article 26. La même question pourrait se poser au titre du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte. Le Comité se limite toutefois à noter qu'à l'adresse, il considère que la référence au "sexe" dans les articles 2, paragraphe 1, et 26 doit être considérée comme incluant l'orientation sexuelle"). Cf. *X V. Colombie*, Communication n° 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 mai 2007, para. 7.2 ("Le Comité rappelle sa jurisprudence antérieure selon laquelle l'interdiction de la discrimination en vertu de l'article 26 comprend également la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle"). À cet égard, le Comité des droits de l'homme, dans l'affaire *Edward Young c. Australie*, communication no 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 septembre 2003, par. 10.4 ; voir aussi Nations Unies, Comité des droits de l'homme, *Observations finales, Pologne*, CCPR/C/79/Add.110, 25 juillet 1999, para. 23.

¹⁰⁵ Voir, entre autres, Nations Unies, Comité des droits de l'homme, *Observations finales, Chili*, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 avril 2007, para. 16 ("Tout en observant avec satisfaction que les lois criminalisant les relations homosexuelles entre adultes consentants ont été abrogées, le Comité reste préoccupé par la discrimination L'État partie devrait garantir l'égalité des droits à tous les individus, comme le prévoit le Pacte, quelle que soit leur orientation sexuelle, y compris l'égalité devant la loi et dans l'accès aux soins de santé. Il devrait également lancer des programmes de sensibilisation pour combattre les préjugés sociaux") ; *Observations finales, Barbade*, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 mai 2007, para. 13 ("Le Comité se déclare préoccupé par la discrimination à l'égard des homosexuels dans l'État partie et, en particulier, par la criminalisation des actes sexuels consensuels entre adultes du même sexe (art. 26)"); *Observations finales, États-Unis d'Amérique*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 décembre 2006, par. 25 ("Il note également avec préoccupation que de nombreux États n'ont pas interdit la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'orientation sexuelle (art. 2 et 26). L'État partie devrait reconnaître son obligation légale, en vertu des articles 2 et 26, de garantir à chacun les droits reconnus par le Pacte, ainsi qu'une protection égale devant la loi, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle") ; *Observations finales, El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 22 août 2003, para. 16 ("Le Comité se déclare préoccupé par les incidents au cours desquels des personnes sont attaquées, voire tuées, en raison de leur orientation sexuelle (article 9), par le faible nombre d'enquêtes menées sur ces actes illégaux, et par les dispositions actuelles (telles que les "ordres de contravention" locaux) utilisées pour discriminer les personnes en raison de leur orientation sexuelle (article 26)").

¹⁰⁶ Cf. Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 20. Non-discrimination et droits économiques, sociaux et culturels (Article 2, paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC/20, 2 juillet 2009, para. 32 ("toute autre condition sociale", comme indiqué à l'article 2.2 du Pacte, inclut l'orientation sexuelle"). Cf. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 18. Le droit au travail, E/C.12/GC/18, 6 février 2006, para. 12 ("En vertu du paragraphe 2 de l'article 2, ainsi que l'article 3, le Pacte interdit toute discrimination dans l'accès et le maintien dans l'emploi en raison de [...] l'orientation sexuelle") ; Observation générale n° 15. Le droit à l'eau (articles 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2002/11, du 20 janvier 2003, para. 13 ("Le Pacte interdit toute discrimination pour des raisons d[...] orientation sexuelle") ; Observation générale N°15. 14. Le droit de jouir du meilleur état de santé possible (article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2000/4, 11 août 2000, par. 18 ("En vertu des dispositions du paragraphe 2 de l'article 2 et de l'article 3, le Pacte proscriit toute discrimination dans l'accès aux soins de santé et aux déterminants fondamentaux de la santé, ainsi qu'aux moyens de se les procurer, fondée sur [...] l'orientation sexuelle").

¹⁰⁷ Cf. Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 3 (2003). Le VIH/SIDA et les droits de l'enfant, CRC/GC/2003/3, du 17 mars 2003, para. 8 ("la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est également préoccupante") ; Observation générale n° 4 (2003). La santé et le développement des adolescents dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant, CRC/GC/2003/4, du 21 juillet 2003, para. 6 ("Les États parties ont le

Elimination de la discrimination à l'égard des femmes¹⁰⁹ ont fait référence à l'inclusion de l'orientation sexuelle comme l'une des catégories interdites de discrimination.

90. Le 22 décembre 2008, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté la "Déclaration sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre", réaffirmant le "principe de non-discrimination, qui exige que les droits de l'homme s'appliquent de manière égale à tout être humain, quelle que soit son orientation sexuelle ou son identité de genre."¹¹⁰ De même, le 22 mars 2011, la "Déclaration conjointe sur la fin des actes de violence et des violations connexes des droits de l'homme fondés sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre" a été déposée devant le Conseil des droits de l'homme des Nations unies.¹¹¹ Le 15 juin 2011, le Conseil a approuvé une résolution sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans laquelle il a exprimé sa grave préoccupation face aux actes de violence et de discrimination, dans toutes les régions du monde, commis contre des individus en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre.¹¹² L'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a également été soulignée dans de nombreux rapports de rapporteurs spéciaux des Nations unies.¹¹³

l'obligation de veiller à ce que tous les êtres humains de moins de 18 ans jouissent de tous les droits énoncés dans la Convention sans discrimination (article 2), quels que soient "la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance, le handicap ou toute autre situation". Ces motifs couvrent également l'orientation sexuelle").

¹⁰⁸ Cf. Nations Unies, Comité contre la torture, Observation générale n°2, Application de l'article 2 par les Etats parties, CAT/C/GC/2, du 24 janvier 2008 para. 20, 21 (" Le principe de non-discrimination est un principe fondamental et général de la protection des droits de l'homme et est fondamental pour l'interprétation et l'application de la Convention. [Les Etats parties doivent veiller à ce que, dans la mesure où les obligations découlant de la Convention sont concernées, leurs lois soient appliquées dans la pratique à toutes les personnes, indépendamment de leur [...] et de leur orientation sexuelle]").

¹⁰⁹ Cf. Nations unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 27 sur les femmes âgées et la protection de leurs droits fondamentaux, CEDAW/C/GC/27, 16 décembre 2010, para. 13 (" La discrimination dont sont victimes les femmes âgées est souvent multidimensionnelle, le facteur âge venant s'ajouter à d'autres formes de discrimination fondées sur [...] l'orientation sexuelle ") ; Projet de recommandation générale n° 28 en relation avec l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/C/GC/28, 16 décembre 2010, para. 18 (" La discrimination de fondée sur le sexe et le genre est inextricablement liée à d'autres facteurs qui affectent les femmes, tels que la race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, la santé, le statut, l'âge, la classe, la caste, l'orientation sexuelle ").

¹¹⁰ Déclaration sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, Assemblée générale des Nations Unies, A/63/635, 22 décembre 2008, paragraphe 3. 3.

¹¹¹ Déclaration conjointe sur la fin des actes de violence et des violations des droits de l'homme connexes fondés sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, présentée par la Colombie lors de la 16e session du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, 22 mars 2011. Disponible sur : <http://www.ighrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf>

¹¹² Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Résolution concernant les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 juin 2011.

¹¹³ Cf. entre autres, le Rapport du Rapporteur spécial sur le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, E/CN.4/2004/49, 16 février 2004, par. 32, 38 (" Le droit international des droits de l'homme proscrit toute discrimination dans l'accès aux soins de santé et aux déterminants fondamentaux de la santé, ainsi qu'aux moyens de se les procurer, sur la base de orientation sexuelle [...] la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est inadmissible en vertu du droit international des droits de l'homme "). Voir également le Rapport du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, A/HRC/6/5, 20 juillet 2007, para. 28 ; Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, Mission au Brésil, E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 février 2006, para. 40 ; Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence à l'égard des femmes, ses causes et ses conséquences, Intégration des droits fondamentaux des femmes et de la perspective de genre : violence à l'égard des femmes, Enquête sur les liens entre la violence à l'égard des femmes et le VIH/sida, E/CN.4/2005/72, 17 janvier 2005, par.

27, 58 ; Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, les droits civils et politiques, en particulier les questions relatives aux disparitions et aux exécutions sommaires, E/CN.4/2003/3, 13 janvier 2003, par. 66, 67 ; Rapport provisoire du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, A/57/138, 2 juillet 2002, para. 37 ; Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général concernant la situation des défenseurs des droits de l'homme, E/CN.4/2001/94, 26 janvier 2001, par. 89 g) ; Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats, les droits civils et politiques, en particulier les questions relatives à : l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'indépendance des juges et des avocats, les droits de l'homme, les droits de l'homme et les libertés fondamentales, les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

91. Compte tenu des obligations générales de respecter et de garantir les droits établies à l'article 1(1) de la Convention américaine, des critères d'interprétation établis à l'article 29 de cette Convention, des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités et des normes établies par la Cour européenne et les mécanismes des Nations Unies (*supra* paragraphes 83-90), la Cour interaméricaine établit que l'orientation sexuelle et l'identité de genre des personnes est une catégorie protégée par la Convention. Par conséquent, tout règlement, acte ou pratique considéré comme discriminatoire en raison de l'orientation sexuelle d'une personne est interdit. Par conséquent, aucune réglementation, décision ou pratique nationale, qu'elle émane d'autorités étatiques ou d'individus, ne peut diminuer ou restreindre, de quelque manière que ce soit, les droits d'une personne en raison de son orientation sexuelle.

92. S'agissant de l'argument de l'État selon lequel, à la date à laquelle la Cour suprême a rendu son arrêt, il existait une absence de consensus concernant l'orientation sexuelle en tant que catégorie interdite de discrimination, la Cour rappelle que l'absence alléguée de consensus dans certains pays concernant le plein respect des droits des minorités sexuelles ne saurait être considérée comme un argument valable pour nier ou restreindre leurs droits fondamentaux ou pour perpétuer et reproduire la discrimination historique et structurelle dont ces minorités ont souffert¹¹⁴. Le fait que

administration de la justice, impunité, Mission au Brésil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 février 2005, para. 28 ; Rapport du Rapporteur spécial sur la question de la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/56/156, 3 juillet 2001, paras. 17-25 ; Rapport sur les droits civils et politiques, en particulier les questions relatives à la torture et à la détention E/CN.4/2002/76, 27 décembre 2001, page. 14 ; Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, E/CN.4/2004/56, 23 décembre 2003, para. 64 ; Rapport du Rapporteur spécial sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et l'utilisation d'enfants dans la pornographie E/CN.4/2004/9, 5 janvier 2004, para. 118 ; Groupe de travail sur la détention arbitraire, Avis no 7/2002 (Égypte), E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 janvier 2003, page. 72, para. 28. Dans le cadre du droit comparé, certains États interdisent explicitement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans leur Constitution (par exemple la Bolivie, l'Équateur, le Kosovo, le Portugal, l'Afrique du Sud, la Suède et la Suisse) ou par le biais de lois, par exemple en matière de droit de la famille, concernant l'octroi aux homosexuels des mêmes droits qu'aux hétérosexuels. Par exemple, en Argentine, les articles 2 et 4 de la loi n° 26.618 du 21 juillet 2010 établissent que : "Le mariage a les mêmes exigences et les mêmes effets, indépendamment du fait que les conjoints sont de même sexe ou de sexe différent" et "Dans les mariages constitués par des couples de même sexe, en l'absence d'accord, le juge décidera [de la garde] en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant" ; l'Uruguay a approuvé la loi n° 18.246 (Diario Oficial n° 27402, 10 janvier 2008), qui reconnaît les unions civiles ("unions concubinaires") entre couples de même sexe. En 2009, la loi n° 18.590, (Diario Oficial n° 27837, 26 octobre 2009), a autorisé l'adoption conjointe par les couples vivant en union civile.

¹¹⁴ Selon différentes sources de droit international et comparé, cette discrimination à l'égard des lesbiennes, gays, transsexuels, bisexuels et intersexuels (ci-après "LGTBI") est inacceptable car i) l'orientation sexuelle constitue un aspect essentiel de l'identité d'une personne (*infra* para. 139). De même, ii) la communauté LGTBI a été historiquement discriminée et l'utilisation de stéréotypes dans le traitement de ladite communauté est courante. Cf. le Rapport du Rapporteur spécial sur le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, E/CN.4/2004/49, 16 février 2004, para. 33 ("la discrimination et la stigmatisation continuent de représenter une grave menace pour la santé sexuelle et reproductive de nombreux groupes, tels que [...] les minorités sexuelles") ; le Rapport du Rapporteur spécial sur les questions de torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, E/CN.4/2004/56, 23 décembre 2003, para. 64 ("Les attitudes et les croyances découlant des mythes et des peurs liés au VIH/sida et à la sexualité contribuent à la stigmatisation et à la discrimination des minorités sexuelles. De plus, la perception que les membres de ces minorités ne respectent pas les barrières sexuelles ou remettent en question les concepts prédominants du rôle attribué à chaque sexe semble contribuer à leur vulnérabilité à la torture comme forme de "punition" de leur comportement non accepté"). D'autre part, iii) ils constituent une minorité qui a plus de difficultés à éliminer la discrimination dans des domaines tels que la sphère législative, ainsi qu'à éviter les répercussions négatives dans l'interprétation des règlements par les fonctionnaires des pouvoirs exécutif ou législatif et dans l'accès à la justice. Cf. Rapporteur spécial sur l'indépendance des hauts magistrats et des avocats, Droits civils et politiques, en particulier les questions relatives à : l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'administration de la justice, l'impunité, Mission au Brésil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 février 2005, para. 28 ("Les travestis, les transsexuels et les homosexuels sont aussi fréquemment victimes d'épisodes de violence et de discrimination. Lorsqu'ils s'adressent au système judiciaire, ils sont fréquemment confrontés aux mêmes préjugés et stéréotypes de la société qui y sont reproduits") ; Cour

constitutionnelle de Colombie, Arrêt C-481 du 9 septembre 1998, Motifs juridiques, para. 24 (considérant que les homosexuels constituent l'un des groupes minoritaires traditionnellement discriminés). Enfin, iv) l'orientation sexuelle ne constitue pas un critère rationnel pour la distribution ou le partage rationnel et égal des biens, des droits ou des charges sociales. *Cf.* Cour constitutionnelle de Colombie, arrêt C-481 du 9 septembre 1998, paragraphe 25. Dans cet arrêt, concernant la

Le fait qu'il s'agisse d'une question controversée dans certains secteurs et pays, et qu'elle ne fasse pas nécessairement l'objet d'un consensus, ne peut conduire cette Cour à s'abstenir de rendre une décision, puisque, ce faisant, elle doit se référer uniquement et exclusivement aux stipulations des obligations internationales découlant d'une décision souveraine des États d'adhérer à la convention américaine.

93. Un droit accordé à toutes les personnes ne peut être refusé ou restreint en aucune circonstance en raison de leur orientation sexuelle. Cela constituerait une violation de l'article 1(1) de la Convention américaine. Cet instrument interaméricain proscrit la discrimination, en général, y compris des catégories telles que l'orientation sexuelle, qui ne peut être utilisée comme motif pour refuser ou restreindre l'un des droits établis dans la Convention.

3. Différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle

94. La Cour note que pour prouver qu'une distinction de traitement a eu lieu dans une décision particulière, il n'est pas nécessaire que la décision dans son ensemble soit fondée "fondamentalement et uniquement" sur l'orientation sexuelle de la personne. Il suffit de confirmer que, dans une certaine mesure, l'orientation sexuelle de la personne a été prise en compte, explicitement ou implicitement, dans l'adoption d'une décision spécifique.¹¹⁵

95. Dans le cas présent, il est allégué que le traitement discriminatoire s'est produit par rapport à deux faits différents dans le processus de garde : le jugement émis dans le recours de plainte et la décision de garde temporaire. Pour déterminer s'il existe un lien de causalité ou un lien décisif entre les décisions de la Cour suprême de justice du Chili et du Tribunal des mineurs de Villarrica, et l'orientation sexuelle de Mme Atala, il est nécessaire d'analyser les arguments présentés par les autorités judiciaires nationales, leurs actions, le langage utilisé et le contexte dans lequel les décisions judiciaires ont été rendues, afin de déterminer si la différence de traitement était fondée sur l'orientation sexuelle.¹¹⁶ À cet égard, dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, la Cour européenne a conclu que la juridiction nationale, en considérant la cohabitation du père avec un autre homme comme telle, a fait de l'orientation sexuelle du requérant un facteur déterminant dans le jugement final.

96. En ce qui concerne le contexte de la procédure de garde, la Cour relève que la demande de garde a été introduite en partant du principe que Mme Atala "[n'était] pas capable de s'occuper et de prendre soin [des trois filles, étant donné que] son nouveau choix de vie sexuelle ainsi que sa relation lesbienne avec une autre femme [avaient] des conséquences néfastes [...]".

Dans son arrêt C-507 de 1999, la Cour colombienne a déclaré que le droit d'un professeur d'une école publique de ne pas être licencié en raison de son homosexualité, la Cour colombienne a déclaré que la séparation du professeur de son travail était basée "sur un préjugé sans aucun support empirique, qui dénote la stigmatisation injuste qui a affecté cette population et qui a été invoquée pour lui imposer des charges ou la priver de droits, au détriment de ses possibilités de participer à des domaines si importants pour la vie sociale et économique". (paragraphe 29) Pour sa part, l'arrêt C-507 de 1999 a déclaré inconstitutionnelle une disposition qui faisait de l'homosexualité dans les forces armées une infraction disciplinaire. Dans l'arrêt C-373 de 2002, la Cour a déclaré inconstitutionnelle une disposition qui établissait comme cause de disqualification pour l'exercice de la fonction de notaire le fait d'avoir été puni au niveau disciplinaire pour l'infraction d'homosexualité.

¹¹⁵ Cf. CEDH, *Affaire E.B. c. France*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, paras. 88 et 89 "nonobstant les précautions prises par la cour administrative d'appel de Nancy, puis par la Cour de justice des Communautés européennes.

Conseil d'Etat, pour justifier la prise en compte du "mode de vie" de la requérante, la conclusion inéluctable est que son orientation sexuelle a été constamment au centre des délibérations la concernant et omniprésente à tous les stades de la procédure administrative et judiciaire. [...] La Cour considère que la référence à l'homosexualité de la requérante était, sinon explicite, du moins implicite. L'influence de l'homosexualité avouée de la requérante sur l'appréciation de sa demande est établie et, compte tenu de ce qui précède, a constitué un élément décisif

conduisant à la décision de lui refuser l'agrément pour adopter")

¹¹⁶ Cf. CEDH, *Affaire Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, supra note **Error ! Bookmark not defined.**, par. 28 et 31 et *Affaire E.B.*, supra note **Error ! Bookmark not defined**, para. 85.

sur le développement de ces mineures, la mère n'ayant manifesté aucun intérêt à veiller et à protéger [...] le développement global de ces filles".¹¹⁷ Par conséquent, en plus d'autres considérations, le processus de garde a tourné autour de l'orientation sexuelle de Mme Atala et des effets présumés que sa vie avec son partenaire pourrait avoir sur les trois filles. Cette considération a donc été au centre de la discussion entre les parties et dans les principales décisions judiciaires prises au cours de la procédure (*supra* paragraphes 41 et 56).

97. Plus précisément, la Cour constate que la Cour suprême de justice du Chili a invoqué les motifs suivants pour motiver son arrêt : i) la " détérioration de l'environnement social, familial et éducatif des filles depuis que la mère a commencé à cohabiter avec son partenaire homosexuel " et les " effets que cette cohabitation pourrait avoir sur le bien-être psychologique et émotionnel des filles " ;ii) le prétendu "risque pour le développement intégral des filles dont il faut les protéger" en raison de "la confusion potentielle sur les rôles sexuels que pourrait provoquer chez elles l'absence du père masculin et son remplacement par une autre personne de sexe féminin" ; iii) l'existence alléguée d'une "situation de risque" qui les place dans une "position vulnérable dans leur environnement social", en raison du risque de discrimination sociale, iv) le fait que Mme Atala aurait mis "sa vie en danger", en raison de la "discrimination" dont elle aurait été victime. Atala aurait fait passer " ses propres intérêts avant ceux de ses filles lorsqu'elle a choisi d'exprimer son statut d'homosexuelle ".¹¹⁸ Ces arguments et les termes utilisés montrent un lien entre le jugement et le fait que Mme Atala vivait avec un partenaire du même sexe, ce qui indique que la Cour suprême a accordé une importance significative à l'orientation sexuelle de Mme Atala.

98. S'agissant de la décision de garde provisoire, la Cour constate que le tribunal pour mineurs de Villarrica a¹¹⁹ utilisé les arguments suivants : i) que Mme Atala aurait fait passer ses propres intérêts avant le bien-être de ses filles (*supra* para. 41), et ii) que " dans le contexte d'une société hétérosexuelle et traditionnelle ", le père offrait " des arguments plus favorables en faveur de l'intérêt supérieur des filles " (*supra* para. 41). A cet égard, la Cour considère que, comme pour l'arrêt de la Cour suprême (*supra* para. 97), la décision de garde provisoire était principalement fondée sur l'orientation sexuelle de Mme Atala. Par conséquent, cette Cour conclut qu'il y a eu une différence de traitement fondée sur cette catégorie.

99. Afin de déterminer si ces différences de traitement constituent une discrimination, les paragraphes suivants analysent la justification donnée par l'État pour opérer une telle distinction de traitement, c'est-à-dire la prétendue protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et le prétendu préjudice subi par les filles en raison de l'orientation sexuelle de leur mère.

4. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et les hypothèses de risque

Arguments des parties

¹¹⁷ Demande de garde déposée devant le Tribunal des mineurs de Villarrica le 14 janvier 2003 (Dossier des annexes à la demande, volume V, annexe 1, page 2500).

¹¹⁸ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, pages 2669 à 2677).

¹¹⁹ La Cour a indiqué que "comme l'indique l'article 225 du code civil, si les parents vivent séparément, la mère s'occupera de la garde personnelle des enfants, et dans tous les cas, lorsque l'intérêt de l'enfant le rend nécessaire, soit en raison d'abus, de manque de soins, ou de toute autre cause aggravée, le juge peut confier la garde personnelle des enfants à l'autre parent". Il a ajouté que "le juge a la lourde tâche judiciaire de décider lequel des parents est le plus apte à rendre effectif le droit de garde des mineurs, ce pour quoi il doit se tourner vers des paramètres objectifs - comme l'est le fond de la procédure - et vers un jugement de probabilité, en décidant de

manière interlocutoire en raison de l'urgence que le bien-être des filles exige, avec lequel des deux parents il convient qu'elles restent." Décision dans la demande de garde provisoire par le Tribunal des mineurs de Villarica, le 2 mai 2003 (Dossier des annexes à la demande, volume V, pages 2559 à 2567).

100. La Commission a estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant est "non seulement un objectif légitime, mais aussi un besoin social pressant", mais que "l'absence d'adéquation ou de relation causale entre l'objectif recherché et la distinction [opérée]" est évidente dans le raisonnement spéculatif et abstrait des décisions."

101. La Commission a déclaré que "les deux autorités judiciaires [(la Cour suprême et le Tribunal des mineurs de Villarrica)] ont fondé leurs décisions sur des hypothèses de risque dérivées de préjugés et de stéréotypes erronés concernant les caractéristiques et le comportement d'un groupe social donné". À cet égard, elle a fait valoir que "la décision était fondée sur les conceptions stéréotypées des juges concernant la nature et les effets des relations entre personnes du même sexe."

102. Les représentants ont fait valoir que l'intérêt supérieur des filles "serait en fait, en théorie [...] un but légitime". Cependant, ils ont déclaré qu'"il ne suffit pas [...] d'invoquer un objectif légitime pour qu'il en soit un ; l'État a l'obligation de prouver que cet objectif est réel". À cet égard, ils ont fait valoir que "l'État dit simplement qu'il protège les filles, mais il n'offre pas objectivement de motifs pour les dommages qui auraient été causés aux filles et, par conséquent, la décision manque d'un but légitime."

103. Les représentants ont également déclaré qu'"il convient d'examiner si la séparation complète de la mère répond à l'objectif déclaré de protection des filles". À cet égard, ils ont fait valoir que "l'on peut considérer qu'elle le fait, même si elle le fait d'une manière qui ne satisfait pas au principe de l'interdiction de l'arbitraire, car le niveau d'intensité avec lequel les droits sont affectés est clairement très élevé, ce qui entraîne des violations de leurs droits". Plus précisément, les représentants ont indiqué que les décisions de justice "séparent les filles de leur figure maternelle, de leur référent, de leur lieu de résidence, de leurs écoles, de leurs amis et de leurs animaux domestiques." En outre, les représentants ont noté que l'État "réécrit le jugement qu'il aurait souhaité que la Cour suprême écrive, mais ce n'est pas celui qui a commencé cette procédure."

104. En ce qui concerne la décision de garde provisoire, les représentants ont fait valoir qu'"elle n'était ni objective ni raisonnable." En outre, ils ont souligné que les "juges ont supposé que, dans le cas des femmes lesbiennes, vivre avec un partenaire est un intérêt égoïste qui ne peut procurer du bien-être qu'à la mère."

105. Pour sa part, l'État a fait valoir que, dans le cadre d'une procédure de garde, "une priorité [est établie] en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant par rapport à tout autre intérêt protégé en litige, [donc] il est clair que dans une procédure de garde, il est nécessaire de comprendre l'intérêt susmentionné comme un motif fort pour justifier un changement dans le régime de soins personnels [d'un enfant]". Plus précisément, l'État a fait valoir que "le jugement de la Cour suprême a conclu que les juridictions inférieures avaient commis une faute grave ou un abus en violant les règles d'évaluation des preuves, affectant ainsi l'intérêt supérieur des filles". De même, l'État a indiqué que dans la décision de garde provisoire, "le tribunal a déclaré [...] qu'il appartient à l'organe de condamnation de sauvegarder l'intérêt supérieur de l'enfant et d'assurer son plus grand bien-être [...] et a donc décidé d'accorder la garde provisoire au père." En outre, l'État a fait valoir que "la décision sur la garde provisoire, après avoir évalué tous les éléments de preuve à ce jour dans l'affaire [...] a conclu que : i) les filles présentaient des troubles de nature psychologique et des carences affectives [...], et ii) que le père offrait la certitude d'un environnement approprié."

106. L'État a fait valoir que "en ce qui concerne l'exigence d'"adéquation" pour garantir que les mesures appliquées par les États ne sont pas discriminatoires, afin de se conformer

à l'examen minutieux

test [...], il aurait suffi de prouver la situation préjudiciable subie par les filles en l'espèce ". Plus précisément, l'État a fait valoir que "le dossier contient de nombreuses preuves qui démontrent : i) les effets négatifs spécifiques que l'expression de l'orientation sexuelle de la défenderesse a eu sur le bien-être de ses filles, et ii) que le père offrait de meilleures conditions pour leur bien-être, une question qui n'est en aucun cas liée à l'orientation sexuelle de la défenderesse". L'État a également fait valoir qu'"il existe des preuves convaincantes que la défenderesse a fait preuve d'une attitude intensément égocentrique ainsi que de caractéristiques personnelles qui l'ont empêchée d'exercer correctement son rôle de mère, des circonstances qui ont permis de conclure que la mère n'offrait pas un environnement approprié pour le développement de ses filles". De même, elle a déclaré que "les preuves au dossier étaient abondantes, non seulement sur les effets négatifs que l'expression de l'orientation sexuelle de la défenderesse avait sur le bien-être de ses filles, mais aussi sur des circonstances totalement extérieures, comme la détermination de la question de savoir si le père ou la mère offrait un meilleur environnement pour le développement des filles et un plus grand degré d'engagement et d'attention à leur égard."

Considérations de la Cour

107. La Cour interaméricaine constate que, parmi ses considérations, la Cour suprême de justice du Chili a déclaré que "dans toutes les mesures concernant [les enfants], il est essentiel de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant par rapport à toute autre considération et aux droits concernant leurs parents, ce qui pourrait rendre nécessaire de les séparer de leurs parents."¹²⁰ Pour sa part, le tribunal des mineurs de Villarrica, dans la décision de garde provisoire, a déclaré qu'"il appartient à l'organe de condamnation de garantir [...] l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui implique la réalisation d'une analyse préventive [...] conduisant à la finalité ultime de toute décision judiciaire concernant un mineur, qui n'est autre que la recherche de son plus grand bien-être."¹²¹

108. L'objectif général de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant est, en soi, un but légitime et constitue également un impératif. Ainsi, la Cour rappelle que le principe régulateur des droits de l'enfant est fondé sur la dignité même de l'être humain, sur les caractéristiques de l'enfant lui-même et sur la nécessité de favoriser son développement, en tirant pleinement parti de sa potentialité¹²². De même, il convient de noter que le préambule de la Convention relative aux droits de l'enfant établit que les enfants ont besoin de "soins spéciaux" et que l'article 19 de la Convention américaine stipule qu'ils doivent bénéficier de "mesures spéciales de protection."¹²³

109. De même, la Cour estime que la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les cas de prise en charge et de garde de mineurs doit se fonder sur une évaluation des comportements spécifiques des parents et de leur impact négatif sur le bien-être et le développement de l'enfant, ou de tout dommage ou risque réel et avéré pour le bien-être de l'enfant et non ceux qui sont spéculatifs ou imaginaires. Par conséquent, les spéculations, les hypothèses, les stéréotypes ou les considérations généralisées concernant les caractéristiques personnelles des parents ou les préférences culturelles concernant les concepts traditionnels de la famille ne sont pas admissibles.¹²⁴

¹²⁰ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili du 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, pages 2670).

¹²¹ Décision sur la demande de garde provisoire par le tribunal des mineurs de Villarrica, le 2 mai 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2566).

¹²² Cf. *Statut juridique et droits de l'homme de l'enfant*. Avis consultatif OC-17/02 du 28 août 2002. Série A n° 17, para. 56. Dans la même veine, voir : Préambule de la Convention américaine.

¹²³ Avis consultatif OC-17/02, *supra* note 122, para. 60.

¹²⁴ Voir, entre autres, en Australie : *In the Marriage of C. and J.A. Doyle*, (1992) 15 Fam. L.R. 274, 274, 277 (Le mode de vie du parent n'est d'aucune pertinence si l'on ne tient pas compte de ses conséquences sur le bien-être de l'enfant) ; dans l'affaire du

110. En conclusion, la Cour interaméricaine note que, " l'intérêt supérieur de l'enfant " étant considéré comme un objectif légitime, en termes abstraits, la simple référence à cet objectif, sans preuve spécifique des risques ou des dommages pour les filles qui pourraient résulter de l'orientation sexuelle de la mère, ne peut servir de mesure appropriée pour restreindre un droit protégé, tel que le droit d'exercer tous les droits de l'homme sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de la personne.¹²⁵ L'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être utilisé pour justifier une discrimination à l'encontre des parents fondée sur leur orientation sexuelle. Par conséquent, le juge ne peut pas prendre en considération cette condition sociale comme un élément dans une décision de garde.

111. Une détermination fondée sur des hypothèses non fondées et stéréotypées concernant la capacité et l'aptitude du parent à assurer et à promouvoir le bien-être et le développement de l'enfant n'est pas appropriée pour garantir l'objectif légitime de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.¹²⁶ La Cour estime que les considérations fondées sur des stéréotypes d'orientation sexuelle, c'est-à-dire des idées préconçues concernant les attributs, les comportements ou les caractéristiques des homosexuels ou l'impact que ceux-ci peuvent avoir sur les enfants, ne sont pas admissibles.¹²⁷

112. En outre, la Cour souligne que, bien que l'État ait fourni des preuves concernant les arguments spécifiques selon lesquels le père pourrait prétendument offrir un meilleur environnement à ses filles au cours de la procédure de garde, aux fins de l'analyse de l'adéquation de la mesure, la Cour ne prendra en considération que les preuves et arguments qui

Philippines : Cour suprême des Philippines, *Joycelyn Pablo-Gualberto v. Crisanto Rafaelito Gualberto*, G.R. No. 156254 du 28 juin 2005, déclarant que la préférence sexuelle n'est pas en soi un signe d'incompétence parentale à exercer la garde des mineurs ("la préférence sexuelle ou le laxisme moral ne prouvent pas à eux seuls la négligence ou l'incompétence parentale. (...) Pour priver l'épouse de la garde, le mari doit clairement établir que ses défaillances morales ont eu un effet négatif sur le bien-être de l'enfant ou ont détourné l'époux fautif de l'exercice d'un soin parental approprié") ; en Afrique du Sud : Constitutional Court of South Africa, *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 septembre 2002), autorisant l'adoption de mineurs par des couples de même sexe, considérant que cela n'affectera pas l'intérêt supérieur de l'enfant, et Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *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 mars 2003).

¹²⁵ Dans le même ordre d'idées, dans une affaire de retrait de la garde d'un mineur en raison des convictions religieuses de la mère, la Cour européenne des droits de l'homme a critiqué l'absence de preuves spécifiques et directes de l'impact des convictions religieuses sur l'éducation et la vie quotidienne des enfants, raison pour laquelle elle a estimé que le tribunal national avait rendu un jugement abstrait, fondé sur des considérations générales, sans établir de relation entre le mode de vie des enfants et celui de la mère. La Cour a déclaré que " bien que pertinent, ce raisonnement n'était pas, selon la Cour, suffisant. 43. Dans ces conditions, la Cour ne peut conclure à l'existence d'un rapport raisonnablement proportionné entre les moyens employés et le but légitime poursuivi. CEDH, *Affaire Palau-Martínez c. France*, (n° 64927/01), Arrêt du 16 décembre 2003. Final, 16 mars 2004, paras. 42-43.

¹²⁶ À cet égard, le témoin expert Jernow a déclaré que " l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant [...] ne peut pas être fondée sur des hypothèses sans fondement ou des stéréotypes sur la capacité des parents " (dossier du fond, volume XI, page 5069). De même, le témoin expert Wintemute a déclaré que "la discrimination fondée sur la race, la religion, le sexe ou l'orientation sexuelle du parent de l'enfant n'est jamais dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce qui est dans le meilleur intérêt de l'enfant, c'est une décision de garde qui prend en compte les qualités des deux parents, sans examiner des considérations qui ne sont pas pertinentes, et qui sont souvent liées à des préjugés sociaux" [...] Une décision de garde non discriminatoire ne devrait pas faire référence à l'orientation sexuelle de l'un ou l'autre parent. Elle devrait se concentrer uniquement sur les compétences parentales de chaque parent, le type de foyer qu'ils peuvent offrir, etc. Il ne devrait même pas être nécessaire de mentionner l'orientation sexuelle " (dossier du fond, volume XI, pages 5355 et 5358). De même, lors de l'audience publique, le témoin expert García Méndez a souligné que " le comportement sexuel que les tribunaux ont généralement pris en

compte dans des affaires de cette nature, sont des comportements sexuels qui font référence à la promiscuité, [...] sans aucun autre type de considération. "

¹²⁷ Sur le concept de stéréotypes, voir *l'affaire González et al. ("Cotton Field") c. Mexique. Objection préliminaire, fond, réparations et frais*. Arrêt du 16 novembre 2009. Série C n° 205, para. 401.

ont été explicitement utilisées par la Cour suprême ou par le Tribunal des mineurs de Villarica pour motiver leurs décisions de garde provisoire (*supra* paragraphes 41 et 56).

113. La Cour note que la Cour suprême de justice a mentionné quatre arguments directement liés à l'orientation sexuelle de Mme Atala : i) la discrimination sociale prétendument subie par les trois filles en raison de l'expression de l'orientation sexuelle de Mme Atala¹²⁸ii) la confusion alléguée des filles quant aux rôles sexuels, conséquence de la cohabitation de leur mère avec un partenaire du même sexe ;¹²⁹ iii) la priorité que Mme Atala aurait accordée à sa vie personnelle sur les intérêts de ses trois filles.¹³⁰et iv) le droit des filles à vivre au sein d'une famille avec un père et une mère.¹³¹ La Cour suprême a conclu que les juges d'appel ont failli en "n'ayant pas évalué strictement en conscience les preuves dans la procédure" et en "ayant passé outre le droit privilégié des mineurs de vivre et de grandir au sein d'une famille structurée normalement et appréciée dans le milieu social, selon le modèle traditionnel approprié, et ayant commis une faute ou un abus grave, qui doit être corrigé par l'admission du *recurso de queja* (recours de plainte)".¹³² Les principaux motifs de la décision de garde provisoire étaient les intérêts préférentiels allégués de la mère et l'argument du droit des filles à vivre dans une famille traditionnelle (*supra* paragraphe 41), raison pour laquelle ces points seront examinés conjointement.

114. Par conséquent, la Cour examine si ces arguments étaient appropriés pour atteindre l'objectif énoncé dans l'arrêt de la Cour suprême et dans la décision du tribunal des mineurs de Villarica, à savoir protéger l'intérêt supérieur des trois filles.

4.1. Discrimination sociale présumée

115. La Cour note que, parmi les déclarations recueillies au cours de la procédure, l'un des témoins a affirmé qu'" il y a eu une discrimination à l'égard des petites filles, non pas de la part des autres enfants, mais de la part des parents, qui répriment les enfants ; je n'ai pas de preuve d'actes spécifiques de discrimination, mais un exemple donné était que, s'il y avait une soirée pyjama chez Karen, ils ne permettaient pas à leurs filles d'y aller ".¹³³ En outre, certains des témoins ont indiqué que : "les filles vont être discriminées et affectées dans leurs relations sociales ;"¹³⁴ ii) "dans l'environnement scolaire et parmi leurs camarades [...] elles sont montrées du doigt, je crains que cette situation ne soit difficile parce que nous vivons dans une si petite ville".¹³⁵et iii) "les parents de leurs camarades de classe et de leurs amis adoptent des attitudes protectrices".

¹²⁸ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2672).

¹²⁹ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004 (Dossier d'annexes à la requête, volume V, page 2672)".

¹³⁰ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2672).

¹³¹ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili du 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2672).

¹³² La Cour suprême a considéré que la situation décrite constitue une " cause aggravée " au sens de l'article 225 du Code civil, pour justifier la remise de la garde au père, étant donné que la situation actuelle représente " un scénario qui implique un risque de préjudice, qui pourrait devenir irréversible, pour les intérêts des mineurs, dont la protection doit primer sur toute autre considération. " Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili du 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, pages 2672 et 2673).

¹³³ Témoignage du 10 avril 2003 (Dossier des annexes à la pétition, volume I, page 360).

¹³⁴ Témoignage du 3 avril 2003 (Dossier des annexes à la pétition, volume I, page 327).

¹³⁵ Témoignage du 3 avril 2003 (Dossier des annexes à la pétition, volume I, page 328).

envers leurs enfants par rapport à cette situation, qu'ils considèrent comme contradictoire avec l'éducation qu'ils donnent à leurs enfants et cela doit nécessairement générer des situations négatives et un isolement pour les petites filles, ce qui, d'après ce que j'ai entendu, se produit malheureusement."¹³⁶

116. De même, le travailleur social qui a témoigné lors de la procédure a indiqué qu'"au Chili, selon une étude [...] sur la tolérance et la discrimination [réalisée en] 1997, il a été constaté que les Chiliens expriment un haut niveau de rejet envers les minorités homosexuelles [,] le pourcentage de rejet étant de 60,2%. Sur cette base, et conscients du haut [niveau de] discrimination [,] ces mineurs seraient exposés à des situations injustifiées de discrimination sociale".¹³⁷.

117. D'autre part, la Cour relève que le dossier de garde contient huit déclarations sous serment de parents de camarades de classe et d'amis des trois filles dans lesquelles ils attestent, *entre autres*, qu'" ils n'ont jamais exercé de discrimination à l'encontre des filles [de Mme Atala] de quelque manière que ce soit et que leurs enfants se sont réunis, ont joué et participé à des activités avec les filles López Atala"¹³⁸.

118. À cet égard, la Cour confirme que, bien que le dossier contienne des témoignages de personnes qui ont déclaré que les filles pouvaient subir une discrimination dans leur environnement social du fait que leur mère cohabitait avec un partenaire du même sexe, il existe également des preuves contraires sur ce point (*supra* paragraphes 115, 116 et 117). Toutefois, la Cour relève que le Tribunal suprême a décrit la discrimination sociale potentielle que les filles pourraient subir de manière conditionnelle et abstraite, puisqu'il a déclaré que : i) " les filles pourraient être soumises à une discrimination sociale ", et ii) que " manifestement, leur environnement familial unique diffère sensiblement de celui de leurs camarades d'école et de leurs connaissances dans le quartier où elles vivent, les exposant à l'ostracisme et à la discrimination, ce qui affecterait également leur développement personnel. "¹³⁹

119. La Cour considère que justifier une distinction de traitement et la restriction d'un droit, sur la base de la prétendue possibilité de discrimination sociale, avérée ou non, à laquelle les mineurs pourraient être confrontés en raison de la situation de leurs parents, ne peut servir de fondement juridique à une décision. S'il est vrai que certaines sociétés peuvent être intolérantes à l'égard d'une personne en raison de sa race, de son sexe, de sa nationalité ou de son orientation sexuelle, les États ne peuvent pas s'en servir comme justification pour perpétuer des traitements discriminatoires. Les États sont internationalement contraints d'adopter les mesures nécessaires pour " rendre effectifs " les droits établis dans la Convention, comme le stipule l'article 2 dudit instrument interaméricain, et doivent donc être enclins, précisément, à affronter les expressions intolérantes et discriminatoires afin d'éviter l'exclusion ou le refus d'un statut spécifique.

120. La Cour note que des changements sociaux, culturels et institutionnels ont lieu dans le cadre des sociétés contemporaines, qui visent à mieux prendre en compte les différents modes de vie de leurs citoyens. L'acceptation sociale des couples interraciaux en est la preuve,¹⁴⁰

¹³⁶ Témoignage du 3 avril 2003 (Dossier des annexes à la pétition, volume I, page 329).

¹³⁷ Témoignage de l'assistante sociale du 14 avril 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume I, page 390).

¹³⁸ Affidavits de mai 2003 (Dossier des annexes à la pétition, volume I, pages 458 à 464)".

¹³⁹ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili du 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V,

pages 2672).

¹⁴⁰ Cf. la Cour suprême de justice des États-Unis d'Amérique, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 avril 1984), annulant la décision d'un tribunal d'accorder la garde d'un mineur au père parce qu'il considérait que la nouvelle relation de la mère avec son nouveau partenaire d'une autre race impliquerait une souffrance pour l'enfant, en raison de la

les mères ou pères célibataires et les couples divorcés, qui, à une époque, n'étaient pas acceptés par la société. À cet égard, la loi et l'État doivent contribuer à promouvoir le progrès social, faute de quoi le risque est grand de légitimer et de consolider les différentes formes de discrimination qui violent les droits de l'homme.¹⁴¹.

121. En revanche, en ce qui concerne l'argument selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait être affecté par le risque de rejet par la société, la Cour considère que la stigmatisation sociale potentielle due à l'orientation sexuelle de la mère ou du père ne peut être considérée comme un "préjudice" valable aux fins de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant. Si les juges qui analysent de tels cas confirment l'existence d'une discrimination sociale, il est tout à fait inadmissible de légitimer cette discrimination avec l'argument de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'espèce, la Cour souligne également que Mme Atala n'avait aucune raison de subir les conséquences de la discrimination que les filles auraient subie dans leur communauté en raison de son orientation sexuelle.

122. Par conséquent, la Cour conclut que l'argument de la discrimination sociale potentielle n'était pas suffisant pour atteindre l'objectif déclaré de protection de l'intérêt supérieur des filles de Mme Atala.

4.2. Confusion présumée des rôles sexuels

123. En ce qui concerne la possible confusion des rôles qui pourrait affecter les trois filles du fait de leur cohabitation avec leur mère et son compagnon, la Cour suprême a fondé sa décision sur : i) " le témoignage de personnes proches des filles, telles que les femmes de ménage, qui font référence à des jeux et des attitudes des filles qui reflètent une confusion sur la sexualité de la mère, qu'elles auraient pu percevoir dans les nouvelles modalités de cohabitation à leur domicile ", et ii) " outre les effets que cette cohabitation pourrait avoir sur le bien-être et le développement psychologique et émotionnel des filles, compte tenu de leur âge, la confusion potentielle sur les rôles sexuels qui pourrait être provoquée par l'absence au foyer d'un père masculin et son remplacement par une autre personne de sexe féminin présente un risque pour le développement intégral des enfants dont il convient de les protéger".¹⁴².

124. En ce qui concerne l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, toute restriction d'un droit doit être fondée sur des raisons rigoureuses et sérieuses.¹⁴³ En outre, la charge de la preuve est inversée, ce qui signifie qu'il appartient à l'autorité de

la stigmatisation sociale attachée à la relation de la mère, qui, par sa décision, aurait fait passer ses intérêts personnels avant ceux de l'enfant ("La question, cependant, est de savoir si la réalité des préjugés privés et le préjudice éventuel qu'ils pourraient infliger sont des considérations admissibles pour retirer un enfant en bas âge de la garde de sa mère naturelle. Nous avons peu de difficultés à conclure qu'elles ne le sont pas. La Constitution ne peut pas contrôler de tels préjugés, mais elle ne peut pas non plus les tolérer. Les préjugés privés peuvent être hors de portée de la loi, mais la loi ne peut pas, directement ou indirectement, leur donner effet").

¹⁴¹ À cet égard, dans une affaire de discrimination fondée sur les convictions religieuses dans le cadre d'une décision judiciaire sur la garde de mineurs, la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté l'argument d'une juridiction nationale, selon lequel l'intérêt supérieur de deux mineurs pouvait être affecté par le risque de stigmatisation sociale dû aux convictions de la mère, puisque celle-ci appartenait à la secte religieuse des Témoins de Jéhovah. Cf. CEDH, *affaire Hoffmann c. Autriche*, (n° 12875/87), arrêt du 23 juin 1993, par. 15, 33 à 36.

¹⁴² Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2672).

¹⁴³ Cf. CEDH, *Karner V. Autriche*, (n° 40016/98), arrêt du 24 juillet 2003. Final, 24 octobre 2003, para. 37 ("des raisons très lourdes devraient être avancées avant que la Cour puisse considérer une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe comme compatible avec la Convention"), et CEDH, *Affaire Kozak, supra note*

Error ! Bookmark not defined., para. 92.

prouver que sa décision n'a pas un but ou un effet discriminatoire.¹⁴⁴ Cela est particulièrement pertinent dans un cas comme celui-ci, sachant que la détermination du préjudice doit être étayée par des preuves techniques et des rapports d'experts et de chercheurs afin de parvenir à des conclusions qui n'aboutissent pas à des décisions discriminatoires.

125. En effet, la charge de la preuve incombe ici à l'État, qui doit démontrer que la décision judiciaire considérée a été fondée sur l'existence d'un préjudice clair, spécifique et réel pour le développement des enfants. Ainsi, les décisions judiciaires en la matière devraient définir de manière spécifique et concrète les liens et la causalité entre le comportement et l'impact présumé sur le développement de l'enfant. Sinon, on risque de fonder la décision sur des stéréotypes (*supra* paragraphes 109 et 111) exclusivement associés à l'idée préconçue infondée que les enfants élevés par des couples homosexuels auraient nécessairement des difficultés à définir les rôles de genre ou sexuels.

126. La jurisprudence de certains pays, ainsi que de nombreux rapports scientifiques, ont clairement fait référence à cette question. Par exemple, la Cour suprême de justice du Mexique, dans un arrêt de 2010 sur le droit des couples homosexuels d'adopter des mineurs, a jugé pertinent que les requérants ne justifient pas empiriquement une prétendue atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant en cas d'adoption par des couples de même sexe en se fondant sur des documents ou des analyses scientifiques. Au contraire, la Cour suprême a pris en compte les études existantes sur l'impact de l'orientation sexuelle sur le développement de l'enfant, et a considéré qu'il n'était pas possible de soutenir l'hypothèse générale selon laquelle vivre avec des parents homosexuels a un effet négatif sur le développement des enfants.¹⁴⁵ En outre, la Cour suprême a indiqué que :

L'hétérosexualité ne garantit pas qu'un enfant adopté vivra dans la meilleure situation pour son développement : cela n'a rien à voir avec l'hétérosexualité-homosexualité. Tous les types de familles ont des avantages et des inconvénients et chaque famille doit être analysée individuellement, et non d'un point de vue statistique¹⁴⁶.

127. D'autre part, plusieurs arrêts rendus par des juridictions internationales¹⁴⁷ concluent que dans les décisions judiciaires concernant la garde des mineurs, la prise en compte du comportement du parent

¹⁴⁴ Cf. CEDH, *affaire E.B.*, *supra* note 99, para. 74 (La Cour observe par ailleurs que le Gouvernement, à qui incombait la charge de la preuve [...], n'a pas été en mesure de produire des informations statistiques sur la fréquence de l'invocation de ce motif en fonction de l'orientation sexuelle - déclarée ou connue - des personnes candidates à l'adoption, seules susceptibles de donner une image précise de la pratique administrative et d'établir l'absence de discrimination dans l'invocation de ce motif) ; *Affaire D.H. et al. c. République tchèque*, (n° 57325/00), arrêt du 13 novembre 2007, par. 177 (S'agissant de la charge de la preuve dans ce domaine, la Cour a établi qu'une fois que le requérant a démontré une différence de traitement, il appartient au Gouvernement de montrer qu'elle était justifiée) ; *Affaire Orsus et al. c. Croatie*, (n° 15766/03), arrêt du 16 mars 2010, par. 150 (une discrimination potentiellement contraire à la Convention peut résulter d'une situation de fait. Lorsqu'un requérant produit un commencement de preuve que l'effet d'une mesure ou d'une pratique est discriminatoire, la charge de la preuve se déplace sur l'État défendeur, à qui il incombe de montrer que la différence de traitement n'est pas discriminatoire) ; *Affaire Andrejeva c. Lettonie*, (n° 55707/00), arrêt du 18 février 2009, para. 84 (Enfin, s'agissant de la charge de la preuve sous l'angle de l'article 14 de la Convention, la Cour a jugé qu'une fois que le requérant a démontré l'existence d'une différence de traitement, il appartient au Gouvernement de démontrer que celle-ci était justifiée) ; *Affaire Serife Yigit c. Turquie*, (n° 3976/05), arrêt du 2 novembre 2010, par. 71 (S'agissant de la charge de la preuve dans ce domaine, la Cour a établi qu'une fois que le requérant a démontré une différence de traitement, il appartient au Gouvernement de montrer qu'elle était justifiée), et *Affaire Muñoz Díaz c. Espagne*, (n° 49151/07), arrêt du 8 mars 2010, par. 50.

¹⁴⁵ Cf. Cour suprême de justice du Mexique, Action d'inconstitutionnalité A.I. 2/2010, 16 août 2010, para. 336.

¹⁴⁶ Cour suprême de justice du Mexique, Action d'inconstitutionnalité A.I. 2/2010, 16 août 2010, para. 338.

¹⁴⁷ Cf. CEDH, *Affaire M. et C. c. Roumanie*, (n° 29032/04). Arrêt du 27 septembre 2011. Final, 27 décembre 2011, para. 147, et *Affaire Palau-Martinez c. France* (n° 64927/01), arrêt du 16 décembre 2003. Final, 16 mars 2004,

paras. 42, 43, où la Cour européenne établit qu'une décision judiciaire sur la remise de la garde de mineurs à une institution étatique ne doit pas considérer *in abstracto* les effets possibles d'une condition spécifique des parents, protégés contre les traitements discriminatoires, dans le bien-être de l'enfant.

n'est admissible que lorsqu'il existe des preuves spécifiques montrant que le comportement du parent a un impact négatif direct sur le bien-être et le développement de l'enfant. Cette disposition vise à garantir qu'un examen plus approfondi soit appliqué lorsque la décision judiciaire concerne le droit à l'égalité de groupes de population traditionnellement discriminés, tels que les homosexuels (*supra* par. 92 et 124).

128. Pour leur part, les experts Rodrigo Uprimny et Allison Jernow ont cité et fourni un certain nombre de rapports scientifiques considérés comme représentatifs et faisant autorité dans le domaine des sciences sociales, pour conclure que le fait de vivre avec des parents homosexuels n'affecte pas *en soi* le développement émotionnel et psychologique de l'enfant. Ces études s'accordent sur le fait que i) les attitudes des parents homosexuels sont équivalentes à celles des parents hétérosexuels ; ii) le développement psychologique et le bien-être émotionnel des filles ou des garçons élevés par des pères gays ou des mères lesbiennes sont comparables à ceux des filles ou des garçons élevés par des parents hétérosexuels ; iii) l'orientation sexuelle n'est pas pertinente pour la formation de liens affectifs entre les enfants et leurs parents ; iv) l'orientation sexuelle de la mère ou du père n'affecte pas le développement des enfants en termes de genre et de sentiment d'être un homme ou une femme, de rôle de genre, de comportement et/ou d'orientation sexuelle, et v) les enfants de parents homosexuels ne sont pas plus affectés par la stigmatisation sociale que les autres enfants.¹⁴⁸ De même, l'expert Jernow a mentionné plusieurs jugements rendus par des tribunaux nationaux qui ont utilisé des enquêtes scientifiques comme preuves documentaires pour affirmer que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas lésé par l'homosexualité du parent.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Cf. déclaration offerte par l'expert Rodrigo Uprimny lors de l'audition publique du 23 août 2011, faisant référence à l'American Psychology Association, Council of Representatives, *Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children*, adopté par le Conseil des représentants de l'APA les 28 / 30 juillet 2004, qui stipule que : "Il n'existe aucune preuve scientifique que l'efficacité d'un parent est liée à son orientation sexuelle : les mères et les pères homosexuels sont aussi enclins que les mères et les pères hétérosexuels à fournir un environnement sain et favorable à leurs enfants [et] [...] la science a prouvé que l'adaptation, le développement et le bien-être psychologique des enfants ne sont pas liés à l'orientation sexuelle de leurs parents, et que les enfants de parents homosexuels ont les mêmes probabilités de développement que ceux de parents hétérosexuels." Disponible sur : <http://www.apa.org/about/governance/council/policy/parenting.aspx> (dernière visite le 19 février 2012)

Voir également la déclaration écrite proposée par l'expert Allison Jernow le 16 septembre 2011, mentionnant les études suivantes : R. McNair, D. Dempsey, S. Wise, A. Perlesz, *Lesbian Parenting : Issues Strengths and Challenges*, in : 63 Family Matters 40 (2002) ; A. Brewaeys, I. Ponjaert, E.V. Van Hall, S. Golombok, *Donor insemination : child development and family functioning in lesbian mother families*, in : Human Reproduction Vol. 12, 1997, Page 1349 et 1350 ; Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, American Journal Orthopsychiatry Vol. 65, 1995, Page. 203 ; K. Vanfraussen, I. Ponjaert-Kristofferson, A. Brewaeys, *Family Functioning in Lesbian Families Created by Donor Insemination*, in : American Journal of Orthopsychiatry Vol. 73, 2003, Page. 78 ; Marina Rupp, *The living conditions of children in same-sex civil partnerships*, Ministère fédéral de la Justice d'Allemagne, 2009, page 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*, in : Journal of Child Psychology and Psychiatry Vol. 45, 2004, page 755 ; Rafael Portugal Fernández, Alberto Araujo Vilar, *Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción en parejas homosexuales*, in : Avances en salud mental relacional Vol. 3, 2004. Cette dernière étude indique qu'" aucune différence significative n'est constatée entre les homosexuels et les hétérosexuels quant à l'efficacité avec laquelle ils exercent leur rôle de parents " et que " les recherches menées à ce jour indiquent unanimement qu'il n'existe pas de différences significatives entre les enfants élevés par des homosexuels et les enfants élevés par des hétérosexuels en termes d'identité sexuelle, de rôles sexuels, d'orientation sexuelle, de relations sexuelles avec les pairs et les adultes, de relations d'amitié, de popularité " ; Stéphane Nadaud, " Quelques repères pour comprendre la question homoparentale ", in : M. Gross, Homoparentalités, état des lieux, Ed. érès "La vie de l'enfant", Toulouse, 2005, et Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, in : American Journal Orthopsychiatry Vol. 65, 1995, Page. 203. Cf. Déclaration écrite rendue par l'expert Allison Jernow le 16 septembre 2011 (dossier du fond, volume XI, pages 5079 et 5080).

¹⁴⁹ Cf. déclaration écrite rendue par l'expert Allison Jernow le 16 septembre 2011, mentionnant les affaires *Re K and B and Six Other Applications*, Cour suprême de l'Ontario, 24 mai 1995, para. 89 ; *Boots v. Sharrow*, Cour suprême de justice de l'Ontario, 2004 Can LII 5031, 7 janvier 2004 ; *Bubis v. Jones*, Cour suprême de l'Ontario, 2000 Can LII 22571, 10 avril 2000, Cour suprême de justice (Brésil) Ministère public de l'État de Rio Grande do Sul

c. LMGB, 27 avril 2010 ; Tribunal de district de Porto Alegre (Brésil), Adoption de VLN, no 1605872, 3 juillet 2006 (Dossier du fond, volume XI, pages 5082 et 5083).

129. La Cour note que l'American Psychological Association, à laquelle l'expert s'est référé, a déclaré que les études existantes sur cette question sont "d'une cohérence impressionnante dans leur incapacité à identifier tout déficit dans le développement des enfants élevés dans un foyer de lesbiennes ou de gays [...] les capacités des gays et des lesbiennes en tant que parents et les résultats positifs pour leurs enfants ne sont pas des domaines dans lesquels des chercheurs scientifiques crédibles sont en désaccord".¹⁵⁰. L'expert a donc conclu que :

Lorsque les spéculations sur les dommages potentiels futurs au développement d'un enfant sont solidement réfutées par toutes les recherches disponibles en sciences sociales, ces spéculations ne peuvent pas constituer le fondement probant d'une décision de garde¹⁵¹.

130. La Cour relève que, en l'espèce, la Cour suprême de justice du Chili n'a pas rendu un arrêt fondé sur une analyse *in abstracto* de la prétendue incidence de l'orientation sexuelle de la mère sur le développement des fillettes¹⁵² mais a invoqué l'existence alléguée de preuves concrètes. Toutefois, dans ses considérations, elle s'est limitée à l'application d'un critère de préjudice spéculatif, se contentant de faire référence, en ce qui concerne le préjudice allégué, à "la possible confusion des rôles sexuels" et à la "situation de risque pour le développement des filles".¹⁵³ La Cour suprême de justice s'est référée à "la détérioration de l'environnement social, familial et éducatif des filles depuis que la mère a commencé à cohabiter avec son partenaire homosexuel", sans préciser le lien entre ladite cohabitation et la prétendue détérioration. Elle n'a pas présenté d'arguments pour contester la possibilité que la détérioration alléguée ne soit pas due à la relation avec le nouveau partenaire, mais plutôt à la séparation antérieure des parents et à ses éventuels effets négatifs sur les filles. La Cour suprême de justice n'a pas non plus présenté d'arguments spécifiques pour soutenir l'affirmation selon laquelle la situation familiale avec le père était plus favorable. L'argumentation de la Cour suprême de justice s'est fondée sur les dommages psychologiques potentiels que pourrait causer aux trois filles le fait de vivre avec un couple homosexuel, sans donner de raisons suffisamment lourdes permettant de réfuter que l'orientation sexuelle des parents n'a pas d'effet négatif sur le bien-être psychologique et émotionnel, le développement, l'orientation sexuelle et les relations sociales de l'enfant.

131. La Cour interaméricaine conclut que la Cour suprême de justice n'a pas respecté l'obligation d'appliquer un critère d'examen strict et de justifier le préjudice spécifique que les trois filles auraient subi du fait que leur mère cohabitait avec un partenaire du même sexe. De plus, la Cour considère que, dans ce cas précis, le fait que les filles vivent avec leur mère et sa compagne ne les a pas privées de père, puisque le père de l'enfant est un homme.

¹⁵⁰ Cf. déclaration écrite proposée par l'expert Allison Jernow le 16 septembre 2011 qui cite : Mémoire d'amicus curiae présenté par l'American Psychological Association, l'Arkansas Psychological Association, la National Association of Social Workers et la National Association of Social Workers, Arkansas Chapter, dans l'affaire *Department of Human Services v. Matthew Howard*, Cour suprême de l'Arkansas (décembre 2005), p. 10-11 ("L'APA a décrit les études comme étant "d'une cohérence impressionnante dans leur échec à identifier tout déficit dans le développement des enfants élevés dans un foyer de lesbiennes ou de gays [...] les capacités des gays et des lesbiennes en tant que parents et les résultats positifs pour leurs enfants ne sont pas des domaines où des chercheurs scientifiques crédibles sont en désaccord"). Cf. déclaration écrite rendue par l'expert Allison Jernow le 16 septembre 2011 (dossier du fond, volume XI, page 5081).

¹⁵¹ Cf. déclaration écrite rendue par l'expert Allison Jernow le 16 septembre 2011 " Lorsque les spéculations sur les dommages futurs potentiels pour le développement d'un enfant sont solidement réfutées par toutes les recherches disponibles en sciences sociales, ces spéculations ne peuvent en aucun cas constituer le fondement probatoire d'une décision de garde. " (Dossier du fond, volume XI, page 5083).

¹⁵² La Cour suprême s'est référée aux témoignages des femmes de ménage concernant la prétendue confusion des rôles des filles. Cf. l'arrêt de la Cour suprême de justice du Chili du 31 mai 2004 considérant le paragraphe 15 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2672).

¹⁵³ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili du 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2672).

objectif de l'audience sur la garde n'impliquait pas que le père aurait perdu tout contact avec eux.

4.3. Privilège allégué d'intérêts

132. Dans son arrêt, la Cour suprême a indiqué qu'"on ne peut ignorer que la mère des mineures, en prenant la décision d'exprimer ouvertement son homosexualité, comme peut le faire librement n'importe qui dans le cadre de droits de genre très personnels, sans mériter aucune désapprobation ou reproche juridique pour cela, a fait passer ses propres intérêts avant ceux de ses filles, surtout lorsqu'elle a commencé à vivre avec son partenaire homosexuel dans le même foyer où elle s'est chargée de l'éducation et de la garde de ses filles séparément de leur père".¹⁵⁴ De même, le tribunal des mineurs de Villarrica a déclaré que "la défenderesse a privilégié son propre bien-être et son intérêt personnel par rapport à l'exercice de son rôle de mère, dans des conditions qui peuvent affecter le développement ultérieur des mineures".¹⁵⁵

133. La Cour interaméricaine estime nécessaire de souligner que la portée du droit à la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle ne se limite pas au fait d'être homosexuel *en soi*, mais inclut son expression et les conséquences qui en découlent dans le projet de vie d'une personne. À cet égard, dans l'*affaire Laskey, Jaggard et Brown contre le Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que tant l'orientation sexuelle que son exercice constituent un aspect pertinent de la vie privée¹⁵⁶.

134. À cet égard, l'expert Wintemute a déclaré que :

"Comme l'indique clairement la jurisprudence de la Cour européenne, l'orientation sexuelle comprend également le comportement. Cela signifie que la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne concerne pas seulement un traitement moins favorable du fait d'être lesbienne ou gay. Elle couvre également la discrimination fondée sur le fait qu'une personne agit en fonction de son orientation sexuelle, en choisissant d'avoir une activité sexuelle consensuelle en privé ou de s'engager dans une relation de couple à long terme avec un partenaire du même sexe"¹⁵⁷.

135. L'étendue de la protection du droit à la vie privée a été interprétée en termes larges par les cours internationales des droits de l'homme, lorsqu'elles ont déclaré qu'elle allait bien au-delà du droit à la vie privée. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à la vie privée englobe l'identité physique et sociale, le développement personnel et l'autonomie de l'individu ainsi que son droit d'établir et de développer des relations avec d'autres personnes et avec son environnement social, y compris le droit d'établir et d'entretenir des relations avec les autres personnes.

¹⁵⁴ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2672).

¹⁵⁵ Décision de garde provisoire rendue par le tribunal des mineurs de Villarrica, le 2 mai 2003 (dossier des annexes à la requête, volume V, page 2567).

¹⁵⁶ Cf. CEDH, *Affaire Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, (No. 21627/93 ; 21826/93 ; 21974/93), Arrêt du 19 février 1997, para. 36 (" Il ne fait aucun doute que l'orientation et l'activité sexuelles concernent un aspect intime de la vie privée "). Voir également l'*affaire Dudgeon c. Royaume-Uni*, (n° 7525/76), arrêt du 22 octobre 1981, par. 52 ; *Affaire A.D.T. c. Royaume-Uni*, (No. 35765/97), Arrêt du 31 juillet 2000. Final, 31 octobre 2000, para. 23 (" la Cour rappelle que la simple existence d'une législation interdisant le comportement homosexuel masculin en privé peut affecter de manière continue et directe la vie privée d'une personne ").

¹⁵⁷ Cf. témoignage d'expert rendu par l'expert Robert Wintemute, le 16 septembre 2011 (Dossier du fond, volume XI, pages 5360). Il a également déclaré que la Cour suprême du Canada, dans l'*affaire Egan c. Canada*, a établi que " l'orientation sexuelle est plus qu'un simple "statut" qu'un individu possède : c'est quelque chose qui se manifeste dans le comportement d'un individu par le choix d'un partenaire. Tout comme la *Charte* [canadienne des droits et libertés] protège les croyances et les pratiques religieuses en tant qu'aspects de la liberté de religion, il

faut reconnaître que l'orientation sexuelle englobe des aspects du "statut" et du "comportement" et que les deux doivent être protégés. *Egan c. Canada*, [1995] 2 RCS, 513, 518 (dossier du fond, volume XI, page 5360).

les relations avec les personnes du même sexe¹⁵⁸. En outre, le droit d'entretenir des relations personnelles avec d'autres individus l, dans le cadre du droit à une vie privée, s'étend aux sphères publique et professionnelle¹⁵⁹.

136. À cet égard, l'orientation sexuelle d'une personne est également liée à la notion de liberté et au droit de la personne à l'autodétermination et à choisir librement les options et les circonstances qui donnent un sens à son existence, conformément à ses propres choix et convictions.¹⁶⁰ Par conséquent, " la vie affective avec le conjoint ou le partenaire permanent, qui comprend évidemment les relations sexuelles, est l'un des principaux aspects de ce domaine ou cercle d'intimité ".¹⁶¹.

137. Pour sa part, la Cour suprême de justice du Mexique a déclaré que :

de la dignité humaine [...] découle, entre autres, le libre développement de la personnalité, c'est-à-dire le droit de chaque individu de choisir, librement et de manière autonome, comment vivre sa vie, ce qui inclut, entre autres expressions, [...] son libre choix sexuel. [L'orientation sexuelle d'une personne, en tant que partie intégrante de sa personnalité, est un élément essentiel de sa vie.

¹⁵⁸ Cf. CEDH, *Affaire Pretty V. Royaume-Uni* (n° 2346/02), arrêt du 29 avril 2002. Final, 29 juillet 2002, para. 61 (" la notion de [''] vie privée [''] est un terme large qui ne se prête pas à une définition exhaustive. Elle couvre l'intégrité physique et psychologique d'une personne [...]. Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu [...]. Des éléments tels que, par exemple, l'identification du genre, le nom et l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 [...]. L'article 8 protège également un droit au développement personnel, ainsi que le droit d'établir et de développer des relations avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...]. Bien qu'aucune affaire antérieure n'ait établi en tant que tel un droit à l'autodétermination comme figurant à l'article 8 de la Convention, la Cour estime que la notion d'autonomie personnelle est un principe important qui sous-tend l'interprétation de ses garanties ") ; *Affaire Schalk et Kopf c. Autriche*, (n° 30141/04), arrêt du 24 juin 2010, 22 novembre 2010, par. 90 (" Il est incontestable [...] que la relation d'un couple de même sexe comme celui des requérants relève de la notion de [...] vie privée [...] au sens de l'article 8 ") ; *Affaire Dudgeon, supra* note **Error ! Bookmark not defined.**, para. 41 (" le maintien en vigueur de la législation contestée constitue une ingérence continue dans le droit du requérant au respect de sa vie privée (qui inclut sa vie sexuelle) au sens de l'article 8 par. 1") ; *affaire Burghartz c. Suisse*, (n° 16213/90), arrêt du 22 février 1994, par. 24, et *affaire Laskey, Jaggard et Brown, supra* note **Erreur ! Bookmark not defined**, para. 36.

¹⁵⁹ Cf. CEDH, *affaire Peck c. Royaume-Uni*, (n° 44647/98), arrêt du 28 janvier 2003. Final, 28 avril 2003, para. 57 (" La vie privée est un terme large qui ne se prête pas à une définition exhaustive. La Cour a déjà jugé que des éléments tels que l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des éléments importants de la sphère personnelle protégée par l'article 8. Cet article protège également le droit à l'identité et au développement personnel, ainsi que le droit d'établir et de développer des relations avec d'autres êtres humains et le monde extérieur, et il peut inclure des activités de nature professionnelle ou commerciale. Il existe donc une zone d'interaction d'une personne avec d'autres, même dans un contexte public, qui peut relever de la ['']vie privée['']", citant la CEDH, *affaire P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* (n° 44787/98), arrêt du 25 septembre 2001. Final, 25 décembre 2001, para. 56. Cf. CEDH, *affaire Niemietz c. Allemagne*, (n° 13710/88), arrêt du 16 décembre 1992, par. 29 (" La Cour n'estime pas possible ou nécessaire de tenter une définition exhaustive de la notion de [''] vie privée ['']. Toutefois, il serait trop restrictif de limiter cette notion à un [...] cercle intérieur [...] dans lequel l'individu peut mener sa vie personnelle comme il l'entend et d'en exclure entièrement le monde extérieur non compris dans ce cercle. Le respect de la vie privée doit également comprendre, dans une certaine mesure, le droit d'établir et de développer des relations avec d'autres êtres humains. Il n'y a d'ailleurs aucune raison de principe pour que cette conception de la notion de " vie privée " soit considérée comme excluant les activités de nature professionnelle ou commerciale, puisque c'est, après tout, dans le cadre de leur vie professionnelle que la majorité des personnes ont une occasion importante, sinon la plus importante, de développer des relations avec le monde extérieur ").

¹⁶⁰ *Mutatis mutandi, Affaire Chaparro Álvarez et Lapo Íñiguez. c. Équateur. Objections préliminaires, fond, réparations et frais.* Arrêt du 21 novembre 2007. Série C n° 170, para. 52.

¹⁶¹ Cour constitutionnelle de Colombie, arrêt T-499, 2003. La Cour constitutionnelle a défini le droit au libre développement de la personnalité, consacré par l'article 16 de la Constitution politique de la Colombie, comme le droit des personnes de "choisir leur projet de vie et de développer leur personnalité en fonction de leurs intérêts, de leurs souhaits et de leurs convictions, à condition que cela n'affecte pas les droits d'autrui ou ne viole pas l'ordre

constitutionnel" (Cour constitutionnelle, arrêt C-309 de 1997), et "la capacité d'une personne à faire de manière indépendante les choix de vie qui détermineront le cours de son existence" (Cour constitutionnelle, arrêt SU-642 de 1998).

l'identité personnelle, [est] un élément pertinent de tout projet de vie qu'il peut avoir et qui, comme toute autre personne, inclut le désir de partager sa vie avec une autre personne de même sexe ou de sexe différent¹⁶².

138. En l'espèce, la Cour relève que tant la Cour suprême de justice que le tribunal pour enfants de Villarica ont fondé leurs décisions d'attribuer la garde au père sur l'hypothèse que Mme Atala pouvait se déclarer ouvertement lesbienne. Cependant, ils ont indiqué qu'en exerçant son homosexualité lorsqu'elle a décidé de vivre avec un partenaire de même sexe, elle a fait passer ses propres intérêts avant ceux de ses filles (paragraphe 41 et 56 *ci-dessus*).

139. À cet égard, la Cour estime que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle doit inclure, en tant que droits protégés, les comportements liés à l'expression de l'homosexualité. Par ailleurs, si l'orientation sexuelle est une composante essentielle de l'identité d'une personne¹⁶³ il n'était pas raisonnable d'exiger de Mme Atala qu'elle mette en suspens son projet de vie et de famille. En aucun cas, il ne peut être considéré comme "juridiquement répréhensible" que Mme Atala ait pris la décision de recommencer sa vie. En outre, il n'a pas été prouvé que les trois filles ont subi un quelconque préjudice.

140. Par conséquent, la Cour considère que le fait d'exiger de la mère qu'elle limite ses options de style de vie implique l'utilisation d'une conception " traditionnelle " du rôle social de la femme en tant que mère, selon laquelle il est socialement attendu que les femmes assument la responsabilité principale de l'éducation de leurs enfants et que, pour ce faire, elle aurait dû donner la priorité à l'éducation de ses enfants, renonçant à un aspect essentiel de son identité. Par conséquent, la Cour considère que l'utilisation de l'argument de la prétendue préférence de Mme Atala pour ses intérêts personnels ne répond pas à l'objectif de protection de l'intérêt supérieur des trois filles.

4.4. Droit à une famille "normale et traditionnelle"

141. À cet égard, la Cour suprême de justice a déclaré que "le droit privilégié des mineurs de vivre et de grandir au sein d'une famille structurée normalement et appréciée dans l'environnement social, selon le modèle traditionnel approprié" a été méconnu.¹⁶⁴ Pour sa part, le Tribunal des mineurs de Villarica, dans sa décision de garde provisoire, a indiqué que " le requérant offre des arguments plus favorables en faveur de l'intérêt supérieur des filles, qui, dans le contexte d'une société hétérosexuelle et traditionnelle, revêtent une grande importance " .¹⁶⁵

142. La Cour confirme que la Convention américaine ne définit pas un concept limité de la famille, ni ne protège uniquement un modèle " traditionnel " de la famille. A cet égard, la Cour réitère que le concept de vie familiale ne se limite pas au mariage et qu'il doit être respecté.

¹⁶² Cour suprême de justice du Mexique, Action d'inconstitutionnalité A.I. 2/2010, 16 août 2010, paras. 263 et 264.

¹⁶³ Cf. CEDH, *affaire Clift*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 57 (" la Cour a considéré comme constituant un "autre statut" des caractéristiques qui, comme certains des exemples spécifiques énumérés dans l'article, peuvent être considérées comme personnelles en ce sens qu'elles sont innées ou inhérentes. Ainsi, dans l'affaire Salgueiro da Silva Mouta, [...] elle a estimé que l'orientation sexuelle était [...] indubitablement couverte [...] par l'article 14").

¹⁶⁴ Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2673).

¹⁶⁵ Décision dans la demande de garde provisoire par le Tribunal des mineurs de Villarrica, du 2 mai 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2567).

encomp ass autres liens familiaux *de fait* dans lesquels les parties vivent ensemble en dehors du mariage¹⁶⁶.

143. La jurisprudence internationale est cohérente sur ce point. Dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, la Cour européenne a considéré que la décision d'un tribunal national de retirer un enfant mineur de la garde d'un parent homosexuel, avec l'argument que l'enfant devrait vivre dans une famille traditionnelle portugaise, manquait d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre la mesure prise (retrait de la garde) et le but recherché (protection de l'intérêt supérieur du mineur)¹⁶⁷.

144. De même, dans l'affaire *Karner c. Autriche*, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que :

"Le but de la protection de la famille au sens traditionnel est plutôt abstrait et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le mettre en œuvre. [...] comme c'est le cas lorsqu'il existe une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, le principe de proportionnalité n'exige pas seulement que la mesure choisie soit en principe apte à réaliser l'objectif visé. Il faut également démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines catégories de personnes"¹⁶⁸.

145. En l'espèce, la Cour estime que les termes utilisés par la Cour suprême du Chili concernant le besoin allégué des fillettes de grandir dans une " famille normalement structurée et appréciée dans son environnement social ", et non dans une " famille exceptionnelle ", reflètent une perception limitée et stéréotypée du concept de famille, qui n'a aucun fondement dans la Convention, puisqu'il n'existe pas de modèle spécifique de famille (la " famille traditionnelle ")¹⁶⁹.

4.5. Conclusion

146. Compte tenu de toutes les considérations qui précèdent, la Cour conclut que, bien que l'arrêt du Tribunal suprême et la décision de garde provisoire aient cherché à protéger l'intérêt supérieur des filles M., V. et R., il n'a pas été démontré que les motifs énoncés dans les décisions étaient appropriés pour atteindre cet objectif, étant donné que le Tribunal suprême de justice et le Tribunal des mineurs de Villarrica n'ont pas prouvé dans ce cas précis que la cohabitation de Mme Atala avec son compagnon avait un effet négatif sur l'intérêt supérieur des filles (paragraphes 121, 131 et 139 *ci-dessus*). Au contraire, ils ont utilisé des arguments abstraits, stéréotypés et/ou discriminatoires pour justifier leurs décisions (paragraphes 118, 119, 125, 130, 140 et 145 *ci-dessus*), raison pour laquelle lesdites décisions constituent un traitement discriminatoire à l'encontre de Mme Atala. Par conséquent, la Cour conclut que l'Etat a violé le droit à l'égalité consacré par la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁶⁶ Avis consultatif OC-17/02, *supra* note 122, paras. 69 et 70. Voir également : CEDH, *affaire Keegan c. Irlande*, (n° 16969/90), arrêt du 26 mai 1994, par. 44, et l'*affaire Kroon et al. c. Pays-Bas*, (n° 18535/91), arrêt du 27 octobre 1994, par. 30.

¹⁶⁷ Cf. CEDH, *affaire Salgueiro da Silva Mouta*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, paras. 34 à 36.

¹⁶⁸ CEDH, *affaire Karner*, *supra* note 143, para. 41 (" Le but de la protection de la famille au sens traditionnel est plutôt abstrait et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le mettre en œuvre. [...] comme c'est le cas lorsqu'il existe une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, le principe de proportionnalité n'exige pas seulement que la mesure choisie soit en principe apte à réaliser le but visé. Il faut également démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre cet objectif, d'exclure certaines catégories de personnes").

¹⁶⁹ La Cour suprême de justice du Mexique a déclaré que la reconnaissance légale des familles homoparentales,

qui existent soit par reproduction, soit par adoption, ne méconnaît pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Au contraire, de cette reconnaissance découle une série de droits en faveur de l'enfant et de devoirs pour ceux qui sont ses parents, car c'est une réalité que ces familles existent et, par conséquent, doivent être protégées par la loi : elles sont toutes aussi respectables les unes que les autres Cf. Cour suprême de justice du Mexique, Action d'inconstitutionnalité A.I. 2/2010, 16 août 2010, para. 333.

L'article 24, combiné avec l'article 1(1) de la Convention américaine, au détriment de Karen Atala Riffo.

5. Traitement discriminatoire à l'encontre des filles M., V. et R.

Arguments des parties

147. En ce qui concerne l'article 19 de la Convention américaine¹⁷⁰ la Commission a fait valoir que "la Cour suprême a violé l'intérêt supérieur des filles [...] en l'absence de déterminations fondées sur des preuves et des faits spécifiques."

148. Les représentants ont fait valoir que l'arrêt de la Cour suprême de justice avait porté atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant "lorsqu'il a ignoré le droit des filles M., V. et R. à ne pas être séparées de leur famille". Ils ont ajouté que les enfants ne pouvaient pas être discriminés en fonction du statut de leurs parents.

149. L'État a indiqué que les violations alléguées concernant les trois filles "ont été réfutées à partir du moment où il a été démontré que ledit jugement n'était pas le résultat d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, mais plutôt de l'analyse de faits spécifiques prouvés dans le procès de garde."

Considérations de la Cour

150. La Cour a déjà conclu que tant l'arrêt de la Cour suprême que la décision du tribunal pour mineurs de Villarrica, concernant la garde provisoire, constituaient un traitement discriminatoire à l'égard de Mme Atala (*supra* paragraphe 146). En conséquence, elle analysera si ce traitement a, à son tour, entraîné une discrimination à l'égard des filles M., V. et R. A cet égard, la Cour considère que l'interdiction de la discrimination, dans les affaires liées aux mineurs, doit être interprétée à la lumière de l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui dispose que :

1. Les Etats parties s'engagent à respecter les droits énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation, les activités, les opinions exprimées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

151. À cet égard, la Cour rappelle que les enfants ne peuvent faire l'objet d'une discrimination fondée sur leur propre statut et que cette interdiction s'étend également aux conditions de leurs parents ou des membres de leur famille, par exemple en l'espèce l'orientation sexuelle de la mère. Le Comité des droits de l'enfant a souligné dans son Observation générale n° 7 que les enfants peuvent subir les conséquences de la discrimination à l'égard de leurs parents, par exemple s'ils sont nés hors mariage ou dans d'autres circonstances qui s'écartent des valeurs traditionnelles ¹⁷¹.

152. D'autre part, concernant la relation entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'interdiction de la discrimination, l'expert Cillero Bruñol a déclaré ce qui suit :

¹⁷⁰ L'article 19 de la Convention américaine établit que "Tout enfant mineur a droit aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur de la part de sa famille, de la société et de l'État".

¹⁷¹ Cf. Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 7. La mise en œuvre des droits

de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7, 30 septembre 2005, para. 12.

une décision justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant, entendu comme la protection de ses droits, ne peut en même temps espérer légitimer une décision discriminatoire à première vue, ou dans l'abstrait, qui affecte le droit de l'enfant à être pris en charge par sa mère¹⁷².

153. Pour sa part, l'expert Robert Wintemute a souligné que :

"la discrimination fondée sur [...] l'orientation sexuelle du parent de l'enfant n'est jamais dans l'intérêt supérieur de l'enfant".¹⁷³.

154. En ayant motivé sa décision par l'orientation sexuelle de la mère, la Cour suprême a, à son tour, discriminé les trois filles, puisqu'elle a pris en compte des considérations qu'elle n'aurait pas utilisées si la procédure de garde avait opposé deux parents hétérosexuels. En particulier, cette Cour rappelle que l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe directeur dans l'élaboration des dispositions et dans leur application dans tous les aspects de la vie de l'enfant.¹⁷⁴

155. En outre, le traitement discriminatoire à l'encontre de la mère a eu des répercussions sur les filles, puisqu'il a été utilisé comme motif pour décider qu'elles ne devaient pas continuer à vivre avec leur mère. Ainsi, les effets de cette décision se sont prolongés lorsque les filles ont été séparées de leur mère en raison de son orientation sexuelle. Par conséquent, la Cour conclut que l'article 24, combiné avec les articles 19 et 1(1) de la Convention américaine, a été violé au détriment des filles M., V. et R.

D. [Droit à la vie privée et droit à la vie familiale](#)

Arguments des parties

156. En ce qui concerne la violation alléguée de l'article 11¹⁷⁵ de la Convention américaine, la Commission a fait valoir que "le droit à la vie privée englobe toutes les sphères du domaine intime et de l'autonomie d'un individu, y compris sa personnalité, son identité, les décisions relatives à sa vie sexuelle, ses relations personnelles et familiales [, étant donné que] l'orientation sexuelle constitue une composante fondamentale de la vie privée d'un individu". Elle a estimé que "l'ingérence de l'État dans la vie privée de Karen Atala était arbitraire, puisque la décision de garde était fondée sur des préjugés discriminatoires motivés par son orientation sexuelle [...] et qu'elle portait également atteinte de manière arbitraire à son autonomie de prendre des décisions sur sa vie personnelle en fonction de ladite orientation. Cette dernière [...puisque] en l'absence de raisons objectives, la Cour suprême de justice, se fondant sur l'expression de son orientation sexuelle, l'a privée de la garde de ses filles et d'une vie commune avec elles, aspect fondamental de son projet de vie."

¹⁷² Déclaration écrite rendue par l'expert Miguel Cillero Bruñol, le 4 août 2011 (dossier du fond, volume II, page 929).

¹⁷³ Déclaration écrite rendue par l'expert Robert Wintemute, le 16 septembre 2011 (Dossier du fond, volume XI, page 5355).

¹⁷⁴ Avis consultatif OC-17/02, *supra note* 122, para. 137, avis 2.

¹⁷⁵ L'article 11 de la Convention stipule que :

1. Chacun a le droit de voir son honneur respecté et sa dignité reconnue.
2. Nul ne peut être l'objet d'immixtions arbitraires ou abusives dans sa vie privée, sa famille, son

domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur ou à sa réputation.

3. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles interférences ou attaques.

157. Pour leur part, les représentants ont fait valoir que "l'ingérence est arbitraire car la seule justification est l'expression de l'orientation sexuelle de la mère, qui fait partie de son identité personnelle, une caractéristique essentielle de tous les individus, qui n'a aucune incidence sur le bien-être des filles." Les représentants ont souligné qu'" il ne fait aucun doute que tant [Mme] Atala que ses filles ont subi une ingérence arbitraire dans leur vie privée. "

158. En outre, en ce qui concerne les articles 11, paragraphe 2, et 17¹⁷⁶ de la Convention américaine, la Commission et les représentants ont allégué "une ingérence illégale et arbitraire dans le droit à la vie privée et familiale, qui s'étend au développement des relations entre les membres d'une famille et au rôle des relations affectives dans le projet de vie de chacun d'eux". Les représentants ont souligné qu'"il n'existe pas de concept unique de la famille" et que "[Mme] Atala, ses filles et [Mme] De Ramón constituaient sans aucun doute une unité familiale qui a été brisée par des décisions fondées sur des préjugés à l'égard de l'expression de l'orientation sexuelle de la juge Atala."

159. L'État a fait valoir que "dans un procès de garde, dont l'objectif est de déterminer quel parent doit prendre en charge la garde personnelle des enfants, le juge a non seulement le pouvoir mais aussi l'obligation d'évaluer chacune des conditions et circonstances spécifiques qui déterminent l'intérêt supérieur de l'enfant. [...] Il est donc inhérent au procès de garde [...] que le juge puisse, conformément à la loi, enquêter sur les détails intimes de la vie des personnes. Elle a fait valoir "que la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant doit prévaloir sur une conception inaltérable du droit à l'intimité, le domaine de la vie privée ne pouvant être soustrait à la connaissance et à la considération du juge". Elle ajoute que "ni [la] Cour suprême ni les autres juridictions internes n'ont violé le droit consacré par l'article 11, paragraphe 2, de la Convention américaine dans les décisions relatives au procès de garde [...] mais, au contraire, se sont contentées de statuer sur des considérations inhérentes à un procès de cette nature."

160. Enfin, l'État a fait valoir que " la séparation de la famille n'est pas imputable aux actions des tribunaux chiliens [puisque] la tâche des tribunaux chiliens était précisément l'inverse, à savoir répondre à la requête des parties [...] pour décider, en fonction de l'intérêt supérieur des filles, quelle nouvelle cellule familiale offrait le meilleur soutien à leur développement. "

Considérations de la Cour

161. L'article 11 de la Convention interdit toute ingérence arbitraire ou abusive dans la vie privée d'une personne, et englobe les différentes sphères du domaine intime ainsi que la vie privée de leurs familles. À cet égard, la Cour a jugé que le domaine de la vie privée est exempt et imm une d'intrusion ou d'agression abusive ou arbitraire de la part de tiers ou des pouvoirs publics¹⁷⁷.

162. Par ailleurs, concernant l'article 11 de la Convention américaine, la Cour a précisé que, bien que cette disposition soit intitulée "Protection de l'honneur et de la dignité" (en espagnol)

¹⁷⁶ A cet égard, l'article 17 de la Convention stipule :

1. La famille est l'unité de groupe naturelle et fondamentale de la société et a droit à la protection de la société et de l'État.

¹⁷⁷ Cf. *Affaire des Massacres d'Ituango c. Colombie. Objection préliminaire, fond, réparations et frais*. Arrêt du 1er juillet 2006, Série C n° 148, para. 194 et *Affaire Fontevecchia et D`Amico, supra* note 28, para. 48.

son contenu comprend, entre autres, la protection de la vie privée¹⁷⁸. La vie privée est un concept ample qui ne fait pas l'objet de définitions exhaustives et qui comprend, entre autres domaines protégés, la vie sexuelle et le droit d'établir et de développer des relations avec d'autres êtres humains.¹⁷⁹ Ainsi, la vie privée comprend la façon dont l'individu se perçoit lui-même et dans quelle mesure et comment il décide de projeter cette perception sur les autres.¹⁸⁰

163. La Cour observe que les arguments de la Commission concernant la prétendue violation du droit à la vie privée de Mme Karen Atala étaient centrés sur l'arrêt rendu par la Cour suprême. De leur côté, les représentants ont ajouté le jugement sur la garde provisoire comme un autre fait qui aurait généré la violation du droit à la vie privée de Mme Atala. Par conséquent, ces deux faits seront analysés.

164. La Cour a établi dans sa jurisprudence que le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu et que, par conséquent, il peut être limité par les États à condition que les intrusions ne soient ni abusives ni arbitraires. Pour cette raison, celles-ci doivent être encadrées par la loi, poursuivre un but légitime et respecter les exigences d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elles doivent être nécessaires dans une société démocratique¹⁸¹.

165. À cet égard, la Cour souligne que l'orientation sexuelle de Mme Atala fait partie de sa vie privée et que, par conséquent, toute ingérence dans celle-ci doit répondre aux normes " d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité. " Cette situation diffère du contexte d'une procédure de garde, où des comportements parentaux spécifiques ayant prétendument causé des dommages à l'enfant peuvent être analysés (*supra* paragraphes 109 et 111).

166. Étant donné que les juridictions internes ont accordé de l'importance à la question de l'orientation sexuelle de Mme Atala dans la décision de garde, elles ont exposé différents aspects de sa vie privée tout au long de la procédure. La Cour note que le motif invoqué par les juridictions pour s'immiscer dans la vie privée de Mme Atala est le même que celui utilisé pour justifier le traitement discriminatoire (*supra* paragraphe 107), à savoir l'intérêt supérieur allégué des trois filles. La Cour considère que, bien que ce principe soit lié *in abstracto* à un but légitime (*supra* paragraphe 110), la mesure était inadaptée et disproportionnée pour atteindre ce but, puisque les juridictions internes auraient dû se limiter à examiner le comportement des parents - qui pouvait faire partie de leur vie privée - mais sans exposer et scruter l'orientation sexuelle de Mme Atala.

167. La Cour constate qu'au cours de la procédure de garde, sur la base d'une vision stéréotypée de l'étendue de l'orientation sexuelle de Mme Atala (*supra* par. 146), il a été procédé à des arbitrages.

¹⁷⁸ Cf. *l'affaire des Massacres d'Ituango c. Colombie*, *supra* note 177, para. 193 et *Affaire Rosendo Cantú et al. c. Mexique. Objection préliminaire, fond, réparations et frais*. Jugement du 31 août 2010. Série C n° 216, para. 119.

¹⁷⁹ Cf. *l'affaire Rosendo Cantú et al*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 119, et *Affaire Fernández Ortega et al. c. Mexique. Objection préliminaire, fond, réparations et frais*. Arrêt du 30 août 2010, Série C n° 215, para. 129, citant CEDH, *Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni*, (n° 7525/76), arrêt du 22 octobre 1981, para. 41, *Affaire X et Y c. Pays-Bas*, (n° 8978/80), arrêt du 26 mars 1985, par. 22. *Affaire Niemietz*, *supra* note 159, para. 29, et *Affaire Peck*, *supra* note 159, para. 57.

¹⁸⁰ Cf. *l'affaire Rosendo Cantú et autres*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 119, et *l'affaire Fernández Ortega et al.*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 129, citant la CEDH, *affaire Niemietz*, *supra* note 159, para. 29, et *affaire Peck*, *supra* note 159, para. 57.

¹⁸¹ Cf. *l'affaire Tristán Donoso c. Panama. Objection préliminaire, fond, réparations et frais*. Arrêt du 27 janvier 2009. Série C n° 193, para. 56 et *Affaire Escher et al. c. Brésil. Objection préliminaire, fond, réparations et frais*.

Arrêt *du* 6 juillet 2009. Série C n° 200, para. 116.

l'ingérence dans sa vie privée, étant donné que l'orientation sexuelle fait partie de l'intimité d'une personne et n'est pas pertinente lors de l'examen des aspects liés à l'aptitude d'un individu en tant que parent. Par conséquent, la Cour conclut que l'État a violé l'article 11(2), combiné avec l'article 1(1) de la Convention américaine, au détriment de Karen Atala Riffo.

168. En outre, la Cour note que l'un des arguments centraux pris en compte dans l'arrêt de la Cour suprême de justice et la décision du tribunal pour mineurs de Villarica dans la procédure de garde provisoire, était la cohabitation de Mme Atala avec sa partenaire lesbienne (*supra* par. 41 et 56). Dès lors, cette Cour estime indispensable d'examiner la violation du droit à la vie familiale alléguée par la Commission et les représentants.

169. À cet égard, la Cour rappelle que le paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention américaine est étroitement lié au droit à la protection de la famille et à vivre en famille, reconnu à l'article 17 de la Convention, qui impose à l'État non seulement de prévoir et d'appliquer directement des mesures de protection des enfants, mais aussi de favoriser, dans les termes les plus larges possibles, le développement et la force de la cellule familiale¹⁸². La Cour a établi que, dans certaines conditions, la séparation des enfants de leur famille constitue une violation de ce droit.¹⁸³ En effet, les séparations, même légales, d'un enfant de sa famille ne peuvent avoir lieu que si elles sont dûment justifiées.¹⁸⁴

170. En ce qui concerne les articles 11, paragraphe 2, et 17, paragraphe 1, de la Convention américaine, le droit de toute personne à la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans sa famille fait implicitement partie du droit à la protection de la famille, et est également reconnu explicitement par l'article 12, paragraphe 1, de la Déclaration universelle des droits de l'homme,¹⁸⁵ V de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme,¹⁸⁶ 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques,¹⁸⁷ et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.¹⁸⁸ Ces dispositions sont particulièrement importantes lorsque l'on analyse la séparation d'un enfant de sa famille¹⁸⁹.

171. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la jouissance mutuelle de relations harmonieuses entre parents et enfants est un droit fondamental.

¹⁸² Cf. l'avis consultatif OC-17/02, *supra* note 122, para. 66 et *Affaire Chitay Nech et autres*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 157.

¹⁸³ Cf. l'avis consultatif OC-17/02, *supra* note 122, paras. 71 et 72 et *l'affaire Chitay Nech et al*, *supra* note **Erreur ! Bookmark not defined.**, para. 157.

¹⁸⁴ Cf. l'avis consultatif OC-17/02, *supra* note 122, para. 77.

¹⁸⁵ L'article 12, paragraphe 1, dispose que "[n]ul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes."

¹⁸⁶ L'article V de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme stipule que "toute personne a droit à la protection de la loi contre les atteintes abusives à son honneur, à sa réputation et à sa vie privée et familiale."

¹⁸⁷ L'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que "[n]ul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. "

¹⁸⁸ A cet égard, l'article 8(1) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule que : "[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance". De même, l'article 8, paragraphe 2, dispose que "[i]l ne peut y avoir d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

¹⁸⁹ Cf. l'avis consultatif OC-17/02, *supra* note 122, para. 71.

composante de la vie familiale,¹⁹⁰ et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a pour objet de protéger les individus contre les ingérences arbitraires des autorités publiques et d'exiger de l'État qu'il prenne des mesures positives pour promouvoir le respect effectif de la vie familiale.¹⁹¹

172. En ce qui concerne le concept de famille, divers organes des droits de l'homme créés par des traités, ont déclaré qu'il n'existe pas de modèle unique de famille, qui peut avoir de nombreuses variations¹⁹². De même, la Cour européenne a interprété le concept de "famille" en termes larges. En ce qui concerne les couples de sexe différent, elle a indiqué à plusieurs reprises que :

La notion de famille [...] ne se limite pas aux seules familles fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens de fait lorsque les parties vivent ensemble en dehors du mariage. L'enfant né d'une telle relation fait ipso jure partie de cette unité "familiale" dès le moment et par le fait même de sa naissance. Il existe donc entre l'enfant et ses parents un lien assimilable à une vie familiale. La Cour rappelle en outre que la jouissance mutuelle par le parent et l'enfant de la compagnie de l'autre constitue un élément fondamental de la vie familiale, même si la relation entre les parents est rompue, et que les mesures internes qui entravent cette jouissance constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention.¹⁹³

¹⁹⁰ Cf. l'avis consultatif OC-17/02, *supra* note 122, para. 72, citant la CEDH, *Affaire Buchberger c. Autriche*, (n° 32899/96). Arrêt du 20 décembre 2001. Final, 20 mars 2003, para. 35 ; *Affaire T et K c. Finlande*, Arrêt du 12 juillet 2001, para. 151 ; *Affaire Elsholz c. Allemagne*, arrêt du 13 juillet 2000, par. 43 ; *Affaire Bronda c. Italie*, arrêt du 9 juin 1998, par. 51 ; *Affaire Johansen c. Norvège*, arrêt du 7 août 1996, par. 52.

¹⁹¹ Cf. CEDH, affaire Olsson c. Suède, arrêt du 24 mars 1988, paragraphe 81.

¹⁹² Cf. Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 21 (13th période de sessions, 1994). Égalité dans le mariage et dans les rapports familiaux, para. 13 ("La forme et le concept de la famille peuvent varier d'un État à l'autre et même entre les régions d'un même État. Quelle que soit sa forme, et quels que soient le système juridique, la religion, la coutume ou la tradition du pays, le traitement des femmes dans la famille, tant en droit qu'en privé, doit être conforme aux principes d'égalité et de justice pour tous, comme l'exige l'article 2 de la Convention") ; Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 7. Implementing Child Rights in Early Childhood, *supra* note 171, paras. 15 et 19 ("Le Comité reconnaît que le terme "famille" désigne ici toute une série d'arrangements susceptibles d'assurer les soins, l'éducation et le développement des jeunes enfants, notamment la famille nucléaire, la famille élargie et d'autres arrangements communautaires traditionnels et modernes, à condition que ceux-ci soient compatibles avec les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant. [Le Comité note que, dans la pratique, les schémas familiaux sont variables et en évolution dans de nombreuses régions, tout comme l'existence de réseaux informels de soutien aux parents, avec une tendance générale à une plus grande diversité dans la taille des familles, les rôles parentaux et les modalités d'éducation des enfants.

19 (39th période de sessions, 1990). La famille (article 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), para. 2 (" Le Comité note que le concept de famille peut différer à certains égards d'un Etat à l'autre, voire d'une région à l'autre au sein d'un même Etat, et qu'il n'est donc pas possible de donner à ce concept une définition standard "), et Nations Unies, C Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 16 (32nd période de sessions, 1988). Droit à la vie privée (article 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), para. 5 ("En ce qui concerne le terme "famille", les objectifs du Pacte exigent qu'aux fins de l'article 17, ce terme reçoive une interprétation large qui englobe tous ceux qui composent la famille, telle qu'elle est comprise dans la société de l'État partie concerné").

¹⁹³ CEDH, affaire *Schalk et Kopf*, *supra* note 158, para. 91 (" la notion de famille [...] ne se limite pas aux relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens "familiaux" de fait lorsque les parties vivent ensemble en dehors du mariage. L'enfant né d'une telle relation fait ipso jure partie de cette unité "familiale" dès le moment et par le fait même de sa naissance. Il existe donc entre l'enfant et ses parents un lien assimilable à une vie familiale. La Cour rappelle en outre que la jouissance mutuelle par les parents et l'enfant de la compagnie de l'autre constitue un élément fondamental de la vie familiale, même si la relation entre les parents est rompue, et que les mesures internes entravant cette jouissance constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention"), citant CEDH, affaire *Elsholz*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined.**, para. 43 ; l'affaire *Keegan*, *supra* note 166, para. 44, et l'affaire *Johnston et al. c. Irlande*, (n° 9697/82), arrêt du 18 décembre 1986, para. 56 ; voir aussi CEDH, *Affaire Alim V. Russie* (n° 39417/07), arrêt du 27 septembre 2011, par. 70 ; *Affaire Berrehab c. Pays-Bas*, (no 10730/84), arrêt du 21 juin 1988, par. 21, et *Affaire L. c. Pays-Bas*, (no 45582/99), arrêt du 1er juin 2004. Final, 1er septembre 2004, para. 36.

173. Dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme, suivant un concept large de la famille, a reconnu qu'un transsexuel, sa partenaire féminine et un enfant peuvent constituer une famille, en déclarant que :

Pour déterminer si une relation peut être assimilée à une "vie familiale", un certain nombre de facteurs peuvent être pertinents, notamment le fait que le couple vive ensemble, la durée de leur relation et le fait qu'ils aient démontré leur engagement l'un envers l'autre en ayant des enfants ensemble ou par d'autres moyens.¹⁹⁴.

174. En premier lieu, et en ce qui concerne la protection conventionnelle des couples de même sexe dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, la Cour européenne a révisé sa jurisprudence en vigueur à l'époque, qui admettait seulement que la relation affective et sexuelle d'un couple de même sexe constitue une "vie privée", mais n'avait pas examiné ce qui constituait une "vie familiale", bien que les requérants aient vécu ensemble dans une relation de longue durée¹⁹⁵. Appliquant un concept plus large de la famille, la Cour européenne a établi qu'"un couple de même sexe vivant en concubinage dans le cadre d'un partenariat stable *de facto*, relève de la notion de "vie familiale", tout comme la relation d'un couple de sexe différent dans la même situation d¹⁹⁶considérant qu'il est "artificiel de soutenir que, contrairement à un couple de sexe différent, un couple de même sexe ne peut pas bénéficier d'une "vie familiale" aux fins de l'article 8" de la Convention européenne.¹⁹⁷.

175. La Cour souligne que, contrairement aux dispositions de la Convention européenne, qui ne protègent le droit à la vie familiale que par l'article 8, la Convention américaine contient deux dispositions qui protègent la vie familiale de manière complémentaire. En effet, la Cour considère que l'imposition d'un concept unique de la famille doit être analysée non seulement comme une possible ingérence arbitraire dans la vie privée, conformément à l'article 11(2) de la Convention américaine, mais aussi, en raison de l'impact qu'elle peut avoir sur une unité familiale, à la lumière de l'article 17 de ladite Convention.

176. En l'espèce, la Cour relève qu'à partir de novembre 2002 et jusqu'au prononcé de la décision de garde provisoire, en mai 2003, il existait une relation étroite entre Mme Atala, Mme De Ramón, le fils aîné de Mme Atala et les trois filles. À cet égard, Mme Atala a déclaré que "nous étions une famille absolument normale. Un garçon, trois filles, un chat, un chien mâle, un chien femelle, une maison, nous avons des projets en tant que famille. Nous avons des rêves en tant que famille"¹⁹⁸. En outre, Mme De Ramón a déclaré que la "vie des cinq membres de la famille, six [avec elle...] était presque idyllique, car [ils] avaient une relation basée sur une grande communication, au moins entre les femmes de la famille".¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Cf. CEDH, *affaire X, Y et Z c. Royaume-Uni*, (n° 21830/93), arrêt du 22 avril 1997, par. 36 ("Pour décider si une relation peut être assimilée à une "vie familiale", un certain nombre de facteurs peuvent être pertinents, notamment le fait que le couple vive ensemble, la durée de leur relation et le fait qu'ils aient démontré leur engagement l'un envers l'autre en ayant des enfants ensemble ou par tout autre moyen") ; CEDH, *Affaire Marckx c. Belgique*, (n° 6833/74), arrêt du 13 juin 1979, para. 31 ; *Affaire Keegan, supra* note 166, para. 44, et *Affaire Kroon et autres, supra* note 166, para. 30.

¹⁹⁵ CEDH, *affaire Schalk et Kopf, supra* note 158, para. 92 (" la jurisprudence de la Cour a seulement admis que la relation affective et sexuelle d'un couple de même sexe constitue une "vie privée" mais n'a pas jugé qu'elle constitue une "vie familiale", même lorsqu'une relation à long terme de partenaires cohabitants était en jeu ").

¹⁹⁶ CEDH, *affaire Schalk et Kopf, supra* note 158, para. 94 (" un couple de même sexe vivant en concubinage dans le cadre d'un partenariat stable de fait relève de la notion de "vie familiale", tout comme le ferait la relation d'un couple de sexe différent dans la même situation ") et *affaire P.B. et J.S. c. Autriche*, (n° 18984/02), arrêt du 22 juillet 2010. Final, 22 octobre 2010, para. 30.

¹⁹⁷ CEDH, *affaire Schalk et Kopf, supra* note 158, para. 94 (" la Cour estime artificiel de maintenir la thèse selon laquelle, contrairement à un couple de sexe différent, un couple de même sexe ne peut jouir d'une "vie familiale" aux fins de l'article 8 ") et *affaire P.B. et J.S., supra* note 196, para. 30.

¹⁹⁸ Déclaration de Mme Karen Atala Rizzo devant la Cour interaméricaine lors de l'audience publique dans la présente affaire.

¹⁹⁹ Déclaration de Mme Emma de Ramón, 4 août 2011 (dossier du fond, volume II, page 762).

177. Par conséquent, il est clair qu'ils ont créé une unité familiale qui, en tant que telle, est protégée par les articles 11(2) et 17(1) de la Convention américaine, puisqu'ils ont partagé leur vie, avec des contacts fréquents et une proximité personnelle et émotionnelle entre Mme Atala, son compagnon, son fils aîné et les trois filles. Tout cela, sans préjudice du fait que les filles partageaient un autre environnement familial avec leur père.

178. Cette Cour a déjà conclu que les motifs présentés tant par la Cour suprême de justice que par le tribunal des mineurs de Villarica dans la décision de garde provisoire ne constituaient pas une mesure appropriée pour protéger l'intérêt supérieur des filles (*supra* paragraphe 146), ce qui a également eu pour conséquence de séparer la famille constituée par la mère, son compagnon et les filles. Cela constitue une ingérence arbitraire dans le droit à la vie privée et familiale. Par conséquent, la Cour juge que l'Etat a violé les articles 11(2) et 17(1), combinés avec l'article 1(1) de la Convention américaine au détriment de Karen Atala Riffo et des filles M., V. et R. Concernant ces dernières, lesdites violations de la vie familiale se sont également produites au regard de l'article 19 de la Convention, étant donné qu'elles ont été séparées de manière injustifiée d'un de leurs milieux familiaux.

E. [Garanties judiciaires et protection judiciaire](#)

1. Garanties judiciaires et protection judiciaire concernant Mme Atala

Arguments des parties

179. La Commission et les représentants ont fait valoir la violation alléguée de la garantie judiciaire d'impartialité en raison de l'approche stéréotypée des juges dans cette affaire. La Commission a souligné qu'étant donné "leur considération de l'orientation sexuelle [de Mme Atala] comme un élément clé de son aptitude à être mère, ainsi que l'utilisation évidente de préjugés discriminatoires", on peut conclure que Mme Atala "n'a pas bénéficié des garanties d'impartialité." Les représentants ont ajouté que l'annulation de l'arrêt de la Cour d'appel par la Cour suprême de justice constituait une violation de l'indépendance judiciaire. La Commission et les représentants ont fait valoir que tout ce qui précède affecte l'accès à la justice, raison pour laquelle ils ont allégué la violation de l'article 8(1)²⁰⁰ et de l'article 25²⁰¹ de la Convention américaine.

180. En outre, les représentants ont fait valoir que la Cour suprême "a admis un recours en plainte [...], dans une affaire irrecevable, en violant les règles du procès équitable et l'indépendance [objective interne] des juges" et en ordonnant l'application d'une sanction disciplinaire aux juges de la Cour d'appel de Temuco "pour avoir un comportement spécifique".

²⁰⁰L' article 8(1)de la Convention américaine (Droit à un procès équitable) établit que :

1. Toute personne a le droit d'être entendue, avec les garanties dues et dans un délai raisonnable, par un tribunal compétent, indépendant et impartial, préalablement établi par la loi, pour la justification de toute accusation de nature pénale portée contre elle ou pour la détermination de ses droits et obligations de nature civile, professionnelle, fiscale ou autre.

²⁰¹L' article 25(1)de la Convention américaine (droit à la protection judiciaire) prévoit que :

1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif, devant une cour ou un tribunal compétent, pour obtenir une protection contre des actes portant atteinte à ses droits fondamentaux reconnus par la constitution ou les lois de l'Etat concerné ou par la présente Convention, alors même que cette atteinte aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs

fonctions officielles.

interprétation" du code civil. Ils ont considéré que "par le biais d'un recours qui, selon la loi, ne constitue pas une instance, comme c'est le cas du *recurso de queja* (recours de plainte), la Cour suprême a entendu et rendu une décision dans une affaire qui avait déjà été décidée et traitée par les autorités pertinentes devant les tribunaux compétents respectifs". En outre, les représentants ont fait valoir une violation du droit à l'équité judiciaire parce que la décision de la Cour suprême "est fondée sur des préjugés et n'a pas de base rationnelle et juridique". Enfin, ils ont indiqué que Mme Atala ne souhaite pas "une fois de plus [...] soumettre [les filles] à la pression d'un procès de garde [...] en renonçant au retour [...] des] filles dans la cellule familiale avec leur mère."

181. L'État a fait valoir que " la Cour suprême de justice n'a pas outrepassé ses pouvoirs et n'en a pas abusé lorsque, après avoir confirmé la faute grave ou l'abus et approuvé le recours en plainte, elle a décidé d'annuler l'arrêt attaqué et de rendre un arrêt de remplacement ". D'autre part, l'Etat a nié la violation de l'article 25(1) de la Convention avec l'argument que le requérant "aurait pu et peut encore essayer de révoquer la décision de la Cour suprême en déposant [...] une nouvelle demande de garde concernant les filles, avec la seule exigence de prouver qu'une des circonstances qui ont motivé le jugement a changé", étant donné que le jugement qui accorde la garde au père des filles "n'a que l'*autorité formelle de la chose jugée*." Elle conclut que "pour affecter le droit de recours contre une décision judiciaire, il est nécessaire de prouver l'existence d'une violation de la procédure régulière lorsque celle-ci a été rendue, sans que la partie lésée dispose d'une voie de recours, quelle qu'elle soit, par laquelle elle peut revenir sur la prétendue violation des droits fondamentaux."

Considérations de la Cour

182. En l'espèce, la Cour suprême de justice a considéré que les juges de la Cour d'appel de Temuco " ont commis une faute ou un abus tant dans l'application des dispositions légales qui régissent la matière que dans l'appréciation du contexte de l'affaire dans laquelle ils ont rendu le jugement qui a donné lieu au recours [de plainte] ".²⁰²

183. À cet égard, la Cour a noté que l'argument des représentants concernant l'acceptation erronée du recours de plainte par la Cour suprême de justice est directement lié à la prétendue inexistence d'une faute grave par la Cour d'appel de Temuco. À cet égard, il convient de noter que le *recurso de queja* (recours en plainte) au Chili est établi à l'article 545 du Code organique des tribunaux.²⁰³ Il s'agit d'une mesure disciplinaire

²⁰² Arrêt de la Cour suprême de justice du Chili, 31 mai 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2673).

²⁰³ Cf. l'article 545 du code organique des tribunaux : Le *recurso de queja* (recours de plainte ou appel de plainte) a pour unique objet de corriger les fautes ou abus graves commis dans le prononcé d'une décision juridictionnelle. Il n'est recevable que lorsque la faute ou l'abus est commis dans une décision interlocutoire qui met fin à l'affaire ou rend sa continuation impossible, et qu'il n'existe pas de recours ordinaire ou extraordinaire, sans préjudice de la capacité de la Cour suprême d'agir *d'office* dans l'exercice de ses pouvoirs disciplinaires. Les décisions définitives, de première instance ou d'instance unique rendues par des arbitres sont exemptées, auquel cas le *recurso de queja* est recevable, en plus du pourvoi en cassation en ce qui concerne la procédure. La décision qui accepte le *recurso de queja* doit contenir des considérations précises pour démontrer la faute ou l'abus, ainsi que les erreurs et omissions évidentes et graves qui les constituent et qui existent dans la décision qui produit le *recurso*, et doit déterminer les mesures propres à remédier à ladite faute ou audit abus. En aucun cas, il ne peut modifier, amender ou invalider les décisions judiciaires pour lesquelles la loi prévoit des recours juridictionnels ordinaires ou extraordinaires, sauf s'il s'agit d'un *recurso de queja* formé contre une décision finale de première instance ou d'instance unique rendue par des arbitres ou des arbitres. Dans le cas où un tribunal supérieur de justice, faisant usage de ses pouvoirs disciplinaires, annule une décision juridictionnelle, il doit appliquer la ou les mesures disciplinaires jugées appropriées. Dans le cas où une juridiction supérieure, faisant usage de ses pouvoirs disciplinaires, invalide une décision juridictionnelle, elle doit appliquer la ou les mesures disciplinaires considérées comme appropriées. Dans ce cas, la chambre doit faire en sorte que l'assemblée plénière soit informée de l'historique aux fins d'imposer les mesures disciplinaires appropriées, compte tenu de la nature des fautes ou des abus, qui ne peuvent être inférieures à une admonestation privée" (dossier du fond volume XI, page 5398).

recours qui trouve sa source dans l'article 82 de la Constitution²⁰⁴ et, en général, se fonde sur la pratique jurisprudentielle des cours supérieures de justice, des cours d'appel et de la Cour suprême de justice.²⁰⁵

184. De l'avis de l'expert Marín, la pratique de l'utilisation du recours en plainte comme moyen de faire réviser les jugements a dénaturé le système procédural en utilisant le pourvoi en cassation, en tant que recours juridictionnel naturel établi en droit interne, pour corriger les erreurs des juges des tribunaux inférieurs.²⁰⁶ Selon l'expert, le recours en plainte a provoqué de *facto la* création d'une troisième instance, où la Cour suprême a déformé les faits prouvés dans le tribunal respectif et la manière dont les juges ont évalué ces preuves.²⁰⁷

185. En outre, la Cour relève que, selon la doctrine juridique chilienne transmise par l'État, le recours en plainte est défini comme " l'acte juridique procédural présenté directement par une partie devant un tribunal supérieur et contre le ou les juges qui ont rendu une décision dans une procédure donnée contenant une faute grave ou un abus, et demandant une réparation rapide de la faute qui a motivé l'introduction de son recours par sa correction, son annulation ou son invalidation, sans préjudice de l'application des sanctions disciplinaires appropriées, selon cette Cour, à l'égard du ou des juges contre lesquels le recours a été introduit."²⁰⁸ Ce recours est introduit "directement devant un tribunal de rang supérieur à celui qui a rendu la décision comportant la faute grave ou l'abus, afin qu'il soit examiné et résolu par ce tribunal". Il n'est pas formé contre une décision, mais contre le ou les juges qui ont rendu la décision entachée d'une faute grave ou d'un abus, afin qu'elle soit modifiée, corrigée ou laissée sans effet. Le recours n'a pas été "créé pour corriger de simples erreurs d'interprétation, mais des fautes ou abus judiciaires qui relèvent de la compétence disciplinaire de la juridiction supérieure. Par conséquent, il ne constitue pas une instance de révision de toutes les questions *de fait* et de *droit*, mais il permet seulement à la juridiction supérieure d'examiner si une faute grave ou un abus a été commis. La juridiction supérieure est habilitée à révoquer, corriger ou invalider la décision²⁰⁹. La faute ou l'abus commis par un juge peut résulter d'une violation formelle de la loi, d'une interprétation erronée de la loi ou d'une mauvaise appréciation du contexte de la procédure.²¹⁰

²⁰⁴ L'article 82 de la Constitution politique stipule que "la Cour suprême est chargée de la supervision exécutive, correctionnelle et économique de tous les tribunaux de la nation. Le Tribunal constitutionnel, le Tribunal de qualification des élections et les Tribunaux électoraux régionaux sont exemptés de cette norme" (Dossier du mérite, volume XI, page 5393).

²⁰⁵ Cf. le rapport écrit de l'expert Dr. Juan Carlos Marín González sur les recours en plainte au Chili (Dossier du fond, volume XI, pages 5393 et 5411).

²⁰⁶ Cf. le rapport écrit de l'expert Dr. Juan Carlos Marín González sur les recours en plainte au Chili (Dossier du fond, volume XI, page 5411).

²⁰⁷ À cet égard, l'expert Marín a cité les motifs législatifs de l'approbation de la loi 19.374 de 1995, qui a modifié le recours en plainte et la jurisprudence de la Cour suprême de justice, pour expliquer que les législateurs chiliens ont modifié le recours en plainte dans le but de limiter ce recours disciplinaire et d'empêcher la distorsion du système procédural et de la fonction juridictionnelle des tribunaux supérieurs de justice, afin d'éviter les pratiques abusives et, par conséquent, la révision des procès par une troisième instance qui viole ouvertement le principe du bilatéralisme de l'audience. Cf. le rapport écrit de l'expert Dr. Juan Carlos Marín González sur le recours en plainte au Chili (Dossier du fond, volume XI, page 5397, 5398, et 5400).

²⁰⁸ Cf. Mario Mosquera Ruíz, Cristián Maturana Miquel, *Los Recursos Procesales*, 2010, Juridical Editorial of Chile, Santiago du Chili, page 383, en tant que preuve documentaire jointe par l'État au mémoire sur les arguments finaux (dossier du fond, volume XII, page 5945).

²⁰⁹ Cf. Mario Mosquera Ruíz et Cristián Maturana Miquel, *Los Recursos Procesales*, pages 383 et 384, *supra* note **Erreur ! Bookmark not defined**, pages 5945 et 5946.

²¹⁰ Cf. Mario Mosquera Ruíz, Cristián Maturana Miquel, *Los Recursos Procesales*, page 387, *supra* note **Error !**

Bookmark not defined, volume XII, page 5949.

186. En examinant si, en l'espèce, les garanties de l'indépendance du juge ont été méconnues par l'acceptation de la voie de recours, la Cour rappelle que l'un des principaux objectifs de la séparation des pouvoirs publics est de garantir l'indépendance des juges, afin d'éviter que le système judiciaire et ses membres ne soient soumis à des restrictions abusives dans l'exercice de leur rôle par des organes étrangers au pouvoir judiciaire ou même par des juges supérieurs qui exercent des fonctions de révision ou de recours.²¹¹ En outre, la garantie de l'indépendance de la justice comprend des garanties contre les pressions extérieures.²¹² Par conséquent, l'État doit s'abstenir de toute ingérence indue dans le pouvoir judiciaire ou ses membres, c'est-à-dire à l'égard d'un juge en particulier, et doit prévenir de telles intrusions, enquêter et sanctionner ceux qui les commettent.²¹³

187. La Cour considère qu'en l'espèce, il n'y a pas d'éléments probants suffisants pour déduire l'existence de pressions externes à l'encontre des juges qui ont examiné le cas de la décision contre Mme Atala. D'autre part, étant donné que les juges de la Cour d'appel de Temuco qui ont été sanctionnés pour le recours de plainte ne sont pas des victimes alléguées dans la présente affaire, cela limite toute décision que la Cour pourrait émettre en relation avec une éventuelle violation de l'article 8(1) de la Convention pour ladite décision de sanction.

188. Enfin, la Cour a précédemment souligné que, n'étant pas une quatrième instance, elle ne peut pas apprécier les éléments de preuve concernant celui des parents des trois filles qui leur offre un meilleur foyer (*supra* paragraphe 66). De même, cette Cour n'étant pas une quatrième instance, elle ne peut se prononcer sur le différend entre différents secteurs de la doctrine locale sur la portée du droit interne concernant les conditions de recevabilité d'un recours.

189. D'autre part, en ce qui concerne l'impartialité de la Cour suprême dans l'émission de sa décision sur le recours en réclamation, la Cour rappelle que les juges qui interviennent dans un litige particulier sont tenus d'aborder les faits de la cause de manière impartiale, sans subjectivité ni préjugé et, en même temps, d'offrir des garanties suffisantes de nature objective qui élimineraient toute préoccupation que pourrait avoir un défendeur ou la communauté quant à un manque d'impartialité. Alors que l'impartialité personnelle ou subjective est présumée sauf preuve contraire, par exemple la preuve qu'un membre d'un tribunal ou le juge a fait preuve de préjugés personnels ou de partialité à l'encontre des parties, la preuve dite objective consiste à déterminer si le juge interrogé a fourni des éléments convaincants qui dissiperaient toute crainte légitime ou tout soupçon fondé de préjugé concernant sa conduite. Ainsi, un juge doit sembler agir sans être soumis à des influences, des incitations,

²¹¹ Cf. *l'affaire Apitz Barbera et al. (" First Court of Administrative Disputes ") c. Venezuela*, para. 55 et *Affaire Reverón Trujillo c. Venezuela*, para. 67.

²¹² Cf. *l'affaire de la Cour constitutionnelle c. Pérou, fond, réparations et frais*. Arrêt du 31 janvier 2001. Série C n° 71, para. 75, et *Affaire Reverón Trujillo*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 80. Voir aussi CEDH. *Affaire Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, (n° 7819/77 ; 7878/77), arrêt du 28 juin 1984, par. 78, et *l'affaire Langborger c. Suède*, (n° 11179/84), arrêt du 22 juin 1989, par. 32. Voir également les principes 2, 3 et 4 des Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature, adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985, et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985.

²¹³ Cf. *l'affaire Reverón Trujillo*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined.**, para. 146.

des pressions, des menaces ou des interférences, directes ou indirectes,²¹⁴ mais au contraire uniquement et exclusivement selon la Loi.²¹⁵

190. La Cour interaméricaine souligne que, s'il est vrai que dans le cas d'espèce certaines violations de la Convention ont été déclarées, une violation de l'article 8(1) de la Convention pour le manque d'impartialité judiciaire allégué doit être établie sur la base d'éléments de preuve spécifiques et concrets qui indiquent une situation dans laquelle les juges se sont clairement laissés influencer par des aspects ou des critères extérieurs aux dispositions légales.

191. La Cour constate que ni la Commission ni les représentants n'ont apporté d'éléments concrets permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective des juges. Il n'existe pas non plus d'éléments convaincants susceptibles de remettre en cause l'impartialité objective de la décision du tribunal de Villarica concernant la garde provisoire ou de l'arrêt de la Cour suprême. Une interprétation des dispositions du code civil chilien contraire à la Convention américaine en matière de garde d'enfants impliquant un individu homosexuel ne suffit pas, en soi, pour que cette Cour déclare un manque d'impartialité objective.

192. Par conséquent, la Cour considère que l'Etat n'a pas violé les garanties judiciaires reconnues à l'article 8(1) de la Convention, en ce qui concerne la décision de la Cour suprême de justice et du tribunal de Villarrica dans cette affaire.

2. *Droit des filles M., V. et R. d'être entendues et de voir leur opinion prise en considération*

Arguments des parties

193. La Commission a noté comme "particulièrement grave dans la procédure de garde, le fait que la Cour suprême n'a pas pris en compte les préférences et les besoins des filles, contrairement à ce qui s'est passé dans les tribunaux inférieurs". Elle a ajouté que "la Cour suprême de justice du Chili n'a fait aucun effort pour entendre les filles."

194. Les représentants ont fait valoir que même s'il existe des mécanismes procéduraux soigneusement conçus pour garantir que l'opinion des enfants est prise en considération dans les décisions qui les concernent et que les décisions sont effectivement prises dans leur intérêt, avant celui de toute autre personne qui intervient[,] [l]a Cour suprême a complètement ignoré ces mécanismes et a décidé arbitrairement d'accorder plus de poids aux opinions fondées sur des préjugés et des stéréotypes, au détriment de l'avis des professionnels et, plus important encore, des filles elles-mêmes, contrairement à l'action des tribunaux de première instance".

195. L'État a indiqué que "dans le cadre de l'examen d'un mécanisme de recours, tel qu'un recours en plainte, il n'existe aucune possibilité procédurale de répéter les déclarations faites par les filles, ce qui n'est pas nécessaire au regard de la procédure régulière. Du point de vue de l'intérêt et de la protection des filles, il est contre-productif, ainsi qu'inutile, d'exiger d'elles qu'elles fassent une autre déclaration dans la même procédure concernant la séparation de leurs parents et leur désir de vivre avec l'un d'eux, augmentant ainsi leur niveau de victimisation". L'État a ajouté que "les filles ont été entendues par les juridictions inférieures et que la Cour suprême a eu accès à ces déclarations antérieures." En outre, il a indiqué que, "d'autre part, les filles ont été entendues par les juridictions inférieures et la Cour suprême a eu accès à ces déclarations antérieures".

²¹⁴ Principe 2 des Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature, *supra*. note 212.

²¹⁵ *Affaire Apitz Barbera et al. supra* note **Error ! Bookmark not defined.**, para. 56.

Le principe de la reconnaissance de l'autonomie et de la subjectivité des filles n'implique en aucun cas, ni ne peut chercher à leur imposer, la responsabilité finale de décider de leur sort. [...] Lorsqu'il y a conflit entre les opinions et les souhaits du garçon, de la fille ou de l'adolescent et leur "intérêt supérieur", [...], et que leur compatibilité n'est pas possible, leur intérêt doit nécessairement prévaloir sur leurs souhaits, car sinon le régime spécial de protection dont ils bénéficient n'aurait plus de raison d'être."

Considérations de la Cour

196. La Cour souligne que les enfants jouissent des droits établis dans la Convention américaine, en plus des mesures spéciales de protection envisagées à l'article 19 de la Convention, qui doivent être définies en fonction des circonstances de chaque cas spécifique.²¹⁶ En l'espèce, la Cour rappelle que l'article 8(1) de la Convention américaine consacre le droit de toute personne d'être entendue, y compris les enfants, dans les procédures dans lesquelles leurs droits sont déterminés. Ce droit doit être interprété à la lumière de l'article 12 de la Convention sur les droits de l'enfant,²¹⁷ qui contient des stipulations appropriées sur le droit de l'enfant d'être entendu, dans le but de faciliter l'intervention de l'enfant en fonction de son âge et de sa maturité et de veiller à ce qu'elle ne porte pas atteinte à son intérêt véritable t²¹⁸.

197. Plus précisément, l'Observation générale n° 12 de 2009 du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies souligne la relation entre "l'intérêt supérieur de l'enfant" et le droit d'être entendu, lorsqu'elle déclare qu'"il ne peut y avoir d'application correcte de l'article 3 si les éléments de l'article 12 ne sont pas respectés [(intérêt supérieur de l'enfant)]. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12 en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions qui affectent leur vie." ²¹⁹

198. Afin de déterminer la portée des termes décrits à l'article 12 de cette Convention, le Comité a clarifié un certain nombre de points tels que : i) "Les États parties ne peuvent pas partir de l'hypothèse qu'un enfant est incapable d'exprimer ses propres opinions ;"²²⁰ ii) "il n'est pas nécessaire que l'enfant ait une connaissance approfondie de tous les aspects de la question qui le concerne, mais qu'il ait une compréhension suffisante pour être capable de

²¹⁶ *Affaire Gelman c. Uruguay, fond et réparations*, arrêt du 24 février 2011, série C n° 221, para. 121.

²¹⁷ L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant stipule : 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. 2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure du droit national.

²¹⁸ Cf. l'avis consultatif OC-17/02, *supra* note 122, para. 99. Pour sa part, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a établi que le droit " d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative concernant l'enfant " implique que " cette disposition s'applique à toutes les procédures judiciaires pertinentes concernant l'enfant, sans limitation ". Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009). Le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12, 20 juillet 2009, para. 32. En particulier, l'UNICEF a indiqué que "toute procédure judiciaire [...] concernant l'enfant" couvre un très large éventail d'audiences, y compris toutes les procédures civiles telles que le divorce, la garde, les soins et les procédures d'adoption, le changement de nom, les demandes judiciaires relatives au lieu de résidence, à la religion, à l'éducation, à la disposition de l'argent et ainsi de suite, la prise de décision judiciaire sur la nationalité, l'immigration et le statut de réfugié, et les procédures pénales ; elle couvre également l'implication des États dans les tribunaux internationaux." UNICEF, Manuel de mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant (troisième édition entièrement révisée) 2007, p. 156.

²¹⁹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *supra* note 218, para. 74.

²²⁰ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *supra* note 218, paragraphe 20.

former de manière appropriée son propre point de vue sur la question".²²¹iii) l'enfant peut exprimer son opinion sans pression et peut choisir d'exercer ou non son droit d'être entendu ; iv) "la mise en œuvre du droit de l'enfant d'exprimer son opinion exige que l'enfant soit informé des questions, des options et des éventuelles décisions à prendre et de leurs conséquences par les personnes chargées de l'entendre, ainsi que par ses parents ou son tuteur" ; v) "la capacité de l'enfant [...] doit être évaluée afin d'accorder l'importance voulue à son opinion ou de lui communiquer la manière dont il peut être entendu".²²² v) "la capacité de l'enfant [...] doit être évaluée afin d'accorder le poids voulu à son opinion, ou de lui communiquer la manière dont cette opinion a influencé le résultat de la procédure".²²³ vi) "les niveaux de compréhension des enfants ne sont pas uniformément liés à leur âge biologique", raison pour laquelle la maturité de l'enfant doit être déterminée sur la base de "la capacité [...] d'exprimer son point de vue sur les questions d'une manière raisonnable et indépendante".²²⁴.

199. D'autre part, la Cour rappelle que les enfants exercent leurs droits progressivement, à mesure qu'ils développent un plus grand niveau d'autonomie personnelle²²⁵. Par conséquent, les responsables de l'application du droit, que ce soit dans la sphère administrative ou judiciaire, doivent prendre en compte les conditions spécifiques de l'enfant et son intérêt supérieur pour décider de sa participation, le cas échéant, à la détermination de ses droits. Cette prise en compte recherchera l'accès le plus large possible du mineur à l'examen de son propre cas²²⁶. De même, la Cour considère que les enfants doivent être informés de leur droit d'être entendus directement, ou par l'intermédiaire d'un représentant, s'ils le souhaitent. À cet égard, en cas de conflit d'intérêts entre la mère et le père, l'État doit garantir, dans la mesure du possible, que les intérêts de l'enfant soient représentés par une personne étrangère à ce conflit.

200. À cet égard, le Comité des droits de l'enfant a souligné que l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant non seulement établit le droit de chaque enfant d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant, mais comprend également le droit ultérieur de voir cette opinion prise en considération, en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant²²⁷. Il ne suffit pas d'écouter l'enfant ; l'opinion de l'enfant doit être sérieusement prise en considération lorsqu'il est capable de se forger sa propre opinion, et pour cette raison, l'opinion de l'enfant doit être évaluée au cas par cas²²⁸. Si l'enfant est capable de se forger sa propre opinion de manière raisonnable et indépendante, le décideur doit considérer l'opinion de l'enfant comme un facteur significatif dans le règlement de la question²²⁹. Par conséquent, dans le contexte des décisions judiciaires relatives à la garde, toute législation sur la séparation et le divorce doit protéger le droit de l'enfant d'être entendu par les personnes chargées de prendre les décisions.²³⁰.

201. En l'espèce, la Cour relève que le 8 avril 2003, le Tribunal des mineurs de Villarrica a entendu M., V. et R. en audience privée et que " les procès-verbaux de l'audience privée

²²¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *supra* note 218, paragraphe 21.

²²² Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *supra* note 218, paragraphe 25.

²²³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *supra* note 218, paragraphe 28.

²²⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *supra* note 218, para. 30

²²⁵ Cf. Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 7, *supra* note 171, para. 17.

²²⁶ Avis consultatif OC-17/02, *supra* note 122, para. 102

²²⁷ Cf. Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *supra* note 218, para. 15.

²²⁸ Cf. Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *supra* note 218, paras. 28 y 29.

²²⁹ Cf. Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *supra* note 218, para. 44.

²³⁰ Cf. Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *supra* note 218, paras. 28 y 29.

ont été conservés dans une enveloppe fermée dans le coffre de la Cour".²³¹. De plus, le jugement sur la demande de garde provisoire du Tribunal des mineurs de Villarrica du 2 mai 2003 indique " que, comme indiqué dans le dossier principal de garde, les filles ont été entendues lors d'une audience privée ".²³².

202. Pour sa part, le jugement de la juridiction inférieure indique " [i] est prouvé dans les registres conservés dans le coffre du tribunal que les mineurs ont été entendus par ce [tribunal]. Lors de cette audition, il a été confirmé que les trois mineurs souhaitent que leurs parents se remettent ensemble, et lors de la dernière des auditions qui s'est tenue le 8 octobre 2003, [R.] et [V.] ont exprimé leur désir de retourner vivre avec leur mère, et dans le cas de [M.], le tribunal n'a détecté qu'une légère préférence pour la figure maternelle".²³³. En outre, la Cour a précisé que " les auditions ordonnées pour entendre les jeunes filles avaient pour but exclusif de respecter le mandat de [...] l'article 12 de la Convention des droits de l'enfant et ne sont qu'un élément à prendre en considération, mais elles ne déterminent pas la décision [...], en raison de leur jeune âge [les jeunes filles] ne sont pas en mesure d'émettre une opinion juridiquement valable sur leur situation et considérant également que l'opinion des mineurs peut être " affectée artificiellement par des facteurs extérieurs qui les influencent, les déforment ou les rendent inadaptés au but proposé "...²³⁴. Enfin, le Tribunal des mineurs a pris en considération une série de rapports psychologiques qu'il a ordonnés pour déterminer l'état psychologique et émotionnel des filles²³⁵.

203. À cet égard, la Cour estime que le tribunal de première instance dans la procédure de garde a respecté les obligations découlant du droit de l'enfant d'être entendu dans une procédure judiciaire qui le concerne, puisqu'il est clairement indiqué que l'opinion des trois filles a été prise en compte, compte tenu de leur maturité et de leur capacité à ce moment-là.

204. D'autre part, la Cour note qu'il n'existe aucun élément dans le dossier de garde indiquant que les filles ont été entendues à nouveau par la Cour suprême de justice du Chili dans le cadre de la décision sur le recours en plainte, et qu'il n'est pas fait mention dans l'arrêt rendu par la Cour suprême de la décision d'écarter les souhaits exprimés par les filles au cours de la procédure.

205. En l'espèce, la Cour prend note de la nature unique du recours en plainte, qui est principalement un recours disciplinaire contre les juges des juridictions inférieures et dans lequel aucune preuve autre que celle déjà présentée pendant toute l'audience de garde n'est recueillie (*supra* para. 185). De même, cette Cour met en garde contre le fait qu'un enfant ne doit pas être interrogé plus souvent que nécessaire, en particulier lorsque des événements troublants font l'objet d'une enquête, car le processus d'" audition " d'un enfant peut être difficile et peut provoquer des effets traumatiques chez l'enfant²³⁶. Par conséquent, la Cour ne considère pas que la Cour suprême ait eu besoin de tenir une nouvelle audience dans le cadre de la décision sur le recours en plainte pour entendre les filles exprimer leurs préférences quant au parent avec lequel elles préféreraient vivre, si plusieurs éléments de preuve dans le dossier de garde confirmaient déjà leurs souhaits.

²³¹ Actes du Tribunal des mineurs de Villarrica du 8 avril 2003 (Dossier des annexes à la requête, volume I, page 350).

²³² Décision sur la demande de garde provisoire par le Tribunal des mineurs de Villarrica, le 2 mai 2003, en considérant le paragraphe n° 7. (Dossier des annexes à la pétition, volume V, page 2565).

²³³ Cf. Jugement du Tribunal des mineurs de Villarrica du 29 octobre 2003, considérant la clause n° 36 (Dossier de annexes à la pétition, volume V, page 2605).

²³⁴ Cf. le jugement du Tribunal des mineurs de Villarrica du 29 octobre 2003, considérant la clause n° 36 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2605).

²³⁵ Cf. le jugement du Tribunal des mineurs de Villarrica du 29 octobre 2003, considérant la clause n° 36 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2589).

²³⁶ Cf. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale* n° 12, *supra* note 218, para. 24.

206. Toutefois, le fait qu'une autorité judiciaire ne soit pas tenue de recueillir à nouveau le témoignage d'un enfant dans le cadre d'une procédure judiciaire ne la dispense pas de l'obligation de prendre dûment en considération et d'évaluer, d'une manière ou d'une autre, les opinions exprimées par l'enfant devant les juridictions inférieures, en fonction de son âge et de sa maturité. Le cas échéant, l'autorité judiciaire concernée doit argumenter spécifiquement les raisons pour lesquelles elle ne prendra pas en compte les opinions de l'enfant. À cet égard, l'expert García Méndez a déclaré que :

Dans tout type de conflit entre les opinions des enfants et celles de l'autorité parentale ou des autorités institutionnelles, [...] l'opinion de l'enfant ne peut être rejetée de manière discrétionnaire. En d'autres termes, cela signifie que [...] des arguments très sophistiqués doivent être développés pour éventuellement s'opposer à l'opinion de l'enfant. [L'opinion de l'enfant ne crée pas automatiquement une jurisprudence [...]. Mais de la même manière, les opinions de l'enfant ne peuvent pas être automatiquement ignorées sans offrir des arguments lourds et profonds.²³⁷.

207. De même, l'expert Cillero Bruñol a déclaré que :

[Les adultes responsables de la décision ne doivent pas prendre une décision arbitraire lorsque l'enfant dit quelque chose de pertinent pour la décision [...]. [Les adultes responsables de la décision ne doivent pas décider arbitrairement lorsque l'enfant dit quelque chose de pertinent pour la décision [...]. [Si les enfants ont des opinions et des points de vue suffisamment développés, ceux-ci doivent prévaloir dans les affaires qui les concernent, sauf si des raisons très sérieuses s'y opposent. Cela signifie que si les opinions des enfants sont bien fondées, précises, avec une connaissance suffisante des faits et des conséquences qu'elles impliquent, elles doivent *prima facie* prévaloir sur les autres arguments pour déterminer la décision qui affectera l'enfant en ce qui concerne les faits et les états qui l'impliquent. Cette priorité est exigée par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant de l'article 3 de la [Convention relative aux droits de l'enfant]. Ce qui précède ne signifie pas que la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant va toujours coïncider dans le cas concret avec les opinions de l'enfant, même lorsque celui-ci a l'âge et la maturité nécessaires pour avoir sa propre opinion [...]. Le juge ou la personne responsable de la procédure doit raisonnablement évaluer le poids des opinions de l'enfant, par rapport à leurs conséquences sur la totalité de ses droits fondamentaux, ainsi que par rapport au niveau de maturité de l'enfant, mais cette évaluation [...] exige une charge argumentative supérieure pour la décision qui est différente de l'opinion de l'enfant²³⁸.

208. La Cour constate que la Cour suprême de justice n'a pas expliqué dans son arrêt comment elle a évalué ou pris en considération les déclarations et préférences exprimées par les jeunes filles et figurant dans le dossier. En effet, la Cour constate que la Cour suprême n'a pas adopté de décision qui tienne compte de la pertinence attribuée par ladite Cour aux modalités de vie préférées par les mineures et des raisons pour lesquelles elle n'a pas statué conformément aux souhaits exprimés par les trois jeunes filles. Au contraire, le Tribunal suprême s'est contenté de fonder sa décision sur le prétendu intérêt supérieur des trois mineures sans motiver les raisons pour lesquelles il a estimé légitime de contredire les souhaits exprimés par les filles au cours de la procédure de garde, compte tenu notamment du lien entre le droit de participation de l'enfant et l'objectif de respecter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (*supra* paragraphe 197). En conséquence, la Cour conclut que la décision susmentionnée de la Cour suprême de justice a violé le droit des filles à être entendues et à être dûment prises en compte, consacré par l'article 8.1, en liaison avec les articles 19 et 1(1) de la Convention américaine, au détriment des filles M., V. et R.

VI DROIT À L'ÉGALITÉ ET INTERDICTION DE LA NON-DISCRIMINATION, DROIT À LA VIE PRIVÉE ET DROIT À DES GARANTIES JUDICIAIRES

²³⁷ Déclaration de l'expert García Méndez lors de l'audience du 23 août 2011 dans la présente affaire.

²³⁸ Rapport d'expertise proposé par Miguel Cillero Bruñol sur le traitement du principe de l'intérêt supérieur de

l'enfant en droit international, juillet 2011 (Dossier du fond, volume II, pages 935, 939, 940).

EN RELATION AVEC L'OBLIGATION DE RESPECTER ET DE GARANTIR LES DROITS EN RELATION AVEC L'ENQUÊTE DISCIPLINAIRE

209. L'un des aspects du litige est la procédure disciplinaire menée à l'encontre de Mme Atala. A ce sujet, ce chapitre établira les faits avérés dans cette affaire et analysera ensuite les controverses entourant : i) le droit à l'égalité ; ii) la vie privée, et iii) le droit à l'éducation.
iii) les garanties judiciaires.

C. Faits avérés concernant l'enquête disciplinaire à l'encontre de Mme Atala

210. Le 17 mars 2003, le président du comité des juges du tribunal des procès oraux en matière pénale de Villarrica a informé le ministre visiteur de la cour d'appel de Temuco, M. Lenin Lillo, " d'une situation spécifique qui s'est produite le 12th " de mars 2003. Dans ce mémoire, le président du Comité des juges a indiqué que Mme Atala avait demandé à l'un de ses subordonnés de "transcrire, rédiger et imprimer des lettres officielles au nom du Tribunal des mineurs de Villarrica, demandant une procédure dans l'affaire de garde [...] dans laquelle ledit juge supérieur [était] partie au litige". En outre, il a déclaré qu'"il a tenu une réunion privée [avec] le juge Atala Riffo [...] pour l'avertir du caractère inapproprié de ses actions et de son ingérence dans la sphère d'un autre tribunal, où elle [n'était] pas un juge mais un défendeur".
239

211. Ce même jour et le 19 mars 2003, la Cour d'appel plénière de Temuco a nommé le juge Lenin Lillo²⁴⁰ pour effectuer une visite extraordinaire au tribunal pénal de Villarrica où Mme Atala était juge. Il a été déclaré que la visite " répondait à deux faits fondamentaux : d'une part, les publications parues dans les journaux Las Últimas Noticias [...] et La Cuarta [...] qui mentionnaient le fait que [Mme] Atala était lesbienne ".²⁴¹ et l'autre concernait les faits décrits dans la plainte déposée le 17 mars 2003.

212. Après la visite du tribunal où Mme Atala a exercé les fonctions de juge, M. Lillo a déposé un rapport devant la cour d'appel de Temuco,²⁴² faisant référence à trois irrégularités présumées, à savoir : i) " l'utilisation de ressources et d'employés pour se conformer aux procédures ordonnées par le Juge [...] du Tribunal des mineurs " ; ii) " l'utilisation inappropriée du sceau du tribunal ", et iii) " les publications faites dans la presse. " En ce qui concerne le premier point, il a décrit les faits rapportés par le président du Comité des juges et a conclu que ces faits " sont, de l'avis de [ce] visiteur, particulièrement graves étant donné que Mme [...] Atala [...], en utilisant les ressources et les employés du tribunal dont elle fait partie, s'est directement impliquée dans l'exécution d'actions ordonnées dans le procès qui se déroule devant le tribunal des mineurs. " Concernant le second point, M. Lillo a déclaré que "c'était particulièrement grave parce que la juge Karen Atala avait outrepassé ses pouvoirs en utilisant des éléments de la Cour qui sont sous la responsabilité de tiers afin de favoriser des personnes liées à son cercle d'amis."

²³⁹ Mémoire du Président du Comité des juges de la Cour des procès pénaux oraux de Villarrica, 17 mars 2003 (Dossier du fond, volume XIII, page 7040).

²⁴⁰ Rapport préparé par le ministre Lenin Lillo de la Cour d'appel de Temuco du 2 avril 2003 (Dossier des mérites, volume XII, page 5927).

²⁴¹ Rapport préparé par le ministre Lenin Lillo de la Cour d'appel de Temuco du 2 avril 2003 (Dossier des mérites, volume XII, page 5927).

²⁴² Rapport préparé par le ministre Lenin Lillo de la Cour d'appel de Temuco du 2 avril 2003 (Dossier des mérites, volume XII, pages 5927 à 5934).

213. Enfin, M. Lillo a fait référence aux publications faites dans les journaux "Las Últimas Noticias" et "La Cuarta", informant le public du procès de garde et faisant référence à la "relation lesbienne" de Mme Atala.

214. Se référant à ces questions dans son rapport, M. Lillo a conclu que :

Ce visiteur n'est pas enclin à émettre des jugements de valeur concernant l'inclinaison sexuelle du juge Atala. Cependant, il est impossible d'éluder le fait que sa relation affective particulière a transcendé la sphère privée avec l'apparition des publications susmentionnées, ce qui nuit clairement à l'image de Mme Atala et du pouvoir judiciaire. Tout ce qui précède revêt une gravité qui mérite l'attention du Tribunal d'Ilmo.²⁴³.

215. Le 2 avril 2003, la Cour d'appel de Temuco a approuvé la visite effectuée par M. Lillo et a déposé des accusations contre Mme Atala²⁴⁴. Par la suite, le 9 mai 2003, la Cour d'appel a émis "un avertissement sévère pour l'utilisation des ressources et du personnel pour se conformer aux procédures ordonnées par le juge du tribunal des mineurs [...] dans une affaire dans laquelle elle est l'une des parties au litige".²⁴⁵.

D. Le droit à l'égalité et l'interdiction de la non-discrimination

Arguments des parties

216. Les représentants ont fait valoir que Mme Atala "avait une relation stable avec son partenaire qui n'était pas différente de celle des autres couples, à l'exception du fait que son partenaire était du même sexe", donc "l'ordre d'enquêter et d'effectuer une visite au tribunal où travaillait la juge Atala était fondé exclusivement sur un rejet discriminatoire de son orientation sexuelle."

217. L'État a fait valoir que "le rapport présenté par le juge Lillo à l'ensemble de la Cour d'appel de Temuco comprend un certain nombre de précédents graves qui appellent un "avertissement sévère"" et que son avertissement à Mme Atala "n'est pas du tout lié à son homosexualité, mais concerne plutôt des plaintes et des faits vérifiés par le juge Lillo."

Considérations de la Cour

218. La Cour note que la Cour d'appel de Temuco a reçu une plainte le 17 mars 2003 contre Mme Atala pour l'utilisation d'instruments et d'employés de la Cour pour des affaires personnelles (*supra* para. 210). Cependant, la Cour note que, selon le rapport du juge visiteur, d'autres considérations ont été exprimées pour justifier la visite sur le lieu de travail de Mme Atala. Celles-ci se référaient expressément à l'orientation sexuelle de Mme Atala puisqu'elles étaient liées aux "reportages publiés dans les journaux " La Cuarta " du 28 février [2003] et " Las Últimas Noticias " du 1er mars [2003], dans lesquels le public était informé du contenu d'une demande de garde déposée par [M. López] contre son épouse [...] parce que celle-ci entretenait une relation lesbienne avec une autre femme ".²⁴⁶. Ainsi, l'une des raisons de la visite sur le lieu de travail de Mme Atala était de confirmer les rapports de presse sur son orientation sexuelle.

²⁴³ Rapport préparé par le ministre Lenin Lillo de la Cour d'appel de Temuco, 2 avril 2003 (Dossier des mérites, volume XII, page 5934).

²⁴⁴ La Cour d'appel de Temuco a déclaré qu'elle " approuvait la visite effectuée par le juge Lenin Lillo [...] et que des accusations sont portées contre Mme Karen Atala Riffo pour les trois chefs d'accusation mentionnés dans le rapport du visiteur. " Décision de la cour d'appel de Temuco, 2 avril 2003 (dossier du fond, volume XII, page 5935).

²⁴⁵ Arrêt de la Cour d'appel de Temuco, 9 mai 2003 (Dossier du fond, volume XII, page 5937).

²⁴⁶ Rapport préparé par le juge Lenin Lillo de la Cour d'appel de Temuco, 2 avril 2003 (Dossier du fond, volume XII, page 5934).

219. La Cour relève que l'enquête disciplinaire et la visite extraordinaire mentionnées ont leur base légale dans les articles 544 n° 4,²⁴⁷ 559,²⁴⁸ et 560²⁴⁹ du code organique des tribunaux. Étant donné que l'un des objectifs de la visite était d'enquêter sur l'orientation sexuelle de Mme Atala sur la base des articles de presse, la Cour estime que Mme Atala a reçu un traitement différencié et illégal du fait que son orientation sexuelle et sa relation avec une personne du même sexe ont été incluses comme un aspect à enquêter dans la procédure disciplinaire.

220. Enfin, l'État a fait valoir que l'"avertissement" émis par le tribunal de Temuco était fondé "uniquement" sur "l'utilisation de ressources et d'employés pour mener à bien les diligences ordonnées" par le tribunal chargé du procès de garde et que, par conséquent, Mme Atala n'était pas sanctionnée, selon cet argument, pour son orientation sexuelle. Toutefois, la Cour relève que le rapport établi par le juge visiteur, approuvé ultérieurement par la Cour d'appel de Temuco, et sur la base duquel des accusations ont été portées contre Mme Atala, indique qu'"il est impossible d'ignorer que sa relation affective particulière a transcendé la sphère privée avec la parution des publications susmentionnées, ce qui porte clairement atteinte à l'image de [Mme] Atala et du pouvoir judiciaire. Tout ce qui précède revêt une gravité qui mérite l'attention de la Cour".²⁵⁰ Par conséquent, bien que le Tribunal de Temuco n'ait pas expressément sanctionné Mme Atala pour son orientation sexuelle, cet aspect a été inclus dans les considérations du rapport préparé par le juge visiteur, dont la légitimité n'a pas été désavouée ou remise en question par le Tribunal de Temuco.

221. Or, s'agissant du but légitime poursuivi par ladite enquête, la Cour relève que le rapport présenté n'indique pas clairement le but de la visite en ce qui concerne l'enquête relative à l'orientation sexuelle, puisqu'il ne fait référence qu'aux articles de presse publiés. À cet égard, bien que le but légitime ne soit pas explicité dans le rapport, il est possible de déduire des commentaires qui y sont faits que l'enquête sur l'orientation sexuelle de Mme Atala visait à protéger "l'image du pouvoir judiciaire". Or, la prétendue protection de l'image du pouvoir judiciaire ne saurait justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. En outre, l'objectif poursuivi par une telle différence de traitement doit être concret et non abstrait. Dans le cas d'espèce, la Cour ne trouve aucun lien entre la volonté de protéger l'"image du pouvoir judiciaire" et le fait que le personnel de l'institution est en mesure de s'acquitter de ses fonctions.

²⁴⁷ L'article 544 n° 4, sur lequel se fonde le rapport établi par le juge Lenin Lillo de la Cour d'appel de Temuco le 2 avril 2003 (dossier du fond, volume XII, page 5927), dispose que : "les pouvoirs disciplinaires qui correspondent à la Cour suprême ou aux Cours d'appel doivent être exercés spécialement à l'égard des fonctionnaires du pouvoir judiciaire qui se trouvent dans l'une des situations suivantes : [...] 4. Lorsque, en raison d'une irrégularité dans leur comportement moral ou de vices mal considérés par le public, ils compromettent le décorum de leur ministère. Disponible sur : <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (dernier accès le 20 février 2012), adresse électronique fournie par l'État (dossier des mérites, volume XII, page 5914).

²⁴⁸ L'article 559 stipule que : Les Cours Supérieures de Justice ordonneront des visites extraordinaires par n'importe lequel de ses ministres dans les tribunaux de leur territoire juridictionnel respectif, à condition que cela soit nécessaire pour un meilleur service judiciaire. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (dernier accès le 20 février 2012) (dossier Merits, volume XII, page 5914).

²⁴⁹ L'article 560 stipule : La Cour ordonnera extraordinairement ces visites dans les cas suivants : 1. Lorsqu'il s'agit d'affaires civiles pouvant affecter les relations internationales et sur lesquelles les cours de justice sont compétentes ; 2. Lorsqu'il s'agit d'enquêter sur des faits ou des délits qui doivent être entendus par la justice militaire et qui peuvent affecter les relations internationales ou qui provoquent l'alarme publique et qui exigent une répression rapide en raison de leur gravité et de leurs conséquences dommageables, et 3. Chaque fois qu'il est nécessaire d'enquêter sur des faits qui affectent le comportement des juges dans l'exercice de leurs fonctions et lorsqu'il y a un retard notable dans le traitement des affaires soumises auxdits juges. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (dernier accès le 20 février 2012) (Dossier du fond, volume XII,

page 5914).

²⁵⁰ Rapport préparé par le juge Lenin Lillo de la Cour d'appel de Temuco du 2 avril 2003 (Dossier du fond, volume XII, page 5934).

L'orientation sexuelle de Mme Atala. L'orientation sexuelle d'une personne ou l'exercice de celle-ci ne peut en aucun cas justifier l'ouverture d'une procédure disciplinaire, car il n'existe aucun lien entre le bon exercice des fonctions professionnelles d'une personne et son orientation sexuelle.

222. Par conséquent, la différenciation dans une enquête disciplinaire fondée sur l'orientation sexuelle étant discriminatoire, la Cour conclut que l'État a violé l'article 24 combiné avec l'article 1(1) de la Convention américaine au détriment de Karen Atala Riffo.

C. Droit à la vie privée

Arguments des parties

223. Les représentants ont déclaré que l'enquête s'apparentait à une ingérence dans la vie privée de Mme Atala, puisque son " bureau a été fouillé [...], y compris son ordinateur et son imprimante, des membres du personnel du tribunal [ont été] interrogés [...] sur d'éventuelles visites [de Mme] Atala par des femmes [et Mme] Atala a été interrogée sur sa vie privée et sa relation avec son partenaire. " Ils ont ajouté que " [Mme] Atala a été illégalement exposée devant sa communauté sociale et professionnelle, portant atteinte à sa vie privée. "

224. L'État a indiqué que la visite " n'a donné lieu à aucune sanction administrative à l'encontre de [Mme] Atala, la Cour d'appel de Temuco ayant considéré que ses activités privées et sa vie familiale n'entravaient pas son travail judiciaire. "

Considérations de la Cour

225. Comme mentionné précédemment (*supra* para. 161), l'article 11 de la Convention interdit toute ingérence arbitraire ou abusive dans la vie privée des personnes, et par conséquent le domaine de la vie privée est exempt et immunisé contre toute intrusion ou agression abusive ou arbitraire par les autorités publiques²⁵¹. Selon la jurisprudence de la Cour, pour déterminer s'il y a eu ingérence arbitraire dans la vie privée, il faut analyser, entre autres exigences, la légalité et le but de la mesure.

226. En l'espèce, Mme Atala a déclaré ce qui suit concernant la visite effectuée sur son lieu de travail :

"Le ministre [Lillo] s'est assis à mon bureau, dans mon bureau, a vérifié mon ordinateur personnel et tous les sites web que j'avais visités. Ensuite, il a interrogé tous les membres du personnel du tribunal, un par un, ainsi que le personnel de nettoyage, puis mes collègues juges, car j'étais membre d'une collégiale de trois juges, et il est allé au tribunal des garanties, car j'étais membre du tribunal pénal oral. Il a interrogé les deux juges de ce tribunal ainsi que le secrétaire du tribunal de Villarrica. C'est-à-dire qu'il a interrogé 6 collègues en leur demandant si j'étais lesbienne ou pas".²⁵².

227. Face à ce traitement, Mme Atala a déclaré que :

"Je me suis senti profondément humilié, exposé, comme si j'avais été déshabillé et jeté sur une place publique".²⁵³.

²⁵¹ Cf. *l'Affaire des massacres d'Ituango*, *supra* note 177, para. 194 et *Affaire Fontevecchia et D'Amico*, *supra* note 28, para. 48.

²⁵² Déclaration de Mme Karen Atala Riffo rendue devant la Cour interaméricaine lors d'une audience publique dans la présente affaire.

²⁵³ Déclaration de Mme Karen Atala Riffo rendue devant la Cour interaméricaine lors d'une audience publique dans la présente affaire.

228. Mme Atala a également expliqué qu'avant la visite extraordinaire, la Cour d'appel de Temuco avait envoyé aux fonctionnaires du Tribunal de Villarrica un questionnaire contenant des questions visant à enquêter sur la condition sexuelle de Mme Atala²⁵⁴. Ces déclarations n'ont pas été contestées par l'État.

229. Specifically, the Court notes that in the report on Judge Lillo's visit the following facts were stated as conclusions: i) that Ms. Atala "began to be visited in her office by a large number of women starting in mid 2002,"²⁵⁵ y compris sa partenaire actuelle "avec laquelle elle passait des heures dans son bureau" ; ii) qu'elle a demandé à un employé du tribunal de "dessiner une bague sur la base de quelques modèles qu'elle lui a donnés[,] téléchargés sur internet à partir d'une page appelée "breaking the silence", qui était gérée par des minorités sexuelles" ; iii) que Mme. Atala "a reçu la visite au Tribunal des "parents" de son partenaire et qu'elle les a présentés "comme ses beaux-parents" ; iv) que Mme Atala a utilisé le fax du Tribunal "pour envoyer des informations sur les minorités sexuelles à des institutions", et v) que Mme Atala "a exprimé ouvertement son homosexualité" à M. Lillo et "a défendu sa détermination à la communiquer ouvertement aux fonctionnaires du Tribunal et aux juges principaux".²⁵⁶.

230. La Cour constate que, bien que l'enquête disciplinaire ait débuté par des motifs légaux²⁵⁷ et ne s'est pas conclue par des sanctions disciplinaires à l'encontre de Mme Atala en raison de son orientation sexuelle, elle l'a fait de manière arbitraire, ce qui constitue une ingérence dans le droit à la vie privée de Mme Atala, et qui s'étend à sa sphère professionnelle. Par conséquent, l'État est responsable de la violation du droit à la vie privée, reconnu à l'article 11, paragraphe 2, combiné à l'article 1, paragraphe 1, de la Convention américaine, au détriment de Karen Atala Riffo.

D. Garanties judiciaires

231. La Commission a décrit le "contenu de la visite extraordinaire ordonnée par la Cour d'appel de Temuco comme un exemple du manque d'équité et du préjugé discriminatoire existant dans le pouvoir judiciaire chilien au moment du procès de garde". Elle a également fait valoir que "l'impact de cette visite sur l'affaire de la garde à vue en ce qui concerne le préjugé, puisque le juge Lenin Lillo a fini par participer à l'octroi de l'injonction le 24 novembre 2003".

232. Les représentants ont fait valoir que "[l]orsqu'une Cour d'appel de l'État du Chili décide d'entamer une procédure disciplinaire à l'encontre d'un juge et désigne un ministre pour effectuer une visite extraordinaire parce que son orientation sexuelle a été divulguée [dans les médias], il y a également une violation de l'impartialité, puisque la visite est une procédure qui a pour origine

²⁵⁴ Déclaration de Mme Karen Atala Riffo rendue devant la Cour interaméricaine lors d'une audience publique dans la présente affaire.

²⁵⁵ Rapport préparé par le juge Lenin Lillo de la Cour d'appel de Temuco du 2 avril 2003, *supra* note **Error ! Bookmark not defined.**, page 5933.

²⁵⁶ Rapport préparé par le juge Lenin Lillo de la Cour d'appel de Temuco du 2 avril 2003, *supra* note **Error ! Bookmark not defined.** page 5934.

Voir les normes disciplinaires (*supra* para. 219).

en raison d'un préjudice". Ils ont également fait valoir que "la violation du droit d'être jugé par un tribunal impartial s'est produite à partir du moment où, le 24 novembre 2003, deux juges qui avaient émis un avis négatif sur l'orientation sexuelle du juge Atala ont participé à l'octroi de l'injonction". En particulier, les représentants ont déclaré que "les juges Lenin Lillo et Archibaldo Loyola étaient juridiquement disqualifiés" pour participer à l'octroi de l'injonction émise contre la décision de la juridiction inférieure, étant donné que "le premier [avait] agi en tant que juge visiteur dans le cadre de l'enquête disciplinaire et que le second avait "directement exhorté [Mme] Atala à renoncer [à la garde] de ses filles".

233. L'État n'a pas commenté les allégations relatives à la visite extraordinaire. Dans le même temps, il a fait valoir qu'"il n'est pas exact que la chambre respective de la Cour d'appel de Temuco [...] comprenait deux juges légalement disqualifiés pour agir, étant donné que les motifs de disqualification n'ayant pas été invoqués, il est entendu que la partie ayant le droit de l'invoquer a renoncé à l'exercice de son droit."

Considérations de la Cour

234. La Cour rappelle que l'impartialité personnelle d'un juge se présume, sauf preuve contraire (*supra* par. 189)²⁵⁸. Dans le cadre d'une analyse de l'impartialité subjective, la Cour doit tenter de déterminer les intérêts ou les raisons personnelles d'un juge dans un cas particulier²⁵⁹. Quant au type de preuve requis pour prouver l'impartialité subjective, la Cour européenne a indiqué la nécessité de vérifier si le juge a fait preuve d'hostilité ou de mauvaise volonté s'il a fait en sorte qu'une affaire lui soit attribuée pour des raisons personnelles²⁶⁰.

235. La Cour a déjà établi (*supra* paragraphes 222 et 230) que la visite extraordinaire a porté atteinte au droit à l'égalité, à la non-discrimination et à la vie privée de Mme Atala. De même, elle a conclu qu'il était discriminatoire d'inclure l'orientation sexuelle de Mme Atala ou sa relation avec son partenaire dans l'enquête disciplinaire, puisque cela n'avait aucune incidence sur ses performances professionnelles (paragraphe 221 *ci-dessus*) et qu'il n'y avait donc aucune raison de conclure que l'orientation sexuelle de Mme Atala pouvait entraîner une faute disciplinaire. Cependant, le rapport sur la visite de son lieu de travail a déterminé que les conclusions concernant l'orientation sexuelle de Mme Atala " revêtent une grande gravité qui mérite l'avis de la Cour [d'appel de Temuco]. (*supra*, paragraphe 214).

236. En outre, la Cour relève les circonstances dans lesquelles la visite extraordinaire a eu lieu, puisque, avant et pendant la visite, des fonctionnaires et des employés du tribunal de Villarrica

²⁵⁸ Dans la jurisprudence européenne, voir CEDH, *Affaire Kyprianou c. Chypre*, (n° 73797/01), Arrêt du 27 janvier, 2004, para. 119 (" En appliquant le test subjectif, la Cour a toujours considéré que l'impartialité personnelle d'un juge doit être présumée jusqu'à preuve du contraire "), citant CEDH, *Affaire Hauschildt c. Danemark*, (n° 10486/83), Arrêt du 24 mai 1989, para. 47.

²⁵⁹ Cf. CEDH, *affaire Kyprianou*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined.**, para. 118 (" une approche subjective, qui s'efforce de déterminer la conviction ou l'intérêt personnel d'un juge donné dans une affaire particulière ").

²⁶⁰ Cf. CEDH, *affaire Kyprianou*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 119 (" S'agissant du type de preuve requis, la Cour a, par exemple, cherché à savoir si un juge avait fait preuve d'hostilité ou de mauvaise volonté ou s'était arrangé pour se voir attribuer une affaire à titre personnel "). Voir également CEDH, *affaire Bellizzi c. Malte*, (n° 46575/09), arrêt du 21 juin 2011. Final, 28 novembre 2011, para. 52 et l'*affaire Cubber c. Belgique*, (n° 9186/80), arrêt du 26 octobre 1996, paragraphe 25. La Cour européenne a également noté que l'impartialité subjective d'un juge peut être déterminée, en fonction des circonstances spécifiques de l'Affaire, sur la base de la conduite de la procédure par le juge, du contenu, des arguments et du langage utilisés dans la décision, ou des raisons de mener l'enquête, ce qui indiquerait un manque de distance professionnelle concernant la décision. Cf. CEDH, *Affaire Kyprianou c. Chypre*, (n° 73797/01), G.C., Arrêt du 15 décembre 2005, paras. 130 à

133.

ont été interrogés à plusieurs reprises pour connaître l'orientation et les habitudes sexuelles de Mme Atala (*supra* paragraphes 228 et 229). Il note également que les conclusions du rapport de visite, qui a été soumis à la Cour d'appel, ont été approuvées le même jour dans leur intégralité par ladite Cour, qui a immédiatement procédé à l'inculpation disciplinaire de Mme Atala, entre autres, en raison de son orientation sexuelle.

237. Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que les préjugés et les stéréotypes étaient évidents dans le rapport, ce qui démontre que ceux qui ont préparé et approuvé ledit rapport n'étaient pas objectifs sur cette question. Au contraire, ils ont exprimé leur position personnelle concernant l'orientation sexuelle de Mme Atala dans un domaine disciplinaire où une réprimande judiciaire pour ce fait n'était ni acceptable ni légale. Par conséquent, la Cour estime que la visite extraordinaire et l'enquête disciplinaire ont été menées sans l'impartialité subjective nécessaire, et que l'Etat a donc violé l'article 8(1) en relation avec l'article 1(1) de la Convention américaine au détriment de Karen Atala Riffo.

238. S'agissant du juge Loyola, la Cour relève que le dossier ne contient aucun élément permettant de corroborer l'allégation selon laquelle M. Loyola, lors d'une réunion privée tenue en mars 2003, aurait suggéré à Mme Atala de confier la garde de ses filles au père. D'autre part, la Cour rappelle que la garantie d'impartialité judiciaire doit être respectée par les autorités judiciaires *d'office*. Ainsi, tout juge dont l'impartialité pourrait être légitimement et objectivement mise en cause, devrait se récuser de participer à l'adoption de la décision...²⁶¹. En conséquence, M. Lillo n'aurait pas dû participer à la décision du 24 novembre 2003, après avoir effectué la visite extraordinaire dans le cadre de l'enquête disciplinaire. Néanmoins, la Cour constate qu'immédiatement après cet arrêt, la Cour d'appel de Temuco a fait siennes les considérations du juge de première instance et a rendu sans effet l'injonction²⁶².

VII RÉPARATIONS (APPLICATION DE L'ARTICLE 63, PARAGRAPHE 1, DE LA CONVENTION AMÉRICAINÉ)

239. Sur la base des dispositions de l'article 63(1) de la Convention américaine²⁶³ la Cour a indiqué que toute violation d'une obligation internationale ayant causé un dommage entraîne le devoir de fournir une réparation adéquate.²⁶⁴ et que cette disposition reflète une norme coutumière qui constitue l'un des principes fondamentaux du droit international contemporain en matière de responsabilité des États.²⁶⁵

²⁶¹ Cf. CEDH, *Affaire Micallef c. Malte*, (n° 17056/06), G.C., Arrêt du 15 octobre 2009, para. 98 (" Ce qui est en jeu, c'est la confiance que les tribunaux, dans une société démocratique, doivent inspirer au public. Ainsi, tout juge à l'égard duquel il existe une raison légitime de craindre un manque d'impartialité doit se retirer ") ; CEDH, *affaire Castillo Algar c. Espagne*, (n° 28194/95), arrêt du 8 octobre 1998, para. 45.

²⁶² Arrêt de la Cour d'appel de Temuco du 30 mars 2004 (Dossier des annexes à la requête, volume V, page 2643).

²⁶³ L'article 63 prévoit : 1. Si la Cour constate qu'il y a eu violation d'un droit ou d'une liberté protégés par la présente Convention, elle dit qu'il faut assurer à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté qui a été violé. Elle dit aussi, s'il y a lieu, que les conséquences de la mesure ou de la situation qui a constitué la violation de ce droit ou de cette liberté doivent être réparées et qu'une juste indemnité doit être versée à la partie lésée.

²⁶⁴ Cf. *l'affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras. Réparations et frais*. Arrêt du 21 juillet 1989. Série C n° 7, para. 25 ; *Affaire Fontevéchia et D`Amico, supra* note 28, para. 97.

²⁶⁵ Cf. *l'affaire Castillo Páez c. Pérou. Réparations et frais*. Arrêt du 27 novembre 1998. Série C n° 43, para. 50 et

Affaire Fontev ecchia et D`Amico, supra note 28, para. 97.

240. L'État a fait valoir que cette affaire "n'a pas entraîné de violation des droits de l'homme de Mme Karen Atala ni de ceux de ses trois filles". Cependant, compte tenu des violations de la Convention américaine déclarées dans les chapitres précédents, la Cour va maintenant examiner les demandes de réparations formulées par la Commission et les représentants, ainsi que les observations de l'État à ce sujet, à la lumière des critères consacrés par la jurisprudence de la Cour concernant la nature et la portée de l'obligation de réparation, afin d'adopter les mesures à exiger pour réparer les dommages causés aux victimes.

241. La réparation du dommage causé par la violation d'une obligation internationale exige, dans la mesure du possible, la restitution intégrale (*restitutio in integrum*), qui consiste à rétablir la situation antérieure à la violation. Lorsque cela n'est pas possible, comme c'est le cas dans la majorité des affaires concernant des violations des droits de l'homme, la Cour décide des mesures visant à garantir les droits violés, à réparer les dommages causés par les violations et à fixer un montant d'indemnisation pour réparer le dommage causé²⁶⁶. C'est pourquoi la Cour a considéré qu'il était nécessaire d'ordonner plusieurs mesures de réparation afin de réparer intégralement le dommage causé, et donc, outre l'indemnisation pécuniaire, les mesures de restitution, de satisfaction et de garantie de non-répétition sont particulièrement pertinentes²⁶⁷.

242. Cette Cour a jugé que les réparations doivent avoir un lien de causalité avec les faits de la cause, les violations déclarées, les dommages vérifiés et les mesures demandées pour réparer les conséquences de ces dommages. Ainsi, sur la base des considérations de fond et des violations de la Convention déclarées dans les chapitres précédents, la Cour doit s'en tenir à cette concordance afin de statuer correctement et conformément au droit²⁶⁸.

A. Partie lésée

243. Aux termes de l'article 63(1) de la Convention, la Cour considère que la partie lésée est la personne qui a été déclarée victime d'une violation d'un droit consacré par la Convention.²⁶⁹ En l'espèce, la Cour a estimé que l'Etat a violé les droits de l'homme de Karen Atala Riffo et de ses filles M., V. et R. (paragraphe 146, 155, 178, 208, 222, 230 et 237 *ci-dessus*). En ce qui concerne la fille V., aux fins des réparations, les termes énoncés au paragraphe 71 du présent arrêt s'appliquent.

244. La Cour note que les représentants ont demandé que les réparations soient étendues aux personnes que la Commission interaméricaine n'a pas nommées comme victimes présumées dans cette affaire. Plus précisément, ils ont demandé " la réparation intégrale des dommages pécuniaires et non pécuniaires " qui auraient été causés à : i) María del Carmen Riffo Véjar, mère de Karen Atala et grand-mère de M., V. et R. ; ii) Emma Zelmira María de Ramón Acevedo,

²⁶⁶ Cf. *l'affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras*, *supra* nota **Error ! Bookmark not defined.**, para. 26 et *Affaire Fontevecchia et D`Amico*, *supra* note 28, para. 98.

²⁶⁷ Cf. *l'affaire du massacre de Mapiripán*, *supra* note 93, para. 294 et *l'affaire Barbani Duarte et al*, *supra* note 91, para. 2.

²⁶⁸ Cf. *l'affaire Baldeón García c. Pérou. Fond, réparations et frais*. Jugement du 6 avril 2006. Série C n° 183 et *Affaire Fontevecchia et D`Amico*, *supra* note 28, para. 101.

²⁶⁹ Cf. *Affaire Bayarri c. Argentine, Objection préliminaire, fond, réparations et frais*. Arrêt du 30 octobre

2008. Série C n° 187, para. 126 et *Affaire Fontevecchia et D`Amico*, supra note 28, para. 101.

partenaire de Karen Atala jusqu'en 2010 ; iii) Sergio Ignacio Vera Atala, fils aîné de Karen Atala ;
iv) Judith Riffo Véjar, grand-tante des enfants M., V. et R. ; et v) Elías Atala Riffo, frère de Karen Atala.

245. Toutefois, la Cour relève que la Commission n'a pas soutenu, ni dans son rapport sur le fond ni dans la requête, que ces personnes sont victimes de violations des droits consacrés par la Convention américaine. Dès lors, et compte tenu de la jurisprudence de la Cour²⁷⁰ la Cour ne considère pas les membres de la famille des victimes en l'espèce comme la " partie lésée " et décide en conséquence qu'ils n'auront droit à réparation qu'en tant qu'ayants droit, c'est-à-dire en cas de décès des victimes, conformément au droit interne²⁷¹.

246. La jurisprudence internationale et, en particulier, la jurisprudence de la Cour interaméricaine ont affirmé à plusieurs reprises qu'un jugement constitue *en soi une* forme de réparation.²⁷² Néanmoins, compte tenu des circonstances de l'affaire examinée et des charges qui pèsent sur les victimes en raison des violations des articles 24, 11(2), 17(1), 17.4, 19, et 8(1) de la Convention américaine commises à l'encontre de Mme Atala et des filles M., V. et R., la Cour estime approprié d'ordonner certaines mesures de réparation, comme expliqué dans les paragraphes suivants.

B. Obligation d'enquêter et d'appliquer des conséquences juridiques aux fonctionnaires responsables

247. La Commission a demandé à la Cour d'ordonner à l'État "d'enquêter et d'appliquer les conséquences juridiques correspondantes *vis-à-vis des* membres de l'appareil judiciaire qui ont fait preuve de discrimination et d'ingérence arbitraire dans la vie privée et familiale de Karen Atala, et qui ont manqué à leurs obligations internationales de garantir l'intérêt supérieur des [filles] M., V. et R."

248. Les représentants n'ont présenté aucun argument à cet égard.

249. L'État a indiqué que la demande de la Commission " semble s'écarter de la jurisprudence " de la Cour interaméricaine et a exprimé sa " profonde inquiétude " concernant la demande de sanctions à l'encontre des membres du pouvoir judiciaire. L'État a fait valoir que la Cour n'a pas le pouvoir " d'enquêter et de sanctionner la conduite individuelle des agents [de l'État] qui ont pu [commettre] des violations [des droits de l'homme] [puisqu'elle est seulement compétente] pour [juger] la responsabilité internationale des États ".

250. A cet égard, la Cour note que la Commission n'a pas précisé certains éléments qui permettraient à la Cour d'examiner cette demande de manière approfondie. Par exemple, elle n'a pas indiqué si les lois internes prévoient que les autorités disciplinaires enquêtent sur la commission d'actes discriminatoires. En outre, les spécificités de cette affaire n'ont pas été analysées par rapport à d'autres affaires antérieures dans lesquelles de telles mesures ont été ordonnées.

²⁷⁰ Cf. *affaire Acevedo Buendía et al. ("Employés licenciés et retraités du Bureau du contrôleur") v. Pérou. Objection préliminaire, fond, réparations et frais*. Arrêt du 1er juillet 2009. Série C n° 198, para. 112 et *Affaire Mejía Idrovo c. Équateur, Objection préliminaire, fond, réparations et frais*. Arrêt du 5 juillet 2011. Série C n° 228, para. 131.

²⁷¹ Cf. *l'affaire Acevedo Buendía et al. ("Employés licenciés et retraités du Bureau du contrôleur") supra note Error ! Bookmark not defined*, para. 114 et *Affaire April Alosilla et al. c. Pérou. Fond, réparations et frais*. Arrêt du 4 mars 2011. Série C n° 223, para. 90.

²⁷² Cf. *l'affaire Neira Alegría et al. c. Pérou. Réparations et frais*. Arrêt du 19 septembre 1996. Série C n° 29, para. 56 et *Affaire Fontevecchia et D`Amico*, *supra* note 28, para. 102.

Par conséquent, le Tribunal considère que la demande présentée par la Commission n'est pas valable.

C. Autres mesures de réparation intégrale : satisfaction et garanties de non-répétition

251. La Cour détermine les autres mesures visant à réparer le préjudice moral et ordonne des mesures de portée ou de répercussion publique²⁷³.

1. Réhabilitation : Traitement médical et psychologique des victimes

252. La Commission a demandé que des mesures de réhabilitation soient ordonnées en faveur des victimes. À cet égard, les représentants et l'État n'ont pas présenté d'observations sur cette demande, tandis que les représentants ont évoqué ces mesures dans le cadre de leur demande de réparation du préjudice pécuniaire. (*infra* para. 287).

253. La Cour note que les éléments de preuve présentés par les psychiatres montrent plusieurs indications selon lesquelles Mme Atala et ses filles souffrent des conséquences des violations des droits de l'homme commises en l'espèce.

254. Comme dans d'autres affaires²⁷⁴ la Cour estime nécessaire d'ordonner une mesure de réparation qui permette de prendre en charge de manière adéquate les affections physiques et mentales dont souffrent les victimes, en répondant à leurs besoins spécifiques. Par conséquent, après avoir confirmé les violations et les dommages subis par les victimes en l'espèce, la Cour ordonne à l'État de leur fournir, librement et immédiatement, des soins médicaux et psychologiques appropriés et efficaces pendant une durée maximale de quatre ans. En particulier, le traitement psychologique doit être fourni par des institutions et du personnel de l'État spécialisés dans le traitement des victimes d'actes tels que ceux qui se sont produits en l'espèce. Ce traitement doit tenir compte des circonstances et des besoins spécifiques de chaque victime, afin de lui offrir un traitement familial et individuel, comme convenu avec chacune d'elles, après une évaluation individuelle.²⁷⁵ Les traitements doivent inclure la fourniture de médicaments et, le cas échéant, le transport ou d'autres dépenses qui sont directement liées et strictement nécessaires.

255. En particulier, et dans la mesure du possible, les soins doivent être dispensés dans les centres de santé les plus proches du lieu de résidence des victimes. Les victimes qui demandent cette mesure de réparation disposent d'un délai de six mois à compter de la notification du présent arrêt pour faire connaître à l'État, soit en personne, soit par l'intermédiaire de leurs représentants légaux, leur souhait de recevoir des soins médicaux ou psychologiques.

2. Satisfaction

a) Publication de l'arrêt

²⁷³ Cf. l'affaire des " enfants des rues " (Villagrán Morales et al.) c. Guatemala. Réparations et frais. Arrêt du 26 mai 2001. Série C n° 77, para. 84 et Affaire de la Famille Barrios, *supra* note 31, para. 326.

²⁷⁴ Cf. l'affaire Barrios Altos c. Pérou. Réparations et frais. Arrêt du 30 novembre 2001. Série C n° 87, par. 42 et 45 et Affaire Famille Barrios, *supra* note 31, para. 329.

²⁷⁵ Cf. affaire 19 Comerciantes V. Colombie. Fond, réparations et frais. Jugement du 5 juillet 2004. Série C

n° 109, para. 278 et *Affaire de la famille Barrios*, *supra* note 31, para. 329.

256. La Commission a demandé à la Cour d'ordonner à l'État de publier les parties pertinentes de l'arrêt rendu par la Cour.

257. De même, les représentants ont demandé la publication " d'un extrait des faits prouvés et du dispositif complet [...] deux fois, deux dimanches successifs, dans les journaux " El Mercurio ", " La Tercera ", " Las Últimas Noticias " et " La Cuarta ". " En outre, les représentants ont demandé à la Cour d'exiger que l'État publie le texte intégral de l'arrêt sur la page d'accueil du système judiciaire chilien "pendant une période d'au moins six mois."

258. L'État n'a présenté aucun argument contre la réparation demandée par la Commission et les représentants.

259. A cet égard, la Cour estime que, comme elle l'a ordonné dans d'autres affaires²⁷⁶ l'État doit publier, dans un délai de six mois à compter de la notification du présent arrêt, les éléments suivants :

- le résumé officiel de l'arrêt rédigé par la Cour, une seule fois, dans le Journal officiel ;
- le résumé officiel de l'arrêt rédigé par la Cour, une seule fois, dans un journal de large diffusion nationale, et
- le présent arrêt dans son intégralité, qui sera affiché sur un site Web du gouvernement pendant une période d'un an.

b) Acte public reconnaissant la responsabilité internationale

260. La Commission a demandé à la Cour d'ordonner à l'État de reconnaître publiquement sa responsabilité internationale.

261. De même, les représentants ont demandé un acte public d'excuses aux victimes "tant verbales qu'écrites" qui serait présidé par les plus hautes autorités de l'État, notamment "le président de la République et le président de la Cour suprême."

262. L'État n'a pas fait de commentaires sur les demandes de la Commission ou des représentants.

263. La Cour a déterminé que, dans certains cas, il est justifié que les États reconnaissent leur responsabilité par un acte public, afin d'obtenir son plein effet.²⁷⁷ Dans ce cas particulier, il convient d'adopter une mesure de cette nature et l'État fera référence aux violations des droits de l'homme décrites dans le présent arrêt. L'État assure la participation des victimes qui souhaitent être présentes et invite les organisations qui ont représenté les victimes dans les procédures nationales et internationales. Le déroulement et les autres détails de la cérémonie publique seront dûment discutés à l'avance avec les victimes.

²⁷⁶ Cf. *l'affaire Barrios Altos*, supra note **Error ! Bookmark defined. Bookmark not defined**, paragraphe 5.d) du dispositif et *Affaire Fontevecchia et D'Amico*, supra note 28, para. 108.

²⁷⁷ Cf. *l'affaire Cantoral Benavides c. Pérou. Réparations, et frais*. Arrêt du 3 décembre 2001. Série C n° 88, par. 81 et *Affaire du Massacre de Pueblo Bello c. Colombie. Fond, réparations et frais*. Arrêt du 31 janvier 2006. Série C n° 140, paragraphe 254.

les représentants des victimes. Un délai d'un an à compter de la notification du présent arrêt est accordé à l'État pour se conformer à cette obligation.

264. En ce qui concerne les autorités étatiques qui devraient être présentes ou participer à cet acte, la Cour, comme elle l'a fait dans d'autres affaires, précise que ces autorités doivent être de haut rang. Il appartiendra à l'État de décider à qui cette tâche doit être confiée. Toutefois, le pouvoir judiciaire doit être représenté lors de la cérémonie.

3. Garanties de non-répétition

265. Les arguments présentés par la Commission et les représentants concernant les mesures visant à empêcher la répétition de ces violations comprennent : i) la formation des agents publics ; et ii) l'adoption d'une législation nationale, des réformes et la mise à jour des lois contre la discrimination.

266. L'Etat a fait valoir que ces demandes "ne sont pas recevables" car "la législation nationale [chilienne] n'est pas discriminatoire". Il a considéré que " l'application de mesures législatives de non-répétition [n'est justifiée] que lorsque la Cour internationale déclare qu'il existe une violation générale d'un droit fondamental de la part d'un État, violations qui n'ont pas été prouvées en l'espèce, et ne devraient pas l'être, afin de contourner l'objet de la procédure ". L'État a fait valoir que "la déclaration de Mme Atala n'était pas correcte" lorsqu'elle a indiqué lors de l'audience publique que "l'arrêt de la Cour suprême a donné lieu à une jurisprudence discriminatoire à l'encontre des mères homosexuelles impliquées dans des batailles de garde." L'État a également mentionné et joint un certain nombre de décisions judiciaires rendues par les tribunaux de première instance et la Cour suprême afin de démontrer que la jurisprudence nationale chilienne adhère au droit international ²⁷⁸.

267. La Cour souligne que certains actes discriminatoires analysés dans les chapitres précédents ont trait à la perpétuation de stéréotypes qui sont associés à la discrimination structurelle et historique subie par les minorités sexuelles (*supra* para. 92), notamment en matière d'accès à la justice et d'application du droit interne. Par conséquent, certaines réparations doivent avoir un but transformateur, afin de produire un effet à la fois réparateur et correcteur²⁷⁹ et promouvoir des changements structurels, en démantelant certains stéréotypes et pratiques qui perpétuent la discrimination à l'égard des groupes LGBT. C'est sur cette base que la Cour analysera les demandes de la Commission et des représentants.

²⁷⁸ Cr. Jugements des tribunaux inférieurs : *Jugement RIT n° C-178-2005* émis par le Tribunal de la famille de Santa Cruz ; *Jugement RIT n° C-917-2005* émis par le Tribunal de la famille de Temuco ; *Jugement RIT n° C-1075-2008* émis par le Deuxième Tribunal de la famille de Santiago, et *Jugement RIT n° C-1049-2010* émis par le Tribunal de la famille de Villarrica. Jugements rendus par la Cour suprême de justice du Chili : *Vásquez Martínez*, dossier n° 559-2004 du 13 décembre 2006 ; *Albornoz Agüero*, dossier n° 4183-2006 du 18 avril 2007 ; *Massis et Sánchez*, dossier n° 608- 2010 du 24 juin 2010 ; *Mesa et De La Rivera*, dossier n° 4307-2010 du 16 août 2010 ; *Poblete con Díaz*, dossier. 5770-2010 du 18 novembre 2010 ; *Barrios Duque*, Dossier de cas. 1369-09 du 20 janvier 2010 ; *Encina Pérez*, Dossier n° 5279-2009 du 14 avril 2010 ; "*Episodio Chihuío*", dossier n° 8314-09 du 27 janvier 2011 ; *Farías Urzúa*, dossier n° 5219-2010 de juillet 2011 ; *Iribarren González*, dossier n°. 9474-2009 du 21 décembre 2011 ; *Silva Camus*, dossier n° 1198-2010 du 20 décembre 2010 ; *Figuroa Mercado*, dossier n° 3302-2009 du 18 mai 2010 ; *González Galeano*, dossier n° 682-2010 du 19 août 2011 ; *Ríos Soto*, dossier n°. 6823-2009 du 25 août 2011 ; *Frères Vergara Toledo*, dossier n° 789-2009 du 4 août 2010 ; *Prats González*, dossier n° 2596-2009 du 8 juillet 2010 ; *Aldoney Vargas*, dossier n°. 4915-2009 du 5 mai 2011 ; *Linares Solís*, dossier n° 2263-2010 du 27 avril 2011 ; *Ortega Fuentes*, dossier n° 2080-2008 du 8 avril 2010 ; *Robotham et Thauby*, dossier n° 5436-2010 du 22 juin 2011 ; *Juan Llaupé et al*, dossier n° 5698-2009 du 25 janvier 2011, et *Soto Cerna*, dossier n° 5285-2010 du 11 juin 2011. Arrêts rendus par la Cour constitutionnelle : *Dossier n° 786-07* du 13 juin 2007, et *dossier n° 1309-09* du 20 avril 2010 (Dossier du fond, volume XII, pages 5882, 5912, 5913, 5914, 5956 à 6325, et Dossier du fond, volume XIII, pages 6325 à 7039).

²⁷⁹ Cf. *l'affaire González et al. (" Cotton Field ")*, supra note **Error ! Bookmark not defined**, para. 450.

a. Formation pour les agents publics

268. La Commission a souligné l'importance de mettre en œuvre des "programmes de formation pour les autorités judiciaires" et des "campagnes visant à favoriser un climat de tolérance à l'égard d'un problème qui a été caché."

269. Les représentants ont exhorté la Cour à ordonner à l'État " d'inclure des cours obligatoires sur les droits de l'homme en mettant l'accent sur les sujets liés au genre et à la discrimination fondée sur l'orientation, l'identité et l'expression sexuelles ". Les représentants ont estimé que ces cours "devraient être dispensés par la Corporation administrative du pouvoir judiciaire à tous les niveaux" du système judiciaire. En outre, ils ont demandé une allocation budgétaire pour l'Institut national des droits de l'homme afin de lui permettre de mettre en œuvre des programmes de prévention de la "discrimination, de diffusion, d'éducation et de recherche en matière de droits de l'homme."

270. L'État a indiqué que des formations ont été réalisées "sur les questions de diversité et de non-discrimination, en particulier pour les fonctionnaires des différentes institutions publiques sur l'ensemble du territoire national, dans le but de diffuser les différents instruments nationaux et internationaux de protection de la diversité".

271. La Cour prend note des avancées réalisées par l'État dans ses programmes et activités de formation destinés aux agents publics. Nonobstant ces progrès, la Cour ordonne à l'État de continuer à mettre en œuvre des programmes éducatifs et des cours de formation continue dans les domaines suivants : i) droits de l'homme, orientation sexuelle et non-discrimination ; ii) protection des droits de la communauté LGBTI ; et iii) discrimination, dépassement des stéréotypes sexistes des personnes LGBTI et homophobie. Les cours doivent s'adresser aux agents publics aux niveaux régional et national, et en particulier aux agents judiciaires de tous les domaines et niveaux du pouvoir judiciaire.

272. Dans ces programmes et cours de formation, une mention spéciale doit être faite tant du présent arrêt que des divers précédents du *corpus iuris* des droits de l'homme relatifs à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et à l'obligation de toutes les autorités et de tous les fonctionnaires de garantir que toutes les personnes, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, puissent jouir de tous et chacun des droits établis dans la Convention. A cette fin, il convient d'accorder une attention particulière aux normes ou pratiques du droit interne qui, intentionnellement ou en raison de leurs résultats, peuvent avoir des effets discriminatoires sur l'exercice des droits des personnes appartenant à des minorités sexuelles.

b. Adoption de mesures nationales, réformes et adaptation des lois contre la discrimination

273. La Commission a demandé à la Cour d'ordonner à l'État du Chili " d'adopter [...] une législation, des politiques publiques, des programmes et des initiatives visant à interdire et à éradiquer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans tous les domaines de l'exercice du pouvoir public, y compris l'administration de la justice. "

274. Les représentants ont demandé que la Cour ordonne des mesures visant à réformer la législation existante au Chili. Plus précisément, ils ont demandé qu'un " message de la plus grande urgence " soit envoyé concernant le projet de loi établissant des mesures antidiscriminatoires (Bulletin 3815-07) afin de s'assurer que ledit projet de loi interdise expressément la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et " prévoit des recours

juridiques pour déposer une plainte " en cas de violation. Sur le site

En outre, les représentants ont demandé l'abrogation et la modification de tous les règlements qui, "en vertu de l'article 2 de la Convention, entreraient en conflit avec le droit à l'égalité entre les personnes, perpétuant et validant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle."

275. L'État a indiqué que la décision de la Cour suprême ne suppose pas "la présence d'une pratique constante et protégée dans la loi (ou dans la réglementation insuffisante de celle-ci) qui pourrait permettre [...] aux tribunaux nationaux [...] d'interpréter les lois sur la garde de manière discriminatoire en ce qui concerne l'orientation sexuelle des parents". L'État ajoute que "la législation chilienne concernant la détermination des droits de garde n'établit pas de discrimination directe ou indirecte [...] en raison de la préférence sexuelle des parents."

276. En outre, l'État a souligné que le droit à l'égalité est pleinement garanti dans la constitution chilienne, à savoir dans "les articles 1, 5, 19(2), 19(3), 19(17), 19(20) et 19(22) de la Charte fondamentale" et "une [...] mesure visant à assurer une protection effective à l'article 20." L'État a également précisé que le Congrès national débat actuellement d'un projet de loi sur la non-discrimination (Bulletin 3815-07) qui établit "expressément" certaines catégories interdites et "une autre mesure judiciaire pour garantir leur protection adéquate et leur respect." De même, en ce qui concerne les initiatives législatives, l'État a noté que le gouvernement chilien a présenté "le projet de loi d'accord sur la cohabitation (Bulletin 7873-07)" qui vise à "améliorer le statut juridique et l'égalité des personnes de différentes orientations sexuelles." Comme preuve documentaire, l'État a fait référence à un rapport préparé par M. Claudio Nash dans lequel il affirme que la loi chilienne sur la détermination de la garde n'établit pas de discrimination directe ou indirecte en raison de l'orientation sexuelle des parents, et le droit procédural n'indique pas que l'orientation sexuelle de ses parents "les rend incapables de remplir leur rôle."

277. De même, l'État a indiqué qu'il existe actuellement "d'innombrables politiques publiques, programmes et initiatives étatiques visant à éradiquer la discrimination sous toutes ses formes, y compris celles fondées sur l'orientation sexuelle." L'État a noté que la Direction des organisations sociales du ministère général du gouvernement a élaboré le Programme sur la diversité sexuelle 2011, visant à "promouvoir une politique de respect de toutes les personnes [...] en veillant à ce qu'il n'y ait pas de discrimination arbitraire à l'encontre des minorités."

278. L'État a déclaré que, dans le cadre de ses politiques publiques de lutte contre la discrimination, la Division des organisations sociales ("DOS"), rattachée au ministère général du gouvernement, met en œuvre depuis 2000 un programme intitulé "Tolérance, non discrimination". L'État a expliqué qu'en 2006, ce programme a été transformé en Département de la diversité et de la non-discrimination afin de promouvoir l'intégration sociale des personnes et des groupes vulnérables à la discrimination, y compris l'orientation sexuelle, qui est l'un des critères discriminatoires classés. Ce département, agissant par l'intermédiaire des unités de diversité et de non-discrimination, a mis en œuvre un certain nombre de programmes, de projets et d'activités visant à promouvoir la non-discrimination à l'égard des minorités sexuelles. ²⁸⁰.

²⁸⁰ L'État a mentionné les programmes suivants l'édition du "Diagnostic des services publics sur la diversité et la non-discrimination", qui correspond à une enquête sur les services programmatiques publics dans 12 régions du pays en 2007 ; l'organisation d'une réunion entre Action sociale gay, Trans Alliance, le syndicat Aphrodite de Valparaíso et le secrétariat ministériel régional du gouvernement dans le cadre du diagnostic susmentionné ; la formation à la diversité et à la non-discrimination des fonctionnaires nationaux ; le soutien aux événements publics organisés par le mouvement LGBT, comme la Gay Parade ; la deuxième rencontre nationale des organisations trans-féminines "Difficultés, avancées et défis dans la promotion et la défense des droits de l'homme", organisée par le syndicat "Amanda Jofré" et l'association de travestis Tavesnavia en 2006 ; la première journée de formation

"Planification stratégique du réseau de la diversité au Biobío", organisée par le réseau des organisations de la diversité sexuelle, entre autres, en 2007 ; la première rencontre nationale "Genre, famille et diversité sexuelle", organisée par ACCIONGAY en 2009 ; la conception du programme de la diversité sexuelle pour 2011, à partir duquel les actions suivantes ont été mises en œuvre : le séminaire "Diversité sexuelle et discrimination au Chili" qui a eu lieu le 27 janvier 2011, et 12

Considérations de la Cour

279. La Cour rappelle que l'article 2 de la Convention impose aux États parties d'adopter, conformément à leurs règles constitutionnelles et aux dispositions de la Convention, les mesures législatives ou autres nécessaires pour rendre effectifs les droits et libertés protégés par la Convention²⁸¹. En d'autres termes, les États ont non seulement l'obligation positive d'adopter les mesures législatives nécessaires pour garantir l'exercice des droits qui y sont consacrés, mais ils doivent également éviter de promulguer des lois susceptibles d'entraver le libre exercice de ces droits, ainsi que d'empêcher la modification ou la suppression de toute loi protégeant ces droits...²⁸².

280. En l'espèce, la Cour s'est limitée à examiner la relation entre l'application légale de certaines lois et d'éventuelles pratiques discriminatoires. La Cour n'a pas analysé la compatibilité d'une loi particulière avec la Convention américaine, et cette question n'était pas pertinente en l'espèce. De même, les représentants n'ont pas fourni de faits suffisants pour suggérer que les violations résultaient d'un problème avec les lois en *tant que telles*. Par conséquent, la Cour considère qu'il n'est pas approprié, dans les circonstances de la présente affaire, d'ordonner l'adoption, la modification ou l'ajustement de lois internes spécifiques.

281. Par ailleurs, comme elle l'a déjà établi dans sa jurisprudence, cette Cour rappelle qu'elle sait que les autorités étatiques sont soumises à la prééminence du droit et qu'elles sont donc tenues d'appliquer les dispositions en vigueur dans leur système juridique.²⁸³ Mais lorsqu'un Etat est partie à un accord international tel que la Convention américaine, tous ses organes, y compris ses juges et toutes les autres entités liées à l'administration de la justice, y sont également soumis. Cela les oblige à rester vigilants et à veiller à ce que les effets des dispositions de la Convention ne soient pas compromis par l'application d'autres lois contraires à son objet et à son but.

282. Les juges et les entités engagées dans l'administration de la justice à tous les niveaux sont tenus d'effectuer un "contrôle de convention" *d'office* entre le droit interne et la Convention américaine dans le cadre de leurs compétences respectives et des règlements de procédure correspondants. Dans cette tâche, les juges et les autres organes du système judiciaire doivent tenir compte non seulement de la Convention, mais aussi de l'interprétation qui en est faite par la Cour interaméricaine, en sa qualité d'autorité finale pour l'interprétation de la Convention américaine.²⁸⁴

283. Ainsi, par exemple, les plus hautes juridictions de la région, telles que la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême du Costa Rica,²⁸⁵ la Cour constitutionnelle de Bolivie,²⁸⁶ la Cour suprême

réunions de la "Table ronde sur la diversité sexuelle" créée par la Division des organisations sociales dans le but de réunir des représentants des communautés gays, lesbiennes, bisexuelles, transgenres, transsexuelles et intersexuelles (GLBTII), des collèges, des fondations, des entreprises et des institutions internationales. Cf. Mémoire des arguments finaux présentés par l'État (Dossier du fond, volume XII, pages 5833-5837).

²⁸¹ Cf. *l'affaire Gangaram Panday c. Suriname. Exceptions préliminaires*. Arrêt du 4 décembre 1991. Série C n° 12, para. 50 et *Affaire Chocrón*, *supra* note 26, para. 1

²⁸² Cf. *l'affaire Gangaram Panday*, *supra* note 281, para. 50 et *Affaire Chocrón*, *supra* note 26, para. 1

²⁸³ Cf. *l'affaire Almonacid Arellano et al. c. Chili. Objections préliminaires, fond, réparations et frais*. Arrêt du 26 septembre 2006. Série C n° 154, para. 124 et *Affaire Fontevecchia et D'Amico*, *supra* note 28, para. 93.

²⁸⁴ Cf. *l'affaire Almonacid Arellano et autres*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 124 et *l'affaire Fontevecchia et D'Amico*, *supra* note 28, para. 93.

²⁸⁵ Cf. *l'arrêt* du 9 mai 1995 rendu par la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême du Costa Rica. Déclaré

inconstitutionnel. Vote 2313-95 (Dossier 0421-S-90), considérant la clause VII.

la Cour de justice de la République dominicaine,²⁸⁷ la Cour constitutionnelle du Pérou,²⁸⁸ la Cour suprême de justice d'Argentine,²⁸⁹ la Cour constitutionnelle de Colombie²⁹⁰ la Cour suprême du Mexique²⁹¹ et la Cour suprême du Panama²⁹² ont cité et appliqué un tel contrôle, en tenant compte des interprétations offertes par la Cour interaméricaine.

284. En conclusion, sur la base du mécanisme de contrôle du traité, des interprétations juridiques et administratives et des garanties judiciaires appropriées devraient être appliquées conformément aux principes établis dans la jurisprudence de cette Cour en l'espèce ²⁹³. Ceci est particulièrement important en ce qui concerne l'orientation sexuelle en tant que l'une des catégories de discrimination interdites en vertu de l'article 1(1) de la Convention américaine (*supra* paragraphe C.2).

D) Indemnisation des dommages pécuniaires et non pécuniaires

285. La Cour a développé une jurisprudence sur les notions de pécuniaire²⁹⁴ et non pécuniaires²⁹⁵ et les scénarios dans lesquels il est approprié de les payer.

1. *Domage pécuniaire*

286. La Commission a demandé à la Cour de "fixer un montant équitable d'indemnisation correspondant au préjudice pécuniaire [...] causé."

287. Les représentants ont demandé le paiement des "dommages indirects que [Mme Atala] a dû ou devra supporter à l'avenir, ainsi que la perte de gains ou de profits légitimes qu'elle a subie ou subira". Une telle compensation envisagerait :

²⁸⁶ Cf. l'arrêt rendu le 10 mai 2010 par la Cour constitutionnelle de Bolivie (dossier n° 2006-13381-27- RAC), para. III.3 sur " Le système interaméricain des droits de l'homme. Fondement et effets des arrêts rendus par la Cour interaméricaine des droits de l'homme."

²⁸⁷ Cf. l'ordonnance n° 1920-2003 émise le 13 novembre 2003 par la Cour suprême de la République dominicaine.

²⁸⁸ Arrêt émis le 21 juillet 2006 par la Cour constitutionnelle du Pérou (dossier n° 2730-2006-PA/TC), considération 12 et arrêt 00007-2007-PI/TC émis le 19 juin 2007 par la plénière de la Cour constitutionnelle du Pérou (Collège d'avocats de Callao, Congrès de la République), considération 26.

²⁸⁹ Cf. l'arrêt rendu le 23 décembre 2004 par la Cour suprême d'Argentine (dossier n° 224. XXXIX), " Espósito, Miguel Angel s/procédure incidente de prescription de l'action pénale engagée par la défense ", considérant la clause 6 et l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de la Cour suprême d'Argentine, Mazzeo, July Lilo, et al. recours en cassation et inconstitutionnalité. M. 2333. XLII. Et al. du 13 juillet 2007, paragraphe 20.

²⁹⁰ Cf. l'arrêt C-010/00 rendu le 19 mars 2000 par la Cour constitutionnelle de Colombie, paragraphe 6. 6.

²⁹¹ Cf. Plénière de la Cour suprême de justice du Mexique, Dossier 912/2010, Décision du 14 juillet 2011.

²⁹² Cf. Cour suprême de justice du Panama, décision n° 240 du 12 mai 2010 en exécution de l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, du 27 janvier 2009, dans l'affaire Santander Tristan Donoso c. Panama.

²⁹³ Cf. l'affaire *López Mendoza c. Venezuela. Réparations au fond et frais*. Arrêt du 1er septembre 2011. Série C n° 233, paragraphe 228.

²⁹⁴ Cf. l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala. Réparations et frais*. Arrêt du 22 février 2002. Série C n° 91, para. 43 ; *Affaire Fontevicchia et D`Amico, supra* note 28, para. 114

²⁹⁵ La Cour a jugé que le préjudice non pécuniaire " peut englober aussi bien les souffrances et les blessures causées à la victime directe et aux proches parents ou amis, l'atteinte à des valeurs très importantes [...], que les altérations non pécuniaires des conditions d'existence de la victime de sa famille. " *Affaire des " enfants des rues "*, *supra* note **Erreur ! Bookmark not defined**, para. 84 et *Affaire Fontevicchia et D`Amico, supra* note 28, para. 120.

(i) les dépenses liées aux "soins psychiatriques et thérapeutiques [...] et les coûts des prescriptions de nombreux médicaments, que le requérant a encourus et qui, à l'avenir, généreront des coûts estimés à" 62 205 USD (soixante-deux mille deux cent cinq dollars des États-Unis d'Amérique) ;

ii) les frais de transport, sachant que les trois filles de Mme Atala vivent à Temuco et que "la projection faite concernant les dépenses futures, est calculée jusqu'à la majorité de la plus jeune fille", ce qui représenterait 38 752 USD (trente-huit mille sept cent cinquante-deux dollars des États-Unis d'Amérique) ; et

iii) En ce qui concerne la perte de revenus futurs, les représentants ont fait valoir que Mme Atala ne pouvait pas disposer convenablement de sa propriété, située dans la ville de Villarrica, en raison du temps qu'elle passait à faire des visites régulières. Les représentants ont fait valoir que la victime n'était pas en mesure de louer sa propriété ou d'en tirer un quelconque revenu, et ont estimé que le calcul des dommages devait être effectué de manière équitable. Ils ont proposé la somme de 96 600 USD (quatre-vingt-seize mille six cents dollars des États-Unis d'Amérique), en se fondant sur le montant du dernier paiement effectué par Mme Atala sur sa maison et sur un document de la Banque centrale du Chili indiquant les valeurs quotidiennes de l'UF (unité de réajustement chilienne), et en considérant que le paiement est dans la plupart des cas égal au revenu de la location. Les représentants ont également fait valoir que "ce revenu légitime [...] aurait été produit s'il n'y avait pas eu la décision arbitraire de la Cour suprême qui a décidé de la séparation de ses filles."

288. L'État a estimé que, puisqu'aucun acte discriminatoire n'a été commis, " les indemnités demandées ne sont pas appropriées. " L'État a également fait valoir, en se fondant sur l'arrêt *Silva Mouta c. Portugal*, que " la Cour européenne n'a accordé aucune indemnité [puisque] ayant déclaré l'existence d'une violation [...] cela constitue en soi une juste [réparation] des dommages allégués ". Enfin, l'État relève que ses agents ont tenté de parvenir à un accord amiable " qui ne s'est pas concrétisé en raison des montants importants [...] demandés par la victime alléguée [qui] ne correspondaient pas à l'ampleur du dommage allégué. "

289. Dans sa jurisprudence, la Cour a développé la notion de réparation pécuniaire et a considéré que celle-ci englobe " la perte ou la diminution des revenus des victimes, les dépenses engagées [...] et les conséquences pécuniaires liées aux faits de la cause ".
296.

290. En ce qui concerne le prétendu manque à gagner subi par Mme Atala du fait qu'elle n'a pas pu louer sa maison de Villarrica ou en tirer un autre profit économique, étant donné la nécessité de l'utiliser pour rendre visite à ses filles, les représentants ont fondé leurs demandes sur un tableau allant de juin 2004 à décembre 2010, et de janvier 2011 à octobre 2017, date à laquelle la fille cadette de Mme Atala ne serait plus mineure. Les représentants ont estimé le manque à gagner à 47 400 dollars américains (équivalant à 23 700 000 pesos chiliens) pour la première période et à 30 000 euros pour la seconde. 49 000 dollars américains (équivalent à 24 600 000 pesos chiliens) pour le second, soit un total de 1 000 000 de dollars américains. \$96,600. Ils ont indiqué que la Cour devrait utiliser ce tableau comme guide pour l'estimation juste de la perte de revenus.

²⁹⁶ Cf. l'affaire *Bámaca Velásquez*, supra note **Error ! Bookmark not defined**, para. 43 et l'affaire *Fontevicchia et D`Amico*, supra note 28, para. 114.

291. Le principe d'équité a été utilisé dans la jurisprudence de cette Cour pour quantifier les dommages non pécuniaires.²⁹⁷ les dommages pécuniaires²⁹⁸ et les pertes de revenus²⁹⁹. Toutefois, l'utilisation de ce critère ne signifie pas que la Cour peut agir de manière discrétionnaire dans la fixation des montants d'indemnisation.³⁰⁰ Il appartient aux parties de préciser clairement la preuve du préjudice subi ainsi que le lien spécifique entre la demande pécuniaire, les faits de la cause et les violations alléguées. En l'espèce, les représentants ont seulement joint une copie du dernier paiement de Mme Atala pour la maison susmentionnée ainsi qu'une liste des valeurs journalières de l'UF de la Banque centrale.³⁰¹ La Cour estime que cela ne constitue pas un argumentaire suffisamment détaillé et clair pour déterminer la relation entre les UF, le paiement de la cédule hypothécaire, le tableau démontrant la perte de revenus et le montant de la perte de revenus futurs que, sur la base de ces informations, la Cour était invitée à ordonner en équité.

292. Par ailleurs, étant donné qu'il doit exister un lien de causalité entre les faits analysés par la Cour, les violations déclarées antérieurement et la perte de revenus futurs alléguée (*supra* par. 287 et 291), la Cour réitère qu'il ne lui appartient pas d'apprécier les éléments contenus dans le dossier de garde en l'espèce quant à savoir lequel des parents des trois filles offrait un meilleur foyer pour celles-ci. Dès lors, il n'y a pas lieu pour la Cour de se prononcer sur l'argument des représentants selon lequel le manque à gagner lié à la maison de Villarrica ne se serait pas produit sans l'arrêt arbitraire de la Cour suprême de justice.

293. L'analyse des frais de transport de Mme Atala pour ses visites à ses filles aboutit à une conclusion similaire. En effet, si la Cour n'a pas déterminé lequel des parents avait un droit de garde, elle ne peut pas évaluer l'impact économique du calendrier des visites établi dans les ordonnances de garde domestique.

294. Enfin, en ce qui concerne les coûts liés aux traitements médicaux et à l'achat de médicaments, la Cour note qu'il existe des preuves dans le dossier concernant ces dépenses et leur relation avec les effets qu'a eus sur Mme Atala la perte de la garde de ses filles³⁰². La Cour estime que cela constitue un élément de preuve suffisant pour conclure que les violations déclarées dans le présent arrêt ont pu avoir des effets négatifs sur le bien-être émotionnel et psychologique de Mme Atala. Cependant, le montant demandé pour les frais médicaux engagés jusqu'en 2010 (14 378 USD) n'apparaît pas clairement dans les certificats joints. D'autre part

²⁹⁷ Cf. *l'affaire Velásquez Rodríguez*, *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 27 et *Affaire Family Barrios*, *supra* note 31, para. 378.

²⁹⁸ Cf. *l'affaire Neira Alegría et al.* *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 50 et *Affaire Family Barrios*, *supra* note 31, para. 373.

²⁹⁹ Cf. *l'affaire Neira Alegría et al.* *supra* note **Error ! Bookmark not defined**, para. 50 et *Affaire Famille Barrios*, *supra* note 31, para. 373.

³⁰⁰ Cf. *l'affaire Aloeboetoe et al. c. Suriname. Réparations et frais*. Arrêt du 10 septembre 1993. Série C n° 15, par. 87.

³⁰¹ Cf. Copie de la valeur de la base de données statistiques de l'Unité de développement (Dossier des annexes au mémoire sur les requêtes, les arguments et les preuves, Volume VI, page 2925).

³⁰² Cf. les certificats médicaux pour les soins psychiatriques et thérapeutiques et les médicaments sur ordonnance joints au mémoire sur les requêtes, les arguments et les preuves ; et la projection des futures dépenses médicales et pharmaceutiques réalisée par l'expert, le Dr Claudia Figueroa Morales. Selon le certificat de ce psychiatre, Mme Atala a été assistée à 314 reprises entre juin 2003 et décembre 2010, pour une valeur totale de 12 560 000 pesos chiliens, soit environ 25 120 USD (vingt-cinq mille cent vingt dollars américains). Cf. les pièces jointes au PAES, volume VI, p. 2762. Selon les certificats du Dr Figueroa Morales, Mme Atala a encouru les dépenses suivantes en rendez-vous médicaux et en médicaments : a) De juin 2003 à juin 2006, 5 775 000 pesos chiliens (pièces jointes au PAES, TVI F2764), et de juin 2006 à mai 2008, 268 000 pesos chiliens (pièces jointes au PAES, volume VI, p. 2763). Le docteur Figueroa Morales a indiqué que Karen Atala "aura besoin

de soins psychiatriques permanents jusqu'à ce que ses enfants soient indépendants, ce qui signifie environ sept ans de plus compte tenu de l'âge de la plus jeune des filles". *Cf. le dossier des annexes à la demande, Volume II, p. 797.*

D'autre part, la Cour note que Mme Atala a reçu des soins médicaux pour des problèmes de santé avant même le début de la procédure de garde. Ainsi, la Cour ne peut pas déterminer précisément quels éléments de son traitement médical étaient exclusivement liés aux dommages subis en raison des violations déclarées en l'espèce. En ce qui concerne le paiement des dépenses futures pour le traitement médical de 2012 à 2017, la Cour constate que lesdites dépenses seront couvertes par la mise en œuvre de la mesure de réhabilitation pour les soins médicaux et psychologiques déjà ordonnée (*supra* paragraphes 254 et 255). Par conséquent, sur la base du critère de l'équité, la Cour fixe la somme de 10 000 USD pour couvrir les frais déjà engagés pour les soins médicaux et psychologiques.

2. Dommages non pécuniaires

295. La Commission a demandé à la Cour de fixer en équité le montant de l'indemnité correspondant au préjudice moral causé.

296. Les représentants ont demandé à la Cour d'ordonner à l'État de verser une "compensation pécuniaire" pour réparer les "souffrances et afflictions causées par la violation des droits fondamentaux [de Mme Atala]", le "préjudice évident à son projet de vie" et la "séparation douloureuse et la perte mutuelle de la mère et des filles". Les représentants ont demandé la somme de 100 000 USD (cent mille dollars des États-Unis d'Amérique) en compensation de dommages non pécuniaires, pour chacune des victimes.

297. L'État a réitéré les arguments avancés concernant les dommages pécuniaires (*supra* paragraphe 288).

298. La Cour note que, lors de l'audience publique, Mme Atala a indiqué que, pendant l'enquête disciplinaire menée à son encontre (*supra* paragraphe 227), elle s'est sentie "profondément humiliée, exposée, comme si [elle] avait été déshabillée et jetée sur la place publique". Elle a également déclaré que la décision de la Cour suprême du Chili qui a statué sur le *recurso de queja* (recours de plainte) a eu un impact direct sur son identité de mère lorsqu'elle l'a "privée de ses filles" pour être lesbienne, lui causant une "humiliation [...] en tant que femme", et la stigmatisant comme "incapable" d'être mère et "d'élever ses propres enfants." En outre, la victime a déclaré qu'en raison de ces événements, sa réputation, ses activités professionnelles et ses relations sociales et familiales ont été affectées. Enfin, les experts qui ont réalisé une évaluation psychologique de Mme Atala et de ses filles ont diagnostiqué divers dommages liés aux actes discriminatoires, ainsi qu'une atteinte à sa vie privée et familiale, comme mentionné dans le présent arrêt.

299. A cet égard, la Cour constate que les violations déclarées ont engendré différents types de dommages dans la vie quotidienne des victimes, différents niveaux de stigmatisation et de détresse. Au vu des indemnités ordonnées par la Cour dans d'autres affaires, et compte tenu des circonstances de la présente affaire, des souffrances causées aux victimes, ainsi que de la modification de leurs conditions de vie et d'autres conséquences intangibles, la Cour juge approprié de fixer, en équité, la somme de 20 000 USD (vingt mille dollars des États-Unis d'Amérique) pour Mme Atala et de 10 000 USD (dix mille dollars des États-Unis d'Amérique) pour chacune des filles M., V. et R. en réparation des dommages non pécuniaires.

E) Coûts et dépenses

300. Comme la Cour l'a indiqué à de précédentes occasions, les frais et dépens sont inclus dans le montant prévu pour les réparations en vertu de l'article 63(1) de la convention américaine³⁰³.

301. La Commission a demandé à la Cour de " condamner l'État chilien à payer les frais et dépenses résultant de l'introduction de l'affaire, tant devant les tribunaux nationaux que devant le système interaméricain des droits de l'homme ".

302. Les représentants ont demandé que les victimes se voient accorder une indemnité supplémentaire pour les frais d'avocat, tant au niveau national qu'international. Le montant demandé dans leur mémoire contenant les plaidoiries, les requêtes et les preuves s'élevait à 80 200 USD (quatre-vingt mille deux cents dollars des États-Unis d'Amérique). Dans les arguments écrits finaux, un certain nombre de charges ont été incluses pour lesquelles les représentants ont demandé, au total, une somme supérieure à ce montant³⁰⁴.

303. Pour sa part, l'État n'a pas présenté de commentaires sur les demandes de frais et dépenses des représentants.

304. La Cour a indiqué que les demandes de frais et dépens des victimes ou de leurs représentants, ainsi que les preuves à l'appui de celles-ci, doivent être soumises à la Cour à la première occasion procédurale, c'est-à-dire dans le mémoire des requêtes et des plaidoiries, sans préjudice du fait que ces demandes peuvent être mises à jour ultérieurement, en fonction des nouveaux frais et dépens qui peuvent être encourus au cours de la procédure.³⁰⁵ En ce qui concerne le remboursement des frais et dépenses, la Cour doit évaluer prudemment leur portée, qui comprend les dépenses encourues devant les autorités nationales ainsi que celles qui découlent de la procédure devant le système interaméricain, en tenant compte des circonstances de l'affaire spécifique et de la nature de la juridiction internationale des droits de l'homme. Cette évaluation peut être fondée sur le principe d'équité et prendre en compte les dépenses déclarées par les parties, à condition que leur *quantum* soit raisonnable.³⁰⁶

³⁰³ Cf. *l'affaire Garrido et Baigorria c. Argentine. Réparations et frais*. Arrêt du 27 août 1998. Série C. n° 39, para. 79 et *Affaire Fontevecchia et D'Amico*, *supra* note 28, para. 124.

³⁰⁴ Les représentants ont fixé le montant des honoraires par heure de travail à 200 dollars US (deux cents dollars des États-Unis d'Amérique). En outre, dans le mémoire de plaidoirie finale, ils ont précisé les montants suivants pour les frais et dépenses comptabilisés dans les heures de travail : i) "[c]osts of filing the *Recurso de Queja* (Remedy of Complaint) in Chile : US\$20.000" (vingt mille dollars des États-Unis d'Amérique) ; ii) "[c]oûts de dépôt de la requête devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme" ("50 heures pour la préparation de la plainte" ; "50 heures pour la préparation de l'audience devant la CIHD", et "1 heure de travail pendant l'audience devant la CIDH" : US \$20,200 (vingt mille dollars des États-Unis d'Amérique) ; iii) "[c]oûts encourus pendant la procédure pour parvenir à un accord amiable" ("50 heures de préparation pour 5 réunions [...] with State representatives" ; "66 hours of travel between Santiago and Washington -3 round trips of 11 hours each way", and "150 hours of preparation of 10 briefs (15 hours for each brief) filed before the ICHR" : US\$53,200 (fifty three thousand, two hundred dollars of the United States of America); iv) "[c]osts incurred in preparing the petition filed before the Inter-American Court of Human Rights" ("80 hours of preparation of the petition and "457 hours of work up until the time of filing the brief of final arguments: 91.400 US\$ (quatre-vingt-onze mille quatre cents dollars des États-Unis d'Amérique), et v) "[l]es frais encourus pour la préparation de l'audience et des arguments finaux devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme" ("120 heures de préparation de l'audience" ; "100 heures de préparation" du mémoire des arguments finaux," et "le déplacement à Bogotá de 6 avocats pour l'audience, au coût de 2.000 US\$ par personne" : 56.000 US\$ (cinquante-six mille dollars des États-Unis d'Amérique). S'agissant de la procédure ordonnée par la Cour et tenue à Santiago du Chili (*supra* paragraphe 13), le 6 février 2012, les représentants ont signalé que Mme Atala " a dû prendre en charge les frais de transport de Mme Alicia Espinoza et de ses jeunes filles, qui n'étaient pas à Santiago afin d'assurer leur comparution à [ladite] procédure ", raison pour laquelle ils ont demandé à la Cour de " prendre en considération les frais encourus par Mme Atala lors de la détermination des coûts de cette procédure " (Dossier du fond, volume XII, pages 7513 et 7514). Toutefois, aucun justificatif de frais n'a été joint en relation avec cette dernière demande.

³⁰⁵ Cf. *l'affaire Chaparro Álvarez et Lapo Íñiguez*, *supra* note 160, para. 275 et *l'affaire Fontevecchia et D'Amico*, *supra* note 28, para. 127.

³⁰⁶ Cf. *l'affaire Garrido et Baigorria*, supra note 303, paragraphe 82 et *l'affaire Fontevecchia et D`Amico*, supra note 303.
note 28, para. 127.

305. En l'espèce, la Cour constate que le dossier ne contient aucune preuve à l'appui des frais et dépenses demandés par les représentants. En effet, le montant demandé pour les frais n'était accompagné d'aucun argument probatoire spécifique relatif à son caractère raisonnable ou à sa portée. Néanmoins, la Cour estime qu'il est possible de supposer que pendant les procédures tant nationales qu'interaméricaines, la victime a eu des dépenses financières.

306. Compte tenu des arguments présentés par les parties, ainsi que de l'absence d'éléments probants, la Cour conclut en équité que l'Etat doit verser 12 000 USD (douze mille dollars des Etats-Unis d'Amérique) à la victime pour frais et dépens. Cette somme sera versée dans le délai d'un an à compter de la notification du présent arrêt. Mme Atala Rizzo versera à son tour la somme qu'elle estime appropriée aux personnes qui l'ont représentée dans les procédures devant les tribunaux nationaux et interaméricains. De même, la Cour précise que dans le cadre du suivi de l'exécution du présent arrêt, elle pourra ordonner à l'Etat de rembourser à la victime ou à ses représentants les frais raisonnables qu'ils auront engagés à ce stade de la procédure.

F) Méthode d'exécution des paiements ordonnés

307. L'Etat effectuera le paiement des indemnités pour dommages pécuniaires et non pécuniaires directement aux victimes ou à leurs représentants légaux, ainsi que le remboursement des frais et dépenses, dans le délai d'un an à compter de la notification du présent arrêt, conformément aux termes des paragraphes suivants.

308. Si la bénéficiaire décède avant que le paiement de l'indemnité respective ne lui soit versé, ces montants reviennent à ses héritiers, conformément aux dispositions de la législation nationale applicable.

309. L'Etat s'acquitte de ses obligations pécuniaires en remettant des dollars des États-Unis ou un montant équivalent en monnaie chilienne, en utilisant pour l'estimation correspondante le taux de change entre les deux monnaies en vigueur à New York, États-Unis d'Amérique, la veille du jour où le paiement est effectué.

310. Si, pour des raisons imputables au bénéficiaire des indemnités ou à ses ayants droit, il ne leur est pas possible de recevoir les montants ordonnés dans le délai indiqué, l'Etat déposera ces montants sur un compte tenu au nom du bénéficiaire ou sur un certificat de dépôt d'une institution financière chilienne réputée, en dollars des États-Unis et aux conditions financières les plus favorables autorisées par la loi et les pratiques bancaires. Si, après 10 ans, l'indemnité n'a pas été réclamée, ces montants seront restitués à l'Etat avec les intérêts courus.

311. Les montants alloués dans le présent arrêt à titre d'indemnisation et de remboursement des frais et dépenses seront remis aux personnes indiquées dans leur intégralité, conformément aux dispositions du présent arrêt, sans déductions provenant d'impôts futurs.

312. Si l'Etat est en retard dans ses paiements, il paiera des intérêts sur le montant dû correspondant aux taux d'intérêt bancaires sur les arriérés au Chili.

313. Quant à l'indemnisation ordonnée en faveur des filles M., V. et R., l'Etat déposera les montants en dollars des États-Unis dans une institution financière chilienne solvable. Les placements seront effectués dans un délai d'un an, dans les conditions financières les plus

favorables.

dans les conditions prévues par la loi et les usages bancaires, tant que les bénéficiaires sont mineurs. Ces montants peuvent être retirés à la majorité des filles, ou avant si cela est dans l'intérêt des filles, selon le cas, comme l'établit une autorité judiciaire compétente. Si, après 10 ans à compter de la majorité de chacune des filles, les indemnités correspondantes n'ont pas été réclamées, ces montants seront restitués à l'État avec les intérêts courus. En ce qui concerne la fille V., aux fins des réparations, les termes énoncés au paragraphe 71 du présent arrêt sont applicables.

VIII OPERATIVE PARAGRAPHERS

314. Par conséquent,

LA COUR

DÉCIDE,

A l'unanimité :

1. L'État est responsable de la violation du droit à l'égalité et à la non-discrimination consacré par l'article 24, combiné à l'article 1(1) de la Convention américaine des droits de l'homme, au détriment de Karen Atala Riffo, aux termes des paragraphes 94 à 99, 107 à 146 et 218 à 222 du présent arrêt.

A l'unanimité :

2. L'État est responsable de la violation du droit à l'égalité et à la non-discrimination consacré par l'article 24, combiné aux articles 19 et 1(1) de la Convention américaine, au détriment des filles M., V. et R., aux termes des paragraphes 150 à 155 du présent arrêt.

A l'unanimité :

3. L'État est responsable de la violation du droit à la vie privée consacré par l'article 11, paragraphe 2, combiné à l'article 1, paragraphe 1, de la Convention américaine, au détriment de Karen Atala Riffo, aux termes des paragraphes 161 à 167 et 225 à 230 du présent arrêt.

Le juge Diego García-Sayán et les juges Margarete May Macaulay et Rhadys Abreu Blondet ont voté en faveur du dispositif suivant. Les juges Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco et Alberto Pérez Pérez ont voté contre. En conséquence, conformément aux articles 23.3 du Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et 16.4 du Règlement de procédure de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, il est décidé que :

4. L'État est responsable de la violation des articles 11(2) et 17(1), en combinaison avec l'article 1(1) de la Convention américaine au détriment de Karen Atala Riffo et des filles M., V. et R., aux termes des paragraphes 168 à 178 du présent arrêt.

A l'unanimité :

5. L'Etat est responsable de la violation du droit d'être entendu consacré par l'article 8.1, combiné aux articles 19 et 1(1) de la Convention américaine au détriment des filles M., V. et R., aux termes des paragraphes 196 à 208 du présent arrêt.

A l'unanimité :

6. L'État a violé la garantie d'impartialité consacrée par l'article 8, paragraphe 1, combiné à l'article 1, paragraphe 1, de la Convention américaine, en matière d'enquête disciplinaire, au détriment de Karen Atala Riffo, selon les termes des paragraphes 234 à 237 du présent arrêt.

Par cinq voix pour et une contre, la Cour constate que :

7. L'État n'a pas violé la garantie judiciaire d'impartialité consacrée par l'article 8, paragraphe 1, de la Convention américaine, en ce qui concerne les décisions de la Cour suprême de justice et du Tribunal des mineurs de Villarrica, aux termes des paragraphes 187 à 192 du présent arrêt.

Juge Margarette May Macaulay, dissidente.

ET ORDRES

A l'unanimité :

1. Cet arrêt constitue *en soi* une forme de réparation.

2. L'État fournira des soins médicaux et psychologiques ou psychiatriques, gratuitement et de manière immédiate, appropriée et efficace, par le biais de ses institutions de santé publique spécialisées, aux victimes qui en feront la demande, conformément aux paragraphes 254 et 255 du présent arrêt.

3. L'Etat fera paraître les publications indiquées au paragraphe 259 du présent arrêt, dans un délai de six mois à compter de la notification du présent arrêt.

4. L'Etat tiendra un acte public de reconnaissance de la responsabilité internationale à l'égard des faits de la présente affaire, aux termes des paragraphes 263 et 264 du présent arrêt.

5. L'État continuera, dans un délai raisonnable, à mettre en œuvre des programmes d'éducation permanente et des cours de formation destinés aux agents publics aux niveaux régional et national, et en particulier aux agents judiciaires dans tous les domaines et à tous les niveaux du pouvoir judiciaire, selon les termes des paragraphes 271 et 272 du présent arrêt.

6. L'État versera les montants stipulés aux paragraphes 294 et 299 du présent arrêt, à titre d'indemnisation pour les dommages pécuniaires et non pécuniaires et de remboursement des frais et dépenses, selon ce qui correspond, dans les termes et conditions énoncés au paragraphe 306 du présent arrêt.

7. Dans le délai d'un an à compter de la notification du présent arrêt, l'Etat soumet à la Cour un rapport sur les mesures prises en exécution du présent arrêt.

8. La Cour veillera à la pleine exécution du présent arrêt, en vertu de son autorité et conformément aux devoirs qui lui incombent en vertu de la Convention américaine des droits de l'homme, et considérera que l'affaire est close dès que l'État se sera pleinement conformé aux mesures ordonnées dans le présent arrêt.

Le juge Alberto Pérez Pérez a informé la Cour de son opinion partiellement dissidente, qui est jointe au présent arrêt.

Fait en espagnol et en anglais, le texte espagnol faisant foi, à San José, Costa Rica, le 24 février 2012.

Diego García-Sayán
Président

Manuel E. Ventura

RoblesLeonardo A. Franco

Margarette May

MacaulayRhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez

Pablo Saavedra
Alessandri Secrétaire

Ainsi ordonné,

Diego García-Sayán
Président

Pablo Saavedra Alessandri
Secrétaire

**OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DU JUGE ALBERTO PÉREZ
PÉREZ DANS L'ARRÊT DE LA COUR INTER- AMÉRICAINE DES DROITS DE
L'HOMME**

**AFFAIRE ATALA RIFFO ET SES FILLES c. CHILI
24 FÉVRIER 2012**

1. J'ai voté contre le paragraphe 4 du dispositif, selon lequel "l'État est responsable de la violation des articles 11(2) et 17.1" de la Convention américaine, en considérant qu'il n'aurait dû mentionner qu'une violation de l'article 11(2), car étant donné les faits de la présente affaire : I) il est suffisant de déclarer une violation de l'article 11(2), et II) il n'est pas nécessaire ou prudent de déclarer une violation de l'article 17 qui pourrait être pris comme une prise de position implicite sur l'interprétation de diverses dispositions dudit article.

I. IL SUFFIT D'INVOQUER L'ARTICLE 11(2)

2. La Convention américaine relative aux droits de l'homme consacre les droits liés à la famille à l'article 11, paragraphe 2, et à l'article 17, et contient également d'importantes références à la famille aux articles 19, 27.2 et 32.1 :

Article 11. Protection de l'honneur et de la dignité

1. Chacun a le droit de voir son honneur respecté et sa dignité reconnue.
 2. Nul ne peut être l'objet d'immixtions arbitraires ou abusives dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur ou à sa réputation.
- Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles interférences ou attaques.

Article 17. Protection de la famille

1. La famille est l'unité de groupe naturelle et fondamentale de la société et a droit à la protection de la société et de l'État.
2. Le droit des hommes et des femmes en âge de se marier et de fonder une famille est reconnu, s'ils remplissent les conditions requises par les lois nationales, dans la mesure où ces conditions ne portent pas atteinte au principe de non-discrimination établi dans la présente Convention.
3. Aucun mariage ne peut être contracté sans le libre et plein consentement des futurs époux.
4. Les Etats parties prennent les mesures appropriées pour assurer l'égalité des droits et un juste équilibre des responsabilités des époux au moment du mariage, pendant le mariage et en cas de dissolution de celui-ci. En cas de dissolution, des dispositions doivent être prises pour assurer la protection nécessaire des enfants sur la seule base de leur intérêt supérieur.
5. La loi reconnaît des droits égaux aux enfants nés hors mariage et à ceux nés dans le mariage.

Article 19. Droits de l'enfant

Tout enfant mineur a droit aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur de la part de sa famille, de la société et de l'État.

Article 27. Suspension des garanties

1. en cas de guerre, de danger public ou d'autre situation d'urgence menaçant l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie, celui-ci peut prendre des mesures dérogeant aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente Convention, dans la mesure et pour la durée strictement nécessaires aux exigences de la situation, à condition que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations qui lui incombent en vertu du droit international et qu'elles n'impliquent pas une discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition qui précède n'autorise pas la suspension des articles suivants : 3 (Droit à la personnalité juridique) ; 4 (Droit à la vie) ; 5 (Droit à un traitement humain) ; 6 (Droit de ne pas être tenu en esclavage) ; 9 (Droit de ne pas être soumis à des lois *ex post facto*) ; 12 (Liberté de conscience et de religion) ; 17 (Droits de la famille) ; 18 (Droit au nom) ; 19 (Droits de l'enfant) ; 20 (Droit à la nationalité) et 23 (Droit de participer au gouvernement), ni des garanties judiciaires indispensables à la protection de ces droits.

3. (...).

Article 32. Relation entre les devoirs et les droits

1. Chaque personne a des responsabilités envers sa famille, sa communauté et l'humanité.
2. Les droits de chaque personne sont limités par les droits des autres, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien-être général, dans une société démocratique.

3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales contient deux dispositions pertinentes à cet égard, correspondant aux articles 11 et 17, paragraphe 2, de la Convention américaine :

Article 8 - Droit au respect de la vie privée et familiale

- 1 Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
- 2 Il ne peut y avoir d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 12 - Droit au mariage

Les hommes et les femmes en âge de se marier ont le droit de se marier et de fonder une famille, conformément aux lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

4. Par conséquent, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), que l'arrêt cite de manière appropriée et avec une valeur persuasive, se réfère aux dispositions de la Convention européenne qui correspondent aux articles 11, paragraphe 2, et 17, paragraphe 2, de la Convention américaine.¹ car il n'existe pas de dispositions se référant aux matières visées aux paragraphes 1, 3, 4 et 5 de l'article 17.

5. Il est particulièrement important d'examiner les arrêts dans lesquels la CEDH a examiné des affaires impliquant des couples cohabitants du même sexe ou du même genre² à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne, et en relation avec l'article 14. Comme l'indique clairement l'arrêt de cette Cour au paragraphe 174 :

¹ Dans des cas similaires à celui-ci, on invoque également la règle qui interdit la discrimination, qui stipule ce qui suit : *Article 14 - Interdiction de la discrimination* - la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

² Peut-être aurait-il été opportun de citer également l'arrêt dans l'affaire *P. V. c. Espagne* (requête n° 35159/09), rendu le 30 novembre 2010 et devenu définitif le 11 avril 2011. Dans cette affaire, la requérante est un transsexuel homme-femme qui avait été précédemment mariée à P.Q.F., avec qui elle a eu un fils en 1998. Lors de la séparation légale du couple, le juge a approuvé un accord conclu entre les époux par lequel la garde de l'enfant a été attribuée à la mère et la responsabilité parentale aux deux parents conjointement. En outre, l'accord établissait des modalités de contact permettant au père de passer du temps avec l'enfant. Deux ans plus tard, la mère a demandé que son ex-conjoint soit privé de la responsabilité parentale et que les modalités de contact et toute communication entre le père et le fils soient suspendues. Elle a fait valoir que le père avait manifesté un manque d'intérêt pour l'enfant, qu'il suivait un traitement hormonal en vue d'une réassignation sexuelle et qu'il se maquillait et s'habillait habituellement en femme. Le tribunal national a rejeté la demande de la mère en ce qui concerne le premier point et, pour ce qui est des modalités de contact, le juge a décidé de restreindre les visites, qui ont ensuite été progressivement prolongées. La décision du tribunal, en ce qui concerne les faits, était fondée sur un rapport psychologique, selon lequel P. présentait une " instabilité émotionnelle " qui " comportait un risque réel et significatif de perturbation du bien-être émotionnel et du développement de la personnalité de l'enfant, compte tenu de son âge (il avait six ans au moment du rapport d'expertise) et du stade de développement de l'époque ; et, en ce qui concerne le droit, sur l'intérêt supérieur de l'enfant ". Elle n'était pas fondée sur le statut de transsexuel du père. La CEDH a considéré que les juridictions espagnoles, à la différence de l'arrêt rendu dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n'avaient pas fondé leur décision sur l'orientation sexuelle de la requérante, mais avaient pris en compte son " instabilité émotionnelle " et avaient donné la priorité à " l'intérêt de l'enfant ", en adoptant des modalités de contact plus restrictives pour permettre à l'enfant de s'habituer progressivement au changement de sexe de son père, et avaient ensuite prolongé ces modalités malgré le fait que " le statut sexuel de la requérante restait le même. "

"...dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, la Cour européenne a révisé sa jurisprudence en vigueur à l'époque, qui admettait seulement que la relation affective et sexuelle d'un couple de même sexe constitue une "vie privée", mais ne s'était pas penchée sur ce qui constituait une "vie familiale", bien que les requérants aient vécu ensemble dans une relation de longue durée. Appliquant une conception plus large de la famille, la Cour européenne a établi qu'" un couple de même sexe vivant en concubinage dans le cadre d'un partenariat stable *de fait* relève de la notion de "vie familiale", au même titre que la relation d'un couple de sexe différent dans la même situation ", considérant qu'il est " artificiel de soutenir que, contrairement à un couple de sexe différent, un couple de même sexe ne peut pas jouir d'une "vie familiale" aux fins de l'article 8 ".³. [Notes de bas de page omises].

6. Il indique également (paragraphe 173), à juste titre, que, "dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme, suivant une conception large de la famille, a reconnu qu'un transsexuel, sa partenaire féminine et un enfant peuvent constituer une famille, en déclarant que :

Pour déterminer si une relation peut être assimilée à une "vie familiale", un certain nombre de facteurs peuvent être pertinents, notamment le fait que le couple vive ensemble, la durée de leur relation et le fait qu'ils aient démontré leur engagement l'un envers l'autre en ayant des enfants ensemble ou par tout autre moyen.⁴

7. Pour plus de clarté, et en gardant à l'esprit tout recours futur à la jurisprudence ou aux décisions d'autres organes de protection des droits de l'homme, j'exposerai brièvement les faits de chaque affaire citée, ainsi que les conclusions de droit du CEDH.

Affaire Schalk et Kopf c. Autriche

8. *Les faits de l'affaire* peuvent être résumés comme suit : les requérants, nés respectivement en 1962 et 1960, sont un couple de même sexe vivant à Vienne. En 2002, ils ont entamé les formalités pour pouvoir se marier, mais les autorités autrichiennes ont considéré qu'ils n'avaient pas la capacité de contracter mariage, étant donné que les deux requérants sont des hommes et que, selon l'article 44 du code civil, seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier (paragraphe 7 à 9). En Autriche, la loi sur le partenariat enregistré (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*) fournit aux couples de même sexe " un mécanisme formel pour reconnaître et donner un effet juridique à leurs relations ", avec des caractéristiques similaires à celles du mariage sur de nombreux aspects (tels que " le droit des successions, le droit du travail, le droit social et de la sécurité sociale, le droit fiscal, le droit de la procédure administrative, le droit de la protection des données et du service public, les questions de passeports et d'enregistrement, ainsi que le droit des étrangers " (paragraphe 16 à 22). Cependant, plusieurs différences entre le mariage et le partenariat enregistré subsistent sur plusieurs autres aspects, notamment en ce qui concerne les possibilités d'adoption ou l'accès à l'insémination artificielle.

9. *Les considérations juridiques* commencent (paragraphe 24-26) par une analyse du droit de l'Union européenne (article 9 de la Charte des droits fondamentaux et diverses directives), et en particulier des lois des 47 États membres du Conseil de l'Europe (paragraphe 27 à 34).⁵ fondamentaux et diverses directives), et en particulier des lois des 47 États membres du Conseil de l'Europe (paragraphe 27 à 34). Seuls six d'entre eux accordent actuellement aux couples de même sexe un accès égal au mariage ; 13 autres États disposent "d'une forme de législation permettant aux couples de même sexe d'enregistrer leur relation." Un site

³ L'arrêt dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche* (n° 30141/04) a été rendu par une chambre de la Cour européenne des droits de l'homme le 24 juin 2010 et est devenu définitif le 22 novembre 2010, conformément à l'art.

44.2 de la Convention (texte établi par le Protocole n° 11).

⁴ L'arrêt dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (n° 21830/93) a été rendu par la Grande Chambre le 22 avril 1997.

⁵ Le texte de cette disposition est le suivant : "*Article 9 - Droit de se marier et de fonder une famille* - qui garantit "le droit de se marier et de fonder une famille, selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit." Comme indiqué, la référence aux "hommes et aux femmes" disparaît, mais il y a un renvoi général aux dispositions des lois nationales.

L'État "reconnait les couples homosexuels cohabitants à des fins limitées, mais ne leur offre pas la possibilité de s'enregistrer." En ce qui concerne les conséquences matérielles, parentales et autres, la CEDH indique que "les conséquences juridiques du partenariat enregistré varient de presque équivalent au mariage à l'octroi de droits relativement limités." La CEDH considère ensuite les principes généraux et leur application au cas spécifique, et examine enfin l'applicabilité de l'article 14 pris en combinaison avec l'article 8 et l'allégation de sa violation.

10. *Principes généraux.* La CEDH rappelle que, selon sa jurisprudence constante, " l'article 12 garantit le droit fondamental de l'homme et de la femme de se marier et de fonder une famille ", et que l'exercice de ce droit " entraîne des conséquences personnelles, sociales et juridiques. " Bien qu'il soit soumis aux lois nationales des États contractants, " les limitations ainsi introduites ne doivent pas restreindre ou réduire le droit d'une manière ou dans une mesure telle qu'il en résulte une atteinte à l'essence même du droit " (paragraphe 49). Par ailleurs, la CEDH observe qu'elle " n'a pas encore eu l'occasion d'examiner si deux personnes de même sexe peuvent prétendre avoir le droit de se marier ", mais que " certains principes pourraient être dégagés " de sa jurisprudence relative aux transsexuels, qui avait initialement estimé que " l'attachement à la notion traditionnelle de mariage qui sous-tend l'article 12 constituait une raison suffisante pour que l'État défendeur continue d'adopter des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage " (paragraphe 50-51). Dans l'affaire *Christine Goodwin*⁶ la Cour s'est écartée de cette jurisprudence en constatant qu'il y avait eu " des changements sociaux majeurs dans l'institution du mariage " depuis l'adoption de la Convention, en citant l'article 9 de la Charte européenne et, prenant en considération " l'acceptation généralisée du mariage des transsexuels dans le sexe qui leur a été assigné ", a estimé que " les termes utilisés à l'article 12 (...) ne devaient plus être compris comme déterminant le sexe par des critères purement biologiques. " Par conséquent, " l'impossibilité pour un transsexuel postopératoire de se marier dans le sexe qui lui a été assigné violait l'article 12 " (paragraphe 52). Dans deux autres affaires concernant des mariages entre une femme et un transsexuel homme-femme,⁷ la CEDH avait déterminé (paragraphe 53) que la plainte concernant l'obligation légale de mettre fin à leur mariage afin que la transsexuelle puisse "obtenir la pleine reconnaissance juridique de son changement de sexe" était "manifestement mal fondée". La CEDH a relevé que " le droit interne n'autorisait que le mariage entre personnes de sexe opposé, que ce sexe résulte d'une attribution à la naissance ou d'une procédure de reconnaissance du genre, tandis que les mariages entre personnes de même sexe n'étaient pas autorisés " et que " l'article 12 consacrait la conception traditionnelle du mariage comme étant entre un homme et une femme. " Bien que la Cour ait reconnu que " plusieurs États contractants avaient étendu le mariage aux couples de même sexe ", elle a noté que " cela reflétait leur propre vision [desdits États] du rôle du mariage dans leur société " mais " ne découlait pas d'une interprétation du droit fondamental consacré, tel qu'énoncé ... dans la Convention en 1950 ". Par conséquent, il relevait "de la marge d'appréciation de l'État quant à la manière de régler les effets du changement de sexe sur les mariages préexistants". En outre, si les requérants devaient opter pour le divorce, ils auraient la possibilité de conclure un partenariat civil, ce qui "contribuait à la proportionnalité du régime de reconnaissance du genre dénoncé."

11. *Application au cas particulier.* La CEDH a déclaré que l'article 12 accorde le droit de se marier à "l'homme et la femme" et, bien que le libellé dudit article pris isolément puisse être interprété comme "excluant un mariage entre deux hommes ou deux femmes", considéré dans le contexte, il convient de garder à l'esprit que, "en revanche, tous les autres articles de fond de la Convention accordent des droits et libertés à "toute personne" ou "tout individu".

⁶ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (no 28957/95), arrêt de la Grande Chambre, 11 juillet 2002.

⁷ *Parry c. Royaume-Uni* (déc.), no. 42971/05, CEDH 2006-XV, et *R. et F. c. Royaume-Uni* (Déc.), no. 35748/05, 28 novembre 2006.

affirmer que "personne" ne peut être soumis à certains types de traitements interdits". Le choix des mots "hommes et femmes" doit être considéré comme "délibéré", notamment dans "le contexte historique" de la décennie 1950, où "le mariage était clairement compris dans le sens traditionnel d'être une union entre partenaires de sexe différent." En ce qui concerne le "lien entre le droit au mariage et le droit de fonder une famille", dans l'affaire *Christine Goodwin*, la CEDH est parvenue à la conclusion que "l'incapacité d'un couple à concevoir ou à élever un enfant" n'exclut pas *en soi* le droit au mariage. Toutefois, ce constat " ne permet pas de conclure sur la question du mariage entre personnes de même sexe " (paragraphe 56). Bien que " la Convention soit un instrument vivant qui doit être interprété dans les conditions actuelles " et que l'institution du mariage " ait connu d'importants changements sociaux ", la CEDH constate qu'" il n'existe pas de consensus européen concernant les mariages homosexuels ", qui ne sont autorisés que dans six des 47 États parties à la Convention (paragraphe 58). Le cas d'espèce doit être distingué de l'affaire *Christine Goodwin*, qui avait reconnu " une convergence des normes concernant le mariage des transsexuels dans le sexe qui leur a été assigné " et impliquait un " mariage entre partenaires de sexe différent ", si celui-ci n'est pas défini par des critères purement biologiques (paragraphe 59). [Ainsi, la CEDH rejoignait l'affirmation des organisations non gouvernementales intervenues dans l'affaire, selon laquelle " si la Cour a souvent souligné que la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété dans les conditions actuelles, elle n'a utilisé cette approche pour développer sa jurisprudence que lorsqu'elle a perçu une convergence de normes entre les États membres "].

12. *Influence de l'article 9 de la Charte européenne.* En ce qui concerne l'article 9 de la Charte européenne (expliqué dans le commentaire officiel), l'élimination délibérée de la référence aux "hommes et aux femmes" rend la disposition plus large dans sa portée que les articles correspondants dans d'autres instruments des droits de l'homme, mais "la référence au droit interne reflète la diversité des réglementations nationales, qui vont de l'autorisation du mariage homosexuel à son interdiction explicite" et laisse toute décision en la matière aux États⁸ (paragraphe 60). Eu égard à l'article 9 de la Charte, la CEDH a conclu qu'elle " ne considérerait plus que le droit au mariage consacré par l'article 12 doit en toutes circonstances être limité au mariage entre deux personnes de sexe opposé ", raison pour laquelle ledit article était applicable à l'espèce, mais a souligné que " la question de l'autorisation ou non du mariage entre personnes de même sexe est laissée à la réglementation par les lois nationales " de chaque État (paragraphe 61). La Cour a noté que " le mariage a des connotations sociales et culturelles profondément ancrées qui peuvent différer largement d'une société à l'autre " et que la CEDH " ne doit pas s'empresse de substituer son propre jugement à celui des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour évaluer les besoins de la société et y répondre " (paragraphe 62). Par conséquent, elle constate que "l'article 12 de la Convention n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'accorder à un couple de même sexe comme les requérants l'accès au mariage" (paragraphe 63), et conclut à la non-violation de cet article (paragraphe 64).

13. *Applicabilité de l'article 14 pris en combinaison avec l'article 8.* Selon la CEDH, " l'article 14⁹ complète les autres dispositions matérielles de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il n'a d'effet que par rapport à la "jouissance des droits et libertés" sauvegardés par ces dispositions" (paragraphe 89). Dans plusieurs arrêts (dont le dernier date de 2001¹⁰), la CEDH avait considéré que "la notion de famille" de l'article 12 incluait également les unions de fait, "lorsque les parties vivent ensemble hors de leur domicile".

⁸ Selon le commentaire, "on peut soutenir qu'il n'y a pas d'obstacle à la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe dans le cadre du mariage", mais il n'y a "aucune exigence explicite selon laquelle les lois nationales devraient faciliter de tels mariages."

⁹ Pour le texte, voir la note 1.

¹⁰ *Mata Estevez c. Espagne* (déc.), no. 56501/00, CEDH 2001-VI, 10 mai 2001.

Dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, la CEDH a modifié cette jurisprudence (comme l'indique à juste titre le paragraphe 91-92). Dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, la CEDH a modifié cette jurisprudence (comme l'indique à juste titre le par. 174 de l'arrêt auquel ce vote se réfère), considérant que depuis 2001, il y avait eu " une évolution rapide des attitudes sociales à l'égard des couples de même sexe dans de nombreux États membres ", et " un nombre considérable " de ceux-ci avaient " accordé une reconnaissance juridique aux couples de même sexe. " De même, certaines dispositions du droit de l'Union européenne reflètent également "une tendance croissante à inclure les couples de même sexe dans la notion de "famille"" (paragraphe 93). "Compte tenu de cette évolution", la CEDH a considéré qu'il était "artificiel de maintenir l'opinion selon laquelle, contrairement à un couple de sexe différent, un couple de même sexe ne peut jouir d'une "vie familiale" aux fins de l'article 8", et que, "par conséquent, la relation des requérants, un couple de même sexe vivant en concubinage dans le cadre d'un partenariat *de fait* stable, relève de la notion de "vie familiale", tout comme le ferait la relation d'un couple de sexe différent dans la même situation." (Para. 94).

14. *Violation alléguée de l'article 14 combiné avec l'article 8.* Après avoir conclu que les faits de l'espèce relevaient " de la notion de "vie privée" et de "vie familiale" " et que l'article 14 combiné avec l'article 8 était applicable (paragraphe 95), la CEDH a ensuite examiné si cet article avait été violé (paragraphe 96-110). Pour y parvenir, elle devait constater "une différence de traitement entre des personnes se trouvant dans des situations similaires", qui serait "discriminatoire si elle n'a pas de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime ou s'il n'existe pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé". À cet égard, les États " jouissent d'une marge d'appréciation " (paragraphe 96). D'une part, " tout comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle exigent des motifs particulièrement graves à titre de justification ", mais d'autre part, les États disposent généralement " d'une grande marge " lorsqu'il s'agit de " mesures générales de stratégie économique ou sociale " (paragraphe 97), et l'un des facteurs pertinents pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation peut être " l'existence ou non d'un terrain d'entente. " La CEDH est partie " du principe que les couples de même sexe sont tout aussi capables que les couples de sexe différent de nouer des relations stables et engagées " et qu'ils se trouvent donc " dans une situation pertinente et similaire à celle d'un couple de sexe différent en ce qui concerne leur besoin de reconnaissance et de protection juridiques de leur relation " (paragraphe 99). Néanmoins, la Cour a décidé que, bien que les requérants n'aient pas été autorisés à se marier, une loi postérieure au dépôt de leur plainte mais antérieure à l'arrêt (la loi sur les partenariats enregistrés¹¹), qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2010) avait fourni une reconnaissance juridique alternative (paragraphe 102). S'il existe " un consensus européen émergent en faveur de la reconnaissance juridique des couples de même sexe ", qui s'est " développé rapidement au cours de la dernière décennie ", les États qui prévoient une reconnaissance juridique ne sont pas encore majoritaires. Cette question doit donc être considérée comme une question de " droits évolutifs sans consensus établi, où les États doivent également bénéficier d'une marge d'appréciation dans le calendrier d'introduction des changements législatifs " (paragraphe 105). En conclusion, après avoir examiné le statut juridique des partenariats enregistrés et les différences qui persistent par rapport aux mariages, la CEDH dit ne voir "aucun élément indiquant que l'État défendeur a excédé sa marge d'appréciation dans son choix des droits et obligations conférés par le partenariat enregistré" (paragraphe 109) et conclut à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 (paragraphe 110).

Affaire X, Y et Z c. Royaume-Uni

15. *Les faits de l'affaire* peuvent être résumés comme suit : le premier requérant, "X", un transsexuel de sexe féminin à masculin, est né en 1955. Cependant, dès l'âge de quatre

ans, "X" s'est senti en décalage sexuel et a été attiré par des rôles comportementaux "masculins". Cette divergence lui a causé

¹¹ *Supra*, para. 6.

souffrir de dépression suicidaire pendant l'adolescence. En 1975, il entreprit un traitement hormonal et commença à vivre et à travailler comme un homme. Depuis 1979, il vit en union permanente et stable avec la deuxième requérante, " Y ", une femme née en 1959. Peu après le début de cette relation, " X " a subi une opération de réassignation sexuelle. Le troisième requérant, "Z"¹²est né en 1992 de l'insémination artificielle avec donneur (IAD) de "Y". Par la suite, " Y " a donné naissance à un autre enfant par la même méthode. La plainte déposée devant la CEDH a été motivée par le fait que les autorités britanniques avaient rejeté la demande de "X" d'être inscrit comme père de "Z" à l'état civil.

16. *Considérations de droit.* Citant plusieurs arrêts antérieurs, la CEDH a rappelé que " la notion de "vie familiale" de l'article 8 ne se limite pas aux seules familles fondées sur le mariage et peut englober d'autres relations de fait ", et a ajouté que " pour déterminer si une relation peut être assimilée à une "vie familiale", un certain nombre de facteurs peuvent être pertinents, notamment le fait que le couple vit ensemble, la durée de leur relation et le fait qu'ils ont démontré leur engagement l'un envers l'autre en ayant des enfants ensemble ou par tout autre moyen (paragraphe 36) ". Comme point de départ, je considère qu'" il faut tenir compte du juste équilibre qui doit être ménagé entre les intérêts concurrents de l'individu et de la communauté dans son ensemble " et que " l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation " (paragraphe 41). Sur le point spécifique de la reconnaissance parentale (paragraphe 44), la CEDH a observé qu'"il n'existe pas de norme européenne commune en ce qui concerne l'octroi des droits parentaux aux transsexuels" et qu'il n'est pas établi "qu'il existe une approche généralement partagée entre les Hautes Parties contractantes quant à la manière dont le rapport social entre un enfant conçu par le SIDA et la personne qui joue le rôle de père doit être reflété en droit". La Cour ajoute que, "bien que la technologie de la procréation médicalement assistée soit disponible en Europe depuis plusieurs décennies, nombre des questions qu'elle soulève, notamment en ce qui concerne la question de la filiation, font encore l'objet de débats. Ainsi, il n'existe pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur la question de savoir si l'intérêt d'un enfant conçu de cette manière est mieux servi en préservant l'anonymat du donneur de sperme ou si l'enfant doit avoir le droit de connaître l'identité du donneur. " Par conséquent, étant donné que les questions en cause "touchent à des domaines où il n'y a guère de terrain d'entente" entre les États membres du Conseil de l'Europe et que, d'une manière générale, le droit semble se trouver dans une phase de transition, il convient d'accorder à l'État défendeur une large marge d'appréciation." En conclusion, elle déclare : "étant donné que la transsexualité soulève des questions scientifiques, juridiques, morales et sociales complexes, à l'égard desquelles il n'existe pas d'approche généralement partagée entre les États contractants, la Cour est d'avis que l'article 8 ne saurait, dans ce contexte, être considéré comme impliquant l'obligation pour l'État défendeur de reconnaître formellement comme père d'un enfant une personne qui n'est pas le père biologique." Dès lors (paragraphe 52), "le fait que le droit du Royaume-Uni ne permette pas une reconnaissance juridique spéciale de la relation entre X et Z ne constitue pas un manquement au respect de la vie familiale au sens de cette disposition."

17. Il est clair que la citation extensive des arrêts de la CEDH n'implique pas que la Cour interaméricaine doive les prendre comme des précédents obligatoires. Comme mentionné précédemment (*supra*, para. 4), ces arrêts ont une " valeur persuasive " dans la mesure où les arguments qu'ils contiennent peuvent être intrinsèquement convaincants, ce qui dépendra, dans une bonne mesure, " du statut de la Cour dont ils émanent, et de la personnalité du juge qui a rédigé l'arrêt ".¹³ Compte tenu du statut de la CEDH et de la similitude

¹² Dans son opinion concordante, le juge L-E. Pettiti a déclaré que "S'il y avait un autre cas comme celui-ci, il serait sans doute souhaitable que la Commission et la Cour suggèrent aux parties qu'un avocat soit chargé de

représenter spécifiquement les intérêts de l'enfant seul."

¹³ Cfr. Alberto Pérez, "Reseña de la vida jurídica angloamericana", dans *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, t. 61, pages. 109-120 (la citation est de la page 112).

entre ses fonctions et celles de la Cour interaméricaine, les arrêts cités dans ce vote motivé sont d'une grande importance, comme nous le verrons au chapitre II.

II. IL N'EST PAS NÉCESSAIRE OU PRUDENT D'INVOQUER L'ARTICLE 17(1)

18. Comme je l'ai déjà indiqué, je ne considère pas nécessaire ou prudent de déclarer une violation de l'article 17, ce qui pourrait être considéré comme une prise de position implicite sur l'interprétation de différentes dispositions dudit article. En effet, l'article 17 contient plusieurs dispositions liées entre elles, à commencer par la déclaration de principe selon laquelle "la famille est l'élément naturel et fondamental de la société", suivie de la disposition, au sein du même paragraphe 1, selon laquelle la famille "a droit à la protection de la société et de l'État", et ensuite de plusieurs dispositions qui pourraient être interprétées (point sur lequel ce vote ne se prononce pas) d'une manière qui présuppose que la famille est fondée sur un mariage hétérosexuel ou une union de fait. Le droit de ne pas "faire l'objet d'immixtions arbitraires ou abusives dans sa vie privée, (ou) sa famille", consacré par l'article 11, paragraphe 2, est un aspect spécifique et autonome du devoir général de protection, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer l'article 17, paragraphe 1, cumulativement avec l'article 11, paragraphe 2. Le fait de déterminer que certains des faits eux-mêmes violent un devoir général et un devoir spécifique (ou les droits correspondants) ne change pas la nature ou la gravité de la violation, et ne conduit pas non plus à ordonner des réparations différentes que si l'on se contente d'invoquer la disposition qui consacre le droit ou le devoir spécifique. Au contraire, l'invocation de l'article 17(1) inclut la déclaration de principe susmentionnée et, par implication, pourrait englober le reste de l'article 17.

19. La déclaration de principe concernant la famille contenue dans l'article 17, paragraphe 1, correspond pour l'essentiel aux dispositions de nombreuses constitutions d'Amérique latine :

Bolivie : Article 62. L'État reconnaît et protège la famille en tant que noyau fondamental de la société, et garantit les conditions sociales et économiques nécessaires à son développement intégral. Tous les membres de la famille ont les mêmes droits, obligations et opportunités.

Article 63. I. Le mariage entre une femme et un homme est constitué par des liens juridiques et repose sur l'égalité des droits et des devoirs des époux.

II. Les unions libres ou de fait, stables et monogames, contractées par une femme et un homme sans empêchement légal, ont les mêmes effets que le mariage civil, tant en ce qui concerne les relations personnelles et patrimoniales des époux qu'à l'égard des enfants adoptés ou nés de ces unions.

Brésil : Article 226. La famille, qui est le fondement de la société, bénéficie d'une protection spéciale de la part de l'État.

Cet article poursuit avec des dispositions spécifiques liées au mariage et à "l'union stable entre un homme et une femme en tant qu'entité familiale", entre autres.

Chili : Article 1 (dans le chapitre I, Bases de l'institutionnalité). Les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits.

La famille est le noyau de base de la société.

L'État reconnaît et défend les groupes intermédiaires à travers lesquels la société s'organise et se structure et leur garantit l'autonomie nécessaire à la réalisation de leurs objectifs spécifiques.

L'État est au service de l'individu et son but est de promouvoir le bien-être commun. À cet effet, il doit contribuer à la création des conditions sociales qui permettent à chacun des membres de la communauté nationale de s'épanouir spirituellement et matériellement, dans le plein respect des droits et des garanties établis par la présente Constitution.

L'État a le devoir de sauvegarder la sécurité nationale, d'assurer la protection des personnes et de la famille, de promouvoir le renforcement de cette dernière, de favoriser l'intégration harmonieuse de tous les secteurs de la Nation et de garantir à chacun le droit de participer à la vie nationale avec des chances égales.

Colombie : Article 5. L'État reconnaît, sans discrimination aucune, la primauté des droits inaliénables de la personne et protège la famille en tant qu'institution de base de la société.

Article 42. La famille est le noyau de base de la société. Elle se forme sur la base de liens naturels ou juridiques, par la libre décision de l'homme et de la femme de contracter le mariage ou par leur volonté responsable de le respecter.

L'État et la société garantissent la protection intégrale de la famille. La loi peut déterminer le patrimoine familial inaliénable et insaisissable. L'honneur, la dignité et l'intimité de la famille sont inviolables.

Les relations familiales sont fondées sur l'égalité des droits et des devoirs du couple et sur le respect mutuel de tous ses membres. Toute forme de violence au sein de la famille est considérée comme destructrice de son harmonie et de son unité, et doit être sanctionnée conformément à la loi.

Les enfants nés dans le cadre du mariage ou hors de celui-ci, adoptés ou conçus naturellement ou avec l'aide de la science, ont des droits et des devoirs égaux. La loi règle la responsabilité parentale à l'égard de la progéniture.

Le couple a le droit de décider librement et en toute responsabilité du nombre de ses enfants et doit les entretenir et les éduquer tant qu'ils sont mineurs ou à charge.

Les formes du mariage, l'âge et les conditions requises pour le contracter, les devoirs et les droits des époux, leur séparation et la dissolution des liens du mariage, sont déterminés par la loi civile. Les mariages religieux auront des effets civils dans les termes établis par la loi.

Les effets civils de tous les mariages sont déterminés par le divorce conformément au droit civil.

De même, les décrets d'annulation de mariages religieux émis par les autorités des confessions respectives ont des effets civils dans les limites établies par la loi.

La loi détermine les questions relatives à l'état civil des personnes et les droits et devoirs qui en découlent.

Costa Rica : Article 51. La famille, en tant que cellule naturelle et fondement de la société, a droit à la protection spéciale de l'État. Les mères, les enfants, les personnes âgées, les infirmes et les indigents ont également droit à cette protection.

Article 52. Le mariage est le fondement essentiel de la famille et repose sur l'égalité des droits entre les époux.

Article 53. Les parents ont les mêmes obligations envers les enfants nés hors mariage qu'envers ceux nés dans le mariage.

Toute personne a le droit de savoir qui sont ses parents, conformément à la loi.

Cuba : Article 35. L'État protège la famille, la maternité et le mariage.

L'État reconnaît la famille comme le principal noyau de la société et lui attribue des responsabilités et des fonctions importantes dans l'éducation et le développement des nouvelles générations.

Article 36. Le mariage est l'union établie volontairement entre un homme et une femme, qui sont légalement aptes à se marier, pour vivre ensemble. Il est fondé sur la pleine égalité des droits et des devoirs des partenaires, qui doivent assurer l'entretien du foyer et l'éducation intégrale des enfants par un effort conjoint compatible avec les activités sociales des deux.

La loi régleme la formalisation, la reconnaissance et la dissolution du mariage ainsi que les droits et obligations qui en découlent.

Équateur : Article 67. La famille sous ses diverses formes est reconnue. L'État la protège en tant que noyau fondamental de la société et garantit les conditions qui favorisent intégralement la réalisation de ses objectifs. La famille est constituée par des liens juridiques ou *de fait* et se fonde sur l'égalité des droits et des chances de ses membres.

Le mariage est l'union d'un homme et d'une femme et repose sur le libre consentement des personnes qui contractent ce lien et sur l'égalité des droits, des obligations et de la capacité juridique.

Article 68. L'union stable et monogame entre deux individus libres, sans autre lien matrimonial, qui établissent un domicile commun, pour la durée et dans les conditions et circonstances prévues par la loi, jouit des mêmes droits et obligations que les familles liées par les liens formels du mariage.

L'adoption n'est autorisée que pour les couples de sexe différent.

El Salvador : Article 32. La famille est la base fondamentale de la société et bénéficie de la protection de l'État, qui dicte la législation nécessaire et crée les institutions et services appropriés pour son intégration, son bien-être et son développement social, culturel et économique.

Le fondement juridique de la famille est le mariage qui repose sur l'égalité juridique des conjoints. L'État doit promouvoir le mariage, mais l'absence de mariage ne doit pas affecter la jouissance des droits établis en faveur de la famille.

Article 33. La loi régit les relations personnelles et patrimoniales entre les époux et entre eux et leurs enfants, en établissant les droits et les devoirs réciproques sur une base équitable.

et crée les institutions nécessaires pour garantir son applicabilité. De même, elle réglementera les relations familiales résultant de l'union stable d'un homme et d'une femme.

Nicaragua : Article 70. La famille est le noyau fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État.

Article 71. Les Nicaraguayens ont le droit de former une famille. ...La loi réglemente et protège ce droit. ...

Article 72. Le mariage et les unions stables *de fait* sont protégés par l'État ; ils reposent sur l'accord volontaire entre un homme et une femme, et peuvent être dissous par consentement mutuel ou par la volonté de l'une des parties, comme le prévoit la loi.

Article 73. Les relations familiales reposent sur le respect, la solidarité et l'égalité absolue des droits et des responsabilités entre l'homme et la femme.

Les parents doivent travailler ensemble pour maintenir le foyer et assurer le développement intégral de leurs enfants, avec des droits et des responsabilités égaux. En outre, les enfants sont tenus de respecter et d'aider leurs parents. Ces devoirs et ces droits doivent être remplis conformément à la législation en vigueur.

Paraguay : Article 49. Protection de la famille

La famille est le fondement de la société. Sa protection intégrale doit être promue et garantie. La famille comprend l'union stable d'un homme et d'une femme, de leurs enfants et de la communauté formée avec l'un ou l'autre de leurs ancêtres et descendants.

Article 50. Droit de constituer une famille

Toute personne a le droit de constituer une famille, dans la formation et le développement de laquelle la femme et l'homme ont les mêmes droits et obligations.

Article 51. Le mariage et les effets des partenariats de fait

La loi établit les formalités à observer pour le mariage entre un homme et une femme, les conditions requises pour le contracter, les motifs de séparation ou de dissolution et leurs effets, ainsi que les dispositions relatives à l'administration des biens et autres droits et obligations entre les époux.

L'union de fait entre un homme et une femme, qui ne présente pas d'obstacles juridiques au mariage et qui se caractérise par la stabilité et la monogamie, produit un effet similaire au mariage, conformément aux dispositions établies par la loi.

Article 52. L'union dans le mariage

L'union dans le mariage d'un homme et d'une femme est l'un des éléments fondamentaux de la formation d'une famille.

Pérou : Article 4. La communauté et l'État accordent une protection spéciale aux enfants, aux adolescents, aux mères et aux personnes âgées en situation d'abandon. Ils protègent également la famille et encouragent le mariage. Ils reconnaissent ces derniers comme des institutions naturelles et fondamentales de la société.

La forme du mariage et les motifs de séparation et de dissolution sont régis par la loi.

Article 5. L'union stable entre un homme et une femme qui, libres de tout empêchement matrimonial, établissent un domicile commun donne lieu à une communauté de biens soumise aux dispositions relatives aux partenariats conjugaux, dans la mesure où celles-ci sont applicables.

Uruguay : Article 40. La famille est la base de notre société. L'État veille à sa stabilité morale et matérielle, pour le développement optimal des enfants au sein de la société.

Article 41. Les parents ont le devoir et le droit de soigner et d'éduquer leurs enfants afin qu'ils puissent développer toutes leurs capacités physiques, intellectuelles et sociales. Ceux qui ont la charge d'une progéniture nombreuse ont droit à une aide compensatoire, pour autant qu'ils en aient besoin.

La loi prévoit les dispositions nécessaires pour que les enfants et les jeunes soient protégés contre la négligence physique, intellectuelle ou morale de leurs parents ou tuteurs, ainsi que contre l'exploitation et les abus.

Article 42. Les parents ont les mêmes devoirs envers les enfants nés hors mariage qu'envers ceux nés dans le mariage. La maternité, quelle que soit la condition ou le statut de la femme, a droit à la protection de la société et à une assistance en cas d'abandon.

Venezuela : Article 75. L'État protège la famille en tant qu'association naturelle de la société et en tant qu'unité fondamentale pour le développement global des personnes. Les relations familiales sont fondées sur l'égalité des droits et des devoirs, la solidarité, l'effort commun, la compréhension mutuelle et le respect réciproque entre les membres de la famille. L'État garantit la protection de la mère, du père ou de toute autre personne agissant en tant que chef de famille. Les enfants et les adolescents ont le droit de vivre, d'être élevés et de se développer dans le giron de leur famille d'origine. Lorsque cela est impossible ou contraire à leur intérêt supérieur, ils ont droit à une famille de substitution, conformément à la loi. L'adoption a des effets similaires à ceux

de la parentalité, et est

établi dans tous les cas au profit de l'enfant adopté, conformément à la loi. L'adoption internationale est subordonnée à l'adoption nationale.

Article 76. La maternité et la paternité sont pleinement protégées, quel que soit le statut matrimonial de la mère ou du père. Les couples ont le droit de décider librement et de manière responsable du nombre d'enfants qu'ils souhaitent concevoir et ont le droit d'accéder aux informations et aux moyens nécessaires pour garantir l'exercice de ce droit. L'État garantit l'assistance et la protection globale de la maternité, en général, dès la conception, tout au long de la grossesse, de l'accouchement et de la période puerpérale, et garantit des services complets de planification familiale fondés sur des valeurs éthiques et scientifiques.

Le père et la mère ont l'obligation partagée et inéluctable d'élever, de nourrir, d'éduquer, d'entretenir et de prendre soin de leurs enfants, et les seconds ont le devoir de les prendre en charge lorsque les premiers sont incapables de le faire eux-mêmes. Les mesures nécessaires et appropriées pour garantir le caractère exécutoire de l'obligation de fournir une pension alimentaire sont établies par la loi.

Article 77. Le mariage entre un homme et une femme, qui repose sur le libre consentement et l'égalité absolue des droits et des devoirs des époux, est protégé. L'union stable *de fait* entre un homme et une femme, qui répond aux exigences établies par la loi, a les mêmes effets que le mariage.

20. Je suis d'accord avec la notion d'interprétation évolutive qui considère la Convention américaine comme un instrument vivant devant être compris en fonction des circonstances actuelles, mais étant entendu que pour progresser dans ce domaine, il est nécessaire de parvenir à un consensus, à un terrain d'entente ou à une convergence de normes entre les États parties (voir *supra*, para. 9 (11)). C'est le cas en ce qui concerne la reconnaissance que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle doit être comprise comme étant interdite (paragraphes 83 à 93 de l'arrêt), puisqu'il existe un concept clair à cet égard, non seulement parmi les États parties à la Convention américaine, mais aussi parmi tous les États membres de l'OEA, exprimé dans les résolutions de l'Assemblée générale citées (note 97).

21. Il n'en va pas de même en ce qui concerne l'évolution de la notion de famille et de son statut de fondement ou d'élément fondamental ou naturel de la société, qui continue d'être présente dans les Constitutions de nombreux États parties (*supra*, paragraphe 19). Le fait irréfutable qu'il existe actuellement de nombreuses conceptions différentes de la " famille ", comme indiqué à la note 191 de l'arrêt, ne signifie pas nécessairement que chacune d'entre elles est différente.¹⁴ ne signifie pas nécessairement que chacune d'entre elles doit correspondre à ce que la Convention américaine entend par famille - même avec une interprétation évolutive en fonction des paramètres mentionnés (*supra*, paras. 9 (11) et 18) - comme "élément naturel et fondamental de la société", ou à ce que les États parties ayant des dispositions similaires entendent comme tel. Il ne s'agit pas non plus de dire que tous les États parties doivent reconnaître le droit à l'éducation.

¹⁴ Le texte de la note 191 se lit comme suit (cursives ajoutées) : " Le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 21 (13th période de sessions, 1994). L'égalité dans le mariage et dans les rapports familiaux, par. 13 ("*la forme et le concept de la famille peuvent varier d'un État à l'autre et même entre les régions d'un même État. Quelle que soit sa forme, et quels que soient le système juridique, la religion, la coutume ou la tradition du pays, le traitement des femmes dans la famille, tant en droit qu'en privé, doit être conforme aux principes d'égalité et de justice pour tous, comme l'exige l'article 2 de la Convention*") ; Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 7. Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7, 30 septembre 2005, par. 15 et 19 ("*Le Comité reconnaît que le terme "famille" désigne ici toute une série d'arrangements susceptibles d'assurer les soins, l'éducation et le développement des jeunes enfants, notamment la famille nucléaire, la famille élargie et d'autres arrangements communautaires traditionnels et modernes, à condition que ceux-ci soient compatibles avec les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant. [...] le Comité note que, dans la pratique, les schémas familiaux sont variables et en évolution dans de nombreuses régions, tout comme l'existence de réseaux informels de soutien aux parents, avec une tendance générale à une plus grande diversité dans la taille des familles, les rôles parentaux et les modalités d'éducation des enfants*") ; Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 19 (39th période de sessions, 1990). La famille (article 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), para. 2 ("*Le Comité note que le concept de famille peut différer à certains égards d'un État à l'autre, et même d'une région à l'autre au sein d'un même État, et qu'il n'est*

donc pas possible de donner à ce concept une définition standard"). Cf. Nations Unies, Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 16 (32nd période de sessions, 1988). Droit à la vie privée (article 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), para. 5 ("En ce qui concerne le terme "famille", les objectifs du Pacte exigent qu'aux fins de l'article 17, ce terme soit interprété au sens large et englobe tous ceux qui composent la famille, telle qu'elle est comprise dans la société de l'État partie concerné").

tous les concepts ou modèles de la famille. En effet, dans l'Observation générale n° 19, le Comité des droits de l'homme, dans le même paragraphe où il note que :

"...le concept de famille peut différer à certains égards d'un État à l'autre, et même entre les régions d'un même État, de sorte qu'il n'est pas possible de donner une définition standard du concept."

22. Souligne que :

"...lorsqu'un groupe de personnes est considéré comme une famille dans la législation et la pratique d'un État, il doit bénéficier de la protection visée à l'article 23. En conséquence, les États parties doivent indiquer comment le concept et la portée de la famille sont interprétés ou définis dans leur propre société et système juridique. Lorsque divers concepts de famille, "nucléaire" et "élargie", existent au sein d'un État, il convient de l'indiquer en expliquant le degré de protection accordé à chacun d'eux. Compte tenu de l'existence de diverses formes de famille, telles que les couples non mariés et leurs enfants ou les parents isolés et leurs enfants, les États parties devraient également indiquer si et dans quelle mesure ces types de famille et leurs membres sont reconnus et protégés par la législation et la pratique nationales."
(Cursives ajoutées)

23. En d'autres termes, il s'agit de l'un des domaines dans lesquels il est le plus essentiel de laisser une *marge d'appréciation nationale*. À cette fin, il sera nécessaire de mener une enquête, qu'il n'est pas opportun d'entreprendre dans la présente affaire, mais qui devrait être effectuée chaque fois que le point est soulevé dans une affaire portée devant cette Cour et que les arguments à cet égard présentés par les parties et par tout *amici curiae* sont entendus.

24. Tout ceci réaffirme ma conviction qu'en l'espèce il n'est pas nécessaire ou prudent de déclarer une violation du paragraphe 1 de l'article 17 qui pourrait être prise comme une prise de position implicite sur l'interprétation des différentes dispositions dudit article.

Alberto Pérez Pérez
Juge

Pablo Saavedra Alessandri
Secrétaire