

Caso N° 12.502

Karen Atala Riffo y otras vs. Chile

Escrito de alegatos finales del Estado de Chile

ÍNDICE

1. Sobre el respeto del Estado de Chile al principio de no discriminación, y en particular, por orientación sexual.....1

 I. Medidas de políticas públicas para erradicar y promover la no discriminación.2

 A. Políticas públicas existentes al momento de la interposición de la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....2

 B. Medidas en materia de diversidad sexual llevadas a cabo en el último periodo.....4

 II. Medidas legislativas tendientes a fomentar la tolerancia y no discriminación.....7

 A. Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación (Boletín Nº 3.815-07) ...7

 B. Proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja (Boletín Nº 7873-07).....8

2. Sobre la posición del Estado de Chile ante las presuntas violaciones a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y las medidas de reparación solicitadas en el caso Karen Atala Rizzo y otras vs. Chile.....9

 I. Sobre las presuntas violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos imputadas al Estado de Chile.....9

 A. Errónea fundamentación de las pretensiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las presuntas víctimas.....9

 B. Presunta violación al derecho de igualdad ante la ley y a la no discriminación de Karen Atala (artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).....20

 C. Presunta violación al derecho a la vida privada de Karen Atala (artículo 11.2 de la CADH) y a la vida privada y familiar de Karen Atala y sus hijas (artículos 11.2 y 17.1 de la CADH).....33

 D. Presunta violación a los derechos del niño y a la igualdad de derechos de los cónyuges después de la disolución del matrimonio (artículos 19 y 17.4 de la CADH).37

 E. Presunta violación al derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 de la CADH).40

 F. Principios de la deferencia y del consenso de los estados miembros.....45

 G. Inexistencia de la categoría sospechosa alegada al momento de ocurrida la supuesta violación de la CADH..... 49

H. Sobre la improcedencia de las eventuales medidas de reparación y no repetición solicitadas.51

3. Sobre la alegación de inadmisibilidad, por parte de las presuntas víctimas, de las observaciones a la prueba formuladas por el Estado de Chile.....55

4. Sobre las observaciones del Estado de Chile al escrito presentado por el señor Jaime López Allendes58

 I. Acerca del petitorio sobre intervención de las presuntas víctimas:.....58

 II. Acerca de la intervención de tercero con legítimo interés.....61

 III. Acerca del pedido de nulidad62

 IV. Acerca de la petición subsidiaria de que se rechace la demanda de la Comisión.65

5. Respuesta a las preguntas de los jueces durante la audiencia pública.67

 I. Solicitudes del juez Pérez Pérez.....67

 II. Solicitudes de la jueza Abreu Blondet.68

 III. Solicitudes de la jueza May Macaulay69

 IV. Solicitud del juez Ventura Robles.75

 V. Solicitudes del juez García-Sayán.77

6. Anexo de documentación solicitada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.82



Santiago, 24 de septiembre de 2011

Ref.: Caso N° 12.502

Karen Atala Riffo y otras vs. Chile

Señor Pablo Saavedra Alessandri
 Secretario Ejecutivo
 Corte Interamericana de Derechos Humanos
 Organización de los Estados Americanos
San José, Costa Rica

Excelentísimo Señor Secretario:

De conformidad con lo señalado en la Nota de esa Honorable Corte del 19 de septiembre de 2011, y visto lo dispuesto por el artículo 56.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado de Chile viene en presentar, dentro de plazo, su escrito de alegatos finales sobre el caso de la referencia, así como las siguientes consideraciones respecto a otros asuntos planteados durante la audiencia pública donde se conoció del presente caso:

1. Sobre el respeto del Estado de Chile al principio de no discriminación, y en particular, por orientación sexual

1. Chile desea reiterar su irrestricta y permanente voluntad de progresar en la protección de los derechos humanos y avanzar en la promoción de una cultura de respeto y no discriminación como pilar esencial de una democracia moderna e inclusiva.
2. El Estado chileno ha manifestado su firme compromiso de luchar contra todo tipo de discriminación, lo cual se refleja claramente en la ratificación de instrumentos internacionales en la materia.
3. El Estado de Chile reitera que, tanto en su ordenamiento jurídico como en sus políticas públicas, rechaza categóricamente cualquier forma de discriminación. En efecto, y según se desarrollará más adelante, el Estado de Chile se ha preocupado que su legislación fomente la igualdad y el respeto al principio de no discriminación, tanto a nivel constitucional como legal y social. Por otra parte, nuestro país ha implementado numerosas políticas públicas destinadas a incentivar y promover una cultura no discriminatoria, reafirmando nuestro compromiso con la promoción de una cultura de paz y la construcción de una sociedad tolerante, acogedora,



inclusiva y armónica, en la que todos sus miembros puedan desarrollar sus proyectos de vida en plenitud.

I. Medidas de políticas públicas para erradicar y promover la no discriminación.

A. Políticas públicas existentes al momento de la interposición de la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. El respeto a la diversidad y la no discriminación han sido una preocupación constante del Estado de Chile, tanto del actual Gobierno como de los anteriores, como lo demuestran las innumerables políticas antidiscriminatorias que se vienen aplicando desde hace más de una década.
5. En efecto, desde el año 2000, la División de Organizaciones Sociales (en adelante, “DOS”) del Ministerio Secretaría General de Gobierno implementa un programa denominado “Tolerancia y no discriminación”, con el objetivo de promover la integración social de personas y grupos vulnerables a la discriminación. En este programa se reconoce explícitamente a la orientación sexual como uno de los criterios de discriminación arbitraria.
6. Dicho programa, en vistas a lograr la meta de contribuir a la eliminación de las distintas formas de discriminación e intolerancia, incorpora el trabajo mancomunado de la institucionalidad social, gubernamental, legislativa y organismos internacionales, además de la activa participación ciudadana. Un hito en la ejecución de este “Plan por la igualdad y no discriminación” ha sido la implementación de la llamada “Red Multicultural”, que supone la realización de reuniones periódicas de información tanto de las acciones del programa como de las acciones de la DOS o de otros Ministerios. En esta red participan organizaciones representativas de la diversidad sexual, tanto de gays, lesbianas, como de personas trans.
7. En el año 2006, al interior de la DOS, el Programa “Tolerancia y no Discriminación” pasa a ser el Departamento de Diversidad y no Discriminación. Dicho departamento opera actualmente a través de dos secciones:
 - a) La Sección No Discriminación, que tiene como objetivo contribuir a la superación del racismo y la discriminación en alianza con instituciones públicas y la participación de la sociedad civil. A través de esta sección se han realizado diversas actividades, entre las que se pueden destacar:



- Edición del “Diagnóstico de la Oferta Pública en materia de Diversidad y no Discriminación”, que corresponde a un levantamiento sobre la oferta pública en 12 regiones del país, realizado el año 2007.

- En el marco de la difusión del mencionado Diagnóstico se realizó un Encuentro entre Acción Gay, Alianza Trans, el Sindicato Afrodita de Valparaíso y la Secretaría Regional Ministerial de Gobierno.

- Capacitaciones en materias de Diversidad y no Discriminación, especialmente a funcionarios de diversas reparticiones públicas a lo largo del territorio nacional, buscando la difusión de los diferentes instrumentos nacionales e internacionales de protección y valoración de la diversidad en el ámbito laboral, junto con la sistematización de la información recopilada en la materia, y la identificación y difusión de buenas prácticas que se desarrollan en las instituciones públicas a favor de la diversidad y la no discriminación.

b) La Sección Diversidad, que tiene como objetivo detectar, sistematizar y difundir buenas prácticas para el respeto de la diversidad y no discriminación en instituciones públicas, de organizaciones sociales y de instituciones privadas. A través de esta sección, se apoya a organizaciones representativas de la diversidad, con el objeto de fortalecerlas y hacerlas más eficientes y con mayor injerencia en el quehacer social y público. En este marco, se ha apoyado la realización de eventos públicos relevantes en la materia, organizados por el movimiento LGBT, como la Gay Parade, o la difusión de fechas alusivas a la diversidad sexual en diferentes lugares del país.

8. Asimismo, por intermedio de esta sección, se lleva a cabo desde hace cinco años el “Concurso de buenas prácticas”, que ha premiado a diferentes proyectos de organizaciones representativas de la diversidad sexual.

9. De la misma forma, la División de Organizaciones Sociales, en el cumplimiento de sus objetivos, a través del Fondo de Fortalecimiento de la Sociedad Civil, ha adjudicado fondos para la realización de diferentes proyectos de organizaciones representativas de la diversidad sexual, entre los que es posible mencionar:

a) El segundo Encuentro Nacional de Organizaciones Trans Femeninas, “Dificultades, Avances y Desafíos en la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos”, organizado por el sindicato “Amanda Jofré” y la Agrupación de Travestis Travesnavia, el año 2006;



- b) la Primera Jornada de Capacitación “Planificación estratégica a la red de la Diversidad de la Región del Biobío”, organizada por la Red de Organizaciones de Diversidad Sexual, personas viviendo con VIH/SIDA y con discapacidad, de mujeres, pueblos originarios, migrantes y jóvenes, el año 2007 y
- c) el Primer Encuentro Nacional “Género, familia y diversidad sexual”, organizado por ACCIÓN GAY el año 2009.

B. Medidas en materia de diversidad sexual llevadas a cabo en el último periodo.

- 10. La actual administración no sólo ha continuado con los proyectos antes mencionados, tendientes a eliminar toda discriminación por orientación sexual, sino que se ha propuesto profundizar su alcance y transversalidad, de modo de lograr un Chile más inclusivo.

- 11. En efecto, en el Capítulo IV del Programa de Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, titulado “Hacia una sociedad de valores con calidad de vida”, se manifiesta expresamente el compromiso de:

“Promover una política de respeto por todas las personas, independiente de su orientación religiosa, política, sexual u origen étnico o racial, velando porque no existan discriminaciones arbitrarias contra las minorías” (pág. 151), “Debe emprenderse también una política clara contra la discriminación y a favor de la igualdad de trato en una sociedad democrática” (pág. 153), o al referirse al valor de la multiculturalidad, se afirma que “Uno de los grandes activos del país es su riqueza multicultural” (pág. 100).

- 12. Como queda de manifiesto, el compromiso del gobierno es continuar mejorando la democracia, desarrollando un Estado más inclusivo y participativo. Se busca tener un sello de permanente diálogo, incentivando la participación de la sociedad civil en la formulación, implementación y evaluación de planes y programas; dado que la participación social ha probado ser particularmente eficiente en el combate contra la pobreza, en el mejoramiento de la calidad de vida y en el fortalecimiento de la democracia.
- 13. La Sección Diversidad y No Discriminación de la División de Organizaciones Sociales desarrolló el estudio denominado “Diagnóstico de la oferta pública en materia de Diversidad y No Discriminación”. Su objetivo central era identificar iniciativas, proyectos, programas y políticas gubernamentales, que se estén ejecutando a lo largo del país, relacionadas con el respeto a la diversidad y la no discriminación. A partir del resultado de este estudio, la Sección Diversidad y



No Discriminación diseñó para su ejecución durante el año 2011 un Programa de Diversidad Sexual, del cual se ha implementado:

1. Seminario “Diversidad Sexual y Discriminación en Chile”

El día jueves 27 de enero del año 2011 se realizó el Seminario “Diversidad Sexual y Discriminación en Chile”. La actividad cumplió su objetivo de “articular y desarrollar un espacio de diálogo y reflexión académica y social sobre la situación de las personas pertenecientes a la diversidad sexual”.

Los temas expuestos en la jornada fueron: “Diversidad Sexual: Avances y Desafíos para nuestra Sociedad”; “Diversidad Sexual y No Discriminación, una reflexión desde la perspectiva de los derechos de las personas”; “Rol de las Organizaciones de la Sociedad Civil en materia de Diversidad Sexual y No Discriminación”.

En la ocasión, se contó con la participación de expertos/as en derechos humanos y representantes de organizaciones sociales de la diversidad sexual.

2. Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual

La División de Organizaciones Sociales convocó a los representantes de la comunidad gay, lésbica, bisexual, transgénero, transexual e intersexual (GLBTI), a centros de estudios superiores, fundaciones, corporaciones e instituciones internacionales que trabajan temas relacionados con la diversidad sexual para participar en un espacio de diálogo y discusión denominado “Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual”.

Durante el presente año, la Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual ha sesionado tres veces, el 17 de febrero, el 29 de marzo y el 26 de abril, las cuales tuvieron un carácter de coordinación y planificación de actividades.

Adicionalmente, el día 12 de mayo se realizó una sesión extraordinaria la que fue principalmente informativa, puesto que la DOS convocó a los/as miembros de la Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual para conocer el estado del Proyecto de Ley que Establece Medidas Contra la Discriminación.



Las actividades ejecutadas o en ejecución actualmente son:

N°	Fechas estimadas	Actividad	Responsables
1	24 de agosto	4ta sesión de la Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual.	DOS-Representantes de Organizaciones de la Diversidad Sexual.
2	31 de agosto	1er Coloquio sobre Transexualidad y comunidades transexuales.	Representantes de Organizaciones Sociales trans masculinas y trans femeninas.
3	08 de septiembre	5ta sesión de la Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual.	DOS-Representantes de Organizaciones de la Diversidad Sexual.
4	15 de septiembre	2do Coloquio sobre lesbianidad y comunidades lesbianas.	Representantes de Organizaciones Sociales de Lesbianas.
5	29 de septiembre	6ta sesión de la Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual.	DOS- Representantes de Organizaciones de la Diversidad Sexual.
6	6 de octubre	3er Coloquio sobre homosexualidad y comunidades homosexuales.	Representantes de Organizaciones Sociales de homosexuales.



7	27 de octubre	7ma sesión de la Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual.	DOS- Representantes de Organizaciones de la Diversidad Sexual.
8	24 de noviembre	8va sesión de la Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual.	DOS- Representantes de Organizaciones de la Diversidad Sexual.

II. Medidas legislativas tendientes a fomentar la tolerancia y no discriminación.

A. Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 3815-07)

14. El principio no discriminatorio es recogido en múltiples convenios internacionales, en los que, en su mayoría, nuestro país tiene la calidad de Estado Parte. Por esto, se consideró relevante resguardar en el ordenamiento jurídico interno la no discriminación arbitraria, de forma tal de garantizar en mejor forma la igualdad ante la ley y el reconocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.
15. El proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación ingresó a la Cámara de Diputados con fecha 22 de abril de 2005, por iniciativa del entonces Presidente de la República, don Ricardo Lagos.
16. Esta iniciativa legal ha sido aprobada en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados, estando actualmente en discusión en el Senado. Durante su tramitación han participado en diversas sesiones representantes de distintas organizaciones de la sociedad civil, académicos, constitucionalistas, entre otros.
17. Los principales objetivos de dicho proyecto son instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Para estos efectos, la iniciativa define la discriminación arbitraria, incluyendo expresamente como categoría la orientación sexual; además, establece la acción que las personas afectadas podrán interponer cuando ésta ocurre y regula detalladamente su sustanciación. Finalmente, el proyecto de ley incorpora algunas enmiendas a otros cuerpos



normativos, entre ellos, el Código Penal y el Estatuto Administrativo, con el propósito de hacer más gravosa la comisión de dichos actos.

B. Proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja (Boletín N° 7873-07)

18. La decisión del Gobierno de Chile de regular las convivencias de hecho entre parejas, tanto de distinto como del mismo sexo, corresponde al cumplimiento de un compromiso explícito asumido con la ciudadanía durante la última campaña presidencial.
19. El Acuerdo de Vida en Pareja pretende regular los efectos jurídicos derivados de la vida afectiva en común de dos personas, del mismo o distinto sexo. Dicho acuerdo podrá ser celebrado ante un notario público o ante un oficial del Registro Civil, e inscrito en un registro que llevará para estos efectos dicho Servicio.
20. Sobre este punto, cabe resaltar que recientemente la Corte Suprema ha emitido el informe N°140, de 13 de septiembre de 2011, informando favorablemente el referido proyecto de ley, el que se acompaña como anexo.



2. Sobre la posición del Estado de Chile ante las presuntas violaciones a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y las medidas de reparación solicitadas en el caso Karen Atala Rizzo y otras vs. Chile.

A continuación el Estado de Chile se referirá a los fundamentos vertidos por el Estado de Chile sobre las presuntas violaciones imputadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Representantes de las presuntas víctimas a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos; y sus consideraciones acerca de las medidas de reparación solicitadas en el presente caso.

I. Sobre las presuntas violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos imputadas al Estado de Chile.

A. Errónea fundamentación de las pretensiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las presuntas víctimas.

21. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Comisión”, o “la Comisión Interamericana”), en su demanda, así como los representantes de las presuntas víctimas (en adelante, las “presuntas víctimas”), en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, y ambos a lo largo de todo el procedimiento, han incurrido en la fundamentación de sus solicitudes en sustanciales imprecisiones sobre: (i) el objeto del juicio de custodia¹ en Chile; (ii) el fundamento de las resoluciones de los tribunales chilenos; y, (iii) el material probatorio existente en el referido caso.

22. En cuanto al *objeto del juicio de custodia* tramitado ante la jurisdicción de los tribunales chilenos, la Comisión² y las presuntas víctimas³, interpretando restrictivamente el artículo 225

¹ Se hace presente que para los efectos de este escrito, se utiliza el término “custodia” como equivalente al de “tutición” o “cuidado personal” del niño, niña o adolescente, siendo estos últimos los de uso común en la legislación chilena.

² Así por ejemplo, en el párrafo 104 de la demanda se sostuvo que: la inexistencia de un riesgo para las niñas fue reconocida por el Estado ante la Comisión al explicar que ninguno de los padres fue *inhabilitado* para ejercer la custodia; y, específicamente, respecto a la decisión de custodia provisoria del juzgado de letras de Villarrica de 2 de mayo de 2003, en sus párrafos 48 y 96, se objetó su concesión en circunstancias que la misma resolución reconoció la falta de concurrencia de una causal de inhabilidad legal.



del Código Civil, limitan el alcance de las causales que admiten la modificación del régimen de cuidado personal al examen de la concurrencia de una causal de inhabilidad legal del artículo 42 de la Ley N°16.618, que fija el texto definitivo de la Ley de Menores⁴.

23. Este es un error fundamental sobre el derecho chileno. Interpretando sistemáticamente el ordenamiento jurídico nacional⁵, las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos (, en adelante, “CADH” o

³ En este sentido, las presuntas víctimas en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas sostienen al objetar: (i) la decisión cautelar del juzgado de letras de Villarrica (p.6): que esta resolución separó a tres niñas de su madre *sin que mediara una causal legal* para ordenar el cambio de familia, por el solo hecho – según ellos- de su orientación sexual; y, (ii) respecto al fallo que resolvió el recurso de queja (p.7): que la decisión del mismo fue un juicio de escrutinio a la señora Atala y a su vida privada, *que no consideró sus habilidades parentales, que era el tema a considerar*, agregando que: lo que hizo la Corte Suprema de Chile fue crear una categoría de personas que por su sola naturaleza *no serían hábiles de cuidar a sus propios hijos, equiparándolos a situaciones de maltrato y descuido* (elementos propios de un juicio de habilidad).

⁴ El artículo 42 de la Ley N°16.618 dice: “Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

⁵ El artículo 225 Código Civil dice: “*Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.*

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

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. Pero no podrá confiar el cuidado

personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”



“la Convención”), que establecen una prioridad a favor del interés superior del niño por sobre cualquier otro interés protegido en conflicto⁶, resulta evidente que un juicio de custodia debe necesariamente entender el referido interés como causal calificada que autoriza la modificación del régimen de cuidado personal, en los términos del artículo 225 inciso 2° del Código Civil.

El artículo 225 inciso 2° dice: “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.”

24. Que el padre o madre que tiene el cuidado personal del niño no sea inhabilitado legalmente, no implica que no se pueda modificar a su respecto el régimen de custodia existente con su hijo por convenir esto al bien superior del mismo.
25. La inhabilitación exige en el derecho chileno un estándar más alto. De que el Estado admitiera que ninguno de los padres estaba inhabilitado, no se sigue, como pretende la Comisión (párrafo 104 de su demanda), que el interés de las hijas no exigiera el cambio de la custodia, y que por tanto, a los tribunales chilenos les resulte vedado el ejercicio de su función jurisdiccional para determinar cuál de sus padres ofrece condiciones más favorables a su bienestar.
26. Esta importante confusión en que incurre la Comisión entre inhabilidad y cuidado personal; suponiendo que el primero es requisito sine qua non para el segundo, ha sido explícitamente aclarada por la Corte Suprema chilena, entre otros fallos⁷, en el caso Massis con Sánchez (Rol N°608-2010), en el que dicho tribunal, conociendo un recurso de casación en el fondo, corrigió la aplicación de la ley en que incurrieron los tribunales inferiores al negarse a otorgar la custodia al padre por no estar la madre inhabilitada, sin analizar el interés superior de la niña, la cual presentaba un altísimo ausentismo escolar y otras señales de cuidado negligente.

⁶ El artículo 17.4 de la CADH dice: “(...) En caso de disolución [del matrimonio], se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

⁷ Nos remitimos a las sentencias en las causas: (i) Rol N°608/2010, de 24 de junio de 2010 (considerandos 6° a 7° y 10° a 14°); (ii) Rol N°4307/2010, de 16 de agosto de 2010 (considerandos 6° a 7°, 11° y 13° a 14°); y, (ii) Rol N°5770/2010, de 18 de noviembre de 2010 (considerando 3°), que a solicitud de la Honorable Corte se acompañan a esta presentación.



27. Como se sostuvo en la Contestación del Estado (“Contestación”), el objeto del juicio de custodia en el caso López con Atala no fue la declaración de inhabilidad de la madre, sino la determinación del padre o madre que en ese momento ofrecía mejores condiciones para asegurar el bienestar de las tres niñas.
28. En segundo lugar, en cuanto al *fundamento de las resoluciones objetadas* ante esta Corte -la sentencia de la Corte Suprema que acogió el recurso de queja y la resolución cautelar del Juzgado de Letras de Villarrica que concedió la custodia provisoria-, la Comisión ha entendido que estas decisiones constituyeron un acto discriminatorio, pues sólo estarían basadas en la orientación sexual de la demandada y los prejuicios discriminatorios existentes a su respecto⁸.
29. No es efectivo que el fundamento de las referidas resoluciones fuera la orientación sexual de la madre ni su sola expresión. Por el contrario, del tenor de las mismas se desprende con claridad que su fundamento fue el interés superior del niño, y que en dicho contexto, la orientación sexual de la demandada fue considerada, entre otras circunstancias, en la medida en que su expresión tuvo efectos concretos adversos al bienestar de las niñas.
30. En efecto, el fallo de la Corte Suprema declara que los tribunales, en la resolución de los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, están obligados a considerar el principio primordial del interés superior del niño [Considerandos 9° y 10°], y en particular, en los juicios de custodia, los tribunales pueden confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre que no los tiene, haciendo cesar la custodia de quien la ejerce si existe una causa calificada, y siempre teniendo en cuenta el interés del hijo [Considerando 12°].
31. Sobre la base de estos presupuestos, es que la sentencia de la Corte Suprema resolvió que los tribunales inferiores incurrieron en falta o abuso grave al infringir las reglas de apreciación de la prueba, afectando el interés de las niñas, pues en el hecho dichos tribunales no ponderaron en su conjunto el mérito de la totalidad de la prueba, sino que adscribieron sin más, a la opinión de los psicólogos y asistentes sociales que se limitaron a establecer que la orientación sexual de la demandada no la hacía una persona anormal desde el punto de vista psicológico y

⁸ La demanda dice en: (i) los párrafos 96-98, sobre la sentencia de la Corte Suprema de Chile, que el sustento de la decisión estuvo en la orientación sexual y la expresión de la misma; (ii) el párrafo 99, sobre la decisión de custodia provisoria, que: ésta constituyó también una distinción efectuada con base en la orientación sexual de la señora Atala lo que resultaría del texto del fallo; (iii) el párrafo 103, agrega: “(...) ambas autoridades judiciales se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado”; y, el párrafo 104, que las referidas decisiones “(...) no contribuyeron a proteger a las niñas pues fueron basadas en prejuicios discriminatorios y no en una evaluación objetiva de la capacidad de los padres para ejercer la custodia”.



psiquiátrico, prescindiendo de la prueba concreta, producida en los expedientes de custodia definitiva y provisoria que la Corte Suprema tuvo a la vista, que daba cuenta del deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las niñas. [Considerandos 13 a 15°].

32. La Corte Suprema, en este caso, al conocer y resolver el recurso de queja, buscó enmendar el error de los jueces de instancia en un doble sentido, en la errada aplicación del derecho y en la falsa apreciación de la prueba, ambas causales que la doctrina señala como constitutivas de falta o abuso grave.
33. En este sentido, la obra más célebre en la materia, de los profesores Mario Mosquera y Cristián Maturana, prologada por el profesor Juan Carlos Marín, dice que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema, se entiende por “falta o abuso” (que es la causal del recurso de queja), entre otros casos, cuando existe: a) contravención formal de la ley; c) errónea interpretación de la ley, y c) falsa apreciación de los antecedentes del proceso; y explica, sobre este último motivo, que “concorre cuando se dicta una resolución judicial o fallo de manera arbitraria, apreciándose erróneamente los antecedentes del proceso”⁹.
34. En relación con el error de fundamentación aludido con anterioridad (relativo al objeto del proceso de custodia), es incorrecto el argumento sostenido por el perito Juan Carlos Marín así como por la Comisión en su demanda, en cuanto a que la Corte Suprema haya tomado la orientación sexual de Karen Atala del mismo modo que el alcoholismo, la prostitución u otra causal de inhabilidad legal. Justamente, el error de derecho que justificó la tramitación del recurso de queja fue la errada interpretación de los jueces de instancia al restringir el objeto del juicio de tuición al mero análisis sobre la concurrencia o no de una causal de inhabilidad legal en Karen Atala.
35. Por su parte, la decisión de custodia provisoria, tras apreciar la totalidad de la prueba que a la fecha obraba en el proceso [Considerandos 2° a 7°], concluye que:
 - (i) las niñas presentaban perturbaciones de orden psicológico y carencias afectivas [Considerando 8° letra b], y,
 - (ii) que el padre daba certeza de ofrecer un entorno adecuado tanto material como espiritual para el desarrollo de sus hijas [Considerando 8° letra d].

⁹ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2010): *Los Recursos Procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p.387. Se acompaña a esta presentación una copia del texto en su parte pertinente.



Por estas razones, el tribunal declaró, de acuerdo a las bases jurídicas y los principios que informan la materia [referidos en los Considerandos 9° y 10°], que es tarea del sentenciador asegurar el interés superior del niño y procurar su máximo bienestar [considerando 11°], y en consecuencia resolvió conceder la solicitud de custodia provisoria en favor del padre.

36. Hacemos notar que la prueba tenida en consideración en la resolución del Juzgado de Letras de Villarrica que concedió la custodia provisoria, y que a su vez la Corte Suprema tuvo a la vista al fallar el recurso de queja, junto a la rendida en el expediente de custodia definitiva, no se limitaba a los efectos adversos que estaban afectando a las niñas y que eran consecuencia de la expresión de la orientación sexual de la demandada, como el aislamiento por parte sus amigos, sino que incluía también materias absolutamente ajenas a la referida orientación sexual, como la determinación del padre o madre que ofrecía un mayor grado de compromiso y atención a las niñas, así como otras circunstancias de hecho relativas a la convivencia familiar entre Karen Atala y sus hijas que serán desarrolladas en la respuesta a la pregunta del juez Manuel Ventura Robles.¹⁰

Esto evidencia que los referidos fallos no estuvieron basados en la orientación sexual de la madre, sino en el interés superior de las niñas.

37. Por último, en cuanto al *material probatorio*, la Comisión es apresurada al sostener que “no se presentó información alguna que demostrara que la orientación sexual de Karen Atala o la expresión de la misma en su proyecto de vida, constituyó un riesgo para sus hijas” (párrafo 103).

¹⁰ Así por ejemplo, en el considerando 2° del fallo de custodia provisoria aparecen los siguientes testimonios: Pablo Correa L. (padrino de V.): quien manifestaba respecto de la demandada, que siempre ha tenido el convencimiento de que ha dado prioridad a su carrera profesional por sobre otras consideraciones personales y familiares, situación que se mantenía a la fecha; mientras que al demandante lo definía: como “*un padre cariñoso y dedicado a sus hijas*”; María Isabel Thiers (psicóloga): decía que para las tres menores, era la pareja de la madre [Emma] el referente afectivo en la casa, dado que sentían que ella las protegía cuando la madre las castigaba; Gabriela Novoa M. (amiga cercana por varios años del matrimonio): afirmó que la demandada “*tenía afectivamente muy abandonadas a sus hijas*”; Myriam Parra V. (trabajadora en la casa de la demandada): “*Las niñas se llevan mejor con la pareja de la demandada, porque ésta es más cariñosa, se dirigen poco a su madre, quien pasa poco tiempo con ellas y no le gusta que la molesten*”; mientras que respecto del padre -a quien conoció poco por haber llegado a la casa cuando la pareja se estaba separando- decía: “*jugaba con las niñas, cocinaba con ellas, es cariñoso, preocupado de ellas y siempre las está llamando por teléfono*”; y, María Luisa Catalán (niñera de las niñas) quien declaró: “*las niñas están todo el día con ella. Sobre el padre, éste juega con ellas y los días domingo, cuando aún estaba en casa, las bañaba y les ponía pijama*”.



38. Esta afirmación es refutada directamente por la misma sentencia que resolvió el recurso de queja. En efecto, el núcleo del reproche que la Corte Suprema hizo a los tribunales inferiores estuvo justamente en que éstos basaron su decisión en apreciaciones generales (mediante estudios psicológicos generales y otros similares), y no en la apreciación de la prueba en el caso concreto [Considerando 15°]¹¹.
39. Como se sostuvo en la Contestación, contrariamente a lo señalado por la Comisión y las presuntas víctimas en sus escritos, existe abundante prueba en autos que acreditan: (i) los efectos concretos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de sus hijas, y (ii) las mejores condiciones que el padre ofrecía a su bienestar¹², cuestión que en nada dice relación con la orientación sexual de la demandada.
40. Un somero análisis de la prueba nos permite concluir que en los expedientes de custodia definitiva y provisoria existía evidencia contundente que daba cuenta que la demandada demostraba una intensa actitud centrada en sí misma y características personales que dificultaban el ejercicio adecuado de su rol maternal¹³, circunstancias que llevaron a concluir que la madre no ofrecía un medio ambiente idóneo para el desarrollo de sus hijas¹⁴.

¹¹ “Décimo quinto: Que en el juicio de custodia de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona (sic) normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial producida tanto en el expediente de custodia definitiva como del cuaderno de custodia provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores...”.

¹² Acápito A.2) de la Contestación, titulado “Contrariamente a lo señalado por los peticionarios y la CIDH en sus escritos, existe abundante prueba en autos tanto respecto de los prejuicios que sufrían las niñas en las circunstancias en que se encontraban, como respecto de los beneficios que ofrecía el cuidado de su padre”, pp. 10-17.

¹³ Entre otras, encontramos en el **expediente de custodia definitiva**:

(i) el informe psicológico efectuado a Karen Atala por la perito judicial Guiselle Acosta (fojas 406 y ss.), que detecta en la demandada ciertas contraindicaciones a nivel de características de personalidad tales como: inestabilidad emocional, dificultad para reconocer y entregar afecto, afectividad depresiva, impulsividad conductual y la dificultad para responder a los requerimientos de otros a causa de una actitud muy centrada en sí misma, que minimizan la promoción de un ambiente familiar afectivo, que le permita ofrecer efectivamente a las menores seguridad, vinculación y estabilidad a través del tiempo (foja 408).



Por el contrario, respecto del padre existía evidencia considerable, como declaraciones de testigos e informes psicológicos, sociales y socioeconómicos, entre otros, que avalaban:

(i) su dedicación y esmero en el cuidado de sus hijas¹⁵,

(ii) Las declaraciones testimoniales (fojas 241 y ss.), todas de personas que tenían un contacto directo con el padre y/o la madre mientras estaban con las niñas y que conocían la dinámica interna de la familia López Atala. Destacamos las siguientes:

- a) Gabriela Curín (trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala): La señora Karen *“no tenía buen trato con ellas [las niñas], cuando las niñas no le hacían caso ella les pegaba”* (...) *“ella no se dedicaba a hacer nada por las niñas, no tenía ningún desempeño en la casa, y cuando estaba la guagüita chica, me dejaba un vasito con leche para que yo le diera mientras ella no estaba y yo tenía que mantenerla con eso”* (fojas 253);
- b) Ana Pacheco Guzmán (trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala): quien dijo sobre Karen Atala: *“(...) vi que se preocupaba muy poco, ella tenía guagüita muy chica, como de cuatro meses, y ella salía y me la dejaba a mi cuidado, incluso había una tía de ella quien la cuidaba y siempre le estaba pidiendo al padre que viera a las niñas que las bañara, ya que ella tenía que hacer”* (foja 252);
- c) Erecilda Solís: (trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala): *“Cuando don Jaime trabajaba en Temuco y las niñas estaban sólo con doña Karen noté que las niñas lo echaban mucho de menos, me decían que sobre todo en la tarde él se preocupaba de ellas, las acostaba y se levantaba en la noche y las arropaba, las bañaba en la tarde también, les preparaba la papa, se levantaban temprano y se las daba, la señora Karen no se preocupaba de ello”* (foja 250).
- d) Gabriela Novoa (abogada y cercana a la familia López Atala), da cuenta de la falta de atención de la madre y el efecto que causaba en las niñas, expresando: *“ella estaba muy poco en casa con sus hijas, a parte del trabajo tenía muchas otras actividades tales como gimnasio, talleres de sueño, yoga, etc. Lo que me consta porque ella me lo contaba, que la hacían llegar tarde a su casa, sin importarle mayormente que sus hijas ya estuvieran durmiendo (...) nunca vi a Karen ser cariñosa con sus hijas”* (fojas 244 vuelta y ss.).

¹⁴ (i) El referido informe psicológico efectuado a Karen Atala (fojas 406 y ss.) concluía: *“las características psicológicas de la demandada minimizan la promoción de un ambiente familiar afectivo, que le permita ofrecer efectivamente a las menores seguridad, vinculación y estabilidad a través del tiempo”* (foja 418); y

(ii) los informes psicológicos de las tres niñas, practicado por la psicóloga María Thiers cuando las menores vivían con la demandada y su pareja, establecían que: a) M percibía a la madre como *“No le gustan los hijos, porque despidió a la paciencia”* y poco contenedora; b) R. y sus hermanas percibían a Emma (pareja de la demandada) como una figura importante pues las defendía cuando su madre las castigaba y que gracias a ella ahora sólo les grita; sugiriendo la especialista brindar a R. y a sus hermanas un espacio afectivo y físico en que puedan sentirse seguras, queridas y aceptadas; c) V. emocionalmente tenía una autoestima muy baja, observándose índices de confusión emocional y de desprotección; concluyendo la especialista que sufre carencias afectivas (expediente de custodia provisoria; foja 4 y ss.)

¹⁵ En el expediente de custodia definitiva destacamos:

(i) informes psicológicos efectuados a las niñas (fojas 627 y ss.), que establecen que las menores se encontraban adaptadas a la convivencia y custodia por parte de su padre (foja 408).



(ii) sus aptitudes para el ejercicio de la crianza;¹⁶

(ii) declaraciones testimoniales (fojas 241 y ss.) todas de personas que tenían un contacto directo con el padre y/o la madre mientras estaban con las niñas y que conocían la dinámica interna de la familia López Atala. Entre ellos:

- a) Gabriela Curín (trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala): Jaime *“se levantaba un cuarto para las siete, me ayudaba a vestir a las niñas, las iba a dejar al colegio y luego se iba al trabajo como a las 8:30”*. Realizaba todos los días las labores propias de un padre de familia, *“tomaba desayuno con ellas [las niñas] y venía almorzar con ellas, las iba a dejar al colegio, iba a reuniones también, hacía las coparas (sic) del hogar, le enseñaba a las niñas y cuando no podía llegar me llamaba por teléfono para preguntar si tenían tareas y le ayudaba por teléfono a hacer (sic)”* (fojas 253);
- b) Ana Pacheco Guzmán (trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala): *El [Jaime] es una persona muy preocupada en el sentido de que si hay que llevarla al médico las lleva, si hay que bañarlas, las baña, si tiene que llevarlas a un parque recreativo, las lleva”*. (foja 252);
- c) Gabriela Novoa: (abogada y cercana a la familia López Atala) *“Me consta lo preocupado y cariñoso que él [Jaime] es con sus hijas”*, especialmente porque le tocó ver muy de cerca el tiempo en que Jaime estuvo por casi un año sólo con ellas, cuando Karen se fue a trabajar a Puerto Montt (foja 245);
- d) Erecilda Solís: (trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala): *“Yo lo conocí así [al demandante] como mejor papá, él se preocupaba más de las niñas, le daba la comida, las cambiaba de pañales, las acostaba y se acostaba con ellas; la señora Karen no hacía lo mismo, no era cariñosa con ellas y le pedía a don Jaime que lo hiciera, y la mayor parte del día las atendía yo”* (foja 251 v.; repregunta N°5).

¹⁶ Entre ellos, destacamos:

- (i) informe de la psicóloga-perito judicial Guiselle Acosta, que concluía: el padre cuenta con recursos personales y psicológicos, esto es buena capacidad intelectual, identidad personal claramente definida, capacidad para reconocer emociones en sí mismo y en otros, capacidad para expresar afecto, capacidad para postergar las gratificaciones personales y principalmente capacidad de vinculación estable y profunda; todos, requisitos psicológicos necesarios para responder a las señales conductuales y emocionales evidenciadas en las menores y expresadas en el [mismo] informe (fojas 406 y ss.);
- (ii) informe social de Paola Retamal, que concluía: la situación socioeconómica del referido [Jaime] es totalmente óptima para hacerse cargo de la custodia de sus tres hijas, y, su actual pareja, es un factor positivo tanto para él y para las niñas (expediente de custodia provisoria; fojas 4 y ss.);
- (iii) informes socioeconómicos de Zaira Bengochea (asistente social del tribunal):
 - a) la *primera presentación*, de 11 de abril de 2003, que concluía sobre las habilidades parentales del demandante: *“No se advierte en el demandante inhabilidades o contraindicaciones para el ejercicio de la custodia. Por el contrario, el demandante es joven, profesional, con recursos personales, económicos y familiares bastante adecuados; un ambiente familiar cálido, respetuoso y condiciones materiales propicias para el desarrollo de un menor, en este caso sus tres hijas* (fojas 291 y ss);
 - b) la *ampliación de 9 de mayo de 2003*, establecía: el padre es capaz de asumir roles maternos cuando es necesario y se aprecia relajado, flexible y cediendo autonomía, manteniendo el control sobre conductas y normas establecidas (fojas 357 y ss.); y,
- (vi) los múltiples testimonios, entre ellos los referidos en el pie de página anterior y a los cuales nos remitimos, que dan cuenta de las aptitudes y la preocupación del demandante en el cuidado de sus hijas.



(iii) el ambiente favorable que ofrecía al bienestar de sus hijas; y,¹⁷

(iv) la positiva relación que existía entre las niñas y la pareja del demandante.¹⁸

41. A la luz de estas pruebas, presentadas todas en el procedimiento de custodia tramitado ante los tribunales chilenos, resulta claro que la Comisión ha incurrido en una omisión al atribuir las referidas decisiones a meros prejuicios sobre la orientación sexual de la señora Karen Atala, y no a la prueba de los efectos concretos y desfavorables que tuvo su expresión en el bienestar de las niñas, ni hacer referencia alguna a la existencia de otros y relevantes factores invocados y acreditados en el proceso, que aquí se mencionan, y que fueron determinantes para entregar la custodia de las niñas al padre.
42. En este sentido, el Estado de Chile concuerda con las opiniones vertidas por los peritos en la audiencia pública, que enfáticamente señalaron la importancia de apreciar la prueba del caso concreto y su preferencia por sobre consideraciones hipotéticas o ideales de un posible daño.

¹⁷ Destacamos:

- (i) la ampliación del Informe socioeconómico de Zaira Bengochea, de 9 de mayo de 2003 (fojas 359 y ss): atestigua el ambiente óptimo que ofrece el padre para el desarrollo de las niñas; y,
- (ii) su segunda ampliación del informe socioeconómico, de 20 de octubre de 2003, que establecía: “*Las menores se aprecian bien adaptadas [bajo la custodia provisoria del padre], tanto al grupo familiar como al colegio y grupo de pares (...) apreciándose en las menores un fuerte sentido de pertenencia familiar*” (cargo de 20 de octubre de 2003)

¹⁸ Así, destacamos:

Entre ella, destacamos:

- En el expediente de tuición provisoria:
- (i) el informe social de Paola Retamal que concluye (N°2): “*la actual pareja de Don Ricardo, Daniela, es un factor positivo, tanto para don Ricardo, que se observa feliz con su pareja y apoyado, y también es positivo para las menores, ya que pueden en ella proyectar una amiga, y asimilar un modelo de familia más común, lo cual no quiere decir que su madre, no sea la figura de mayor importancia en su desarrollo, al igual que su padre*” (fojas 4 y ss.)
- En el expediente de tuición definitiva:
- (ii) el Informe socioeconómico de 9 de mayo de 2003 (fojas 359 y ss.), en el cual la Asistente Social del tribunal dio cuenta en su primera visita que: al llegar la pareja del demandante, M. se demostró agradada y la invitó a comprar, siendo bien recibida también por V. y R., quienes por única vez se desentienden de la actividad en la que se encontraban —la preparación de una pizza— para abrazar y besar a la pareja de su padre (foja 359 v);
- (iii) el Informe psicológico de V.: en que la menor se refiere a la pareja de la demandante como su amiga y desea que se vaya pronto a vivir con ella (con cargo de fecha 20 de octubre de 2003);
- (iv) el informe psicológico de M. que concluye: “*6.- su relación tanto con la nueva pareja de su padre, como con la de su madre es adecuada*” (con cargo de 20 de octubre de 2003).



Entre otros, la perita Allison Jernow expresó que:

*When a court issues a custody order based on the sexual orientation of a parent, it must link that parent's sexual orientation **to some real and not imaginary harm to the welfare of the child.***¹⁹

43. En síntesis, contrariamente a lo señalado por la Comisión y las presuntas víctimas:

- (i) el objeto del juicio de custodia en Chile, según precisa el corpus juris internacional de protección de los derechos del niño, no se restringe al examen sobre la concurrencia de una causal de inhabilidad legal, y en consecuencia, no es arbitraria la resolución que, declarando a la madre legalmente habilitada, resolvió, de acuerdo al mérito del proceso, acoger la demanda de cuidado personal interpuesta por el padre, con fundamento en el interés superior de las niñas y su mejor bienestar;
- (ii) las resoluciones objetadas, según su propio tenor literal, no se basaron en la orientación sexual de la madre y los supuestos prejuicios discriminatorios existentes a su respecto, sino en el interés superior de las niñas, lo cual se evidencia en el examen de la prueba de los hechos concretos del caso, cuya falta de consideración es el reproche del fallo de la Corte Suprema a los jueces de instancia, que aborda materias absolutamente ajenas a la orientación sexual de los padres y directamente vinculadas al bienestar de las hijas, como las que se referirán en el punto iii) siguiente, y en donde sólo se refiere a la orientación sexual, en la medida en que su expresión produjo efectos concretos y adversos al bienestar de las niñas; y,
- (iii) existió abundante prueba en autos, no sólo sobre los efectos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de sus hijas, sino también sobre circunstancias totalmente ajenas, tales como la determinación del padre o madre que ofrecía un mejor ambiente para el desarrollo de las niñas y un mayor grado de compromiso y atención hacia las mismas.

¹⁹ Informe escrito presentado por Allison Jernow, página 2. El énfasis es nuestro.



B. Presunta violación al derecho de igualdad ante la ley y a la no discriminación de Karen Atala (artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

44. Los hechos específicos que la Comisión imputa para estimar arbitrarias las resoluciones objetadas son:

(i) que el otorgamiento de la custodia al padre se decidió sólo en base a prejuicios discriminatorios relativos a la expresión de la orientación sexual de la madre (problema del *fundamento de las resoluciones y de la prueba*), sin que exista información alguna que demostrara que la orientación sexual de Karen Atala o la expresión de ésta en su proyecto de vida constituyó un riesgo para sus hijas (problema de *la prueba*)²⁰, y

(ii) que los funcionarios judiciales no recabaron la prueba necesaria para establecer cuál de los padres estaba mejor facultado para ejercer la guarda y el cuidado de sus hijas²¹, negando la Comisión el hecho que la convivencia de Karen Atala con su pareja haya generado algún efecto adverso en las niñas²² (ambas afirmaciones, *problema de prueba*).

45. En la misma línea, las presuntas víctimas expresan, sobre la resolución de custodia provisoria, que la decisión se adoptó “sin que mediara ninguna causal legal para ordenar el cambio familiar [problema del *objeto del juicio de custodia*], por el solo hecho de que la pareja de la Sra. Karen Atala era de su mismo sexo [problema del *fundamento de las resoluciones y de la prueba*] ... No habiendo evidencia de problemas psicológicos o de riesgo emocional para las niñas, y con la sola justificación de un potencial daño futuro a las menores.”²³ (problema de *la prueba*).

Sobre la sentencia de queja sostienen: “la decisión resultó ser un juicio de escrutinio a la Sra. Atala y a su vida privada, sin considerar sus habilidades maternas ... no así del Sr. López, del que nada se sabe, cuestiona o se investiga, o de sus habilidades parentales” (problema del *fundamento de las resoluciones y de la prueba*), “creándose una categoría de personas que por su sola naturaleza, sin importar su comportamiento, no serían hábiles para cuidar a sus

²⁰ Párrafo 103 de la demanda.

²¹ Párrafo 65 de la demanda.

²² Párrafo 103 de la demanda.

²³ p. 7; primer párrafo del acápite “2) Juicio de tuición y decisión de tuición provisional a favor del Sr. López”. (el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de las presuntas víctimas no contiene numeración de páginas ni de párrafos, por lo que el número de página indicada para efectos de la cita puede no ser exacto y se obtiene al contar el número de hojas del documento).



hijos (problema de *la prueba*), equiparándolos con situaciones de maltrato y descuido” (lógica de un juicio de inhabilidad).

46. Para rechazar la efectividad de estas afirmaciones, y no realizar reiteraciones, nos remitimos al acápite anterior de esta presentación (“A. Errónea fundamentación de las pretensiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las presuntas víctimas”), al tenor de las respectivas resoluciones y a los antecedentes probatorios del caso, que fueron oportunamente acompañados a esta Corte.
47. No obstante lo anterior, es necesario hacer algunas observaciones. Las afirmaciones sobre el fundamento de las resoluciones objetadas, además de erradas, tienen el inconveniente de generar un importante sesgo sobre el objeto de la litis y las circunstancias de hecho que fueron invocadas por las partes y acreditadas en la tramitación del juicio.

Se da a entender que el único aspecto que los tribunales chilenos consideraron durante la tramitación del juicio y la dictación de sus resoluciones es la orientación sexual de la señora Karen Atala, lo que -reiteramos- no es efectivo.

Las resoluciones objetadas, ambas fundadas en el interés superior de las niñas, consideraron también aspectos absolutamente ajenos a la orientación sexual de la madre, como las aptitudes parentales de ambos padres y las condiciones ambientales que ofrecían a las niñas.

48. Por otro lado, sorprende la forma con que las presuntas víctimas, con total distanciamiento de los antecedentes, expresan que “sobre el Sr. López y sus habilidades parentales nada se sabe, cuestiona o se investiga”, en circunstancias que tanto él como el ambiente familiar que ofrecía a sus hijas fueron latamente evaluados durante la tramitación del procedimiento de custodia (entre otras pruebas, nos remitimos a las referidas a pie de página N°s 15, 16 y 17), y que en el contexto de este último aspecto, también se consideró el impacto que tuvo su pareja en las niñas, en la medida en que incidió en el ambiente ofrecido por el padre a éstas (ver pie de página N° 18).
49. Sobre esto último, se ha pretendido establecer por los peticionarios y la perito Leonor Etcheberry una “clara situación de discriminación”, expresando que a diferencia de lo ocurrido con la pareja de Karen Atala, sobre la del padre nada se investigó, cuestión que tendría por



justificación el simple hecho que mientras la relación del padre era de carácter heterosexual, la de la madre era homosexual²⁴.

50. Sobre el particular, el Estado de Chile, primero, reitera que de acuerdo al mérito probatorio del procedimiento de custodia, no es efectivo que la relación de pareja del padre haya sido un aspecto ignorado por la judicatura chilena, y que por el contrario, existe prueba concreta en la causa que establecía que ésta es un factor positivo para el padre y sus hijas; y segundo, señalar que si bien la intensidad del examen de la relación pudo ser distinta, ello no necesariamente tiene por causa una diferencia de trato basada en el carácter heterosexual u homosexual de la relación, sino en el hecho de que, a diferencia de la señora Emma de Ramón, la pareja del padre no residió en el hogar de éste y sus hijas durante la tramitación del juicio, permaneciendo ajena al núcleo familiar, lo que lleva a concluir, en forma razonable, que el impacto en las niñas de una y otra relación era también distinto²⁵.
51. Nos sorprende además la forma en que las presuntas víctimas, a propósito de la resolución de custodia provisoria, sostienen categóricamente que ésta se dictó “sin que exista evidencia de problemas psicológicos o de riesgo emocional para las niñas, con la sola justificación de un potencial daño futuro hacia las menores”²⁶, cuando la misma sentencia, en su considerando 8° letra b), tras el respectivo examen de la prueba de autos, expresamente dio por acreditada la efectividad de las perturbaciones de orden psicológico de las niñas, entre otros problemas.
52. Delimitando el ámbito de la discusión, al ser incuestionable que el fundamento de las resoluciones en los juicios de custodia debe ser el interés superior del niño y que, dentro del mismo, la judicatura está obligada a considerar tanto las aptitudes del padre o madre para el

²⁴ El Informe pericial de la profesora Leonor Etcheberry Court, en su página N°15 dice: “El padre reconoce tener una nueva pareja y pretender luego irse a vivir juntos, ¿alguien estimó que ello podía ser pernicioso para las niñas? ¿Alguien puso en duda la calidad moral de esta nueva pareja? **La Honorable Corte sabrá que no todas las mujeres “tienen” que ser buenas madres, más aún de niñas que no son sus hijas; por lo cual aquí nos enfrentamos a una CLARA SITUACIÓN DE DISCRIMINACIÓN, si la pareja es del mismo sexo tiene que ser mala madre y mala influencia y las niñas corren un gran peligro, si la pareja es de sexo diferente, necesariamente será buena madre y un apoyo fundamental a estas niñas; no podemos concluir sino que lo anterior es altamente discriminatorio y juzgado a priori sin pruebas de ninguna clase.**” (lo destacado es del Informe).

²⁵ Leonor Etcheberry Court establece la diferencia, al decir que el padre “pretendía vivir junto a ella”.

²⁶ p. 7; primer párrafo del acápite “2) Juicio de tuición y decisión de tuición provisional a favor del Sr. López”. (sobre la numeración del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, nos remitimos a lo referido a pie de página N° 23)



ejercicio de la crianza como el impacto que provoca el ambiente ofrecido por los progenitores en los niños, aspectos que sí fueron evaluados en el caso sub-lite. Por tanto, el punto a resolver es si es o no arbitraria la resolución que considera los efectos concretos y adversos al bienestar del niño que son consecuencia del ejercicio de la orientación sexual del padre o madre.

53. Este examen se sustenta necesariamente en dos supuestos: (i) rechazar las apresuradas afirmaciones de la Comisión y las presuntas víctimas, que niegan el hecho de que la convivencia de la señora Karen Atala y su pareja efectivamente tuvo un impacto concreto y adverso al bienestar de las niñas; y (ii) reconocer que los tribunales chilenos sólo consideraron la orientación sexual de la misma, en la medida del referido impacto, y no más allá.
54. El sustento a estos supuestos fácticos naturalmente está en la prueba del juicio de custodia y el tenor de las respectivas resoluciones, antecedentes que fueron oportunamente acompañados a esta Corte y a los cuales nos remitimos por economía procesal, sin perjuicio de las consideraciones que hacemos a pie de página²⁷.

²⁷ (i) Entre los efectos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de las niñas, resaltan los múltiples testimonios, todos de personas que conocían muy de cerca la dinámica interna del hogar de las niñas y sus relaciones sociales, que describen la **discriminación de las cuales fueron víctimas las niñas**. Destacamos las siguientes:

- a) María Luisa Catalán (niñera de las niñas en casa de la demandada): En cuanto a las visitas de amigos de las niñas a la casa, declaró *“durante este año [2003], ninguna amiga las ha visitado, ni aún la niña Sofía quien es la mejor amiga de M. y con la que el año pasado se visitaban continuamente”*;
- b) Miriam Villalobos (trabajadora en la casa de la demandada), quien expresó sobre las visitas de amigos de las niñas que: habían habido cambios, porque no recibieron a nadie más desde diciembre [de 2002]; y,
- c) Gabriela Novoa (abogada y cercana a la familia López Atala): declaró que le consta que las niñas eran discriminadas en el colegio Alemán en donde estudian lo que se manifiesta en la disminución de los amigos por presión de los papás, lo que sabe porque conversó con apoderados de dicho colegio.

Todas estas declaraciones fueron observadas por el Juez de letras de Villarrica al momento de dictar la resolución de custodia provisoria, siendo transcritas en el Considerando 2° de la resolución, a fojas 76 vuelta y ss. del expediente de custodia provisoria.

(ii) En cuanto al hecho de que los tribunales nacionales, consideraron la orientación sexual de la demandada sólo en la medida en que ésta tuvo efectos concretos y adversos en el bienestar de las niñas, hacemos notar que:

- a) El fallo de la Corte Suprema no reposa en una evaluación negativa de la homosexualidad en general. Dice el mismo tribunal que ello se encuentra dentro de los derechos de la madre, posibles de ser ejercidos *“sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno”* (Décimo sexto). Lo que merece la atención del tribunal son los efectos negativos, y en particular al aislamiento que podrían sufrir las niñas — evaluado por la Corte Suprema no en abstracto, sino verificando en el expediente que dicha situación sí se verifica en los hechos de la causa—



55. Según el artículo 17.4 de la CADH, el único criterio válido para la resolución de los conflictos de cuidado personal es el interés superior del niño²⁸.

Esta protección, propia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, difiere sustancialmente del modelo europeo, en donde la protección al interés del niño no es absoluta y éste debe ser ponderado con otros intereses también protegidos²⁹.

Según Choudhry y Fenwick³⁰, en el Sistema Europeo el interés del niño, niña o adolescente se pondera con el derecho de los padres —incluyendo el derecho a no ser discriminado—, lo que significa que no es “superior”. Esto contrasta con la posición dominante, adoptada en muchos otros sistemas —entre ellos el Interamericano— en donde el interés del niño, niña o adolescente sí es superior y excluye toda posibilidad de ponderación con los intereses de los padres o la sociedad —el interés del niño, niña o adolescente siempre le “ganará” a los otros intereses—.

56. Esta circunstancia es relevante pues implica que todas las razones que se relacionan con el interés del niño, niña o adolescente (y sólo esas) son las que debe considerar un tribunal nacional para resolver un juicio de custodia.

57. Si un determinado hecho afecta el interés del niño, niña o adolescente, entonces, la Convención obliga al tribunal a tomarlo en cuenta, y al hacerlo, no puede configurar un ilícito según la Convención, pues es ella misma la que mandata que se considere. En este mismo

b) La resolución de custodia provisoria, en su Considerando 13° -tras el análisis de la prueba de autosostiene: que su labor es dirimir según parámetros objetivos y de acuerdo a un juicio de probabilidad, y en función del bienestar de las niñas, con cuál de los padres es conveniente que permanezcan.

²⁸ El artículo 17.4 de la CADH dice:

*“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.”* (Énfasis agregado).

²⁹ El artículo 5 del séptimo protocolo de la Convención Europea dice:

*“Los esposos gozarán entre ellos y en sus relaciones con sus hijos de la igualdad de derechos y responsabilidades de derecho privado, tanto respecto del matrimonio, durante el matrimonio, y en el evento de su disolución. Este Artículo no previene a los estados **de tomar las medidas necesarias en el interés de los niños**”* (Énfasis agregado).

³⁰ “Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act”, *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 25 N 3, 2005, 453-492.



sentido, se pronunció el señor Rodrigo Uprimny en su calidad de perito ante esta Corte en la Audiencia Pública que tuvo lugar el día 23 de agosto de 2011.

58. La interrogante que debemos resolver es la siguiente: ¿es la orientación sexual del padre o madre, y su ejercicio, un factor relevante para establecer el interés del niño, niña o adolescente? La respuesta nos la entrega la propia Comisión en su escrito de demanda cuando dice que: “... entiende que en el marco de un proceso de custodia no es sólo razonable, sino necesario, que una autoridad judicial examine diversos factores para evaluar la capacidad del padre o de la madre de ejercer la custodia sobre sus hijos, en aras de proteger el interés superior de los niños” y que “Estos aspectos **pueden incluir** la vida privada, sexual y afectiva de las personas involucradas, en la medida de dicho interés” [Párrafo 69, énfasis agregado].
59. El criterio que se desprende del citado párrafo de la demanda y del artículo 17.4 de la CADH, es que la autoridad judicial puede y debe considerar en su decisión la vida privada, sexual, y afectiva del padre o madre—dentro de los cuales se encuentra la orientación sexual— si y sólo si estos aspectos tuvieran relación con el interés superior del niño, niña o adolescente.
60. El mismo razonamiento fue apoyado por peritos presentados tanto por la Comisión como por las presuntas víctimas. En efecto, el experto Emilio García-Méndez fue enfático en señalar que la jurisprudencia era pacífica en el sentido de considerar que la vida sexual de los padres sí podía ser analizada en el contexto de un juicio de custodia³¹.
61. Asimismo, el Estado no puede sino concordar con las sentencias citadas por la perita Allison Jernow en su informe final escrito presentado ante esta Corte, cuando señalando la evolución jurisprudencial de los tribunales en esta materia, destacada la sentencia de la Corte de Familia de Australia en el caso *In the marriage of Doyle*, del año 1992, donde dicho tribunal establece que:

*In determining the issue of custody it is the function of the court to address the specific circumstances in the case to the particular welfare of the child... The morality and the sexual orientation of the parents are but two of the important factors to be considered but they are limited in their effect to what relevancy they have, directly or indirectly, on the welfare of the child.*³²

³¹ Dicho argumento puede ser revisado en el minuto 11:40 de la parte 9a del video oficial de la audiencia pública, disponible en <http://vimeo.com/28426757> [Fecha de última visita: 23 de septiembre de 2011]

³² Sentencia citada por la perita Allison Jernow en el informe final presentado ante la Corte, página 10.



62. Para determinar si las resoluciones objetadas cumplen dicha exigencia, esto es que efectivamente consideraron el impacto que la expresión de la orientación sexual de la madre tuvo en el bienestar de las niñas, y no los prejuicios existentes a su respecto, como la Comisión y las presuntas víctimas pretenden, debemos distinguir dos formas opuestas de razonar, para luego identificar el tipo de razonamiento empleado en las referidas resoluciones.
63. Un primer tipo de razonamiento es aquel en que la resolución que considera la orientación sexual y la vida afectiva de la madre sólo en cuanto se “acrediten” en el caso concreto determinados efectos adversos al bienestar de las niñas, cuya causa u ocasión sean atribuibles a la conducta de la madre en relación a su homosexualidad.
- Por el contrario, un segundo tipo de razonamiento es aquel en el cual la decisión se basa en el supuesto de una determinada orientación sexual de la madre, para luego, de esa sola circunstancia, “asumir” que entonces se producirán determinados efectos negativos en las niñas.
64. El primer tipo de razonamiento es un juicio al caso específico, con fundamento en el interés superior del niño, y su recorrido es desde los hechos concretos acreditados en juicio hacia la determinación de su causa (en el caso, la orientación sexual). Este razonamiento –según lo expresado- no es susceptible de reproches.
65. Por el contrario, el segundo, es un juicio a priori sobre los efectos negativos de la homosexualidad, basado en apreciaciones generales (no en los antecedentes del caso concreto), cuyo recorrido es desde la valoración negativa de la referida condición (la homosexualidad) hasta los supuestos efectos adversos que son fruto de únicamente prejuicios sociales. En este caso, el reproche es evidente.
66. Los fallos objetados –en la parte que consideran la orientación sexual de la señora Karen Atala- no descansan en una evaluación negativa de la homosexualidad en general, sino en los efectos concretos y adversos para las niñas, que durante la tramitación del procedimiento fueron acreditados.
67. Por lo tanto, el Estado de Chile reitera que el reproche de la sentencia de la Corte Suprema a los tribunales inferiores, se fundó en que éstos adscribieron sin más a la prueba pericial ofrecida por la peticionaria, que apuntaba meramente a descartar la incapacidad de las mujeres homosexuales para cumplir con los deberes de cuidado derivados de la custodia en forma genérica, prescindiendo de la prueba concreta que daba cuenta del deterioro



experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las niñas, desde que la madre empezó a convivir con su pareja homosexual (Considerando 15°).

68. Como ya ha sido señalado, los tribunales inferiores olvidaron el hecho evidente de que en el ejercicio de su función jurisdiccional, y especialmente en el derecho de familia, el análisis de un caso en abstracto nunca puede primar por sobre la realidad concreta de quienes se busca proteger; y que tal como señaló la Corte Suprema en su sentencia, los informes periciales son sólo un elemento de convicción que debe ser ponderado en conjunto con los demás medios de prueba (Considerando 14°).
69. A mayor abundamiento, debe hacerse presente que varios de los informes periciales realizados durante el juicio de custodia, presentados por la defensa de la señora Karen Atala, fueron preparados por personas muy calificadas, pero que no se entrevistaron ni tuvieron un contacto personal con las niñas. Por lo tanto, dichos peritos no se pronunciaron sobre la situación concreta en que se encontraban las niñas en ese momento.
70. El hecho de considerar la evidencia en concreto, que acredita el daño sufrido por las niñas, y no situaciones hipotéticas o ideales, fue uno de los temas más destacados por los peritos durante la audiencia pública del caso.

En efecto, la perita Allison Jernow fue enfática al señalar que la orientación sexual debe considerarse en relación a un daño real que estuvieran sufriendo las niñas, y no a consideraciones abstractas sobre un posible daño futuro, expresando, tanto en su exposición oral como en su informe escrito, que:

*Consideration of a parent's conduct is appropriate only when **evidence supports a finding that a parent's conduct has had an adverse impact on the child and his or her best interests.***³³

El Estado de Chile comparte la apreciación de la perita Jernow cuando señala que *"Courts around the world require evidence of adverse impact. **The harm cannot be speculative.**"*³⁴

³³ Este argumento fue expresado en el minuto 01:50 de la parte 18 del video oficial de la audiencia pública, disponible en <http://vimeo.com/28552755> [Fecha de la última visita: 23 de septiembre de 2011]. El mismo dictamen aparece en la página 5 del informe remitido por la perito al tribunal. El énfasis es nuestro.

³⁴ Este argumento fue expresado en el minuto 04:20 de la parte 18 del video oficial de la audiencia pública, disponible en <http://vimeo.com/28552755> [Fecha de la última visita: 23 de septiembre de 2011]. El mismo dictamen aparece en la página 7 del informe remitido por la perito al tribunal. El énfasis es nuestro.



71. En este orden de ideas, lo que mereció la atención de la Corte Suprema fueron los efectos concretos y adversos al bienestar de las niñas, y en particular el aislamiento del cual fueron víctimas, evaluado no en abstracto, sino constatando en la prueba rendida ante los jueces de instancia, que dicha situación se verificó en los hechos de la causa. Estos hechos negativos sí están vinculados a la conducta de la madre, y lo que hace el trabajo argumental de las resoluciones en comento, es la constatación de estos hechos en el expediente, y no la emisión de un juicio de valor sobre la conducta homosexual ni una predicción basada en dicha evaluación moral.
72. Reforzando lo anterior, la Corte Suprema señaló, respecto de la orientación sexual de la madre, que ésta se encuentra dentro de sus derechos personalísimos, posibles de ser ejercidos “sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno” (Considerando 16°).
73. Este es, por lo demás, el auténtico sentido de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, establecido en los fallos citados por la Comisión y las presuntas víctimas, entre ellos: “Salgueiro vs Portugal” (en adelante, “Salgueiro”) y “Hoffmann vs Austria” (en adelante, “Hoffmann”).
74. La Corte Europea de Derechos Humanos al analizar en estos casos si las distinciones invocadas constituían o no un acto discriminatorio, estableció que:
 - (i) será discriminatoria la diferencia de trato si no es amparada por una justificación objetiva y razonable, esto es si no persigue un fin legítimo y una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el fin aludido³⁵;
 - (ii) los posibles efectos negativos, entre ellos el impacto en la vida social del niño, pueden en sí mismos ser capaces de inclinar la balanza en favor de uno u otro de los padres³⁶;
 - (iii) concurre el presupuesto del interés legítimo si lo que se pretende es la protección de los derechos del niño o niña³⁷; y,

³⁵Salgueiro, considerando N°29; y, Hoffmann, considerandos N°s 31 y 33.

³⁶Hoffmann, considerandos N°s 32 y 33.

³⁷Salgueiro, considerando N°30; y, Hoffmann, considerandos N°s 34.



- (iv) falta el requisito de la proporcionalidad si la decisión se basa esencialmente en una determinada condición [per se irrelevante], sin que se haya justificado un impacto al bienestar de los niños³⁸.
75. En efecto, el argumento de la Corte Europea en Salgueiro es más sofisticado de lo que la Comisión pretende, y es sensible a la distinción que hemos trazado sobre juicios basados en hechos concretos relacionados con el interés de los niños y juicios basados en prejuicios generales que sobre una determinada condición llevan a realizar proyecciones de hechos que no se han verificado ni constan en el expediente.
76. La primera premisa que debemos despejar es que el caso Salgueiro no es igual al caso Atala. En Salgueiro el fallo del Tribunal de Apelación de Lisboa [transcrito íntegramente en la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en sus considerandos 14 a 16] no basó su razonamiento en los antecedentes concretos del caso, sino en apreciaciones genéricas.
77. La sentencia, sin justificación alguna, establece lisa y llanamente que el “el niño debe vivir en (...) una familia tradicional portuguesa” (sic. la cita es textual. Párrafo 34), denigrando la opción de vida del padre que califica como una “anormalidad”³⁹.
78. Estos prejuicios son reforzados por el Tribunal de Apelación de Lisboa –según constata la propia Corte Europea de Derechos Humanos, en su párrafo 35- cuando al resolver sobre el derecho de visitas del demandante, le disuade a éste de mantener un comportamiento que permita a su hija, en los períodos de visita, comprender que vive con otro hombre en “condiciones similares a las de los cónyuges”.
79. La Corte Europea de Derechos Humanos, al constatar que esta evaluación negativa y totalmente ajena a los antecedentes del caso tuvo un rol preponderante en la decisión impugnada (párrafo 35), declaró que este tipo de distinción no puede resultar aceptable en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³⁸ Salgueiro, considerandos N°33-36; y, Hoffmann, considerandos N°s 36.

³⁹ El fallo del Tribunal de Apelación de Lisboa decía: «no es éste el lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anormalidad y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales» (ibidem). (Ver Salgueiro, considerando N° 34)



80. ¿A qué tipo de distinción se refiere la Corte Europea de Derechos Humanos? Dicho tribunal no lo dice en Salgueiro -un fallo de notable brevedad-, sino que se remite a lo razonado en el caso Hoffmann, cuyo párrafo 36 es citado puntualmente a propósito del tipo de discriminación que no resulta aceptable.
81. En Hoffman, la Corte Europea de Derechos Humanos acepta que en los juicios de custodia, dependiendo de las circunstancias del caso, los factores tenidos en consideración en el fallo impugnado al fundamentar su resolución—esto es, posibles efectos negativos de la religión de la madre en el niño, y entre ellos, el impacto en su vida social—puedan en sí mismos ser capaces de inclinar la balanza en favor de uno u otro padre (párrafo 33)⁴⁰.
82. Es decir, las consecuencias prácticas –en ése caso- de la fe de la madre ciertamente pueden afectar el interés del niño, y deben ser consideradas por los tribunales, pero para ello el tribunal debe basarse en los hechos y los efectos adversos que han sido acreditados, no en una mera valoración negativa de la fe de la madre.
83. Lo que la Corte Europea de Derechos Humanos repudia en el aludido párrafo 36 es: “*a distinction based essentially on a difference in religion alone*”.
84. La Corte Europea de Derechos Humanos califica doblemente esta frase, para no contradecirse con su anterior aserto. Como reconoció previamente, el análisis de las consecuencias en el caso concreto sí es procedente; lo que se prohíbe es una diferenciación basada *fundamental y únicamente* en diferencias religiosas.
85. Éste es el mismo criterio al que se remite la Corte Europea de Derechos Humanos en Salgueiro. En ambos casos, los tribunales nacionales partieron de un prejuicio (contra una religión determinada, o contra una orientación sexual), y sin demostrar ningún efecto negativo

⁴⁰ “[...] In assessing the interests of the children, the Supreme Court considered the possible effects on their social life of being associated with a particular religious minority and the hazards attaching to the applicant's total rejection of blood transfusions not only for herself but - in the absence of a court order - for her children as well; that is, possible negative effects of her membership of the religious community of Jehovah's Witnesses [...] [párr. 32]

- *This Court does not deny that, depending on the circumstances of the case, the factors relied on by the Austrian Supreme Court in support of its decision may in themselves be capable of tipping the scales in favour of one parent rather than the other*”. [párr. 33]



al bienestar de los niños en el caso concreto, “asumieron” (usando el término de la Comisión Europea en Hoffmann⁴¹) que los efectos negativos se producirían automáticamente.

86. En este sentido, y para finalizar, reiteramos lo expresado en la Contestación. La consecución de una causa social como es el avance hacia una sociedad más tolerante no puede extremarse por justa e importante que sea, al punto de mediatizar el bienestar de tres niñas de tan corta edad, entregándolas al cuidado del padre o madre que, con prescindencia de su orientación sexual, ofrecía objetivamente inferiores condiciones para garantizar su bienestar según los hechos concretos acreditados en el juicio de custodia.
87. Ello constituiría una violación a la regla de oro de la ética de los derechos humanos, al tratar como medios para un fin a aquellos seres que se consideran sujetos especiales de protección.
88. Un último motivo de discriminación aludido por las presuntas víctimas, en su escrito de argumentos, solicitudes y pruebas⁴², y por la señora Karen Atala, en su declaración en audiencia pública, es la visita extraordinaria practicada por el Ministro Lenin Lillo, de la Corte de Apelaciones de Temuco, al tribunal donde ejercía como jueza oral la señora Karen Atala, señalándose que la misma, se habría fundado exclusivamente, en los supuestos prejuicios que el pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco habría tenido respecto de su orientación sexual.
89. Es necesario hacer notar a esta Corte que, de acuerdo a la resolución de la propia Corte de Apelaciones de Temuco, de 9 de mayo de 2003, el fundamento del “severo llamado de atención” por parte del Pleno de dicho Tribunal fue: ***“la utilización de elementos y personal [del tribunal en que ella ejercía como juez] para cumplir diligencias decretadas por el Juez de Letras de Menores respectivo en una causa en la cual ella es una de las partes de la controversia”*** (fojas 89, el énfasis es nuestro). En base a esto, “se le encomienda que en el porvenir se abstendrá (sic) de incurrir en situaciones como la que se le representa” (fojas 89).
90. En efecto, a fojas 7 del expediente de Visita extraordinaria del Ministro Lenin Lillo, la Jueza Presidenta Subrogante del Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica (tribunal en el que a la época Karen Atala ejercía de jueza), doña Viviana Ibarra, expone al Ministro visitador que:

⁴¹ Comisión Europea, párrafos 87-104

⁴² p. 6 y ss., acápite “1) Investigación del Ministro Lenin Lillo del 17 de Marzo de 2003” (sobre la numeración de este escrito, nos remitimos a lo referido a pie de página N° 23)



*“(...) Fue informada personalmente por el señor Administrador del Tribunal sobre la queja recibida de parte de la funcionario señora Claudia Salazar Bastidas, Secretaria Ejecutiva, quien manifiesta en carácter de reservado, su preocupación por la tarea que le ha sido encomendada previamente por la señora Magistrado, J. Karen Atala Riffo”. “Dicha tarea consistía en transcribir, redactar e imprimir oficios a nombre del Juzgado de Letras y de Menores de Villarrica, en los cuales se pedían diligencias en la causa por Tuición, caratulada ROL N° 3485 López-Atala, en que dicho magistrado es parte litigante (...)”.*⁴³

Por esta razón, a fojas 10, el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco, con 19 de marzo de 2003, acuerda ampliar el plazo para la realización de las actuaciones del Ministro visitador en el Tribunal donde servía como jueza la señora Karen Atala.

91. En efecto, el informe del ministro Lillo, al pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco, contiene una serie de antecedentes graves que ameritaron el “severo llamado de atención” de dicho tribunal de alzada, tales como:
 - 1) La utilización, acreditada a través del testimonio de los funcionarios y jueces del Tribunal, de elementos y personal judicial para cumplir diligencias decretadas por el Juez de Letras y Menores de Villarrica. De esta forma, el ministro Lillo informa a fojas 45 sobre declaraciones contestes de diversos funcionarios del tribunal que indican que la señora Atala ordenó la confección de oficios utilizando los membretes del Tribunal de Letras y Menores de Villarrica, para ser evacuados en la misma causa donde ella era parte del juicio de custodia; hecho, que según consta en la declaración de la propia señora Atala, fue reconocido por ella. (fojas 46); y,
 - 2) La utilización indebida del sello del Tribunal, con el fin de alterar su fecha, para que la postulación de una persona, a un cargo en el Tribunal de Juicio Oral de Villarrica, se efectuara dentro del plazo legal, lo cual fue detectado por la Juez Presidenta del Tribunal. (fojas 49).
92. Como queda de manifiesto en el informe del ministro Lillo, en términos explícitos, “no [ha] está[do] en el ánimo de este Visitador emitir juicios de valor respecto de la inclinación sexual de la Magistrado Atala”, sino que por el contrario, de los cargos que dicho magistrado informó al Pleno de la Corte de Apelaciones, y que fueron recogidos por la Corte de Apelaciones de Temuco en su resolución de 9 de mayo de 2003, se desprende que el llamado de atención a la

⁴³ Acompañamos a esta presentación las piezas del expediente referidas a la denuncia antes señalada, así como el informe del ministro Lenin Lillo y la resolución del pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco.



señora Atala, no dice relación con su homosexualidad, sino que corresponde a denuncias y hechos constatados por el ministro Lillo, completamente ajenos a ésta.

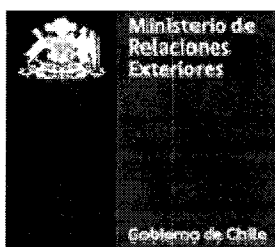
C. Presunta violación al derecho a la vida privada de Karen Atala (artículo 11.2 de la CADH) y a la vida privada y familiar de Karen Atala y sus hijas (artículos 11.2 y 17.1 de la CADH).

93. Los errores de fundamentación de la Comisión y las presuntas víctimas, con relación a estas materias, previamente individualizados en el acápite primero de este escrito, vuelven a empapar toda su argumentación y son nada menos que el sustento base de sus pretensiones.
94. En efecto, la Comisión y las presuntas víctimas nuevamente se sitúan en los siguientes supuestos: (i) que el único objeto del juicio de custodia era la declaración de inhabilidad legal de la madre; (ii) que las resoluciones cuestionadas estuvieron basadas en meros prejuicios sobre la orientación sexual de la madre; y, (iii) en su lógica restrictiva sobre el objeto del juicio de custodia (que atiende sólo a la variable de la habilidad de los progenitores, prescindiendo de las consideraciones sobre el ambiente familiar que ofrecían a las niñas), que no existió una evaluación objetiva de la capacidad del padre y la madre para el ejercicio de la custodia; todas consideraciones de hecho que son falsas.
95. Para hacernos cargo ordenadamente de sus alegaciones, seguiremos el orden propuesto por las presuntas víctimas que trata conjuntamente las presuntas violaciones al derecho a la vida privada de la señora Karen Atala (artículo 11.2 de la CADH) y al derecho a la vida privada y familiar de ésta y sus hijas (artículos 11.2 y 17.1).
96. Si dejamos de lado las consideraciones genéricas, y nos limitamos a los hechos concretos del caso, la Comisión funda la presunta violación al derecho a la vida privada de la señora Karen Atala en la supuesta interferencia del Estado al régimen de custodia existente, basada en prejuicios discriminatorios sobre su orientación sexual, y no en una evaluación objetiva de la capacidad de ambos padres para ejercer la custodia de sus hijas (párrafo 115).
97. En idénticos términos, la Comisión fundamenta la presunta violación al derecho a la vida privada y familiar de la señora Karen Atala y sus hijas, expresando que: la decisión de los tribunales chilenos y sus consecuencias constituyó una interferencia ilegítima y arbitraria en cuanto se abstuvieron de efectuar una evaluación objetiva de la capacidad del padre y la madre para cuidar a sus hijas, basando sus fallos en prejuicios discriminatorios sobre su orientación sexual (párrafos 122 y 123).



98. Por su parte, las presuntas víctimas, argumentando conjuntamente las presuntas violaciones al derecho a la vida privada de la señora Karen Atala (artículo 11.2 de la CADH) y a la vida privada y familiar de ésta y sus hijas (artículos 11.2 y 17.1), reiteran los mismos supuestos, expresiones que por economía procesal transcribimos a pie de página⁴⁴.
99. Destacamos sí que la Comisión reitera en su párrafo 114 que: “En el marco de un juicio de custodia puede ser necesario que una autoridad judicial examine aspectos de la vida privada de una persona, siempre que sean relevantes a fin de determinar la capacidad de los padres para ejercer la custodia de sus hijos, o que de esos aspectos de la vida privada pueda derivarse un riesgo respecto de aquellos”. El problema es que: “la orientación sexual de una persona, por sí sola, no es un criterio relevante para determinar su capacidad de ejercer la custodia de sus hijos, ni constituye un riesgo para los hijos”.
100. En la misma línea, las presuntas víctimas señalan: “En cada etapa en que procesalmente se intervino la única base de sustento fue el rechazo a priori de la identidad sexual de la madre (...) [el que] se basó en un prejuicio infundado de que los hijos de parejas del mismo sexo ven disminuido su bienestar emocional, físico y psíquico (...)”.
101. En las expresiones aludidas yace el meollo de la discusión. La Comisión y las presuntas víctimas—nuevamente— aceptan que con motivo del juicio de cuidado personal, los tribunales pueden (o más bien “deben”, según mandata la CADH en su artículo 17.4) examinar determinados aspectos de la vida privada de los progenitores si ello es relevante en el ejercicio de la custodia o —agregamos— el impacto que produce en el bienestar de las niñas.

⁴⁴ Así por ejemplo: (i) El juez Luis Humberto Toledo tomó la decisión (de conceder la custodia provisoria al padre) aún cuando no había ningún elemento que indicara la *inhabilidad* de la madre para cuidarla.” (Problema del objeto del juicio); (ii) “Tanto en la decisión de custodia provisoria, como en la sentencia del recurso de queja de la Corte Suprema, el *único* factor determinante para remover a las niñas de su ambiente familiar fue *la expresión de la orientación sexual* de la jueza Atala a través de su convivencia con la Sra. De Ramón.” (Falso. Ambas resoluciones estuvieron fundadas en el interés superior del niño en consecuencia evaluaron tanto la habilidad de ambos progenitores como el ambiente familiar que ofrecían a sus hijas, y dentro de éste contexto, el impacto que producía en su bienestar la expresión de la orientación sexual de su madre, pero siempre basada en los hechos que fueron acreditados y no en prejuicios) ; (iii) “La interferencia es arbitraria porque la *única justificación* es *la manifestación de la orientación sexual de la madre*, que forma parte de su identidad personal (...)” (ídem); (iv) “No hay justificación mínima de cómo la posible estigmatización de las niñas, *situación absolutamente hipotética para la que no había evidencia*, podía ser tan grave en el momento específico de la decisión de custodia provisoria como para quebrar abruptamente las relaciones de las menores de edad con su madre biológica (problema de la prueba).”



102. El juez no sólo tiene la facultad, sino la obligación, de evaluar todas y cada una de las condiciones y circunstancias concretas que determinen el interés superior del niño. De lo contrario, se está superponiendo el interés jurídico de un adulto por sobre el bienestar de las niñas.
103. El punto de divergencia es que, tanto la Comisión como las presuntas víctimas, parten del supuesto errado de que en el juicio de custodia de las niñas López Atala, no existió prueba sobre el impacto concreto y adverso que tuvo la expresión de la orientación sexual de la madre en su bienestar, ni sobre la habilidad de los padres. Según esta postura, en consecuencia el fallo constituyó un juicio a priori sobre la homosexualidad de la madre, a partir del cual, en base a prejuicios (no sobre hechos concretos), se asumió un posible impacto futuro pero inexistente a la fecha; lo que no justificaría la interferencia en la vida privada y familiar de la señora Karen Atala y sus hijas.
104. Nuevamente, la solución a esta discusión está en el análisis de la prueba del juicio de custodia y el tenor de las resoluciones objetadas, para luego identificar si el razonamiento de los tribunales chilenos se basó o no en los hechos concretos del caso o bien en meros prejuicios.
105. En lo pertinente a este capítulo, la Comisión y las presuntas víctimas realizan una apreciación errada, al atribuir la separación de la familia a la actuación de los tribunales chilenos⁴⁵.
106. En efecto, la disolución de la familia primitiva –constituida por los cónyuges y sus tres hijas– fue una decisión voluntaria de los progenitores motivada por sus propias desavenencias.
107. Ante esta situación, la labor de los tribunales chilenos fue justamente la contraria, esta es, respondiendo al requerimiento de las partes –de acuerdo al principio de la inexcusabilidad– resolver, según el interés superior de las niñas, qué nuevo núcleo familiar constituía un mejor sustento para su desarrollo.
108. En otras palabras, los tribunales chilenos no fueron quienes disolvieron la familia originaria; por el contrario, fueron los órganos a los cuales los propios padres recurrieron, luego de disuelta la familia primitiva, para decidir la custodia de las niñas y establecer qué nueva conformación familiar les garantiza un mayor bienestar.

⁴⁵ Párrafo 121 de la Demanda; y, páginas 15 a 17 del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (sobre la numeración de este escrito, nos remitimos a lo expresado a pie de página N° 23).



109. En un juicio de custodia, los hijos, salvo acuerdo de los padres, sólo uno de ellos puede conservar la convivencia con las niñas. Considerar que la vida familiar es sólo la de la madre con sus hijas, y que otorgarle la custodia al padre es “destruir una familia”, es ignorar la polisemia del concepto moderno de familia y la posibilidad de que ésta se configure por el padre y sus hijas, además de una discriminación de género, anacrónica y contraria a todo principio de igualdad de sexo⁴⁶, tanto respecto del hombre al privarle del cuidado de sus hijos en caso de separación, como hacia la mujer, al reducirla fundamentalmente a la función del cuidado de los mismos.
110. La Comisión termina, en su tendencia hacia las generalizaciones en lugar del examen concreto del caso, con la siguiente afirmación: “El fallo de la Corte Suprema es un mensaje hacia las niñas [de madre homosexual, cualquiera sea] de que su madre no es apta para cuidarlas, a pesar del amor y la seguridad que halla en el hogar y que la sociedad no las aceptará como hijas de una madre lesbiana” (párrafo 116). Esta aseveración es falsa.
111. Por el contrario, si a partir de los hechos concretos del caso hubiera que hacer una generalización sobre el mensaje que el fallo de la Corte Suprema envía a la sociedad, este sería: ante los tribunales chilenos, en los juicios de custodia –y de acuerdo al corpus juris internacional de protección de los niños- el interés del niño es superior al de los padres y, en consecuencia, la decisión de custodia sólo atenderá a la determinación del padre o madre que, según los hechos concretos del caso, garantiza un mayor bienestar a sus hijos o hijas; sin establecer preferencias basadas en consideraciones abstractas de géneros y roles, o entre un tipo de familia, constituida por la madre y sus hijos o hijas, por sobre otro, constituida por el padre y sus hijos o hijas.
112. La inexistencia de un concepto unívoco de familia para estos efectos fue un asunto donde los peritos se manifestaron contestes durante la audiencia pública ante esta Corte, en el sentido de considerar que tanto el padre como la madre representaban en este caso una “familia”, merecedora de igual protección y trato⁴⁷.

⁴⁶ El artículo 17.4 de la CADH establece el deber de los estados partes, ante la disolución del matrimonio, de asegurar de asegurar la igualdad de derechos de los cónyuges y la adecuada equivalencia de sus responsabilidades.

⁴⁷ En este sentido se expresaron el perito Emilio García-Méndez (minuto 04:20 de la 8va parte del video oficial de la audiencia pública) y la perita Allison Jernow (minuto 01:20 de la 19a parte del video oficial de la audiencia pública). Ambas grabaciones están disponibles en <http://vimeo.com/corteidh/videos>. [Fecha de última visita: 23 de septiembre de 2011]



D. Presunta violación a los derechos del niño y a la igualdad de derechos de los cónyuges después de la disolución del matrimonio (artículos 19 y 17.4 de la CADH).

113. Como se viene reiterando, estas dos acusaciones, si bien diferentes, son fundamentadas por la Comisión y las presuntas víctimas en el supuesto actuar arbitrario de los tribunales chilenos, los que al resolver sólo se habrían basado en los prejuicios personales de los magistrados.
 114. La Comisión sostiene sobre el derecho a la igualdad de los cónyuges tras la disolución del matrimonio que, a la luz del artículo 17.4 de la CADH, el Estado chileno incumplió su deber de balancear adecuadamente las responsabilidades y derechos respectivos al hacer uso de criterios discriminatorios y fundar su decisión en prejuicios y estereotipos sobre las personas homosexuales (párrafo 128). Agrega, sobre los derechos del niño, que la Corte Suprema no protegió el interés de las niñas, al separarlas de forma arbitraria, permanente e irreparable de su madre, sin existir evidencia cierta de daños a su bienestar (párrafo 131).
- Las mismas ideas están expresadas en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de las presuntas víctimas⁴⁸.
115. El Estado de Chile estima que ambas acusaciones resultan refutadas desde el momento en que se ha demostrado que dicha sentencia no nace de una discriminación en razón de la orientación sexual, sino del análisis de los hechos concretos que se acreditaron en el juicio de custodia.
 116. En este sentido, las presuntas víctimas han sostenido, por medio de la cita aislada de los considerando 16°, 17° y 18° de la sentencia de la Corte Suprema, que ésta no aplicó el derecho a hechos concretos e indubitados, sino a meras suposiciones sobre un daño eventual que sufrirían las niñas.
 117. Sin embargo, nada dicen acerca de los considerandos 13°, 14° y 15°, los que dan cuenta que a juicio de la Corte Suprema existió falta o abuso grave, en tanto los tribunales inferiores en

⁴⁸ Dicen las presuntas víctimas: “La Corte Suprema no falló este caso tomando en cuenta el interés superior de las menores sino basándose simplemente en su desaprobación de la orientación sexual de la madre” (p. 24, párrafo final); “Los argumentos que esgrime la Corte se basan en eventualidades y hechos futuros inciertos” (p. 25); “(...) el razonamiento de la Corte Suprema se aleja de lo que se exige a los tribunales de un Estado, que es fallar aplicando el derecho a los hechos concretos, no indubitados y no en base a supuestos (...)” (p. 26, párrafo primero). (Sobre la numeración de este escrito nos remitimos a lo expresado a pie de página N° 23).



contravención a la ley reguladora de la prueba, no ponderaron los medios de prueba en su conjunto -que la Corte Suprema, según el propio fallo, sí tuvo a la vista-, adscribiendo sin más a los informes periciales que simplemente apuntaban a descartar la incapacidad de las mujeres homosexuales para cumplir con los deberes propios de la custodia de las hijas, prescindiendo de la prueba concreta que daba cuenta del deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las niñas desde que la madre empezó a convivir con su pareja homosexual.

118. En cuanto al derecho de las niñas a ser oídas por la autoridad judicial, en los asuntos que les afecten, no es un hecho controvertido de la causa el que los tribunales de instancia, que representan la oportunidad procesal para realizar este tipo de actuaciones judiciales, escucharon en más de una oportunidad la opinión de las niñas, las que en principio no manifestaron preferencia alguna respecto de su padre o madre. Sólo en la última entrevista, realizada con posterioridad a la decisión de custodia provisoria a favor del padre, las dos niñas menores señalaron su deseo de volver a vivir con su madre, y en el caso de la mayor, se detectó una leve preferencia por la figura materna.⁴⁹
119. De esta forma, queda claro que no es efectivo que el Juzgado de Letras de Villarrica, al resolver sobre la custodia provisoria, no haya oído a las niñas. A este respecto, resulta pertinente recordar que, como bien señaló en la audiencia pública el perito Emilio García Méndez, el derecho a ser oído en ningún caso implica que la autoridad o el tribunal deban necesariamente seguir los deseos del niño o niña.
120. Ahora bien, en el contexto del conocimiento de un medio de impugnación extraordinario, como es el recurso de queja, no existe la oportunidad procesal para reiterar las declaraciones de las niñas, y ello es innecesario en vistas al debido proceso.
121. Desde la perspectiva del interés y la protección de las niñas es contraproducente, además de innecesario, exigirles que vuelvan a declarar en el mismo procedimiento sobre la separación de sus padres y su deseo de vivir con uno de ellos, aumentando así su grado de victimización.
122. Por otro lado, el principio del reconocimiento de la autonomía y la subjetividad de las niñas en ningún caso implica o puede ser asimilado a la posibilidad de imponerles la responsabilidad final de decidir sobre sus destinos.

⁴⁹ En este sentido el Informe pericial de la profesora Leonor Etcheberry, p. 5.



123. En su lugar, se reconoce la necesidad de proveer a las niñas todas las herramientas que sean necesarias para que vayan adquiriendo protagonismo en los ámbitos relacionados con su vida familiar, escolar y comunitaria, como sujeto de su propio proceso de formación en el camino de la adquisición de su autonomía personal, pero sin llegar a desatender los límites que derivan de su condición de persona en desarrollo.
124. Cuando entra en colisión la opinión del niño, niña o adolescente y sus deseos con su “interés superior”, entendido como la satisfacción de todos los derechos que a ellos les corresponden en su calidad de persona, sin que sea posible su compatibilidad, deberá necesariamente privilegiarse su interés por sobre sus deseos, pues de lo contrario quedaría sin sustento el régimen especial de protección del que gozan por su condición de “persona en desarrollo”, dejando librado su proceso de maduración y desarrollo a su propio arbitrio⁵⁰.
125. La misma conclusión anterior fue señalada por el perito Emilio García-Méndez, al señalar durante su peritaje que la opinión de los niños no es absoluta, y que la calificación de su madurez debe ser resulta en el caso concreto, agregando que, es una “falacia” pensar que la opinión de los niños deba ser seguida de manera automática y obligatoria por las autoridades o sus padres⁵¹.
126. Esta conclusión se ve reforzada cuando por la corta edad de las niñas –al año 2003: 8, 4 y 3 años-, y según el parecer de la doctrina, no es posible sostener de modo irrefutable que las niñas tenían la capacidad de emitir una opinión propia y razonada.
127. En este sentido, sin perjuicio que, como ya hemos señalado, las niñas sí fueron oídas por los jueces de la instancia, y la Corte Suprema tuvo a la vista dichos antecedentes, resulta pertinente señalar que la misma señora Karen Atala reconoció no haber consultado la opinión de sus hijas cuando unos meses antes (noviembre de 2002), decidió llevar a vivir a su pareja a la casa en que vivía con sus hijas, por estimar que dada la corta edad de las niñas y su escasa

⁵⁰ Juzgado de Familia de 4° Nominación de Córdoba. “L.S.F. y A.C.P. Divorcio vincular”, 6 de agosto de 2003; Considerando VI.

⁵¹ Las afirmaciones del perito García-Méndez, citadas en este párrafo, pueden ser revisadas a contar del minuto 7:55 de la 7ma parte del video oficial de la audiencia pública de este caso, disponible en <http://vimeo.com/28422831> [Fecha de última visita: 23 de septiembre de 2011]



capacidad de discernimiento estaban inhabilitadas para requerirles una opinión o un parecer propio⁵².

E. Presunta violación al derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 de la CADH).

128. La Comisión sostiene, sin mayor fundamento, que las autoridades judiciales chilenas, en la tramitación del procedimiento de custodia de las niñas, violaron el debido proceso previsto en el artículo 8.1 de la CADH, y específicamente la garantía a la imparcialidad del tribunal al sustentar sus decisiones en prejuicios discriminatorios, los que se evidenciaron en el balance objetivo que hicieron de los argumentos de las partes (párrafo 143).
129. Sobre la sentencia de queja -sostienen sin más- que los prejuicios discriminatorios quedan en evidencia de la lectura de la sentencia de la Corte Suprema (párrafo 144); y sobre la resolución de custodia provisoria, simplemente invocan la siguiente declaración: “aunque no existen indicadores de inhabilidad legal de la madre, en el contexto de una sociedad “heterosexuada y tradicional” los argumentos del sr. López cobran especial importancia” (párrafo 145).
130. En cuanto a las alegaciones vertidas respecto de la resolución de custodia provisoria, de la cita señalada en el párrafo anterior queda en primer término nuevamente en evidencia la interpretación restrictiva que los peticionarios han dado al objeto del juicio de custodia, reduciéndolo a un mero examen de inhabilidad del padre o madre que tiene la custodia personal del niño, y los problemas que esta interpretación genera. En segundo lugar, si se lee conjuntamente con los otros considerandos del fallo, especialmente el octavo, que da cuenta de los hechos que se acreditaron y que sirven de sustento a la resolución, podrá apreciarse sin problemas que lo que fue importante o decisivo para el juez no es el argumento de la homosexualidad *per se*, sino los efectos concretos y acreditados que se estaban produciendo en el bienestar de sus hijas.
131. Por su parte, las presuntas víctimas sostienen, primero, que la garantía a un tribunal imparcial se vulneró cuando la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la orden de no innovar en

⁵² La respuesta íntegra de la señora Karen Atala a la pregunta N° 38 del pliego de absolución de posiciones de fojas 264 y ss. del expediente de custodia definitiva es la siguiente: “38. *Que diga la absolvente como es efectivo que ud. no tomó el parecer de sus hijas, en especial de [REDACTED]; para llevar su pareja lésbica a vivir con Ud.?*”, la señora Atala respondió: “*No es efectivo, ninguna de mis hijas me comentó ni me preguntó de porque mi amiga Emma, como la entienden ellas, vive con nosotras. Las niñas atendida su corta edad y su poca capacidad de discernimiento no están capacitadas a este respecto para requerírsele una opinión o parecer. En tal sentido sería efectivo lo que se pregunta*”.



circunstancias que la sala que conocía de la solicitud estaba integrada por dos Ministros que, por haber emitido un juicio previo en el caso, se encontraban “legalmente impedidos” de actuar. Esta aseveración es incorrecta.

132. Según la ley procesal chilena, la garantía de la imparcialidad se protege por medio de las causales de impugnancia y recusación. El hecho que un ministro haya emitido un juicio previo sobre un asunto pendiente, y con conocimiento de éste, es causal de recusación según el artículo 196 N°10 del Código Orgánico de Tribunales.
133. Las causales de recusación, en contraste con aquellas de impugnancia, son causales de inhabilidad de orden privado y por tanto pueden ser renunciadas por las partes, incluso en forma tácita si no es reclamada oportunamente. Dichas causales solo proceden a petición de parte, quedando el juez inhabilitado solamente cuando habiéndose alegado la causal de recusación por alguna de las partes, ésta ha sido declarada por el tribunal competente o bien su declaración se encuentra pendiente.⁵³
134. En consecuencia, tal como se declaró en su oportunidad, no es efectivo que la respectiva sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, al dictar la resolución que confirmó la orden de no innovar, haya estado integrada por dos Ministros legalmente impedidos de actuar, pues no habiéndose invocado la causal de inhabilidad, se entiende que aquella parte que podía invocarla renunció al ejercicio de su derecho. Por lo tanto, en este caso, la defensa de la señora Karen Atala, al no recusar a alguno de los Ministros en la oportunidad pertinente, renunció tácitamente a este derecho procesal, no existiendo por ello la supuesta inhabilidad alegada por las presuntas víctimas. A mayor abundamiento, cuando la apelación a la sentencia definitiva de custodia subió a la Corte de Apelaciones de Temuco, el Ministro Lenin Lillo, por decisión propia, se inhabilitó de participar en la vista de dicha causa, por haber realizado previamente la visita al Tribunal de la señora Karen Atala.
135. En segundo lugar, las presuntas víctimas alegan que la Corte Suprema, en el conocimiento del recurso extraordinario de queja, “abusó” del mismo, dándole una “utilización antojadiza”.
136. Según las presuntas víctimas, la Corte Suprema en el conocimiento y fallo del recurso de queja, se extralimitó en sus facultades: (A) al acoger el recurso extraordinario de queja por una

⁵³ La impugnancia es una causal de inhabilidad de orden público, que no pueden ser renunciada por las partes, y deben ser declaradas *de oficio* o a petición de parte. En este caso el tribunal queda inhabilitado por la sola concurrencia de la causal de impugnancia, y si el tribunal legalmente implicado falla, comete delito de prevaricación.



causal no establecida en la ley y dictando ella misma la sentencia de reemplazo; y, (B) al actuar como un tribunal de instancia, revisando cuestiones de hecho y derecho.

137. En cuanto a la primer objeción (A), que podemos sub-clasificar en dos, en lo relativo a la supuesta extralimitación de la Corte Suprema, al proceder, luego de constatar la falta o abuso grave, a invalidar la sentencia impugnada para luego dictar una sentencia de reemplazo, debemos aclarar que la naturaleza jurídica del recurso de queja, según el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, es como señala el profesor Roberto Munita, un recurso de naturaleza mixta⁵⁴. Es decir, no es sólo una acción disciplinaria en contra del juez que la pronuncia, sino un recurso propiamente tal, pues por su intermedio es posible modificar, enmendar y/o invalidar la resolución impugnada en todo aquello que sea necesario para corregir la falta o abuso.
138. La doctrina ha expresado que “el Tribunal superior en el conocimiento de un recurso de queja tiene amplias facultades para los efectos de dictar la resolución que estime necesaria para poner pronto remedio al mal que motivó su interposición, pudiendo al efecto invalidar, modificar o enmendar la resolución en que se cometió la falta o abuso”⁵⁵. Entre otras posibilidades, “el Tribunal podrá anular la sentencia y dictar otra en su reemplazo, anular el procedimiento en que se hubiera dictado, o modificar total o parcialmente la resolución”⁵⁶.
139. De esta forma, queda establecido de modo irrefutable que la Corte Suprema no se extralimitó en el ejercicio de sus facultades, ni abusó de las mismas, cuando tras declarar la efectividad de la falta o abuso grave, acogiendo el recurso de queja, resolvió invalidar la resolución impugnada dictando en su lugar una sentencia de reemplazo.
140. A su vez, la alegación relativa a que el recurso de queja se acogió en razón de una causal no prevista en la ley, nos obliga a reiterar los presupuestos de procedencia del mismo, los que nuestra doctrina clasifica en presupuestos de forma y de fondo.

⁵⁴ MUNITA HERRERA, Roberto (1968): *Estudio crítico sobre el Recurso de Queja* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p.73.

⁵⁵ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian (2010): *Los Recursos Procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 398 y 399.

⁵⁶ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian (2010): *Los Recursos Procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 399.



141. Los presupuestos de forma del recurso de queja, que tienen su origen en la ley N°19.374, que tuvo por objeto establecer el carácter excepcional del recurso de queja, y que en el caso en cuestión sí se cumplían, dicen relación con: (i) la naturaleza jurídica de la resolución, siendo sólo procedente contra sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación; y, (ii) su incompatibilidad con la interposición de otros medios de impugnación, tanto ordinarios como extraordinarios.
142. En efecto, la resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco, que conoció el caso en segunda instancia, y en contra de la cual se interpuso el recurso de queja, tiene la naturaleza jurídica de una sentencia definitiva, en los términos del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil de Chile, pues “pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”.
143. Por su parte, en cuanto al segundo requisito de forma, el artículo 37 de la Ley de Menores establecía que, en los procedimientos sobre menores, los únicos medios de impugnación eran los recursos de reposición, apelación y queja. Luego, ante la improcedencia de los recursos de reposición y apelación, en razón de la naturaleza jurídica de la resolución (el primero) y la instancia (el segundo), el recurso de queja era el único medio de impugnación procedente, dándose así cumplimiento al presupuesto en comento.
144. Por último, en cuanto al presupuesto de fondo, la causal del recurso de queja es la falta o abuso grave, la que en el caso en cuestión se constituye por a) la contravención formal a la ley reguladora de la prueba, al prescindir de determinados medios de prueba que la ley declara procedentes; b) la errónea interpretación de la ley al limitar el objeto del juicio de custodia a la mera declaración de inhabilidad de la madre; y c) la falsa apreciación de la prueba al preferir la prueba abstracta o general de frente a la prueba sobre hechos concretos.
145. Conforme a la normativa nacional, el objeto del juicio de custodia está constituido por la determinación de aquel de los padres que ofrece mejores condiciones de bienestar al hijo o hija, y por ende, no puede ser entendido como la mera verificación de la existencia o inexistencia de inhabilidad por parte de alguno de ellos para ejercer la custodia. En este contexto, aun cuando el padre o madre que detenta la custodia no sea inhábil, podría determinarse que la custodia sea entregada al otro de los padres cuando éste ofrece mejores condiciones de bienestar para el hijo o hija.
146. Como lo han señalado de manera conteste los peritos presentados por la Comisión y las presuntas víctimas, en los juicios de custodia, para la determinación del interés superior del



niño, debe preferirse la prueba sobre hechos concretos relativos a su ambiente familiar, y no los antecedentes teóricos o hipotéticos de carácter general.

147. Justamente aquí, dada las características de los conflictos de familia, yace la importancia de los testimonios de personas cercanas al núcleo familiar, recogidos en primera y segunda instancia, que daban cuenta del deterioro sufrido por las niñas en su ambiente social, familiar y educacional; y es precisamente su omisión la circunstancia que la Corte Suprema establece como falta o abuso grave.
148. Sobre la segunda objeción dada con relación al recurso de queja (B), relativa a la supuesta actuación de la Corte Suprema como tribunal de instancia, no es efectivo que en el conocimiento y fallo del referido recurso por infracción a la ley reguladora de la prueba, la Corte Suprema haya actuado como tribunal de instancia, pues la instancia está dada por la revisión de todos los antecedentes de hecho y derecho. Si bien lo ordinario es que en el conocimiento de un recurso extraordinario sólo el derecho sea susceptible de ser modificado, en lo pertinente a la causal invocada que causó agravio en el recurrente, tanto en Chile como en el derecho comparado, la infracción de la ley reguladora de la prueba es el caso típico en el cual los hechos establecidos, en lo pertinente, necesariamente serán modificados, y consecuentemente, el derecho sustancial.
149. En efecto, nadie discute en el derecho procesal chileno que el recurso de casación en el fondo, al igual que el recurso de queja, es un medio de impugnación extraordinario, no constitutivo de instancia, aun cuando por su intermedio sea posible modificar los hechos que han sido establecidos y consecuentemente el derecho, si la infracción de ley que se impugna es justamente la ley procesal que regula la prueba; y en este caso, el legislador establece en términos preceptivos que, conjuntamente a la resolución que invalida la resolución en cuestión, la Corte Suprema debe dictar la respectiva sentencia de reemplazo.
150. En último término, el fundamento de la Comisión a la presunta violación al artículo 25.1 de la CADH radica en que en el ordenamiento jurídico nacional no existiría un medio de impugnación, capaz de revertir la supuesta vulneración de derechos generada por la sentencia de queja de la Corte Suprema. Esta aseveración es errónea, por cuanto para que se afecte el derecho al recurso en contra de una resolución judicial, es fundamental que se acredite la existencia de una violación al debido proceso con motivo de su dictación, sin que exista un medio de impugnación a disposición de la parte agraviada, cualquiera sea este, por el cual sea posible revertir la supuesta vulneración de derechos fundamentales.



151. Sin perjuicio de no existir, en la dictación de la sentencia de queja por la Corte Suprema, ninguna violación al debido proceso, no procede tampoco estimar afectado algún derecho, pues la referida sentencia, al no producir cosa juzgada material o sustancial, sino sólo formal, no ha estado ni estará revestida del efecto de la inmutabilidad. En consecuencia, la señora Karen Atala ha tenido y tendrá la posibilidad de impugnarla por la vía interna, entablando una nueva acción para obtener la custodia de las niñas alegando un cambio en las circunstancias de hecho. Incluso, aun cuando ningún presupuesto se vea alterado, el propio crecimiento de sus hijas podrían hacer nacer requerimientos y necesidades que determinen que el interés superior de las niñas precisa un cambio en el régimen de custodia.

F. Principios de la deferencia y del consenso de los estados miembros.

152. La Comisión ha hecho presente que este será el primer caso en que la Corte se pronunciará sobre “la discriminación con base en la orientación sexual bajo la Convención Americana” (párrafo 4). En ese contexto, el Estado de Chile cree necesario hacer presente una serie de conceptos ya aplicados en el Derecho Comparado de los Derechos Humanos, que deberían ser tomados en cuenta al sentar jurisprudencia, por primera vez, en ámbitos en que existe un debate aun no resuelto.
153. Un objetivo común de los tribunales internacionales de derechos humanos es desarrollar la tutela de esos derechos, interpretando los tratados como instrumentos vivos, ampliando así su protección.
154. No obstante lo anterior, la expansión del alcance de un tratado reconoce ciertos límites. La CADH es un instrumento que establece determinadas obligaciones para los Estados miembros, y expandir esas obligaciones más allá del consentimiento original de los Estados es un ejercicio sensible que debe llevarse a cabo con prudencia.
155. En este sentido, existen tres razones para estimar prudente extender la interpretación de la CADH a criterios nuevos, si y solo si se cuenta con un consenso político mínimo de los Estados miembros.
156. Primero, es importante destacar que la CADH establece un piso de protección que todos los Estados deben cumplir. Bajo esa premisa, se debe reconocer una autonomía a los Estados para definir e implementar, dentro del marco de los estándares internacionales, las medidas y políticas que estime adecuadas para asegurar la protección de los derechos humanos. La Corte



y la CADH deben respetar este espacio a los Estados miembros, y evitar así un rol excesivamente normativo.

157. Una interpretación en este sentido no haría más que asumir adecuadamente la “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria [de la protección internacional] de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, según reza el mismo preámbulo de la CADH.
158. Segundo, el sistema requiere de la credibilidad y la confianza de los Estados miembros⁵⁷. Una relación de confianza recíproca puede ser afectada si la Corte toma un rol demasiado regulador, sin otorgar consideración al sentir mayoritario de los Estados. En suma, se trata de preservar un espíritu de cooperación y diálogo, esenciales para asegurar la eficacia del sistema.
159. Tercero, al suscribir la CADH, los Estados miembros consintieron en obligarse por sus disposiciones. Si bien la interpretación jurídica puede ser flexible y el lenguaje de los derechos humanos reconoce su desarrollo progresivo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían.
160. De ser necesario ampliar el alcance del tratado, en materias en que no existe un consenso mínimo, la misma CADH establece un procedimiento para la incorporación de protocolos que protejan otros derechos (art. 77).
161. La experiencia europea en este ámbito sí es relevante, pues la Corte Europea de Derechos Humanos ha debido lidiar con esta tensión en numerosos casos elaborando al respecto una doctrina de la deferencia consistente, denominada “margen de apreciación”, donde su criterio central es la existencia de un consenso europeo. De este modo, la Corte Europea de Derechos Humanos impone nuevas exigencias sólo cuando nota que existe un consenso entre los Estados miembros, expandiendo el ámbito y la protección de los derechos humanos de acuerdo a las nuevas circunstancias, y no lo hace cuando no se acredite dicho consenso mínimo, evitándose incurrir en los problemas referidos en los párrafos anteriores.

⁵⁷ Así lo han reconocido distintos comentaristas del sistema europeo. Por ejemplo D.J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates, y C.M. Buckley en *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009 p. 9.



162. En particular, en materias relacionadas con la orientación sexual, que no se encontraban en el horizonte de los Estados cuando suscribieron estas convenciones de derechos humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sido particularmente cuidadoso de verificar la existencia de un consenso mínimo entre los Estados miembros.
163. De este modo, en *Dudgeon v. United Kingdom*⁵⁸, por la penalización de actos homosexuales; en *Smith and Grady v. United Kingdom*⁵⁹, y en *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom*⁶⁰; ambos por la prohibición absoluta de incorporar en las fuerzas armadas a personas homosexuales; y, en *L. y V. v. Austria*⁶¹ y en *S.L. v. Austria*,⁶² ambos por la existencia de edades distintas para consentir una relación sexual entre personas del mismo sexo y personas de distinto sexo, la Corte Europea de Derechos Humanos realizó un importante análisis del consenso en los Estados miembros, y sólo tras dicha constatación, declaró la existencia de una violación a los derechos humanos en cada caso.
164. En las sentencias *Smith and Grady* y *Lustig-Prean and Beckett*, ambos contra el Reino Unido, la Corte Europea de Derechos Humanos declaró:
- “[La Corte] toma nota de la evidencia presentada en las cortes nacionales con respecto a que los países que tienen una prohibición absoluta de incorporar homosexuales en las fuerzas armadas son ahora una pequeña minoría. Aun cuando sea reciente, la Corte no puede hacer caso omiso de la extendida evolución en las visiones y cambios legislativos que tienen lugar en los estados miembros”. (*Smith* 104, *Lustig-Prean* 97)
165. Mismas consideraciones se reiteran en *Dudgeon v. United Kingdom*⁶³; y, en *L. y V. v. Austria* y *S.L. v. Austria*⁶⁴.

⁵⁸ *Dudgeon v Reino Unido* (App no 7525/76) (1982) 4 EHRR 149.

⁵⁹ *Smith and Grady v Reino Unido* (App no 33985/96 and 33986/96) (2000) 29 EHRR 49.

⁶⁰ *Lustig-Prean and Beckett v Reino Unido* (App nos 31417/96 and 32377/96) (2000) 29 EHRR 548.

⁶¹ *L and V v Austria* (App nos 39392/98 and 39829/98) (2003) 36 EHRR 55.

⁶² *SL v Austria* (App no 45330/99) (2003) 37 EHRR 39.

⁶³ Así en el párrafo 60 de su fallo, la Corte Europea sostuvo que: “en la gran mayoría de los estados miembros del Consejo de Europa ya no se considera necesario o apropiado tratar las prácticas homosexuales del tipo ahora cuestionadas como en sí mismas capaces de constituir una materia a la que se deba aplicar el derecho penal”.



166. Por el contrario, la Corte Europea de Derechos Humanos cuando no constató el referido consenso, resolvió no extender su interpretación sobre el alcance de la protección contra la discriminación por orientación sexual, desestimando la respectiva violación a los derechos humanos, como aconteció en *Fretté v. Francia*⁶⁵, por el rechazo a una solicitud de adopción fundado en la orientación sexual del peticionario, y en el reciente fallo *Schalk y Kopf v. Austria*⁶⁶, por la restricción del matrimonio sólo a parejas heterosexuales.
167. Así, en *Fretté v. Francia*, la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que: “No es posible encontrar principios uniformes, en los ordenamientos sociales y jurídicos de los estados miembros, sobre estos asuntos sociales respecto de los cuales las opiniones en una sociedad democrática pueden diferir considerablemente. La Corte considera que es bastante natural que las autoridades nacionales, cuyo deber en una sociedad democrática es también considerar, dentro de los límites de su jurisdicción, los intereses de la sociedad en su conjunto, gocen de un margen de apreciación amplio cuando deban legislar sobre estas materias. Dado que están en contacto directo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades nacionales están, en principio, en mejor pie que una corte internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales. Dado que los delicados asuntos que este caso presenta tocan, en consecuencia, áreas en las que existe escaso consenso entre los Estados Miembros del Consejo de Europa, y en términos generales, la ley está en un estado transicional, se debe

⁶⁴ En estos casos la Corte Europea dijo: “En el presente caso... existe un creciente consenso europeo en aplicar iguales edades de consentimiento para relaciones heterosexuales, lesbianas, u homosexuales” (L y V párrafo 50, ver también SL párrafo 42).

⁶⁵ *Fretté v Francia* (App no 36515/97)(2004) 38 EHRR 21.

⁶⁶ *Schalk and Kopf v Austria* (App no 30141/04) 24 junio 2010.

La Corte Europea estimó que no se viola la Convención Europea al restringir el matrimonio sólo para parejas heterosexuales, pues notó que “(...) no hay un consenso europeo respecto del matrimonio de personas del mismo sexo” (párrafo 58), lo que distinguía este caso de la jurisprudencia de la corte en materia de matrimonio de transexuales, en la que la Corte Europea sí expandió el alcance de la Convención tan pronto como existió un indicio de consenso (y rechazó todas las peticiones de declarar una violación a la convención mientras ello no ocurrió) (párrafo 59).

Asimismo, la Corte Europea señaló: “[L]a Corte observa que el matrimonio tiene una connotación social y cultural profundamente arraigada, la cual puede diferir bastante entre una sociedad y otra. La Corte reitera que no puede apresurarse a sustituir el juicio de las autoridades nacionales por el suyo propio; las autoridades nacionales están mejor situadas para evaluar y responder a las necesidades de su sociedad (ver *B. and L. v. the United Kingdom*, citado arriba, § 36).” (Párrafo 62).



otorgar un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada estado.” (Frétte, párrafo 41).

168. Queda claro que la Corte Europea de Derechos Humanos realiza un análisis comprensivo y respetuoso de las democracias nacionales ubicadas bajo su jurisdicción, en un proceso de diálogo que permite por un lado, aumentar el ámbito de protección de los derechos humanos, y por otro, hacerlo respetando las decisiones internas propias de las sociedades democráticas de los Estados miembros.
169. La Corte Interamericana tiene buenas razones para seguir el razonamiento de su par europeo, dado que los fundamentos de la Corte Europea de Derechos Humanos para tener una doctrina de deferencia basada en el consenso europeo, aplican también al sistema latinoamericano, particularmente cuando sus Estados miembros comparten un compromiso fundamental con la democracia y la plena vigencia del Estado de Derecho que no difiere al de sus pares europeos.
170. Sin perjuicio de existir algunas sentencias sobre estos temas⁶⁷, es claro que no se puede sostener que estemos frente a un consenso interamericano respecto de cómo evaluar los juicios de custodia cuando tocan materias como las que conciernen a este caso.
171. Considerando lo expuesto, se estima que en este caso se dan las condiciones para que la Corte Interamericana ejerza este principio de la deferencia a la hora de definir obligaciones de carácter normativo en temas que no suscitan un consenso mínimo.

G. Inexistencia de la categoría sospechosa alegada al momento de ocurrida la supuesta violación de la CADH

172. En este contexto, cabe resaltar que la orientación sexual no era una categoría sospechosa de la cual hubiese un consenso durante el año 2004. En relación a esta materia, el profesor Robert Warren Wintemute insistió en su peritaje sobre la importancia del consenso entre los Estados, para la expansión del contenido de los derechos fundamentales en tratados internacionales. En este mismo sentido, se expresa en su escrito de amicus curiae el

⁶⁷En los juicios de custodia bien es posible sostener, como hizo la Corte Suprema de New Jersey en el caso *M.P. v S.P.*, que en la consideración del interés superior del niño los efectos de la orientación sexual del padre o madre no deben ser atendidos por el tribunal y que los hechos difíciles deberán ser enfrentados por los niños, pues son asuntos que escapan al control de las cortes y en donde existe muy poco que ganar al crear un mundo artificial, donde los niños puedan soñar que la vida es diferente a lo que en realidad es (at. 436)



catedrático Jean Monet de Derecho de la Unión Europea, el profesor José Ignacio Martínez Estay.

173. El perito Uprimny, ofrecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que desde el 2009 existiría un consenso en el sistema interamericano en orden a reconocer a este factor como una categoría sospechosa de discriminación. Por esta razón, en el evento de considerar que la conducta de la Corte Suprema en el año 2004 podría ser vista como discriminatoria, no resultaría procedente exigirle pasar un test de escrutinio estricto para una categoría en la cual el consenso interamericano es reciente, como señaló dicho perito.
174. En este punto, el Estado de Chile quiere llamar la atención sobre la importancia del interés superior del niño y su posible vulneración cuando se ve enfrentado a una “categoría sospechosa”. Dado el carácter especial del derecho de familia, donde el objeto central es la protección del mejor interés del niño, niña o adolescente, el establecimiento de una “supercategoría sospechosa”, como sería en este caso la orientación sexual de uno de los padres u otras similares, puede terminar por girar el centro de un juicio de familia a la consideración prioritaria de los derechos de los padres en desmedro del bien superior del niño en el caso concreto, vulnerando con ello el texto del artículo 17.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala, en lo pertinente, que: “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.”
175. A mayor abundamiento, en la medida en que el texto expreso de la Convención dispone que la “base única” de la decisión en materia de cuidado personal debe ser el interés superior de los niños, en el contexto de un juicio de custodia, al determinar el juez si es el padre o la madre quien mejor satisface el interés del niño en el caso concreto, de acuerdo a los antecedentes que dispone, la búsqueda de este mejor interés del niño es una “necesidad imperiosa”, como bien señaló el perito Uprimny, que hace ceder cualquier pretensión de los padres a este respecto.
176. Asimismo, en relación a la “adecuación” que deben tener las medidas de los Estados para que no sean consideradas discriminatorias, basta para satisfacer el test de ponderación propuesto por dicho perito el haberse acreditado en la causa la situación de daño sufrido por las niñas.



H. Sobre la improcedencia de las eventuales medidas de reparación y no repetición solicitadas.

177. El Estado de Chile estima que, en atención a todo lo aquí expuesto, no resultan procedentes las medidas de reparación y no repetición solicitadas por las presuntas víctimas y la Comisión Interamericana.
178. El Estado de Chile estima, asimismo, que no resultan procedentes las medidas de no repetición solicitadas por las presuntas víctimas y la Comisión Interamericana. Fundamentalmente, porque la legislación nacional no es discriminatoria. En este sentido, el informe en derecho presentado por el Doctor en Derecho, profesor Claudio Nash, concluye enfáticamente que “la legislación chilena en materia de determinación de la tuición no establece discriminación ni directa ni indirecta por la opción sexual de los padres.”

i) Necesidad de violación generalizada para justificar una modificación constitucional y legal.

179. El perito presentado por la Comisión Interamericana en materia de medidas de no repetición, Stefano Fabeni, señaló en su peritaje que “es más oportuno contar con una protección explícita” (p. 3) cuando se han identificado problemas de discriminación con base en la orientación sexual o identidad de género.
180. Así también lo concluye el perito cuando señala que “las medidas de no repetición de carácter legislativo constituye una de las herramientas más frecuentemente utilizadas e importantes que dichos órganos tienen para exigir el cumplimiento de las obligaciones cuando la violación no es aislada, sino tiene una naturaleza más general.” (p. 10, el énfasis es nuestro)
181. La misma Corte Interamericana lo ha entendido así respecto de las reparaciones en general, enunciado el siguiente principio general en la materia:

“Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.”⁶⁸

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*, Sentencia de 26 de Noviembre de 2010, Serie C no 220 párrafo 209. Ver también fallos citados en mismo párrafo, nota 318.



182. Siendo el objeto del procedimiento seguido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la constatación de una eventual vulneración a los artículos 1.1, 8.1, 11.2, 17.1, 17.4, 19, 24 y 25.1 de la Convención Americana en la persona de la señora Karen Atala, la prueba que dicha Corte ha autorizado a ser rendida debe poder ilustrar a la Corte sobre la ocurrencia de dicha violación, pero no la acreditación de un problema de discriminación generalizada, inexistente por lo demás en el ordenamiento jurídico nacional.
183. Al contrario, desde el año 2004 a la fecha existen aproximadamente quince sentencias de los tribunales de justicia nacionales donde la condición homosexual de uno de los padres no afectó en caso alguno las habilidades parentales de ellos.⁶⁹
184. De esta manera, no es correcta la afirmación de la señora Karen Atala en la audiencia pública, al señalar que la sentencia de la Corte Suprema ha generado una línea jurisprudencial discriminatoria contra las madres homosexuales en juicios de custodia de sus hijos.
185. Por esta razón, fuerza concluir que el perito presentado por la Comisión Interamericana considera solamente justificada la aplicación de medidas de no repetición de carácter legislativo cuando el tribunal internacional declara que existe una violación general por parte de un Estado a un derecho fundamental, vulneraciones que no han sido acreditadas en esta causa ni corresponde hacerlo, por escaparse del objeto del procedimiento.
186. Se debe recordar, prosiguiendo con la analogía trazada por la misma Comisión Interamericana en la Demanda contra el Estado de Chile, que en el caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, la Corte Europea sólo exigió pagar una modesta suma por los costos del juicio. En relación al pago de “daños”, la Corte Europea no otorgó ninguna compensación, considerando que “la Corte considera que el haber declarado que existió una violación en este juicio constituye en sí misma una justa compensación con respecto a los daños que se alegan” (par. 39). Asimismo, la Corte Europea **no exigió cambios a las leyes del estado nacional, ni declaró ninguna violación de carácter general.**

⁶⁹ Podemos citar las sentencias roles F-528-2006, del Juzgado de Familia de Osorno, C-980-2005, del Juzgado de Familia de Arica, C-178-2005, del Juzgado de Familia de Santa Cruz, C-46-2006, del mismo tribunal, C-917-2005, del Juzgado de Familia de Temuco, C-71-2005, del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, C-3675-2006, del mismo Tribunal, C-2014-2007, del Juzgado de Familia de Talcahuano, C-1072-2008, del Juzgado de Familia de Puente Alto, C-100-2009, del Juzgado de Familia de Quilpué, C-1705-2008, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, C-504-2010, del Juzgado de Familia de Antofagasta, C-1049-2010, del Juzgado de Familia de Valdivia, y C-4029-2009, Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, entre otras. Se acompañan a esta presentación algunas de las sentencias más relevantes en esta materia.



ii) Sobre la aprobación de leyes antidiscriminatorias.

187. En la página 3 y siguientes del peritaje del experto Fabeni, se sostiene que uno de los “instrumentos principales para garantizar de manera más eficaz una protección contra la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género es la aprobación de leyes antidiscriminatorias capaces de cubrir distintos ámbitos de discriminación”.
188. Si bien el principio de igualdad se encuentra ampliamente garantizado en nuestra Constitución, el cual es posible encontrarlo en los artículos 1°, 5°, 19 N° 2, 19 N° 3, 19 N° 17, 19 N° 20 y 19 N° 22 de la Carta Fundamental, y cuenta asimismo con una acción de protección para asegurar su protección eficaz en el artículo 20, el Estado de Chile ha manifestado durante la tramitación de esta causa que se encuentra actualmente discutiendo en el Congreso Nacional un proyecto de ley sobre no discriminación (Boletín N° 3815-07), el cual constituye un importante avance en esta materia, al desarrollar de manera más detallada el principio de igualdad, estableciendo de manera expresa ciertas categorías prohibidas en esta materia y estableciendo otra acción judicial para garantizar su adecuada protección y respeto.
189. Sin perjuicio de lo anterior, el Gobierno de Chile ha presentado diversas iniciativas legales que buscan mejorar a nivel legal las condiciones de igualdad entre personas con distintas orientaciones sexuales, como los proyectos de ley sobre no discriminación (Boletín N° 3815-07), al cual ya nos hemos referido, y el proyecto de ley acuerdo de vida en pareja (Boletín N° 7873-07).

iii) Medidas para asegurar la eficacia de las protecciones constitucionales y legales.

190. En la misma línea de lo que señala el experto presentado por la Comisión Interamericana, en la página 4 de su informe, el Estado de Chile considera fundamentales las instancias de políticas públicas para combatir la discriminación con base en la orientación sexual, y en particular, los cursos de formación a que hace referencia el perito desde la página 5 en adelante.
191. De esta manera, compartimos su apreciación en torno a la utilidad de los cursos de formación a funcionarios públicos para dar a conocer las prohibiciones constitucionales y legales existentes en torno a la no discriminación, explicando los alcances que ellas tienen en el ejercicio específico de la función pública, permitiéndoles también el proceso de sensibilización que señala el peritaje.



192. Como señalamos al inicio de este escrito de alegatos finales, dicho tipo de medidas de no repetición, de carácter formativo y que apuntan a una mayor sensibilización y conocimiento de los servidores públicos, han sido promovidas por el Estado de Chile desde el año 2004 hasta la fecha, a través de distintas instancias a cargo de la División de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de Gobierno, como también por parte del Poder Judicial.

iv) Sobre las medidas de reparación solicitadas.

193. De la misma manera, los peritos que expusieron tanto en la audiencia pública como a través de fedatario público han señalado los posibles beneficios de la inclusión de reparaciones pecuniarias a las presuntas víctimas, en armonía con los usos del sistema interamericano y en vistas a la magnitud del presunto daño. En este sentido, como ya lo hemos expresado, el Estado de Chile siempre buscó alcanzar un acuerdo amistoso que no logró concretarse debido a lo elevados de los montos solicitados por la presunta víctima, pues no se condecían con la magnitud del alegado daño.



3. Sobre la alegación de inadmisibilidad, por parte de las presuntas víctimas, de las observaciones a la prueba formuladas por el Estado de Chile

194. Los representantes de las presuntas víctimas, durante la reunión previa a la audiencia pública, alegaron la inadmisibilidad de las observaciones a la prueba, presentadas por el Estado de Chile, en base a los siguientes argumentos:
 1. Las observaciones del Estado no “observaban” la prueba, sino que incluían nuevos medios probatorios y antecedentes que no fueron aportados en la oportunidad procesal pertinente;
 2. Asimismo, las observaciones iban destinadas a aportar nuevos argumentos, desligados de la prueba que se estaba observando.
195. Dichas alegaciones deben ser rechazadas por esta Corte, toda vez que, tal como puede apreciarse de los diversos escritos presentados por esta parte, en los cuales se consignan las observaciones del Estado a dichas pruebas, éstas se centran en analizar la prueba pericial a la luz de los principales alegatos realizados por las partes dentro de este procedimiento. Por tanto, no es efectivo que constituyan ni nuevas alegaciones, ni nuevas pruebas, sino que sólo buscan observar los informes periciales al tenor del objeto de la litis.
196. Si bien el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, que regula el procedimiento ante dicha Corte, no establece expresamente el contenido de las observaciones que las partes pueden presentar a las declaraciones rendidas ante fedatario público u otras pruebas, es claro que el objetivo de dichos escritos no es otro sino que ponderar la prueba a la luz de lo alegado, y refutar las conclusiones realizadas por los expertos y testigos, en su caso.
197. Las observaciones presentadas por el Estado tienen por objeto ilustrar a la Corte respecto de la procedencia de las declaraciones e informes realizados por los peritos y testigos, en materias como el interés superior del niño y la correcta aplicación de este principio, la adecuada aplicación del recurso de queja por parte de la Corte Suprema, la pertinente aplicación e interpretación de las normas legales atinentes al caso en particular, el carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos y sus consecuencias en el caso



que nos ocupa, el respeto por la protección de la vida privada de doña Karen Atala y su familia, entre otras.

198. En el caso de las observaciones que esta parte presentó respecto de las declaraciones de los testigos, en ningún caso se ha intentado incluir nuevos medios probatorios o aportar nuevos argumentos diversos a los ya discutidos, sino que, por el contrario, se intentó centrar sus declaraciones precisamente en la controversia de este caso, y no en apreciaciones subjetivas de éstos relativas a aspectos que no guardan relación con lo discutido.
199. Por esto, de la sola lectura de dicho escrito, se desprende con claridad que en ningún caso la intención del Estado de Chile ha sido la que le atribuye la defensa de las presuntas víctimas, sino que, por el contrario, se remite a observar las pruebas presentadas de acuerdo a las alegaciones centrales de ambas partes.
200. Lo mismo cabe decir respecto de otras observaciones a las pruebas presentadas por las contrapartes en este litigio, tal como es el caso de los peritos. En sus escritos, el Estado de Chile sólo ha querido analizar dichos informes a la luz de los argumentos previamente planteados.
201. Así, por ejemplo, respecto de la declaración del perito Stefano Fabeni, lo señalado por esta parte se centra en la afirmación de la necesidad de violación generalizada para justificar una modificación constitucional y legal, tal como ya se había indicado en el escrito de respuesta del Estado (numeral IV, literal c, relativo a la solicitud de medidas de no repetición). Por esto, no puede estimarse que se hayan invocado argumentos nuevos o que se haya intentado presentar pruebas nuevas a este respecto, sino sólo intentar reafirmar lo ya señalado en relación a los dichos de este perito. De hecho, se comparten muchos puntos de vistas ilustrados por este experto, y se señala de manera clara cómo ciertos precedentes judiciales invocados no son aplicables en este caso o cómo el Estado de Chile ha dado cumplimiento a medidas para asegurar la eficacia de las protecciones constitucionales y legales, a través de las diversas políticas públicas enumeradas en dicha ocasión.
202. De la misma manera, en el caso de las observaciones del Estado de Chile a las declaraciones de la perito María Alicia Espinoza, no se están incorporando pruebas nuevas. De hecho, el objeto de éstas es acreditar ante esta Corte que dichas declaraciones carecen de información importante para su análisis y correcta ponderación en el presente caso, lo que se condice plenamente con la finalidad de este tipo de escritos de observaciones a la prueba rendida por las contrapartes en litigios. En este caso, todas las observaciones planteadas por esta parte se



refieren a lo señalado por la especialista en su declaración y no a otros hechos o pruebas ajenas a ésta, solicitando que la Corte no acepte aquéllas declaraciones que no se refieren al objeto del peritaje.

203. En el caso del informe de la perito Fabiana Lathrop, el Estado de Chile, en sus observaciones sólo reafirma lo ya señalado en escritos anteriores e intenta centrar la discusión en los puntos de prueba debatidos, ilustrando a la Corte sobre aquéllas declaraciones que son meras apreciaciones personales de la perito o aquéllas que, a nuestro juicio y en conformidad a otras pruebas presentadas durante el litigio, serían erradas.
204. Respecto del informe de la perito Leonor Etcheberry, las observaciones del Estado apuntan a destacar aquellas afirmaciones en las que es coincidente y que son pertinentes para la resolución del juicio o en el cabal entendimiento de las declaraciones de otro perito; como también hacer presente a la Corte aquéllas en las que discrepa o que a su juicio merecen ser observadas por no ser atingentes a lo discutido. Por esto, no cabe sino desechar los alegatos de los representantes de las presuntas víctimas respecto a las observaciones a la prueba realizadas por esta parte.
205. Todo lo señalado precedentemente es plenamente aplicable al resto de las observaciones a la prueba presentadas por el Estado de Chile, como en el caso del informe pericial de los profesores Miguel Cillero y Mónica Pinto, donde sólo se busca circunscribir sus declaraciones a lo discutido en este caso, ilustrar a la Corte sobre aquéllas que sólo constituyen meras apreciaciones personales, señalar las que, a juicio de esta parte, son erróneas o no aplican en este caso y destacar aquello que es coincidente con lo alegado por el Estado de Chile, todo en relación con las restantes pruebas aportadas al proceso por todas las partes involucradas.
206. De esta manera, no cabe sino desestimar lo solicitado por los representantes de las presuntas víctimas en cuanto a declarar inadmisibles las observaciones a la prueba presentadas en tiempo y forma por el Estado de Chile.



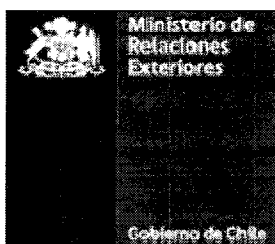
4. Sobre las observaciones del Estado de Chile al escrito presentado por el señor Jaime López Allendes

207. Conforme a lo señalado por la comunicación de don Pablo Saavedra Alessandri, Secretario Ejecutivo de esta Corte, de fecha 21 de agosto del presente año, el Pleno de la Corte ha solicitado a las partes hacer observaciones al escrito presentado por don Jaime López Allendes, ex marido de la presunta víctima doña Karen Atala Rizzo, junto con el presente escrito de alegatos finales. En virtud de dicha solicitud, el Estado de Chile viene en formular sus observaciones de hecho y de derecho sobre el referido escrito, las cuales han sido estructuradas siguiendo el orden de los petitorios formulados a esta Corte por don Jaime López.

I. Acerca del petitorio sobre intervención de las presuntas víctimas:

208. A juicio del Estado de Chile, Jaime López Allendes, en su escrito de apersonamiento como representante de las presuntas víctimas M., V. y R., todas de apellido López Atala, ha puesto de relieve una circunstancia sumamente importante: el hecho que ni las niñas, ni él mismo en cuanto representante legal de ellas, hayan sido notificados o hechos partícipes, ni de las actuaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ni de la demanda que dio inicio al proceso que se sigue ante esta Corte.

209. En efecto, si bien la peticionaria es exclusivamente la señora Karen Atala, la Comisión califica como presuntas víctimas también a las niñas, y la Corte ha adherido a esta calificación al aceptar a trámite la demanda de la Comisión bajo dicha condición. Sin embargo, no resulta para nada claro que exista identidad de intereses entre ellas y la peticionaria. En efecto, los intereses de las niñas López Atala no necesariamente son los intereses de su madre y, por lo tanto, existiendo tal diferencia, aún eventual, mal puede la Comisión asumir que al representar a Karen Atala, ello implica per se representar a sus hijas al mismo tiempo. Más aún, habida cuenta que las niñas en ningún momento han sido oídas o contactadas por la Comisión, todo argumento o línea de acción que pretenda subsumir sus intereses bajo los intereses de la peticionaria no hace otra cosa que, en el fondo, restringir a quienes la propia Comisión ha calificado como presuntas víctimas, su derecho a participar y defenderse en un juicio que las afecta directamente.



210. En lo que se refiere al proceso llevado adelante por la Comisión, este derecho de toda presunta víctima se encuentra consagrado en los artículos 30.5, 37.3, 37.4, 40.1-2, 43.1, 44.3, 64 y 65 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que contemplan una serie de instancias que garantizan la participación de las partes en el proceso.
211. Junto a esto, el artículo 25 del Reglamento de la Corte consagra el derecho de las presuntas víctimas o sus representantes a participar en el proceso seguido ante la Corte, actuando en él de manera autónoma durante todo el juicio.
212. En caso de haber pluralidad de víctimas, éstas deben designar de consuno un interviniente común. Si las presuntas víctimas no llegan a un acuerdo en la designación, resolverá la Corte, asegurando el derecho de todas ellas a ser adecuadamente representadas en el juicio. Esta controversia no ha podido presentarse en este caso, porque según consta en el proceso, la Comisión no se ha contactado ni ha oído a las niñas López Atala.
213. Sobre este punto resulta pertinente citar a los autores Juana Inés Acosta López y Alvaro Francisco Amaya Villareal quienes en su libro “Controversias Procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” señalan: “Así, si existen víctimas que no están representadas por quienes se presentan ante la Corte, la CIDH debe velar porque estas víctimas no queden sin asesoría técnica en la Corte. En este sentido, no sólo debe estar obligada a contactarlas sino a conocer sus necesidades y pretensiones, especialmente en materia de verdad y reparaciones. Esto puede llevar a que incluso la Comisión tenga que separarse de los representantes de las víctimas en ciertos puntos, si aquellas no representadas por éstos tienen deseos y necesidades diferentes en relación con el procedimiento internacional.”⁷⁰
214. En consecuencia, tanto el Reglamento de la Comisión como el de la Corte, son coincidentes en cuanto a que una persona, y en particular una presunta víctima, no puede ser objeto de un proceso, sin haber tenido la real oportunidad de participar en él; y por ende, deben ser debidamente notificadas y oídas sus alegaciones en tiempo y forma. Pues bien, consta en el proceso que las niñas López Atala no han tenido dicha oportunidad, ni tampoco han sido oídas o contactadas por la Comisión, a pesar de que a sus actuales 17, 13 y 11 años, ya tienen edad suficiente para formarse un juicio propio sobre su situación.

⁷⁰ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco (2009): *Controversias Procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana) N° 45, página 42. El destacado es nuestro.



215. Hay, además, un segundo aspecto relevante que de alguna forma ya ha sido insinuado. Sabido es que M., V. y R. son menores de edad, y por lo tanto no pueden actuar procesalmente por sí mismas. Para tales casos, el artículo 25 del Reglamento de la Corte establece que las presuntas víctimas tienen derecho a actuar por medio de un representante. Coincide en esto con lo expresado por el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual: “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”
216. En consecuencia, dice bien el padre de las niñas cuando afirma que en conformidad con “las normas de procedimiento de la ley nacional” —esto es, la ley procesal chilena— la representación procesal de un niño, niña o adolescente corresponde a su “representante legal”, según se lee en el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil de Chile. Ahora bien, de los artículos 245 y 264 del Código Civil se desprende que, en la hipótesis de que los padres vivan separados, la facultad para representar en juicio a un niño, niña o adolescente corresponde a aquél de los padres que tenga a su cargo el cuidado personal de éste. Como la sentencia definitiva de la Corte Suprema entregó el cuidado personal de las tres niñas calificadas como presuntas víctimas a Jaime López, y en consecuencia, el ejercicio exclusivo de la patria potestad, en virtud de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, él es el único que puede representarlas procesalmente, tanto ante la Comisión, como ante esta Corte.
217. En suma, el hecho de haber iniciado un proceso ante la Comisión y la circunstancia de ser la madre de las niñas calificadas como presuntas víctimas, no basta para entender, sin más, que la señora Karen Atala está facultada para representar ante esta Corte a sus hijas menores, como parece haber sido el razonamiento de la Comisión, ni tampoco para presumir que sus intereses son idénticos. La sola lógica alcanza para advertir que, habiéndose dictado la resolución de la Corte Suprema —que ha sido impugnada por ser pretendidamente discriminatoria— en el contexto de un juicio de custodia de naturaleza contenciosa, el padre de las niñas, a quien se le ha otorgado dicho cuidado, es quien las representa para todos los efectos legales, ante todo tipo de autoridades, organismos o instituciones, incluidos por cierto la CIDH y la Corte.
218. Por lo tanto, el actuar en sentido contrario, como lo ha hecho en autos la CIDH, es especialmente grave si se tiene en cuenta que de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño, que remite a la legislación nacional, en el caso de las niñas López Atala,



sólo el padre se encuentra legalmente autorizado para representar procesalmente a las niñas. Y si bien la peticionaria cuestiona justamente la decisión de la Corte Suprema de entregarle la custodia —y con ello, la facultad de representar procesalmente— al padre de las niñas, lo menos que debía hacer la Comisión habría sido tomar en consideración este aspecto de la controversia que dio origen a la presunta sentencia discriminatoria de la Corte Suprema, en vez de dar por sentado, de antemano, que la representación de las niñas corresponde a la madre.

219. Así, no debe soslayarse que lo ocurrido en autos en relación con las niñas eventualmente podría atentar contra el debido proceso, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y protegido por el artículo 25.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso concreto de las presuntas víctimas y sus representantes en los procesos que se ventilan ante esta Corte, y de manera aún más enfática y precisa para el caso de los niños, en el artículo 12.2 de la Convención sobre Derechos del Niño.
220. La gravedad de lo anterior, reside en que el derecho a ser notificado y a conocer el detalle del desarrollo de un juicio cuyos resultados puedan afectar al sujeto en cuestión, así como la posibilidad de ser oído y actuar positivamente en él, argumentando, contra argumentando o presentando pruebas, no son meras formalidades procesales cuya omisión sea irrelevante a efectos de evitar daños en la esfera de los derechos de la persona. Desatender estos aspectos procesales atentan contra la posibilidad misma de llevar a cabo un juicio justo y capaz de ofrecer una cautela efectiva a los derechos humanos de todos los involucrados.

II. Acerca de la intervención de tercero con legítimo interés.

221. Adicionalmente, el señor Jaime López solicita a esta Corte ser admitido a título personal en el proceso, como “tercero con interés legítimo”. Para justificar su pretensión, invoca lo dispuesto en el artículo 58 letra a) del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, junto con la afectación que la dictación de una sentencia en este proceso provocaría en su esfera jurídica y familiar.
222. El artículo 58 letra a) del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que: “En cualquier estado de la causa la Corte podrá: a. Procurar de oficio toda prueba que considere útil y necesaria. En particular, podrá oír en calidad de presunta víctima, testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuya declaración, testimonio, u opinión estime



pertinente.” Como se puede ver, el artículo no ordena a la Corte aceptar la intervención de terceros como actores autónomos en el juicio, ni tampoco establece un derecho en favor de estos para ello. El mismo padre de las niñas lo reconoce cuando afirma que no existe en la normativa del Sistema Interamericano una disposición que admita expresamente a los terceros en el proceso. Sin embargo, el artículo 58 letra a) abre la puerta para que ello sea posible, por lo menos en materia probatoria.

223. Con todo, es indudable que atender a las declaraciones de quien fuera contraparte de la señora Karen Atala en el juicio en que se dictó la sentencia que aquí se cuestiona, podría reportar una utilidad indispensable a efectos de ilustrar a la Corte de mejor forma sobre los hechos que dan origen a la sentencia impugnada en autos.

III. Acerca del pedido de nulidad

224. Atendido que el señor Jaime López, en cuanto tercero interesado, y las niñas López Atala, calificadas como presuntas víctimas por la Comisión, no han sido notificados de ninguno de los actos producidos en los procesos seguidos ante la Comisión y ante esta Corte, se ha solicitado que se declare la nulidad de todo lo obrado hasta el momento en el presente proceso, y que, en consecuencia, las cosas sean repuestas al estado anterior a la vulneración de sus derechos.
225. Fundamenta su petición en la grave contravención del debido proceso que esta situación conlleva. En efecto agrega, que él y sus hijas no sólo no han sido notificados, sino que a causa de ello, no han podido argumentar, contra argumentar, presentar pruebas ni, en general, participar ante la CIDH o la Corte.
226. Como sustento normativo, invoca la Opinión Consultiva OC-19/05, emitida por la Corte el 28 de noviembre de 2005, en el que se establece: “Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de sus funciones, efectúa el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en lo que se refiere al trámite de los asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia Corte, conforme a la competencia que le confiere a ésta la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos.”
227. Sin embargo, aunque es efectivo que la Corte Interamericana está facultada para ejercer un control de legalidad sobre los actos de la Comisión, en ninguna parte la Opinión Consultiva OC-19/05 contempla la nulidad de todo lo obrado en el proceso como sanción para los actos u omisiones de la Comisión que quebrantan dicha legalidad. Tampoco el Reglamento de la Corte



Interamericana de Derechos Humanos establece algo parecido a un recurso de nulidad, o a una nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento.

228. Con todo, cabe señalar que la Corte se refirió al problema al resolver sobre un recurso de nulidad contra la sentencia que resolvía las excepciones preliminares presentadas por el Gobierno del Perú, en el caso “Castillo Paez”. En dicha resolución, definió al recurso de nulidad como aquel que procede: “contra las resoluciones con vicios formales o derivados de un procedimiento en el cual no se observaran las formalidades preestablecidas, lo que se denomina error in procedendo.”
229. Pese a que en tal ocasión la Corte rechazó el recurso, es importante consignar las razones para ello a fin de diferenciarlas de la petición que se ha hecho en estos autos. A juicio de la Corte, los fundamentos invocados en ese momento por el Estado peruano para interponer el recurso de nulidad, poco tenían que ver con vicios formales de la sentencia o del procedimiento en el que se dictó, sino más bien con el contenido de la misma.
230. Por otra parte, la sentencia pronunciada al resolver las excepciones preliminares, no puede ser objeto de impugnación, pues como señaló en esa oportunidad la Corte: “Esto es así debido a que el procedimiento contencioso ante esta Corte debe tener carácter concentrado en virtud de que la protección de los derechos humanos consagrados por la Convención Americana, requiere que dicho procedimiento sea lo más breve posible y por ello no debe estar sometido a las excesivas formalidades del proceso ordinario de carácter interno, en el cual se regula un sistema complejo de instrumentos de impugnación y en él se fijan los lineamientos y plazos para su interposición”.
231. Pues bien, ninguna de estas dos razones —determinantes a la hora de resolver sobre la procedencia del recurso en el Caso Castillo Paez— resultan aplicables al presente juicio. Por un lado, es claro que aquí no se discute acerca del fondo, sino que sobre cuestiones estrictamente procedimentales. Pero, por otro lado, dichas cuestiones procedimentales no son meras formalidades, instrucciones rituales que perfectamente pudieran ser sustituidas por otras equivalentes, simplificadas o derechamente omitidas. Al contrario, se trata de formalidades cuya omisión constituye una infracción grave al principio de la bilateralidad de la audiencia, pilar fundamental del debido proceso —particularmente, en lo relativo al derecho a tener noticia de los juicios que afectan los propios derechos. Con ello, se vulnera el derecho de todas las personas a ser oídas por los tribunales que juzguen sobre los asuntos que las atañen, como lo consagra el artículo 8.1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.



232. En lo que concierne a la procedencia de la nulidad respecto de los actos que se impugna, resulta particularmente esclarecedora la interpretación del artículo 67 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que hace el voto disidente del Juez Pisa Escalante, en las sentencias definitivas de los casos “Velázquez Rodríguez” y “Godínez Cruz”. En su opinión, el artículo 67 —cuyo texto declara que: “el fallo de la Corte será definitivo e inapelable [...]”— se restringe a la sentencia definitiva, porque sólo ella es irrevocable y sólo ella puede adquirir la autoridad de la cosa juzgada.” Continúa diciendo que: “Todas las demás resoluciones, tanto del proceso principal como de su fase de ejecución, aunque de hecho o por costumbre se llamen también “sentencias”, son interlocutorias y siempre sujetas a otras que, por vía de recurso o sencillamente por contrario imperio, las interpreten, complementen, aclaren o adicionen o incluso las modifiquen o revoquen, esto último, claro está, dentro del respeto debido al principio de preclusión y a la buena fe.” Sin embargo, la Corte sólo podría modificar lo resuelto cuando “se den las conocidas justificaciones procesales para desaplicar el principio de preclusión; como serían las nulidades o el cambio sustancial de circunstancias”.
233. En suma, podemos apreciar que si bien los textos interamericanos no contemplan explícitamente una sanción de nulidad por la omisión de formalidades esenciales para garantizar a todas las partes un juicio justo y ceñido al debido proceso, dicha posibilidad no se encuentra excluida, como lo demuestra el voto disidente del juez Pisa Escalante. Más aún, habría que preguntarse de qué otro modo puede ejercer la Corte Interamericana el control de legalidad sobre las actuaciones de la Comisión, en conformidad a lo resuelto en la opinión consultiva OC-19/05, si no cuenta con algún tipo de sanción, como la nulidad, para cautelar que no se infrinjan los derechos procesales básicos salvaguardados por la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
234. Solo resta, por tanto, verificar si en la especie se dan los presupuestos necesarios para declarar la nulidad. En este punto conviene distinguir la falta de notificación a las presuntas víctimas, de la falta de notificación al padre de las niñas como tercero interesado.
235. En lo que se refiere a esto último, el señor Jaime López, en cuanto tercero afectado por los eventuales resultados del juicio, pretende igualar su situación a la de sus hijas. Pero no es lo mismo omitir la notificación a un tercero, que la notificación a las presuntas víctimas, porque ninguna de las normas que regulan el procedimiento que se sigue en la Comisión y ante esta Corte contempla como formalidad la notificación a terceros. Esto, por la sencilla razón que la normativa ni siquiera contiene precepto alguno que obligue a dar participación a terceros interesados en el proceso. No puede sostenerse, por lo tanto, que dicho proceso queda invalidado cuando contraviene una norma procesal que no se encuentra recogida en los



instrumentos interamericanos, por deseable que tal consagración pudiera considerarse. Todo esto sin perjuicio, por supuesto, de lo provechoso que resultaría tal participación a efectos de obtener una sentencia justa, informada y que no corra el riesgo de vulnerar los derechos fundamentales de personas que se encuentran implicadas en el caso de marras, pero que no han participado en él.

236. Muy distinta, en cambio, es la situación de las niñas calificadas como presuntas víctimas por la Comisión. Ya el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estipula, en su artículo 71, que: “Si la Comisión decide someter un caso a la Corte, el Secretario Ejecutivo notificará tal decisión de inmediato al peticionario y a la víctima. [...]”. Por su parte, el artículo 39 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que una vez recibida la demanda: “El Secretario comunicará la presentación del caso a: [...] d. la presunta víctima, sus representantes, o el Defensor Interamericano, si fuere el caso.” Ambas disposiciones han sido contrariadas en el presente procedimiento, por cuanto las hijas de la señora Karen Atala, calificadas como presuntas víctimas, no han sido notificadas, así como tampoco lo ha sido su representante en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.
237. Reiteramos que la notificación no es una formalidad meramente ritual, sino el medio por el cual la normativa interamericana ha decidido que se debe dar resguardo al aspecto más básico del derecho de las personas a un debido proceso, esto es, el derecho a tener noticia de los juicios que afecten la determinación de sus derechos. Todas las demás facultades otorgadas a las partes en virtud del respeto al debido proceso —el derecho a ser oído, a hacer alegaciones, a presentar pruebas, etc.— son posibles solamente si las personas tienen derecho a tomar conocimiento de que están siendo juzgadas. La notificación es la concreción misma de este derecho, y sin aquélla, el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, no pasa de ser una simple declaración.

IV. Acerca de la petición subsidiaria de que se rechace la demanda de la Comisión.

238. Finalmente, el padre de las niñas solicita que subsidiariamente, para el caso que su pedido de nulidad sea desestimado, se declare infundada la demanda de la Comisión, rechazándola en todas sus partes.
239. El Estado de Chile coincide solo en parte con lo expuesto en la petición subsidiaria del señor López, y específicamente en lo que respecta a los argumentos que a continuación se señalan.



240. En primer término, se señala que la sentencia emitida por la Corte Suprema sobre cuidado personal no se fundamentó, como quiere hacer creer la Comisión, en la orientación sexual de la madre de las niñas, sino en el interés superior de ellas, en conformidad con la legislación chilena y a las normas internacionales que regulan la materia, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño. El Estado de Chile ha sostenido exactamente lo mismo.
241. En un proceso de tal naturaleza, más relevante que la habilidad de los padres en abstracto para ejercer la custodia de los hijos, es evaluar el impacto que dicha custodia provoca sobre los niños. Atendido esto, toda la prueba rendida por el señor Jaime López tuvo por objeto comprobar que sus hijas se estaban viendo actualmente afectadas y que él ofrecía, en todo sentido, las mejores condiciones para el desarrollo de las niñas. En cambio, la prueba ofrecida por la señora Karen Atala se enfocó en demostrar que la orientación homosexual de una persona no la inhabilita, en abstracto, para ejercer su paternidad o maternidad.
242. Consecuentemente, la Corte Suprema, actuando dentro de su competencia y atribuciones, estimó que los jueces de instancia habían cometido una falta o abuso, al prescindir de la prueba rendida por el señor Jaime López, dado que él otorgaba mejores antecedentes sobre la situación concreta de las niñas, en atención al interés superior de las mismas. Tal modo de valoración es concordante con el objeto del juicio sobre custodia, como ya se ha señalado por el Estado de Chile, y no puede considerarse como un caso de discriminación arbitraria.
243. En segundo lugar, el señor Jaime López precisa el lugar que le corresponde a la consideración de la orientación sexual de los padres en el contexto de un juicio de custodia. Señala que, en armonía con la Convención Interamericana de Derechos Humanos y con la Convención sobre los Derechos del Niño, la legislación chilena establece como criterio rector el interés superior del niño, al que todos los demás intereses y consideraciones se encuentran supeditados.
244. Se sigue de esto que es inadmisibles toda pretensión de inmunidad o preferencia en razón de la orientación sexual de un padre frente al interés superior de los niños. En tal sentido, acierta cuando señala que: “la orientación sexual no puede constituirse en una súper categoría frente al interés superior de niño”.
245. En atención a los argumentos ya señalados, la petición subsidiaria de don Jaime López es coincidente con la posición del Estado de Chile para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declare infundada la demanda de la Comisión, rechazándola en todas sus partes.



5. Respuesta a las preguntas de los jueces durante la audiencia pública

I. Solicitudes del juez Pérez Pérez

1. Precisar, mediante un detalle resumido, la situación jurídica actual del matrimonio de la señora Atala y el señor López, el estado del procedimiento de divorcio, si lo hay, y la posibilidad de que en este se deba regular nuevamente la custodia de las niñas;

246. El matrimonio de la señora Karen Atala y el señor Ricardo López se celebró el día 29 de marzo de 1993, en la circunscripción de La Reina, ciudad de Santiago, bajo el número de inscripción 184 del mismo año.

Por sentencia en la causa rol C-11626-2005, del 29° Juzgado Civil de Santiago, de fecha 28 de enero de 2008, se declaró el divorcio de los cónyuges, la cual fue subinscrita al margen del acta de matrimonio con fecha 26 de enero de 2011.

Adjuntamos a esta presentación el certificado de matrimonio de la señora Karen Atala y el señor Jaime López, con las correspondientes subinscripciones antes mencionadas.

2. Señalar dónde consta y si es efectiva y exacta la declaración que habría hecho la señora Karen Atala, cuando preguntada en el proceso de custodia, acerca de si consultó a sus hijas de su decisión de formar hogar con la señora De Ramón, respondió que no lo hizo, pues por la edad de sus hijas, carecían del discernimiento necesario.

247. La afirmación mencionada por el juez Pérez Pérez fue realizada en respuesta a la pregunta N°38 del pliego de absolución de posiciones de la señora Karen Atala (fojas 264 y ss. del expediente de custodia definitiva) que decía:

“38. Que diga la absolvente como es efectivo que ud. no tomó el parecer de sus hijas, en especial de M., para llevar su pareja lésbica a vivir con Ud.?”,

248. Ante esta pregunta, la señora Karen Atala respondió: “No es efectivo, ninguna de mis hijas me comentó ni me preguntó de porque (sic) mi amiga Emma, como la entienden ellas, vive con nosotras. Las niñas atendida su corta edad y su poca capacidad de discernimiento no están capacitadas a este respecto para requerírsele una opinión o parecer. En tal sentido sería efectivo lo que se pregunta”.



II. Solicitudes de la jueza Abreu Blondet

1. *¿Pueden aclarar qué significa la causal de implicancia que según la demanda de la Comisión, el Juez titular de Letras de Menores de Villarrica declaró bastante por resolución de 14 de mayo de 2003, y las consecuencias de su declaración en el proceso de custodia?;*

249. Conforme a la legislación chilena, el juez que conociendo de una medida cautelar, como la custodia provisoria, adelanta opinión sobre el fondo del asunto debatido que debe ser resuelto en la sentencia definitiva, puede ser sujeto a una causal de implicancia o recusación. En caso que dicha causal sea invocada, corresponde que dicho juez se inhabilite y que la sentencia definitiva sea dictada por el juez subrogante.

2. *Al Estado y los representantes: ¿es común que se soliciten certificados médicos de enfermedades venéreas dentro de un proceso de custodia cuando los dos padres son heterosexuales?*

250. No es usual que en los juicios de familia se solicite por parte del Tribunal este tipo de medios probatorios, salvo que existan razones en el caso concreto que lo hagan aconsejable, como puede ser que el padre o madre sea portador de alguna enfermedad, o que debido a algún hecho acreditado en el proceso se pueda presumir que exista riesgo para el niño a consecuencia de ello.

251. Sin embargo, y a diferencia de lo indicado por la señora Karen Atala en la audiencia, cuando señaló que el juez de letras de Villarrica había ordenado la realización de “exámenes ginecológicos” y de enfermedades de transmisión sexual, en el caso del procedimiento de custodia no existe resolución judicial alguna que le solicite u ordene certificados médicos sobre enfermedades venéreas.⁷¹

252. En efecto, es el propio abogado de la demandante quien los entrega de manera voluntaria, como consta a fojas 113 del expediente, sin que hayan sido solicitados de oficio por el Tribunal, ni que la contraparte haya pedido al juez que esto sea ordenado.

⁷¹ La afirmación referida por la señora Karen Atala puede ser revisada en el minuto 24:50 de la 1ra parte del video oficial de la audiencia pública, disponible en <http://vimeo.com/28419494> [Fecha de la última visita: 22 de septiembre de 2011]



III. Solicitudes de la jueza May Macaulay

1. *¿Cuál es la posición del Estado de Chile sobre la apertura del artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a nuevas categorías o conductas de discriminación, admitiendo la incorporación actual, o hace diez años, de nuevos criterios?*

253. El Estado de Chile, coherente con su compromiso con el pleno respeto y vigencia de los derechos humanos, sostiene un concepto amplio de discriminación que permita una protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales. Esto se ha visto claramente reflejado en el marco de las negociaciones en curso sobre el proyecto de “Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia”, donde hemos abogado por un instrumento que aborde en forma comprensiva los distintos factores de discriminación y que consagre, desde una perspectiva regional, una protección que vaya más allá del régimen vigente a nivel universal.
254. Este proyecto, en su versión actual, incluye en su artículo 1 un concepto de discriminación que abarca de manera expresa los nuevos criterios que se han ido desarrollando por la doctrina en este ámbito⁷².
255. En esta misma línea, y en relación con el tema específico de la orientación e identidad de género, Chile ha apoyado las Resoluciones sobre “Derechos humanos, orientación sexual e

⁷² “Artículo 1

Para los efectos de esta Convención:

Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados parte.

La discriminación puede estar basada en motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico; nacionalidad; edad; sexo; orientación sexual, identidad y expresión de género; idioma; religión; opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza; origen social, posición socio económica o nivel de educación; condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno; discapacidad; característica genética; condición de salud mental o física incluidas la condición infectocontagiosa y condición psíquica incapacitante; o cualquier otra Condición.” (Documento Consolidado: Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia” (CAJP/GT/RDI-57/07 rev. 13)).



identidad de género”, aprobadas desde 2008 por la Asamblea General de la OEA, y que buscan incluir el tema en la agenda de la Organización⁷³.

2. *¿Quién fue el responsable de la publicación en los medios de comunicación de los hechos del caso y la orientación sexual de la jueza, lo que en cualquier Estado es claramente una afectación al interés del niño?*

256. En primer lugar, cabe señalar que en Chile, tal como es el caso del Sistema Interamericano, los juicios son públicos, como también los documentos y resoluciones de los Tribunales de Justicia, con ciertas excepciones especialmente previstas por la ley, tal como es el caso de determinadas y específicas actuaciones realizadas en los juicios criminales y juicios de familia.

257. Así, por ejemplo, el Código Procesal Penal, en su artículo 182 establece el secreto de las actuaciones de investigación –reserva que sólo aplica mientras dure la investigación y no una vez terminada ésta o iniciado el juicio oral-, siendo una excepción en la tramitación de un litigio, señalando que *“Las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento.*

El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial.

El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto.

El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido

⁷³ AG/Res 2435 (XXXVIII-O/08); AG/Res 2504 (XXXIX-O/09); AG/Res 2600 (XL-O/10) y AG/Res. 2653 (XLI-O/11)



derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieran conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas”.

258. Asimismo, respecto de los juicios de familia –entre los cuales se encuentran los de custodia-, el artículo 15 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, establece de manera expresa que “Todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos. Excepcionalmente y a petición de parte, cuando exista un peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, especialmente niños, niñas y adolescentes, el juez podrá disponer una o más de las siguientes medidas:
 - a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia.*
 - b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de diligencias específicas”.* (El subrayado es nuestro).
259. De esta manera, en nuestro país cualquier persona puede acceder a los expedientes y demás actuaciones que se realicen durante un juicio, razón por la cual no es posible controlar su divulgación.
260. Si bien existe un deber de reserva de ciertas actuaciones judiciales, particularmente aquéllas que dicen relación con la custodia de niños, en Chile no existe ninguna norma que prohíba a la prensa o medios de comunicación informar sobre este tipo de litigios o hechos.
261. De hecho, la ley N° 19.733, de 2001, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, que desarrolla este derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 12 de nuestra Carta Fundamental, establece en su art. 1° que *“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas”*. Asimismo, contempla el derecho de aclaración y rectificación en el caso que una persona natural o jurídica se considere ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, derechos que en este caso no fueron ejercidos por alguna de las presuntas víctimas. Dicho cuerpo legal también establece una serie de infracciones y delitos, cuya responsabilidad puede ser exigida a los tribunales competentes, lo que tampoco ocurrió en este caso.



262. Si el Estado hubiera actuado de algún modo intentado impedir que la prensa informara sobre estos hechos, bajo la legislación actual se hubiera considerado censura, acción que atenta contra un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

263. Por otra parte, el Estado de Chile desconoce quién o quiénes dieron a conocer esta información a la opinión pública o a los medios de comunicación. Asimismo, de acuerdo con la información disponible, dicha divulgación en ningún caso puede atribuirse a un funcionario público o servidor del Estado. Asimismo, si dichos hechos fueron divulgados por medios de prensa u otras personas particulares, lo cual no le consta a esta parte, no puede ser un hecho atribuible al Estado de Chile ni responsabilidad de éste.

3. Con relación a la publicidad del caso ¿Estaría de acuerdo en que ésta pudo colocar a los niños en peligro respecto de sus relaciones sociales?

264. Tal como lo señala la Corte Suprema en la sentencia recurrida, son muchas las circunstancias que hay que tener presente y que pueden afectar el bienestar psíquico de las niñas, todas las cuales se ponderaron adecuadamente según el interés superior del niño, establecido en nuestra legislación respecto de los juicios de custodia.

265. No obstante, y tal como se desprende del proceso judicial respectivo y de los antecedentes probatorios, las niñas estaban sometidas a un deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía su existencia, ya antes de trabarse dicho litigio, hechos que la Corte Suprema tuvo a la vista al momento de decidir cuál era el interés superior de ellas y qué padre les ofrecía las mejores condiciones objetivas para su desarrollo íntegro.

266. Por otra parte y tal como se ha señalado precedentemente, esta parte desconoce quién o quiénes dieron a conocer a la prensa la existencia y contenido del juicio en cuestión, lo que en ningún caso puede ser atribuido al Estado de Chile.

4. Podría también el Estado explicar el lenguaje usado en la decisión de la Corte Suprema en relación con la señora Karen Atala y el uso del expresión “familia normal”. ¿Por qué la Corte Suprema utiliza este lenguaje y cuál es su real significado?

267. La decisión de la Corte Suprema de entregar la custodia de las niñas al padre se basa precisamente en el interés superior de éstas, tal como lo establece tanto nuestra legislación nacional como también los Convenios Internacionales ratificados por Chile y actualmente



vigentes, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos.

268. Entre las circunstancias y antecedentes que dicho Tribunal Supremo tuvo a la vista para establecer el interés superior de las niñas en este caso concreto, si bien la orientación sexual de la demandada fue considerada, entre otras circunstancias, y sólo en la medida en que su expresión **tuvo efectos concretos adversos** al bienestar de las niñas de acuerdo lo establecen las diversas pruebas tenidas a la vista, esto no implica que el único fundamento de la resolución de este tribunal fuera la orientación sexual de la madre.
269. De hecho, y tal como se aprecia de la lectura de dicho fallo, la Corte Suprema resolvió que los tribunales inferiores habían incurrido en falta o abuso grave tanto al aplicar las normas legales que rigen la materia, como al apreciar los antecedentes de la causa en que pronunciaron la sentencia que ha originado el recurso, **afectando el bienestar de las niñas**, al no haber ponderado en su conjunto el mérito de la totalidad de la prueba, toda vez que adscribieron sin más a la opinión de los psicólogos y asistentes sociales que únicamente establecía que la orientación sexual de la demandada no la hace una persona anormal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico, prescindiendo de la prueba concreta -producida en los expedientes de custodia definitiva y provisoria, que la Corte Suprema tuvo a la vista-, que daba cuenta del **deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las niñas** (Considerandos 13 a 15° de la sentencia de la Corte Suprema).
270. La valoración de la totalidad de la prueba que obra en autos acredita los **efectos concretos adversos** que estaban sufriendo las niñas, y las mejores condiciones que el padre ofrecía a su bienestar, cuestión que en nada dice relación con la orientación sexual de la señora Atala.
271. La Corte Suprema tuvo en cuenta que el padre les daba mayor bienestar y estabilidad a las niñas, existiendo en autos evidencia considerable - tales como declaraciones de testigos e informes psicológicos, sociales y socioeconómicos, entre otros-, que avalaban su dedicación y esmero en el cuidado de sus hijas, sus aptitudes para el ejercicio de la crianza, y el ambiente favorable que ofrecía al bienestar de sus hijas, entre otras circunstancias.
5. *¿Se investigó la orientación y la conducta sexual del padre?*
272. Durante el procedimiento de custodia, ni la orientación sexual y conducta de la madre o del padre fueron un hecho investigado por el tribunal. Sin embargo, los antecedentes aportados por asistentes sociales y psicólogos que realizaron informes tanto a solicitud de las partes



como aquellos ordenados de oficio por dicho Tribunal pueden aportar datos sobre la orientación y conducta sexual tanto del padre como de la madre.

273. Dichos informes de asistentes sociales y psicólogos se hacen regularmente en los juicios de custodia, y tienen por objeto aportar los antecedentes de hecho necesarios para que el Tribunal pueda determinar cuál es el progenitor que puede otorgar a los niños, niñas y adolescentes las mejores condiciones para su pleno desarrollo.

6. *¿La opinión de las niñas fue escuchada de conformidad con la Convención sobre Derechos del Niño, de lo contrario, por qué no?*

274. La opinión de las niñas fue efectivamente escuchada durante el procedimiento, a través de diversos mecanismos. En primer lugar, se las oyó por medio de diversos informes psicológicos presentados como medios probatorios. En ellos se da cuenta no sólo del estado psicológico de las niñas al momento de la evaluación, sino que también de su modo particular de percibir su entorno familiar y el conflicto de sus padres, así como sus aprehensiones y opiniones al respecto. De esta manera, pueden citarse los informes que rolan a fojas 3 y siguientes; a fojas 184 y siguientes; y a fojas 406 y siguientes del expediente de primera instancia seguido ante el Juzgado de Villarrica.

275. En segundo término, también se acompañaron informes sociales, a solicitud del Tribunal, que dan cuenta del desenvolvimiento de las menores en su entorno familiar, basados en las visitas y conversaciones que las asistentes sociales sostuvieron con las niñas. En ellos se encuentran consignados varios de los puntos de vista de las niñas sobre aspectos cotidianos, observados durante la visita de los evaluadores. Al respecto, puede citarse el informe social del 24 de abril de 2003, acompañado al expediente de primera instancia, a fojas 406, que reporta sobre la situación de las menores mientras vivían junto a su madre.

276. Finalmente, cabe señalar que a fojas 443 el tribunal ordena como “medida para mejor resolver”, que se pida un informe socio-familiar actualizado, a la Asistente Social del Primer Juzgado de Menores de Temuco; un informe psicológico de las menores al Servicio Médico Legal de Temuco; y que se realice una audiencia privada con las menores. Los informes, psicológico y social, fueron acompañados a fojas 627 y siguientes, después de haber visitado y escuchado a las menores. Por su parte, la audiencia privada con las menores se llevó a cabo el 8 de Octubre de 2003, como consta en el expediente a fojas 547.



7. *¿Estaba dicha Convención ratificada por Chile al momento en que la Corte Suprema falló el caso?*

277. Sí, el Estado de Chile promulgó la Convención sobre los Derechos del Niño el 14 de agosto de 1990, siendo publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de septiembre del mismo año.

IV. Solicitud del juez Ventura Robles

1. *¿Cuál fue el daño que probó, y consecuentemente dejó la custodia de las niñas en manos del padre, sin caer en la aplicación de una categoría sospechosa?*

278. Ya desde la presentación de la demanda se acompañaron documentos que probaban el daño psicológico que estaban sufriendo las menores incluso antes del inicio del procedimiento de custodia. El informe psicológico de María Isabel Thiers señala, a fojas 5 del expediente, que M. López Atala tiene una autoestima baja, siendo víctima de una sensación de desprotección y desvalimiento. Señala que su concepto de familia se encuentra distorsionado, dado el conflicto de sus padres, y que en el hogar materno se le imponen restricciones, debiendo buscar apoyo en Ema, la conviviente de la demandada en el proceso de tuición. A fojas 8 señala que R. López Atala: *“tiene una idea de familia muy distorsionada en relación esencialmente a los roles sexuales de los padres y la permanencia de éstos en la vida de los hijos”*. Evidencia una fuerte angustia, al punto de que ha desarrollado *“conductas de masturbación”*, inapropiadas para su edad y contexto. Por su parte, consta a fojas 11 que V. López Atala tiene una fuerte sensación de desprotección, baja autoestima y confusión de roles. A modo de ejemplo, se relata que desarrolla *“un juego en el cual viven dos amigas con sus tres hijas chicas; las amigas se besan, duermen juntas y a veces las hijas duermen con ellas. Finalmente viene el lobo bueno y le devuelve a su mamá verdadera”*.

279. En línea con esta confusión de roles se encuentran las declaraciones de Ana Pacheco Guzmán, empleada doméstica que ha tenido contacto directo con ellas durante años. A fojas 253 la señora Pacheco Guzmán declara que: *“en el último tiempo ellas están más distantes con la abuela, las dos más grandes, ellas eran muy persistentes en tocarme, sobre todo la más grande, en tocarme los senos, levantarme los vestidos, esto fue ahora último que tomó esa actitud.”*

280. Por su parte, el informe de la psicóloga clínica Nancy Espinoza Díaz sobre M. y V. López Atala señala, a fojas 184, que V. tiene: *“sentimientos de abandono y soledad, no pudiendo crear una identidad propia, sino más bien existiendo si otras la quieren”*. Sobre M. dice, a fojas 188, que



tiene: *“graves problemas de identidad, con límites poco claros, con una alta necesidad de afecto y estabilidad emocional”*.

281. Asimismo, la señora María Luisa Catalán, niñera de las niñas en casa de la señora Atala, declaró en cuanto a las visitas de amigos de las niñas a la casa, que *“durante este año [2003], ninguna amiga las ha visitado, ni aún la niña Sofía quien es la mejor amiga de M. y con la que el año pasado se visitaban continuamente”*.
282. Doña Miriam Villalobos, trabajadora en la casa de la señora Atala, expresó sobre las visitas de amigos de las niñas que habían habido cambios, porque no recibieron a nadie más desde diciembre [de 2002]; y finalmente. Todas estas declaraciones fueron observadas por el Juez de letras de Villarrica al momento de dictar la resolución de custodia provisoria, siendo transcritas en el considerando 2° de la resolución, a fojas 76 vuelta y ss. del expediente de custodia provisoria.
283. Finalmente, el informe de la Asistente Social Mónica Alvarado Oyarzún, quien visitó a las menores mientras se encontraban con su madre, señala a fojas 303 del expediente de custodia que M.: *“es una niña con un buen nivel intelectual interferido por conflictos emocionales ocasionados por la ruptura matrimonial de sus padres, pérdida del hermano mayor, confusión de roles sexuales a los que se ve expuesta y lo que no logra conversar ni cuestionar para no sentirse desleal con sus padres. Presentando una alta necesidad de afecto y atención”*. Sobre V. señala que tiene *“carencias afectivas y dificultades en la definición de los estereotipos sexuales adultos, lo que podría afectar su desarrollo afectivo y psicológico normal”*. En lo que atañe a R.: *“su desarrollo emocional se encuentra interferido por la percepción de una dinámica de conflicto y descalificación entre sus padres, percibiéndose frente a ellos como objeto de competencia y disputa y confundida en la percepción de los roles sexuales de sus figuras parentales los que tiende a percibir de manera invertida.”*
284. Un examen más detallado de esta prueba que consta en el proceso, y a la cual la sentencia de la Corte Suprema hace expresa mención, se encuentra en el cuerpo de estos alegatos finales, en las notas al pie de los párrafos 39 y siguientes (páginas 15 y siguientes de esta presentación).



V. Solicitudes del juez García-Sayán

1. *Solicitud del magistrado de acompañar en su versión original, todas las normas y los fallos aludidos que no han sido incorporados al expediente:*

285. En el acápite siguiente, titulado “Anexo de documentación solicitada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, se acompaña copia de las normas, sentencias judiciales y los demás antecedentes citados durante la audiencia pública de esta causa y pertinentes para la resolución del conflicto.

2. *Solicitud del magistrado de proporcionar información acerca del entorno jurisprudencial en Chile, y particularmente de las decisiones de la Corte Suprema, que sustentadas total o parcialmente en instrumentos internacionales de derechos humanos, hicieren referencia a estos como fuente de derecho, o en su caso, los fallos que les negaren dicho carácter*

286. Respecto a la solicitud del juez García-Sayán, cabe destacar las siguientes sentencias de tribunales chilenos que consagran el interés superior del niño como principio fundamental a la hora de decidir un procedimiento de custodia:

- i. Sentencia recaída en Rol 608-2010, de 24 de junio de 2010, de la Corte Suprema: en este caso se resuelve un recurso de casación en el fondo, en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que revocó la sentencia de primera instancia que le otorgaba la custodia de la niña al padre de ésta. La Corte Suprema estableció que, si los padres viven separados, de acuerdo al artículo 225 del Código Civil⁷⁴, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. Esto, en el caso que los padres no hayan celebrado convención alguna acerca de su custodia,

⁷⁴ Art. 225. *Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.*

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

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. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.



o que se haya visto privada de ello por inhabilidad o porque **el interés superior del niño haga necesario alterar esta regla** (considerandos 5° y 6°). De esta manera, el Tribunal estableció que *“(...) en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de niño, niña o adolescentes...y aún cuando constituya un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consisten el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales”* (considerando 10°).

Así, el fallo establece que, aun cuando en el caso sub lite no se haya establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hija, los jueces del fondo **debieron considerar el interés superior de la niña** (considerando 13°).

- ii. Sentencia recaída en Rol 4307-2010, de 16 de agosto de 2010, de la Corte Suprema: el Tribunal revocó la sentencia de segunda instancia que modificaba, a su vez, la de primera instancia que le otorgaba la custodia del menor a su padre. En este caso, la Corte también establece que cuando los padres del niño, niña o adolescente no han celebrado una convención acerca de su custodia, la madre tiene el cuidado personal de su hijo por ley, salvo que sea privada de ello por inhabilidad o porque sea necesario en virtud del interés superior del niño (considerando 6°). En los mismos términos del fallo citado, establece qué se entiende por el interés superior del niño y, luego, revoca la sentencia del Tribunal de Alzada por entender que en la especie los jueces no se hicieron cargo de la situación del menor –desde la perspectiva de su interés superior- limitándose en sus reflexiones a reconocer por sobre otra consideración el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado del hijo, centrando su análisis sólo al descarte de causales de inhabilidad por parte de la progenitora, para concluir que a ella debe confiarse su cuidado, sin atender a la condición del niño, como sujeto de derecho de especial protección por el legislador.
 - iii. Sentencia recaída en el recurso Rol N° 5770-2010, de 18 de noviembre de 2010, de la Corte Suprema: este fallo confirma la sentencia de segunda instancia, toda vez que estima que la decisión de conceder la custodia del menor al padre se sustenta en el principio del interés superior de éste.
287. Asimismo, hay una serie de fallos de la Corte Suprema que establecen que las normas que integran los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes –de



acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República⁷⁵ - que garantizan derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tales como:

- i. Sentencia recaída en el recurso Rol N° 469-1998, de 9 de septiembre de 1998: mediante este fallo recaído en un recurso de casación en el fondo, se anulan la sentencia del 2° Juzgado Militar, confirmada por la Corte Marcial, estableciendo el Tribunal Supremo que los Convenios de Ginebra de 1949 persiguen garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, razón por la cual tienen aplicación preeminente, ya que el artículo 5° de la Constitución reconoce que la soberanía interna de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el Poder Constituyente, lo que impide que sean desconocidos. Por esto, concluyó que omitir aplicar dichas disposiciones constituye un error de derecho, que debió ser corregido acogiendo el recurso, ya que debe tenerse presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional, los Tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el Derecho Interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios (considerando 10°).
- ii. Sentencia recaída en el recurso Rol N° 559-2004, de 13 de diciembre de 2006, de la Corte Suprema: en este caso, este fallo también acoge el recurso de casación en el fondo, aplicando las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949, por los argumentos indicados precedentemente. Asimismo, la Corte estima que también es aplicable a dicho caso, las disposiciones de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas y en vigor desde 1970, aun cuando no ha sido ratificada por Chile, por estimar que se trataría de una norma de derecho consuetudinario. De la misma manera, se señala que, tal como ya lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *iuscogens*, por lo que su penalización es obligatoria, conforme al derecho internacional. Por otra parte, dicho Tribunal Superior de Justicia, establece que la “(...) la jurisprudencia y la doctrina nacionales, desde muy antiguo, han reconocido la prevalencia del Derecho Internacional, en el supuesto de contradecir éste el derecho interno...” (considerando 23°).

⁷⁵ Dicho inciso del artículo 5° de la Constitución Política de Chile señala que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.



- iii. Sentencia Rol N° 907-2004, de 13 de marzo de 2007, de la Corte Suprema : En este caso, en los considerandos 35° y 36°, la Corte estableció *“Que también los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos”* y *“Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo “que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66)”*.
 - iv. Sentencia Rol N° 4183-2006, de 18 de abril de 2007, de la Corte Suprema: en este caso, la Corte establece que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5° de la Carta Fundamental, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tal como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.
288. Por último, cabe destacar que el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra Carta Fundamental, ha establecido que a la hora de realizar el control de constitucionalidad de determinados cuerpos legales, debe tenerse presente que su contenido no sea contrario a lo dispuesto por Tratados y Convenciones internacionales que se refieran a derechos fundamentales, particularmente de la Convención sobre Derechos del Niño.
- En dicho caso, estableció el principio del interés superior del niño, niña o adolescente como parámetro de control de constitucionalidad del proyecto de ley de responsabilidad penal juvenil.
289. De esta manera, en la sentencia Rol N° 786-07, de 13 de junio de 2007, sobre un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados, respecto de ciertas normas del proyecto de Ley modificadorio de la Ley N° 20.084, que establece un



sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, por estimar, en parte, que dichas normas vulneraban lo dispuesto tanto por la Constitución Política como por la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio de no retroceso en materia de derechos humanos.

290. Respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño, se señaló por parte de los requirentes que una de las normas vulnerada era precisamente la contenida en el artículo 3.1, esto es, la que consagra el interés superior del niño.
291. El Tribunal Constitucional, si bien desechó la inconstitucionalidad alegada, estableció *“(...) que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del “interés superior” del mismo”* (considerando 27°), razón por la cual, se le ha dado plena vigencia en nuestro país a dicha Convención y al principio del interés superior del niño.
292. De la misma manera, en otros fallos de dicho Tribunal (ver, por ejemplo sentencia recaída en el rol N° 1.340-09, considerandos 9° y 10°), dicha Magistratura ha aplicado disposiciones de esta Convención Internacional para reconocer derechos fundamentales garantizados de manera implícita en nuestra Carta Fundamental.



6. Anexo de documentación solicitada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se acompañan los siguientes antecedentes pertinentes al caso, solicitados por esta Honorable Corte

I. Documentación solicitada:

1. Resolución del Juzgado de letras de Villarrica que concedió la tuición provisoria;
2. Certificado de matrimonio de la señora Karen Atala y el señor Jaime López;
3. Informe del ministro Lenin Lillo, de la Corte de Apelaciones de Temuco en el expediente 43-P, del año 2003;
4. Resolución del pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco en el expediente 43-P, del año 2003;
5. Sentencia de tuición provisoria de las niñas López Atala, dictada por el Tribunal de Menores de Villarrica;
6. Foja 273 del expediente de tuición definitiva, donde aparece la respuesta de la señora Karen Atala a la pregunta 38 del pliego de absolución de posiciones presentado por don Jaime López;
7. Extracto del libro “Los Recursos Procesales”, de los profesores Mario Mosquera y Cristián Maturana, citado tanto por el Estado de Chile como por el perito Juan Carlos Marín en relación a la regulación del recurso de queja en Chile;
8. Oficio N° 140 del Pleno de la Corte Suprema, de fecha 13 de septiembre de 2011, que informa favorablemente el proyecto de ley sobre Acuerdo de Vida en Pareja.

II. Sentencias de primera instancia

1. Sentencia RIT N° C-178-2005, del Juzgado de Familia de Santa Cruz
2. Sentencia RIT N° C-917-2005, del Juzgado de Familia de Temuco
3. Sentencia RIT N° C-1075-2008, del 2° Juzgado de Familia de Santiago
4. Sentencia RIT N° C-4209-2009, del 4° Juzgado de Familia de Santiago
5. Sentencia RIT N° C-1049-2010, del Juzgado de Familia de Villarrica



III. Sentencias de la Corte Suprema

1. *Vásquez Martínez*, Rol N° 559-2004, 13 de diciembre de 2006
2. *Albornoz Agüero*, Rol N° 4183-2006, 18 de abril de 2007
3. *Massis con Sánchez*, Rol N° 608-2010, 24 de junio de 2010
4. *Meza con De La Rivera*, Rol N° 4307-2010, 16 de agosto de 2010
5. *Poblete con Díaz*, Rol N° 5770-2010, 18 de noviembre de 2010
6. *Barrios Duque*, Rol N° 1369-09, 20 de enero de 2010
7. *Encina Pérez*, Rol N° 5279-2009, 14 de abril de 2010
8. *“Episodio Chihuío”*, Rol N° 8314-09, 27 de enero de 2011
9. *Farías Urzúa*, Rol N° 5219-2010, julio de 2011
10. *Iribarren González*, Rol N° 9474-2009, 21 de diciembre de 2010
11. *Silva Camus*, Rol N° 1198-2010, 20 de diciembre de 2010
12. *Figueroa Mercado*, Rol N° 3302-2009, 18 de mayo de 2010
13. *González Galeno*, Rol N° 682-2010, 19 de agosto de 2011
14. *Ríos Soto*, Rol N° 6823-2009, 25 de agosto de 2011
15. *Hermanos Vergara Toledo*, Rol N° 7089-2009, 4 de agosto de 2010
16. *Prats González*, Rol N° 2596-2009, 8 de julio de 2010
17. *Aldoney Vargas*, Rol N° 4915-2009, 5 de mayo de 2011
18. *Linares Solís*, Rol N° 2263-2010, 27 de abril de 2011
19. *Ortega Fuentes*, Rol N° 2080-2008, 8 de abril de 2010
20. *Robotham y Thauby*, Rol N° 5436-2010, 22 de junio de 2011
21. *Juan Llaupé y otros*, Rol N° 5698-2009, 25 de enero de 2011
22. *Soto Cerna*, Rol N° 5285-2010, 11 de julio de 2011



IV. Sentencia del Tribunal Constitucional

1. Rol N° 786-07, 13 de junio de 2007
2. Rol N° 1309-09, 20 de abril de 2010

V. Legislación nacional

1. Código Civil, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>
2. Código Orgánico de Tribunales, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>

Paulina González Vergara
Paulina González Vergara
Coagente

