

Amicus Curiae* Presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo e hijas contra el Estado de Chile

Angélica Burga

RESUMEN

En noviembre de 2004, la abogada y juez chilena Karen Atala, presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos por considerar al Estado de Chile responsable por la violación de su derecho a la igualdad y no discriminación; a la vida privada y familiar; entre otros. El informe de la Comisión fue favorable a la Sra. Atala, y ante el incumplimiento, por parte del Estado chileno, de las recomendaciones emitidas por la Comisión, ésta decidió llevar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A lo largo de los procesos seguidos ante la Comisión y ante la Corte se presentaron numerosos amicus curiae a fin de apoyar tanto la posición de la Sra. Atala como la del Estado chileno. En la actualidad el proceso ha concluido y nos encontramos a la espera de la sentencia que deberá emitir la Corte. En este sentido, este artículo tiene por finalidad exponer los hechos del caso y las cuestiones pertinentes que consideramos que la Corte debe valorar, las cuales han sido debidamente fundamentadas en el escrito de Amicus Curiae presentado por nuestra Facultad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, violación, responsabilidad, familia, protección, interés superior del niño, debido proceso.

SUMARIO

Introducción. I.- Las Cuestiones planteadas en la petición presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la demanda presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. II.-Cuestiones relevantes que la Corte deberá considerar al emitir su fallo. III.- Fundamentos del Amicus Curiae planteado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

* Presentado ante la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 7 de septiembre de 2011. El mismo, que conforme a lo dispuesto en el artículo 44, inciso 3 del Reglamento de la Corte ha sido puesto en conocimiento de las partes para su información.

INTRODUCCIÓN

Actualmente se ha generado una gran expectativa por la sentencia que emitirá la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el denominado Caso Atala Riffo e hijas vs Chile (Caso Atala), cuyo fallo traerá consecuencias jurídicas relevantes para los ordenamientos jurídicos de todos los Estados, como es el caso del Estado Peruano, que han reconocido como obligatoria la jurisdicción de la Corte¹.

En razón de la fuerza vinculante que tienen las sentencias de la Corte para los Estados se han presentado numerosos *amicus curiae*² durante la tramitación del caso, defendiendo las posturas tanto de la Señora Atala como la del Estado chileno. En este contexto, nuestra Facultad de Derecho presentó un *amicus curiae* a fin de desvirtuar las alegaciones hechas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) en su escrito de demanda, presentado ante la Corte el 17 de setiembre de 2010.

El presente artículo tiene como propósito difundir en nuestra comunidad estudiantil el *amicus curiae* presentado; en razón de lo cual, es necesario hacer una revisión sintética de las cuestiones planteadas en la petición presentada ante la Comisión y en la demanda presentada ante la Corte, tales como los hechos del caso, las pretensiones y planteamientos de ambas partes (I); para luego, señalar las cuestiones relevantes que la Corte deberá considerar al emitir su fallo (II); y finalmente, exponer los fundamentos del *amicus curiae* planteado (III).

¹ Conforme lo dispone el artículo 62 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos realizada en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978. Serie sobre Tratados OEA N° 36. Registro de Tratados de Naciones Unidas N° 17955 del 24 de agosto de 1979.

² Conforme a lo señalado en el artículo 2, inciso 3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión “*amicus curiae*” significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia. Generalmente un escrito de *amicus curiae* no necesariamente debe pronunciarse sobre todos los temas abordados en la demanda, puede ser presentado conteniendo argumentos sobre un tema específico sobre el que se quiere que la Corte valore.

I.- LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA PETICIÓN PRESENTADA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EN LA DEMANDA PRESENTADA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A) Hechos del Caso.-

El 24 de noviembre de 2004, la abogada y jueza chilena Carmen Atala presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la que se alega la responsabilidad internacional del Estado chileno por violaciones cometidas mediante una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que le revocó la tuición o tutela de sus tres hijas de 5, 6 y 10 años de edad, fundándose exclusivamente en prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual. A continuación, se exponen los hechos tal y como han sido relatados por la Sra. Atala³:

En 1993, Karen Atala contrajo matrimonio y de dicha unión nacieron sus tres hijas, M. (10 años de edad), V. (6 años de edad) y R. (5 años de edad). En marzo de 2002, la pareja decidió separarse definitivamente, y de mutuo acuerdo resolvió que la madre mantendría la tuición de las menores, con un régimen de visita semanal a la casa del padre.

En junio de 2002, la Sra. Atala afirma haber iniciado una relación de pareja con una persona de su mismo sexo, quien posteriormente se trasladó a vivir con ella y sus hijas. Al respecto, aduce que ambas asumieron todo el cuidado y delicadeza necesarios en el proceso de adaptación de las niñas a la nueva situación, y siguieron las orientaciones aportadas por una psiquiatra y psicóloga que atendía tanto a la madre como a las niñas. En razón de lo cual, afirma que la relación de su pareja con las niñas fue muy positiva desde el principio.

El 30 de enero de 2003, el padre de las menores interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica, basando su pretensión en que la madre al ejercer su opción sexual distinta, descuidaba y desamparaba a las menores, afectando con ello su normal y verdadero desarrollo; destacó asimismo, el riesgo que tenían de las niñas de contraer enfermedades de transmisión sexual como el herpes y el SIDA. El 2 de mayo de 2003, el Juez Titular de Menores de Villarrica le concedió la tuición provisional de las menores y reguló las visitas a la madre, a pesar de que el juez reconoció expresamente que no existían elementos que permitieran presumir

³ Informe N° 42/08 sobre admisibilidad de la petición 1271-04, Karen Atala e hijas, pár. 14 a 21. Cfr. Escrito de demanda presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12502. pár. 40 a 67.

causales de inhabilidad legal de la madre que ameritaran el cambio de la tuición existente. Más adelante, el 29 de octubre de 2003, la Jueza del Juzgado de Letras de Villarrica rechazó la demanda de tuición al encontrar que:

la orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable... la demandada no presenta ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno ...tampoco se han acreditado la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar ...analizada la prueba rendida no se encuentran antecedentes para estimar la existencia de malos ejemplos o peligros para la moralidad de las menores ...se concluye que las menores no han sido objeto de ninguna discriminación a la fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiestan es un temor a una posible discriminación futura. Con respecto a este punto es conveniente señalar que este tribunal debe fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores...⁴.

Como consecuencia de este razonamiento, el Tribunal ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003. No obstante, el padre de las menores interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia y una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la sentencia implicaría un cambio radical y violento del *status quo* actual de las menores. El 24 de noviembre de 2003, la Corte de Apelaciones concedió la orden de no innovar. El 30 de marzo de 2004, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó por unanimidad la sentencia apelada, compartiendo las consideraciones de la jueza de primera instancia.

Durante todo el proceso ambas partes presentaron abundante prueba sobre los posibles efectos que la condición sexual de la madre podía tener en las menores. Así, la prueba aportada por la madre consistió en su mayoría en informes extranjeros que mostraban que la convivencia lésbica no produce efectos dañinos en los niños, y algunos informes sociales y psíquicos sobre su estabilidad personal, a fin de demostrar que se encontraba apta para ejercer su maternidad. Por su parte, el padre presentó diversos informes psíquicos y sociales de sus menores hijas, testimonios de personas que habían trabajado o habían tenido estrecha relación con las menores, con los cuales trataba de acreditar que la convivencia lésbica de la madre les habría causado consecuencias negativas, debido a que las niñas presentaban cambios de conducta, problemas de identidad sexual y se encontraban aisladas socialmente. Asimismo, las pericias psicológicas practicadas a la madre

⁴ Informe N° 42/08 sobre admisibilidad de la petición 1271-04. Karen Atala e hijas. pár. 17.

mostraban su inestabilidad emocional, una conducta centrada en sí misma, y los testimonios recopilados por el padre sobre ella referían que nunca estuvo presente en la vida de las niñas, siendo el padre, con ayuda del personal doméstico, quien se hizo cargo siempre de las menores.

En este contexto, el 5 de abril de 2004, el padre de las menores presentó ante la Corte Suprema un recurso de queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco, argumentando que a través de la sentencia de apelación los jueces habían cometido una falta y un abuso grave y notorio, toda vez que la decisión adoptada por la madre de hacer pública su orientación sexual provocaba daños en el desarrollo integral y psíquico, y en el ambiente social de las niñas; por lo que solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. Dicha solicitud fue acogida por la Corte al dictar una orden de no innovar el 7 de abril de 2004. Del mismo modo, el 31 de mayo del mismo año, la Cuarta Sala de la Corte Suprema, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre.

B) Planteamiento de las partes

B.1.- Posición de la Sra. Atala⁵

Carmen Atala alega que el régimen de tuición de las niñas de padres separados es regulado en Chile por los artículos 225, 226 y 227 del Código Civil. El artículo 225 por su parte estipula que: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.....En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres...”. Dicho artículo fue alegadamente objeto de una extensa revisión parlamentaria para proteger el interés superior del niño y destacar que el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, limitando las causales por las que la madre puede ser privada de la tuición.

⁵ Recordemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es la encargada de interponer demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en representación de quienes son considerados víctimas de violación de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de un Estado que haya ratificado la Convención, conforme a lo establecido en el artículo 45 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La posición de la Sra. Atala es resumida aquí, tomando los argumentos esgrimidos por la Comisión en el escrito de demanda presentado ante la Corte el 17 de setiembre de 2010.

Por lo que, considera que el fallo de la Corte Suprema resulta contradictorio al régimen establecido en el Código Civil, toda vez que, éste se enfocó exclusivamente en su orientación sexual, y no en otros fundamentos de inhabilidad legal para revocar la tuición de sus hijas, contraviniendo el principio de igualdad ante la ley, al ser una aplicación discriminatoria de las normas sustantivas de la tuición. En razón de lo cual, subraya que la homosexualidad no puede constituir una causa calificada para declarar su inhabilidad como madre, a menos que pudiera probarse concretamente que provocaría daños a sus hijas, lo que la Corte Suprema de Chile no hizo.

En este contexto, alega que la Corte Suprema no ha cumplido con proteger el interés superior de las niñas, toda vez que, no se tomó debida consideración del deseo expreso de las niñas de permanecer con su madre, en función de su edad y madurez. Por el contrario, el fallo promovió la estigmatización y humillación de las niñas en la prensa, afirmando que sus hijas han catalogado la separación como “traumática, abrupta e inesperada, debido a que ellas habían manifestado su deseo de quedarse con la madre” y el hecho que sintieron “rabia por no haber sido escuchadas en el proceso de litigio, sintiéndose burladas por la decisión de los jueces”⁶.

Karen Atala señala además, que como consecuencia de la sentencia definitiva que la separó de sus hijas, ha visto su relación familiar absolutamente deteriorada, ya que no puede cumplir con el régimen de visitas quincenal establecido porque su trabajo le requiere trabajar los fines de semana, el padre de sus hijas impide que éstas desarrollen una relación privada con ella, pues, toma la gran mayoría de las decisiones sin consultarle; afirma también, que no la mantiene al corriente del desarrollo de sus hijas en el colegio o de actividades que requieren la presencia de ambos padres, como graduaciones y procedimientos médicos.

En este sentido, alega que la decisión de la Corte Suprema de Chile ha vulnerado su integridad psíquica y moral, toda vez que, en la sentencia se esgrime una concepción abstracta y estereotipada de la homosexualidad que margina a las personas homosexuales de uno de los aspectos más significativos de la experiencia humana: criar a sus propios hijos. El estereotipo respecto de la homosexualidad, el cual es alegadamente perpetuado por la Corte Suprema, consiste en creer que las personas homosexuales están en contra de los valores familiares, rechazan las

⁶ Informe N° 42/08 sobre admisibilidad de la petición 1271-04. Karen Atala e hijas. pár. 30.

formas de vida familiar tradicional y viven egoístamente centrados en la relación de pareja, sin ser capaces de desarrollar otros vínculos afectivos.

En consecuencia, la Sra. Atala argumenta que el Estado de Chile interfirió arbitraria y abusivamente en su vida familiar y privada, obligándola arbitrariamente, a escoger entre el ejercicio de su orientación sexual y el mantener la tuición de sus hijas; asimismo, afirma que la Corte Suprema pudo haber utilizado medidas menos invasivas, como un régimen amplio de comunicación con el padre, no obstante, en su lugar se optó por la medida más restrictiva, la total separación de las niñas del cuidado de su madre.

En virtud de lo expuesto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha solicitado a la Corte que concluya y declare que:

- a) El Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala;
- b) El Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala;
- c) El Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la vida privada y familiar y a la familia, establecidos en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala y M.,V. y R.;
- d) El Estado de Chile es responsable por el incumplimiento de sus obligaciones de protección especial de las niñas y de asegurar la igualdad de derechos de los cónyuges tras la disolución de un matrimonio, consagradas en los artículos 19 y 17.4 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de M., V. y R.;
- e) El Estado de Chile es responsable por la violación de los derechos y garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala.

Y en consecuencia, pide que se ordene al Estado:

- a) Repare el daño material e inmaterial causado como consecuencia de las violaciones alegadas en la presente demanda.
- b) Investigue e imponga las consecuencias legales que correspondan por el actuar de funcionarios judiciales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de M., V. y R.
- c) Reconozca públicamente su responsabilidad internacional y publique las partes pertinentes de la sentencia que eventualmente emita el tribunal.
- d) Disponga medidas de rehabilitación.
- e) Adopte medidas de no repetición que incluyan legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia.
- f) Pague las costas y gastos legales en la limitación del presente caso.

B.2.- Posición del Estado chileno

El Estado afirma que los hechos alegados por Karen Atala no caracterizan violaciones a los derechos protegidos por la Convención, considerando que ella recurre al sistema interamericano como si fuera “una suerte de cuarta instancia”. Al respecto, manifiesta que la Corte ha adoptado jurisprudencia estableciendo que sólo puede revisar las decisiones judiciales internas cuando la petición se fundamente en una sentencia que haya sido dictada al margen del debido proceso, situación que no ha ocurrido en el presente caso.

Del mismo modo, el Estado considera pertinente manifestar que la sentencia de la Corte Suprema que dispone la entrega de la tuición de las menores al padre, no violó los derechos de las niñas, pues, la decisión no se basó en el repudio de la opción sexual de la madre, sino en los efectos que su convivencia con otra persona de su mismo sexo pudieran causar en el bienestar y el desarrollo psíquico y emocional de las niñas. Estas consideraciones fueron determinantes en el fallo cuestionado, y no la decisión de la Sra. Atala de explicitar su condición de homosexual, “cuya

legitimidad, en el plano del ejercicio de sus derechos personalísimos, fue expresamente reconocida en la misma sentencia; en razón de lo cual, el Estado afirma que no existió ni discriminación, ni trato desigual hacia la Sra. Atala.

Respecto de la supuesta violación del derecho a vivir libre de injerencias arbitrarias y abusivas en la vida privada y familiar de la denunciante, el Estado aduce que el fallo se ha dado en el contexto de un juicio de tuición, iniciado por el ex cónyuge de la Sra. Atala, y por tanto, cuando los tribunales de justicia deben intervenir, a solicitud de parte legitimada, para resolver un conflicto familiar generado por la incapacidad de los individuos de resolverlo por sí solos, no incurrir en injerencia indebida ni abuso alguno, sino, precisamente, ejecutan su función propia de solucionar controversias en beneficio de la paz social, en el ejercicio de una potestad irrenunciable del Estado.

Sobre la alegada falta de respeto a la integridad psíquica y mental, y a la honra y dignidad de la señora Atala, el Estado subraya que estos derechos no han sido vulnerados, debido a que la condición de homosexual de la Sra. Atala y su convivencia con una persona del mismo sexo, fueron argumentos de ambas partes, tanto de la demanda del ex cónyuge, como de las defensas de la Sra. Atala, y por tanto, necesariamente debieron ser analizados y ponderados al fallarse en el juicio.

Además, el Estado considera que no se puede alegar que en el proceso de tuición, los jueces hayan vulnerado el principio de protección del interés superior del niño, toda vez que, durante los años transcurridos desde la decisión de la Corte Suprema, las niñas han contado con todas las condiciones y la estabilidad emocional para desarrollarse plenamente, debiéndose tener en cuenta, que las niñas actualmente se encuentran en óptimas condiciones afectivas y materiales para desarrollar todas sus potencialidades, y que se destacan en su rendimiento escolar.

Finalmente, el Estado destaca que la institución de la cosa juzgada formal, que opera en los procesos de familia, permite la revisión de los fallos judiciales en la medida en que hayan variado las circunstancias fácticas que motivaron una determinada decisión. Si hasta la fecha la Sra. Atala no ha demandado nuevamente la tuición de sus hijas, se explica únicamente por circunstancias fácticas y no por existir un impedimento legal para ello. Asimismo, señala que en el ordenamiento interno chileno, cabe la posibilidad de que la madre pueda volver a demandar la tuición si las circunstancias psico-afectivas de las menores han cambiado, a partir de un informe psiquiátrico distinto. En consecuencia, considera que la Sra. Atala cuenta con recursos para revertir esta decisión en el ámbito interno.

II. CUESTIONES RELEVANTES QUE LA CORTE DEBERÁ CONSIDERAR AL EMITIR SU FALLO

A continuación, se detallan las cuestiones más relevantes que la Corte no puede ignorar, y que debe necesariamente valorar.

- La esencia de la pretensión de la Sra. Atala radica, en que en temas de familia, como la tuición o tenencia, las cortes nacionales no deben valorar el efecto que la opción sexual de los padres puede causar en los menores.
- La demanda está planteada indicando que tanto Karen Atala como sus hijas han visto sus derechos vulnerados por parte del Estado chileno, sin tener en cuenta que en la realidad, ni el padre, ni las menores han sido citados en el contexto del proceso iniciado ante los organismos supranacionales: Comisión y Corte. Recientemente, en la etapa final de las audiencias públicas, el padre (representante legítimo de las menores) finalmente ha podido ser oído, y ha solicitado a la Corte:
 - a) la nulidad de todo lo obrado, por no haber sido notificado en su calidad de representante legal de las niñas, y como consecuencia de ello, no haber podido ejercer la defensa de los derechos e intereses de sus hijas.
 - b) ser tenido como parte en el proceso, a título de tercero con interés legítimo, por cuanto las consecuencias del fallo que emita la Corte ciertamente afectarán su esfera jurídica y familiar.
- El hecho de no haber notificado al padre, en su calidad de representante legal de las menores, durante todo el proceso seguido, constituye una vulneración del debido proceso, debiendo la Corte hacer una suerte de “mea culpa” y pronunciarse al respeto, teniendo en cuenta, que en la región es el órgano supranacional que vela por la protección de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana.
- En la demanda se citan fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos que han rechazado la consideración de la orientación sexual en materia de custodia de menores, en razón de lo cual, la Corte debe necesariamente valorar que éstos se han dado en el contexto de casos que contienen circunstancias diferentes a las del caso sometido a su jurisdicción.

- Es el primer caso de este tipo que se presenta ante la Corte, por lo que, debe hacerse una adecuada valoración de las pretensiones, teniendo en cuenta que el fallo que se emita es vinculante no sólo para el Estado chileno sino para todos aquellos Estados que ha aceptado la jurisdicción de la Corte.

III.- FUNDAMENTOS DEL *AMICUS CURIAE* PLANTEADO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A continuación se presenta el escrito de *amicus curiae*, tal y como fue presentado a la Corte.

Caso 12.502

Karen Atala e hijas contra Estado de Chile

Solicita: Admisión de Amicus Curiae

SEÑORES MAGISTRADOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Hugo Calienes Bedoya, Rector de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT), y las autoridades y profesores de la Facultad de Derecho y del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia de nuestra universidad, con Registro Único del Contribuyente (RUC) N° 20395492129, y domicilio procesal en Avenida Panamericana Norte N° 855. Chiclayo-Perú, en el expediente de Karen Atala contra el Estado de Chile, con el debido respeto nos presentamos y exponemos lo siguiente:

I. Competencia:

De conformidad con lo señalado en los artículos 2° y 44° del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la definición y planteamiento del *amicus curiae*, presentamos el siguiente escrito y al mismo tiempo solicitamos su admisión en el presente proceso, conforme a los fundamentos que a continuación se desarrollan.

II. Fundamentos:

1. Respeto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile

La Corte Interamericana debe observar que el voto mayoritario de los jueces de la Corte Suprema Chilena ha valorado correctamente las pruebas incorporadas al proceso, específicamente las relativas a las consecuencias que la situación de la Señora Atala pueden acarrear a sus menores hijas en cuanto a su desarrollo personal e inserción social. En este sentido, se afirma que la referida sentencia ha sido adoptada respetando los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos⁷ en cuanto al trato igualitario de los justiciables y, desde una pauta exclusivamente jurídica y fallando en equidad, ha resuelto otorgar la tuición de las menores al padre.

De la referencia a las pruebas alcanzadas en el proceso judicial interno (testimoniales y pericias apreciadas en el expediente judicial interno), queda evidenciado el maltrato y poco cuidado brindado por la madre a las hijas, además de los problemas que ha generado en las niñas el hecho de convivir con su madre y su pareja lesbiana bajo el mismo techo.

Por ello, resulta extraño que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no haya ofrecido como medio probatorio el expediente judicial tramitado ante el Poder Judicial de la República de Chile, en la medida que en el mismo se han actuado las pruebas que sustentan lo anteriormente afirmado. La vista de este expediente es fundamental en la medida que de su revisión la Corte podrá apreciar la justa valoración que ha hecho la magistratura chilena de los Derechos Humanos de los Justiciables, y su respeto al Debido Proceso.

En función a estas evidencias, y en estricta aplicación de la legislación civil interna, los magistrados chilenos determinaron la decisión de otorgar la tuición al padre, quien en todo momento ha venido velando por el cuidado, la educación y el desarrollo físico, psicológico y moral de sus hijas.

Hacer referencia a “estándares” incompatibles con la Convención en base a estereotipos o prejuicios que hubieran tenido los Magistrados, resulta no sólo incierto por la subjetividad de aquel concepto, sino que minimiza la objetividad de los hechos y medios probatorios considerados

⁷ En adelante CADH o la Convención.

durante el proceso y lo resuelto por los Jueces Supremos chilenos, llevando implícito el germen de desprecio a los sistemas jurídicos procesales internos de los países signatarios, con el consiguiente descrédito, ya que todos los justiciables finalmente querrán acudir a esta Corte no importando lo que se logre en los procesos nacionales.

2. El Principio del interés superior del niño aplicado al presente caso

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional comprende un extenso uso de éste en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. Conforme es reconocido en la actualidad por el Derecho Internacional Público y la Comunidad Internacional en general, el interés superior del niño supone que el “*niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad*”⁸.

Este reconocimiento y protección del niño *debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación*, dicha responsabilidad incumbe, en primer término, **a sus padres**⁹, y además comprende a *las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*¹⁰.

Al respecto, la Corte en su jurisprudencia ha señalado que “...cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige **el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano**, en

⁸ Declaración de los Derechos del Niño, principio 2º.- Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3º.- *Los intereses del niño deben ser considerados en primer lugar en todas las decisiones que los afecten. El niño tiene el derecho de recibir la protección y las atenciones necesarias para su bienestar.*

⁹ Ibidem. Principio 7º.- *El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.*

¹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3º, inciso 1.

las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades... ”¹¹.

La importancia de este principio radica en la dignidad de la persona, que no permite la instrumentalización de los niños, ni el perjuicio, físico o moral.

Se comprende que los derechos y el interés del niño tienen prioridad ante las exigencias subjetivas de los adultos. Así, “**...la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiere a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable...**”¹².

Por ello, no puede constituirse **ni la orientación sexual ni ningún otro aspecto personal de los padres como una categoría inmune o principal o prioritaria, porque precisamente ese interés (el del niño), se entiende siempre como un interés superior a cualquier otro.**

Algo demostrado en el presente caso, es que la realidad de las menores López Atala cambió radicalmente con el divorcio de sus padres. De estar acostumbradas en el hogar a la relación natural de padre y madre, pasaron a una convivencia cotidiana de madre y pareja del mismo sexo, lo que supone objetiva y necesariamente alteraciones en la vida privada de las menores, conforme quedo acreditado en el proceso.

La Corte Europea de Derechos Humanos al respecto refiere: “*...es importante constatar que la comunidad científica –y más concretamente los pediatras, los psiquiatras y psicólogos– está dividida en cuanto a las posibles consecuencias de la acogida de un niño por un padre o padres homosexuales, **teniendo en cuenta en particular el número restringido de estudios***

¹¹ *Caso Bulacio contra Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 18 de septiembre de 2003. Serie C, N° 100. Fundamento 134.

¹² *Caso de las Niñas Yean y Bosico contra la República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 8 de septiembre de 2005. Serie C, N° 130. Fundamento 134. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales) contra Guatemala*. Fondo. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 63. Fundamento 146. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 8 de julio de 2004. Serie C, N° 110. Fundamento 162. *Caso Bulacio contra Argentina*. Ob. Cit. Fundamento 133. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/02. 28 de agosto de 2002. Serie A N°, 17. Fundamentos 56, 57 y 60.

*científicos realizados hasta ahora sobre la cuestión. A ello se añaden las profundas divergencias de la opinión pública nacional e internacional, (...),.. En estas condiciones, las autoridades internas (...), tenía **como límite el interés de los niños...**”.*¹³

Un aspecto necesario de precisar es que hasta la fecha, no existen estudios científicos que demuestren la idoneidad de los niños criados por parejas homosexuales¹⁴.

Se menciona en la demanda de la CIDH la decisión de las menores de permanecer bajo la tuición de la madre. Sin embargo esta afirmación no ha sido probada, por lo que, la Corte deberá comprobar esta afirmación, acogiendo en principio la declaración de las propias menores y luego valorarla en su real dimensión en virtud del principio del Interés superior del niño.

En consecuencia, una real interpretación del principio de supremacía del interés del niño y su correcta aplicación en armonía con los tratados internacionales (especialmente la CADH), ratificados por el Estado chileno, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos de los menores; por ello, se debe reconocer como válida el fallo de la Corte Suprema chilena, dado a fin de *asegurar la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos*¹⁵.

3. El concepto de familia en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

Conforme lo establece la CADH la familia es el *elemento natural y fundamental de la sociedad*, lo cual viene fundado en el matrimonio¹⁶. Como podemos apreciar la Convención Americana hace referencia al término *familia natural*.

¹³ *Caso Fretté contra Francia*. Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. 26 febrero 2002. Fundamento 42. Criterio similar desarrollo la Corte Europea al negar al padre transexual su recurso sobre la custodia en el *Caso Alexia Pardo contra España*. Caso N° 35159/09 del 30 de noviembre de 2010.

¹⁴ FONTANA, Mónica. MARTÍNEZ, Patricia. ROMEO, Pablo. No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo. HO. Madrid. Mayo 2005, p. 20.

¹⁵ Artículo 17° inciso 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.- 4. *Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.*

¹⁶ Artículo 17° Convención Americana de Derechos Humanos.- 1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones*

El mencionado término es entendido por la doctrina como una clara manifestación de la ley natural: la familia es anterior al derecho, y éste último, simplemente se encarga de regular en ley positiva una realidad que le antecede. El hombre es inconcebible sin relaciones familiares. La criatura humana es en sí misma incompleta, en cuanto no puede realizar una de las funciones propias de los seres vivos, sin la participación de otro de su especie pero del sexo opuesto. En términos sencillos, la familia, no es otra cosa, sino una manifestación de que el hombre es sociable porque su propia naturaleza, su propia esencia así lo dicta. Y a través de la historia, la institución de la familia, es una manifestación del apotegma antes señalado¹⁷.

Asimismo, se señala que el mismo Estado, ha entrado en reflexión y ha reconocido que la familia es una organización fundamental, que va mas allá de los lazos biológicos que puedan existir entre sus miembros: la familia, con la procreación que es uno de los fines de ésta institución, es la promotora de la existencia de naciones, de la creación de una cultura¹⁸.

Como podemos apreciar, la característica principal del término familia natural, es que se relacionen sujetos del sexo opuesto con fines de procreación y posterior cuidado de sus hijos. Entonces, ese es el tipo de familia que encomienda la CADH que los Estados deben proteger, en virtud del inciso 1, artículo 17 antes citado.

Ahora bien, haciendo una interpretación conjunta de los artículos mencionados con lo dispuesto por el artículo 19, deberá entenderse que el niño tendrá derecho a recibir protección, por parte del Estado, de la sociedad y de una familia natural.

4. La situación del padre no ha sido jamás considerada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

¹⁷ Cfr. TRAZEGNIES, Fernando. La Familia en el Derecho Peruano. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990. p. 22.

¹⁸ Cfr. MANZINIGHI, Fernando. Derecho de Familia. Editorial Álvaro de Rodolfo. Buenos Aires 2005. p.

Independiente de la separación y el divorcio entre los señores López y Atala, la expectativa del primero era mantener una relación armoniosa con la madre de sus hijas, que le permita compartir su intransferible responsabilidad de padres de las tres menores.

Por otro lado, como se podrá conocer las menores desde hace varios años viven con el padre, quién ejerce la patria potestad y al mismo tiempo la representación legal de éstas. De acuerdo a la ley chilena (artículo 4° del Código de Procedimiento Civil de Chile), tiene capacidad procesal el representante legal. De acuerdo a esta normatividad interna es el Sr. López quien debe representar de manera válida a las menores ante la Comisión o la Corte.

No obstante, la Corte debe verificar que en el procedimiento seguido ante la Comisión **tanto las niñas y el padre (quien reiteramos es el actual representante legal) jamás fueron debidamente notificados por la Comisión**, negando con ello el derecho fundamental a su defensa y a un debido proceso reconocido en el artículo 8° de la CADH.

En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 8 de la CADH en reiterada jurisprudencia, señalando que dentro de los derechos contenidos en el referido artículo, se reconoce el derecho de acceso a la justicia para alcanzar la protección de los derechos e intereses legítimos, por ello un proceso legal no debe ser llevado a cabo con deficiencias o vicios procesales graves que impliquen la violación del debido proceso¹⁹.

En consecuencia, la Corte como suprema intérprete de los derechos consagrados en la Convención, no debe ignorar que se ha vulnerado el derecho al debido proceso al no haberse notificado al padre de las menores López Atala, en su calidad de representante legal legítimo, en el procedimiento seguido ante la Comisión; en razón de lo cual en el presente proceso debe subsanar esta imperdonable omisión y citar y escuchar al representante legal de las menores.

5. La competencia de la Corte IDH y extralimitación de la interpretación de la CIDH

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado;

¹⁹ *Caso Cantos contra Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 28 de Noviembre de 2002. Serie C, N°. 97. Fundamento 50. *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 30 de mayo de 1999. Serie C, N° 52. Fundamentos 217 a 221.

por ello, en la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna.²⁰

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforme ha sido establecido por la CADH y reiterado ampliamente en su jurisprudencia, tiene una naturaleza jurisdiccional específica dirigida a interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención. Así, en el preámbulo de la CADH se dispone que el sistema interamericano reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de *naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*.

En este contexto, el sistema jurisdiccional interamericano de protección de los derechos humanos está configurado como un mecanismo supletorio, es decir, al que sólo se debe recurrir si los órganos, instituciones y poderes del Estado, especialmente los órganos judiciales internos, no cumplen con su labor de garantizar plenamente los derechos humanos reconocidos en la Convención; es decir, que es el Estado el que debe resolver cualquier situación de conflicto que se presente entre los ciudadanos conforme a su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional.²¹

Asimismo, en reiteradas oportunidades la Corte ha referido que no es un Tribunal de apelaciones de sentencias de los órganos judiciales internos, sino que ella sólo puede conocer las violaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos²²; por lo tanto, no debe ser considerada como una cuarta instancia de revisión de las sentencias de orden interno.

²⁰ *Caso Cesti Hurtado contra el Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 26 de enero de 1999. Serie C, No. 49. Fundamento 47.

²¹ *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 29 de julio de 1988. Serie C, N° 4. Fundamento 61. *Caso Godínez Cruz contra Honduras*. Fondo Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 20 de enero de 1989. Serie C, N° 5. Fundamento 64. *Caso Fairen Garbi y Solís Corrales contra Honduras*. Fondo. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 15 de marzo de 1989. Serie C, N° 6. Fundamento 85.

²² *Caso niños de la calle (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala*. Excepciones preliminares. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 11 de septiembre de 1997. Serie C, 32. Fundamentos 17 y 18. *Caso Suárez Roser contra Ecuador*. Fondo. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 12 de noviembre de 1997. Serie C, N° 35. Fundamento 37. *Caso Garrido y Baigorria contra Argentina*. Reparaciones y costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 27 de agosto de 1998. Serie C, N° 39. Fundamento 34. *Caso Cesti Hurtado contra el Perú*. Excepciones preliminares. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 26 de enero de 1999. Serie C, N° 49. Fundamento 47.

En el presente caso, el deber de adoptar una decisión respecto de la tuición de las tres menores recae exclusivamente en los tribunales internos del Estado chileno. Por ello, la Corte no puede convertirse en una cuarta instancia de revisión de la sentencia emitida por la Corte Suprema chilena, ni mucho menos en un tribunal de familia con poder de decisión sobre dicha cuestión; el deber de la Corte se limita solamente a evaluar si en dicho proceso se ha vulnerado algún derecho protegido por la Convención.

La decisión adoptada por la Corte Suprema Chilena, ha sido tomada dentro los parámetros legales del sistema jurídico chileno, el cual se encuentra conforme a las obligaciones asumidas por dicho Estado en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos. La decisión de otorgar la tuición de las menores al padre obedece a que los jueces supremos han fallado teniendo en cuenta lo mejor para las menores, es decir, privilegiando el interés superior del niño; lo cual, no debe ser interpretado como una vulneración de los derechos de la Sra. Atala, tal como lo manifiesta la misma Corte Suprema en el párrafo décimo sexto de la sentencia, el fallo no constituye un reproche jurídico a la condición homosexual de la madre.

En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema de Chile vista objetivamente no debe ser considerada como contraria a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado chileno; por lo tanto, no se puede afirmar que dicho Estado haya incurrido en responsabilidad internacional por violación de los derechos reconocidos en la Convención.

Es necesario tener presente que desde el punto de vista de la responsabilidad internacional del Estado, ante la violación de una obligación derivada de un tratado de protección de derechos humanos que incorpore normas imperativas, la legitimación para exigir las consecuencias del ilícito corresponden tanto a los Estados Parte como al conjunto de Estados de la Comunidad Internacional²³. En este sentido, para atribuir a un Estado responsabilidad internacional es necesario que se haya violado una obligación, es decir, que se haya configurado un hecho internacionalmente ilícito. Al respecto, la doctrina mayoritaria ha definido el *hecho internacionalmente ilícito* como “...un hecho atribuible a un sujeto jurídico-internacional que, constituyendo una violación o

²³ Cfr. FERNANDEZ DE CASADEVANTE, Romani. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Diles. Segunda Edición. Madrid 2003. p. 102

infracción del Derecho Internacional, lesiona derechos de otro sujeto u otros sujetos de dicho ordenamiento... ”²⁴.

Esto supone que son dos los planos en los que se expresa la ilicitud internacional: 1) en cuanto al derecho objetivo: es decir la existencia de una regla jurídico-internacional, en este caso la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyas obligaciones no sean cumplidas; 2) el derecho subjetivo que es lesionado como consecuencia del incumplimiento de la obligación (de hacer o de no hacer) impuesta al sujeto por la regla en cuestión, un comportamiento que esté en contraste con aquel que el Estado está obligado a tener con base en una regla del Derecho Internacional²⁵.

En el caso presentado, se alega una presunta vulneración a la CADH como consecuencia de una supuesta discriminación de la Sra. Atala debido a su “*orientación sexual*”; no obstante, es necesario subrayar que el derecho a la elección de la orientación sexual como tal no se encuentra reconocido por la mencionada Convención. Al respecto, es necesario tener en cuenta lo afirmado por Cassese: “...*los tratados internacionales que establecen obligaciones en el sector de los derechos humanos deben ser lo más claros posibles y precisos: es necesario evitar formulaciones vagas y fumosas, como también excesivas limitaciones a la libertad de los singulares Estados....*”²⁶

En este contexto, para que se declare que el Estado chileno ha incumplido una obligación internacional, que ha vulnerado un derecho, éste tiene que estar primeramente reconocido como derecho en la Convención de forma taxativa, y teniendo en cuenta que la misma CADH establece en su artículo 31 la posibilidad de incorporar otros derechos y libertades, ello debe hacerse de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76²⁷ y 77²⁸; en consecuencia, la

²⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos. Decimosexta Edición. Madrid, 2007. p. 824

²⁵ Cfr. NOVAK TALAVERA, Fabian. GARCIA - CORROCHANO MOYANO, Luis. *Derecho Internacional Público. Sujetos de Derecho Internacional*. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales. Fondo Editorial. Lima, 2005. p. 403- 440.

²⁶ CASSESE, Antonio. *Diritto Internazionale. Il Problemi della Comunita Internazionale*. Il Mulino. Bologna, 2004. p. 90 (la traducción es nuestra).

²⁷ 1. *Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.*

2. *Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.*

existencia o reconocimiento de dicho derecho no puede ser inferido vía interpretación ni mucho menos creado vía jurisprudencia por la Corte.

Al no estar la elección de la orientación sexual reconocida taxativamente como un derecho por la Convención, la Corte no debe, por lo tanto, considerar objetivamente la existencia de violación alguna, ni mucho menos el incumplimiento de una obligación internacional asumida por el Estado chileno, toda vez que no existe documento jurídicamente vinculante que haya sido incumplido; por lo tanto, la Corte debe desestimar la existencia de violación de la Convención como consecuencia de una supuesta discriminación de la Sra. Atala debido a su “*orientación sexual*”.

Asimismo, con la finalidad de determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte, es necesario tener presente lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1 de la CADH. Al respecto, en reiterada jurisprudencia la Corte ha señalado que dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención²⁹.

En este contexto, la obligación primaria que asumen los Estados Partes es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención sin discriminación de ningún tipo. Por ello, el Estado debe garantizar el ejercicio de estos derechos por ser atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado³⁰.

A la luz de la norma invocada, la segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el

²⁸1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados partes en el mismo.

²⁹Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Ob. Cit. Fundamento 164.

³⁰La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-6/86. 9 de mayo de 1986. Serie A N°, 6. Fundamento 21.

ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos³¹.

Este deber debe ser entendido en sentido amplio en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2 de la CADH que impone a los Estados partes la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. No obstante, dicha obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible su cumplimiento, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la CADH, se afirma que el Estado chileno ha cumplido con diseñar su sistema normativo interno a fin de garantizar el respeto de los derechos reconocidos por la Convención de forma igualitaria y sin discriminación de ningún tipo, tal como ha sido establecido en los incisos 2 y 3 del artículo 19 de la Constitución Política de Chile.

Del mismo modo, respecto de la normativa aplicable al presente caso, se puede verificar que el Código Civil chileno en los artículos 224, 225, 234, 236 que versan sobre el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, establece que éstos recaen en ambos padres por igual, o únicamente en la madre, en caso de separación, debiéndose subrayar que conforme al artículo 222 del acotado Código se dispone que la preocupación fundamental de los padres debe recaer en el interés superior del hijo.

La disposición contenida en el artículo 225 del Código Civil chileno referente a que en caso de que los padres vivan separados el cuidado personal toca a la madre, muestra que la normativa chilena en la materia no es discriminatoria de los derechos de la madre, por el contrario privilegia a ésta. La excepción a dicha regla ha sido establecida a fin de brindar una mejor protección a los menores, por ello, el artículo 242 del acotado Código impone al juez el deber de decidir teniendo como consideración primordial el interés superior del hijo.

En este contexto, la Corte debe desestimar la supuesta discriminación sufrida por la Sra. Atala, toda vez que la palabra “discriminación” no se ajusta al presente caso, pues, en el derecho internacional de los derechos humanos, no toda tratamiento jurídico diferente constituye

³¹*Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*. Ob. Cit. Fundamento 166.

necesariamente discriminación, si la distinción obedece a un fin legítimo y la medida se aplica de manera proporcional a dicho fin³². Por ello, es necesario subrayar que “pueden establecerse distinciones basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”³³.

“El principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos” y que “además, los Estados deben combatir prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley”³⁴.

El fallo de la Corte Suprema a favor del padre de las menores tiene como fundamento la necesidad de proteger el interés superior del niño, conforme al fin tutelar del Estado, toda vez que el Estado de Derecho debe garantizar que los hijos vivan dentro de un contexto que les procure un desarrollo integral no sólo en su aspecto psicológico sino también social.

La Corte debe desestimar la existencia de un supuesto comportamiento discriminador de los Magistrados chilenos respecto de los derechos de la sra. Atala, toda vez, que se ha probado en el proceso interno que el fallo judicial fue adoptado en estricta protección de los intereses de las menores López Átala, quienes padecieron descuido y maltrato por parte de la madre (conforme a los medios probatorios que constan en el expediente judicial interno); en consecuencia, la tuición de las menores reconocida al padre no obedeció a una discriminación en razón de sexo o de la orientación sexual de la madre, sino al cuidado más favorable de las niñas.

En este sentido, se debe subrayar que los Magistrados chilenos decidieron el caso de tuición de las menores López Atala respetando el principio de protección del interés superior del niño consagrado en el artículo 19 de la CADH, y conforme a lo establecido en la jurisprudencia de la

³² *Caso Margarita Cecilia Barbería Miranda contra Chile*. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 56/10. 18 de marzo de 2010. Fundamento 35.

³³ *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-18/03. 17 de septiembre de 2003. Serie A N°, 18. Fundamento 89.

³⁴ *Caso López Álvarez contra Honduras*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1 de febrero de 2006. Serie C, N° 141. Fundamento 170.

Corte, donde se ha señalado reiteradamente que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiere a menores de edad³⁵.

En consecuencia, la Corte no debe considerar la conducta de los Magistrados como discriminatoria, sino por el contrario, debe valorar su proceder como una conducta protectora de las menores de edad, en cumplimiento de la obligación asumida por el Estado chileno de otorgar tutela a los menores de edad, procurando su correcto desarrollo en todos los niveles; verificándose así que la normativa chilena en la materia se ajusta a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado chileno al haber ratificado la CADH³⁶ y la Convención internacional sobre Derechos del Niño³⁷.

Se debe tener en cuenta que el Estado chileno además de haber cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que garanticen el respeto pleno de los derechos reconocidos por la CADH, se ha preocupado por garantizar que el actuar de los órganos o funcionarios que forman el aparato estatal no desborden los límites de su propia competencia, ni contravengan las disposiciones de la Convención, en respeto del principio de Derecho internacional de que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno³⁸.

La Corte debe valorar que Chile ha mantenido, durante todas las etapas del proceso, una actitud de respeto por las obligaciones asumidas en virtud de la Convención. Dicha voluntad política se vio reflejada en la respuesta a las observaciones de la Comisión, donde informa que se han adoptado políticas públicas y jornadas de sensibilización y capacitación de funcionarios públicos tendientes a erradicar la discriminación. En efecto, el Estado chileno ha cumplido con

³⁵ *Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130. Fundamento 134. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/02. 28 de agosto de 2002. Fundamentos 56, 57 y 60. AGUILAR CARBALLO, Gonzalo. El Principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1 2008. p. 223-247.

³⁶ Artículos 1, 2 y 19 específicamente de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁷ Artículos 3 y 9 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

³⁸ *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*. Ob. Cit. Fundamento 170.

diseñar un sistema jurídico donde se garantiza la aplicación de los derechos reconocidos por la CADH sin ningún tipo de discriminación y además toma las acciones necesarias para garantizar que sus funcionarios apliquen dicha legislación de manera no discriminatoria. En definitiva, la Corte debe desestimar la existencia de una violación a los derechos humanos resultante de la inobservancia por parte del Estado chileno de sus deberes de respetar y de garantizar los derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención.

Por las consideraciones expuestas, reiteramos nuestra solicitud de admitir este *amicus curiae* y notificarnos conforme lo dispone el Reglamento de la Corte IDH.

Chiclayo, 06 de Setiembre del 2011.