

Washington D.C., 24 de septiembre de 2011

Señor
Pablo Saavedra A.
Secretario
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Apdo. 6906-1000
San José
Costa Rica

**REF: Karen Atala Riffo e hijas
CDH-S/2092**

Estimado Sr. Secretario:

De acuerdo al artículo 56 del Reglamento de la Corte Interamericana, presentamos ante esta Honorable Corte los alegatos finales escritos en representación de las víctimas.

Con fecha 25 de diciembre de 2010 sometimos a su conocimiento nuestro escrito de solicitudes, argumentos y pruebas detallando los hechos que dieron inicio a este proceso internacional y los fundamentos de derecho de las violaciones alegadas, así como nuestras solicitudes de reparaciones, incluyendo garantías de no repetición. Los alegatos finales que presentamos en esta oportunidad deben entenderse como complementarios a dicha presentación.

Este escrito se divide en las siguientes secciones:

1. Alegatos en relación a la discriminación con fundamento en la orientación sexual, y a ésta como categoría prohibida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante la Convención o Convención Americana, de la Jueza Karen Atala Riffo y sus tres hijas M., V. y R.
2. Alegatos en relación a la violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial de Karen Atala Riffo y de sus tres hijas M., V. y R.
3. Alegatos en relación a la violación al derecho a la vida privada de Karen Atala Riffo.
4. Alegatos en relación a la violación al derecho a la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.
5. Alegatos en relación a la violación de los derechos de las niñas M., V. y R.
6. Observaciones al escrito del señor Jaime López Allendes, remitido a esta parte por la Honorable Corte con fecha 22 de agosto de 2011.
7. Observaciones en relación a otros escritos presentados por el Estado durante el proceso ante esta Corte y *amici curiae*.
8. Respuesta a preguntas realizadas por los Honorables Jueces de esta Corte durante la audiencia pública celebrada el 23 y 24 de agosto de 2011.
9. Solicitudes en materia de reparación a las presuntas víctimas y garantías de no repetición y detalle de las costas del proceso.
10. Solicitudes de esta parte a la Honorable Corte.

Este es el caso de Karen Atala, mujer, madre, abogada, jueza, ex profesora universitaria, y lesbiana. Como indicó ella en el testimonio que rindió ante la Honorable Corte en la audiencia que se llevó a cabo dentro de este proceso, todas estas cualidades son inherentes a ella. No es posible para Karen Atala no ser alguna de estas –mujer, madre, abogada, jueza, lesbiana- y seguir siendo quien ella es: Karen Atala. Sin embargo, fue justamente una de esas cualidades inherentes a ella por la cual fue discriminada y por ende prácticamente privada de otra de sus cualidades. A Karen Atala la discriminaron por ser lesbiana, privándola así de ejercer su maternidad presente y diaria con sus tres hijas, obligándola a convertirse en una madre distante de ellas, de su entorno, de su vida, causándoseles a ella, a sus hijas y a sus familiares un daño irreparable.

1. Alegatos en relación a la discriminación con fundamento en la orientación sexual, y a ésta como categoría prohibida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante la Convención o Convención Americana, de la Jueza Karen Atala Riffo y sus tres hijas M., V. y R.

El Artículo 1.1. de la Convención Americana establece la obligación de respetar los derechos, en los siguientes términos:

*Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**. (El destacado es nuestro).*

Y por su parte, el artículo 24 de la misma Convención, reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, expresando que “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*”

La decisión de la Corte Suprema que truncó la vida familiar que Karen y sus hijas – las víctimas- llevaban con plena normalidad se basó en un prejuicio, a partir del cual se discriminó contra ellas. Esta discriminación, que constituye una violación del art. 1.1 y el 24 de la Convención Americana, a su vez generó la violación de otros derechos que se desarrollarán más adelante en este escrito, como son: el derecho a las garantías judiciales (Art. 8), a la protección judicial (Art. 25), a la vida privada y la intimidad familiar (Art. 11.2), a la protección de la familia y a la igualdad dentro de la familia Art. 17.1 y 17.4) y los derechos de las niñas (Art. 19), todos ellos de la Convención Americana, en conjunto con la Convención sobre los Derechos de los Niños.

En ese sentido, la violación del derecho a la no discriminación resulta central para entender y desarrollar las demás violaciones de derechos que alegó la Comisión Interamericana, posición y argumentos que comparten las representantes de las víctimas.

1.1 Concepto de discriminación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en su jurisprudencia, aspectos relativos al alcance y contenido del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación que son relevantes para la decisión del presente caso.¹ El deber de garantizar a todas las personas que no serán discriminadas es uno de los pilares del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.² Complementario a la existencia de cláusulas generales de no discriminación,³ se han desarrollado instrumentos internacionales particulares para la protección de grupos tradicionalmente discriminados como las mujeres, los niños, la diversidad étnica y racial, los pueblos indígenas y originarios, las personas con discapacidad, y los migrantes, entre otros.⁴

El contenido y alcance del derecho a la no discriminación ha sido ampliamente desarrollado tanto a nivel interno por los jueces y tribunales constitucionales, como a nivel internacional por los órganos de protección de los derechos humanos.

Es así como en el sistema interamericano esta Corte puntualizó el alcance del concepto de igualdad y su vínculo con la dignidad humana. Esta definición continúa vigente y es relevante para el análisis del presente caso.

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁵

¹ Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero 1984, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 4 (1984), Párr.55 – 57; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 18 (2003), Párr. 82 – 110.

² Los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen una cláusula de no discriminación, similar al art. 1.1 de la Convención Americana.

³ Artículo 24 de la Convención Americana, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP).

⁴ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 660 U.N.T.S. 195, entrada en vigor 04 de enero de 1969 (en adelante CERD); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 03 de septiembre de 1981 (en adelante CEDAW); Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989) entrada en vigor 02 de septiembre de 1990 (en adelante CRC); Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, A.G. res. 45158, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 262 ONU Doc. A/45/49 (1990), entrada en vigor 01 julio 2003 (en adelante CMW); Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, 429 U.N.T.S. 93, entrada en vigor 22 de mayo de 1962; Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (ILO No. 169), 72 Official Bull. 59, entrada en vigor 05 de septiembre de 1991; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad entrada en vigor 03 de mayo de 2008 (en adelante CPD).

⁵ Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, par. 55.

Existe un vínculo indisoluble entre la no discriminación y la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos. Los Estados tienen el deber de respetar y garantizar los derechos de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Proteger sólo a una parte de la población constituye una violación de derechos en sí misma que genera responsabilidad internacional para el Estado, como lo estableció esta Honorable Corte.⁶

La Corte Europea de Derechos Humanos estableció que una distinción discriminatoria es aquella que “carece de justificación, objetiva y razonable;”⁷ esto es, cuando no persigue un “fin legítimo” o bien, no hay una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin legítimo que busca lograrse”.⁸ Igualmente, el Comité de Derechos Humanos señaló que “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo.”⁹ Por último, la discriminación conlleva como finalidad tener “por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”¹⁰

Esta misma Corte determinó que el principio de igualdad y de no discriminación tiene carácter de norma de *ius cogens*.

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.¹¹

El carácter de principio de *ius cogens* tiene como efecto que los Estados no pueden llevar a cabo acciones que en su esencia o como resultado de su impacto generen discriminación, es decir, discriminación *de iure* o *de facto*. Sin embargo esto no es suficiente. Los Estados también tienen la obligación de adoptar disposiciones y medidas

⁶ Corte IDH, Caso Apatz Barbera y otros. V, Venezuela, sentencia de agosto 05 de 2008, Párr. 209.

⁷ Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, Párr. 10; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, Párr 46; Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, Párr. 39.

⁸ Eur. Court H.R., Case of Fretté v. France, Judgment of February 26, 2002.

⁹ Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), Párr 13.

¹⁰ Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), par 7.

¹¹ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, Párr. 100.

que tengan por objeto disminuir y evitar situaciones de discriminación contra determinadas personas o grupos de personas en la sociedad. Es decir que el Estado tiene el deber de proteger a esas personas o grupos discriminados de actuaciones de terceros que bajo su tolerancia o aquiescencia discriminen o perpetúen condiciones de discriminación.¹²

La discriminación puede provenir de la diferenciación entre quienes no se justifique hacerlo por encontrarse en iguales condiciones, o de no distinguir entre quienes se encuentran en circunstancias diversas y debieran considerarse diferenciadamente. Es decir, se debe tratar igual a los iguales, y diferente a los diferentes, tal como explicó el perito Rodrigo Uprimny en su testimonio ante esta Honorable Corte.

La Convención obliga a los Estados a respetar el libre ejercicio de los derechos establecidos en ella. Esta Corte indicó en su Opinión Consultiva 17 que “todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención es *per se* incompatible con ésta.”¹³ Esta observación se complementa con lo establecido por esta misma Corte en su Opinión Consultiva 4, anteriormente citada, en el sentido de que “no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se corresponden con su única e idéntica naturaleza.”¹⁴

En la Observación General No. 18, el Comité de Derechos Humanos acude a instrumentos internacionales del sistema universal para definir el término discriminación. El Comité recurre así a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que definen discriminación como “*distinción, exclusión, restricción o preferencia*” que “*tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales*”.¹⁵

1.2. Categorías prohibidas de discriminación: una lista abierta

Basta con una lectura del artículo 1.1 de la Convención Americana para encontrar que se trata de un texto abierto, en el cual la enumeración de factores prohibidos de discriminación no es taxativa. Al terminar con “cualquier otra condición social”, la norma de la Convención Americana, al igual que los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, deja abierta la posibilidad de nuevos factores de discriminación. Esto es el resultado de entender que factores políticos, sociales, económicos y religiosos inciden en el desarrollo de una sociedad, y que los motivos por los cuales se discrimina en un momento histórico particular evolucionan y se transforman.

¹² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, Párr. 104 - 105.

¹³ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, Párr. 43.

¹⁴ Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, Párr. 55.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), Párr. 6 y 7.

Esta visión coincide además, con las reglas generales de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,¹⁶ y con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la que ha reiterado que la Convención Europea es un instrumento vivo, que debe interpretarse de manera acorde con las condiciones del momento presente y a partir de la jurisprudencia. La misma Corte ha rechazado el argumento de que la Convención solamente puede interpretarse a partir de la intención de los redactores del texto,¹⁷ porque debe considerarse la forma en que el texto se interprete de manera que las garantías y salvaguardas que allí establece sean prácticas y efectivas¹⁸. Esta Honorable Corte Interamericana ha coincidido con esta visión en jurisprudencia anterior destacando la evolución dinámica del derecho internacional y su importancia y necesidad al analizar casos concretos.¹⁹

Por todo lo anterior, es posible concluir que el Art. 1.1 de la Convención Americana no es un listado cerrado, sino un texto abierto y la expresión “cualquier otra condición social” es un llamado a los Estados y a los órganos del sistema a interpretarla con el desarrollo social, político, económico y cultural, en el cual van a surgir nuevos factores de discriminación.

1.3. Orientación sexual: otra condición social dentro del listado de razones prohibidas para discriminar

El desarrollo del derecho internacional se materializa de una parte, en el derecho blando y en la jurisprudencia de los órganos de tratados, que va dando cuenta de la necesidad de evolucionar conceptualmente en la interpretación de los instrumentos internacionales; y de otra parte, en el desarrollo y adopción de instrumentos internacionalmente vinculantes, estableciendo protecciones especiales para grupos históricamente discriminados, algunos de los cuales pueden no haber estado contemplados en la lista original de categorías prohibidas de discriminación.

Paralelo al desarrollo del derecho internacional, evolucionó el derecho interno, particularmente el derecho constitucional. En algunos de los Estados americanos, los órganos de los Estados aprueban legislación, normas administrativas y dictan sentencias ampliando el concepto de no discriminación e incluyendo categorías que antes no estaban contempladas.

Como lo señaló el perito Rodrigo Uprimny a esta Corte en la audiencia de este caso, los criterios tienen “historicidad”. Las personas con discapacidad no están incluidas explícitamente en la cláusula de no discriminación, sin embargo nadie argumentaría que no es un criterio por el cual esté prohibido discriminar. Ha habido un proceso de retroalimentación entre el derecho interno y el derecho internacional, resultando en el desarrollo de normas, políticas públicas y jurisprudencia reconociendo que no está permitido discriminar contra las personas con discapacidad. A la par se observa la

¹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigencia el 27 de enero de 1980, Art. 31.

¹⁷ *Eur. Court HR, Loizidou v. Turkey, Preliminary Objections, 23 March 1995*, Párr. 71 - 72.

¹⁸ *Eur. Court HR, Soering v. U.K., Judgement, 07 July 1989*, Párr. 87.

¹⁹ Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, Párr. 115.

aprobación de resoluciones, declaraciones e instrumentos internacionales, el desarrollo de programas y políticas públicas y decisiones de órganos de protección y tribunales internacionales que coinciden en la prohibición de la discriminación contra las personas con discapacidad.

De hecho, esta Honorable Corte contribuyó al proceso de reconocimiento de la prohibición de discriminación con fundamento en la condición de migrante de una persona,²⁰ Progresión que ahora debe continuar con la orientación sexual.

La discriminación por orientación sexual está siendo cuestionada y se está estableciendo su prohibición en el derecho nacional e internacional. Dentro de la interpretación evolutiva del derecho, particularmente de las constituciones e instrumentos internacionales y aplicando el principio *pro personae*, el derecho nacional y el derecho internacional se desarrollan e incluyen a la orientación sexual dentro de las categorías prohibidas de discriminación, entendiéndose que forma parte de cualquier otra condición social.

Es importante considerar que las personas de orientación sexual diversa han pasado desde etapas de punibilidad de las relaciones sexuales consentidas entre adultos, a la consideración de esta condición como una causal de mala conducta o un motivo para una investigación disciplinaria, hasta el reconocimiento de una condición por la cual no puede terminarse una relación laboral, ni negarse a contratar a una persona, ofrecerle atención médica o educación. Incluso, varios Estados de las Américas han reconocido y regulado las relaciones de parejas de orientación sexual diversa, reconociéndoles derechos patrimoniales y familiares. Actualmente es posible afirmar que se reconoce que la discriminación por orientación sexual no obedece a criterios razonables, sino a prejuicios, estigmas y estereotipos.

La discriminación basada en la orientación sexual de las personas debe considerarse incluida dentro de la obligación de respetar los derechos (artículo 1) de la Convención Americana. En efecto, la orientación sexual forma parte de la prohibición de discriminación por *sexo* y por *cualquier otra condición social*. La jurisprudencia internacional de los derechos humanos ha incluido la discriminación en razón de la orientación sexual bajo estos dos conceptos.²¹ Así, el Comité de Derechos Humanos en *Toonen v. Australia* determinó que la penalización de las relaciones sexuales homosexuales consensuadas constituía una violación al derecho a la privacidad y agregó que la referencia a sexo en el artículo 26 y el 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluía la orientación sexual.²² Posteriormente, el mismo Comité de Derechos Humanos estimó que la orientación sexual se encontraba amparada bajo

²⁰ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 18 (2003), Párr. 111 – 127.

²¹ El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en *Toonen v. Australia*, Communication No.488/1992, par. 8.7, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) consideró la discriminación por orientación sexual incluida bajo la discriminación por razones de sexo. Por otra parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *Sutherland v. the United Kingdom*, No. 25186/94, Enero, 7, 1997, no publicado, incluyó la discriminación por orientación sexual bajo la expresión genérica “otro estatus.”

²² Comité de Derechos Humanos, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, par. 8.7, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

“cualquier otra condición” en el artículo 26 del PIDCP.²³ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recogió el desarrollo del derecho internacional y la incluyó expresamente dentro de “otra condición” en una reciente Observación General.²⁴

El sistema europeo de derechos humanos ha desarrollado una importante jurisprudencia en materia de discriminación por orientación sexual. Dentro de los precedentes importantes destacamos el caso *Dudgeon v. United Kingdom*²⁵ y los desarrollos posteriores, hasta la situación actual en las que se reconoce el derecho a la familia a las parejas del mismo sexo.²⁶ La Corte Europea de Derechos Humanos ha estimado que la orientación sexual se encuentra incluida en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.^{27 28}

Los Estados americanos también han comprendido que la discriminación con fundamento en la orientación sexual es una violación al derecho a la no discriminación. Por ello, en marzo de 2011, veinte Estados miembros de la OEA suscribieron la Declaración Conjunta contra la Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género, en el marco del 16º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.²⁹ En dicha Declaración se expresa la confianza en “la existencia de una base común en donde todos reconocemos que ninguna persona debe padecer estigmatización, violencia o maltrato por ningún motivo”, instando a los Estados a comprometerse con la lucha contra la discriminación por orientación sexual.

El apoyo político que conlleva suscribir esta declaración, no es un hito aislado, sino que es la concreción de un proceso que viene ocurriendo desde hace varias décadas a nivel interno. El rechazo a la discriminación con fundamento en la orientación sexual y su inclusión dentro de las razones prohibidas de discriminación se ha materializado en legislaciones, políticas públicas, y jurisprudencia. México, Argentina, Uruguay y Colombia son ejemplos de esta tendencia. Varios de los escritos de *amicus curiae* presentados a esta Honorable Corte en el curso de este proceso, dan cuenta de ello.

²³ Comité de Derechos Humanos, *Mr. Edward Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, par. 10.2 y 10.4, U.N. Doc.CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).

²⁴ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (42º período de sesiones, 2009), U.N. Doc. E/C.12/GC/20, par. 32.

²⁵ European Court of Human Rights, *Dudgeon v. United Kingdom*, (Application No. 7525/76), Judgment, octubre 22, 1981.

²⁶ European Court of Human Rights, *Schalk y Kopf v. Austria*, (Application No. 30141/04), par. 94, 24 de junio 2010.

²⁷ Art. 14: Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

²⁸ European Court of Human Rights, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, (Application No. 33290/96), par. 28, diciembre 21, 1999, European Court of Human Rights; *Case of Smith and Grady v. the United Kingdom* (Applications Nos. 33985/96 and 33986/96), Judgment, par.115, septiembre 27, 1999; European Court of Human Rights, *case of Lustig-Prean and Beckett, v. the United Kingdom*, (Applications Nos. 31417/96 and 32377/96), Judgment, septiembre 27, 1999; European Court of Human Rights, *Kozak v. Poland*, (Application No. 13102/02), par. 92, 2 de marzo 2010.

²⁹ Los Estados firmantes de las Américas son: Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Estados Unidos, Uruguay, Venezuela.

1.4. Discriminación por orientación sexual dentro de las categorías prohibidas de discriminación

La inclusión de la orientación sexual dentro de las categorías prohibidas de discriminación tiene importantes consecuencias prácticas. De una parte refleja que la orientación sexual es un elemento constitutivo de la identidad de las personas similar a otros como el sexo, la raza o la religión, siendo así un atributo de la personalidad. Suprimirlo o sancionar algunas orientaciones sexuales y privilegiar otras constituye un menoscabo de la dignidad humana.³⁰ De otra parte, conlleva una serie de consideraciones que debe tomar el Estado si pretende establecer diferencias de trato con fundamento en la orientación sexual. Con las categorías prohibidas se establece un control judicial más estricto y se exige a quien legisla o aprueba una norma una serie de consideraciones.

Primero, la medida debe tener un fin legítimo, consistente en una justificación objetiva y razonable. No puede ser el resultado de la voluntariedad de un funcionario o del azar.³¹ En segundo lugar la medida debe ser idónea, no debe haber otra alternativa que desarrolle los tres elementos antes mencionados de mejor forma. En tercer lugar se debe evaluar la necesidad de la medida, considerando otras opciones y determinando el sentido del objetivo que se persigue con la medida. Finalmente, se debe apreciar la proporcionalidad de la medida, considerando que sea la forma menos gravosa de afectar otros derechos.³²

La Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que los Estados gozan de un margen de apreciación para determinar cuáles son las diferencias que justificarían un trato diferente a individuos que se encuentran en situaciones similares. Este margen es amplio en casos de política económica o estrategia social.³³ Sin embargo, cuando la diferenciación se basa en el sexo o la orientación sexual de una persona, “el margen de apreciación es muy bajo”³⁴. El principio de proporcionalidad exige no sólo que se elija

³⁰ Es importante señalar que dentro del sistema europeo de protección de los derechos humanos se ha señalado que la categoría cualquier otra condición puede construirse a partir de otro tipo de situaciones que no son inherentes al ser humano, al respecto ver European Court of Human Rights, *Case of Clift v. the United Kingdom*, *Application no. 7205/07*, *Judgment*, Párr. 55 – 53

³¹ CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 enero 2007, par. 80 y 83; CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, par. 338; María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala, Caso 11.625, Informe No. 4/00, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. en 929 (2000), par. 36; European Court of Human Rights, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, (Application No. 33290/96), par. 29; European Court of Human Rights, *case of Lustig-Prean and Beckett, v. the United Kingdom*, (Applications Nos. 31417/96 and 32377/96), *Judgment*, septiembre 27, 1999, par 80; European Court of Human Rights, *Case of Smith and Grady v. the United Kingdom* (Applications Nos. 33985/96 and 33986/96), *Judgment*, septiembre 27, 1999, Párr. 87.

³² European Court of Human Rights, *Case of Karner v. Austria*, *Application no. 40016/98*, *Judgment*, Julio 24, 2003, par. 40 – 42; *Sra. X v. Argentina*, Caso 10.506, Informe 38/96, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 50 (1997), par 74; CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 enero 2007, par. 83; European Court of Human Rights, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, (Application No. 33290/96), Párr. 29

³³ European Court of Human Rights, *Carson and Others v. the United Kingdom*, (Application No. 42184/05), par. 61, marzo 16, 2010.

³⁴ European Court of Human Rights, *Case of Smith and Grady v. the United Kingdom* (Applications Nos. 33985/96 and 33986/96), *Judgment*, septiembre 27, 1999; European Court of Human Rights, *case of Lustig-Prean and Beckett, v. the United Kingdom*, (Applications Nos. 31417/96 and 32377/96), *Judgment*, septiembre 27, 1999.

un medio adecuado para la meta que se haya propuesto el Estado, sino que éste tiene el deber de demostrar que “el medio elegido era necesario de acuerdo a las circunstancias.”³⁵ Ha indicado la Corte que una diferencia en el tratamiento de personas que se encuentran en situaciones similares es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable, lo que significa no tener un objetivo legítimo o carecer de una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines perseguidos.³⁶ En palabras de la Corte, “si las razones entregadas para el tratamiento diferenciado se basaran solamente en la orientación sexual del peticionario, ésta equivaldría a una discriminación bajo la Convención.”³⁷

La muestra más clara de rechazo expreso a la discriminación por orientación sexual se encuentra en el caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* en el cual la Corte Europea condenó a Portugal por discriminar en contra del Sr. Salgueiro da Silva Mouta cuando la Corte de Apelaciones de Lisboa le negó la custodia de su hija por ser homosexual.³⁸ Este es un caso muy similar en los hechos y en los fundamentos de la sentencia nacional que se consideró violatoria de los derechos humanos del Sr. Salgueiro da Silva Mouta, en cual se le negó la tuición o cuidado personal de su hija por considerar que esta debía “vivir en el seno de una familia tradicional portuguesa”.

1.5. Discriminación en el caso particular

Dicho lo anterior, corresponde evaluar la decisión de la Corte Suprema de Chile en la sentencia del 31 de mayo de 2004. Considerando que la orientación sexual es un criterio prohibido de discriminación, procedemos a realizar el respectivo análisis.

A este respecto, resulta oportuno destacar que la orientación sexual no es sólo una condición del fuero interno de la persona, sino, que incluye su expresión en la vida y las consecuencias que ello conlleva en el proyecto de esa vida³⁹. Es decir, no sólo se tiene una orientación sexual, sino que esta se expresa tanto en la necesidad de afecto, cuidado, sexualidad y trascendencia de la persona a partir de ella.

Para determinar si la sentencia de la Corte Suprema pasa el estándar exigido para las categorías prohibidas hay que analizar uno a uno los elementos arriba mencionados:

a. Fin legítimo

En la sentencia, se aduce que la justificación para privar la tuición de las niñas a la madre es el interés superior de las niñas.⁴⁰ Efectivamente, en teoría este sería

³⁵ European Court of Human Rights, *Kozak v. Poland*, (Application No. 13102/02), par. 92, 02 de marzo 2010; *Case of Smith and Grady v. the United Kingdom* (Applications Nos. 33985/96 and 33986/96), Judgment, par.115, septiembre 27, 1999; European Court of Human Rights, *S.L. v. Austria*, (Application No. 45330/99), January 09, 2003.

³⁶ European Court of Human Rights, *J. M. v. UNITED KINGDOM*, (Application 37060/06) par 54, 18 de septiembre de 2010. Traducción nuestra.

³⁷ European Court of Human Rights, *Kozak v. Poland*, (Application No. 13102/02), par. 92, 02 de marzo 2010.

³⁸ European Court of Human Rights, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, (Application No. 33290/96), diciembre 21, 1999.

³⁹ Los Principios de Yogyakarta en su preámbulo han señalado que “La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”

⁴⁰ Considerando Décimo Noveno de la sentencia de la Corte Suprema.

un fin legítimo. No obstante, y como se desarrolla más adelante en este escrito, la Corte Suprema se equivoca en el análisis que desarrolla para construir el concepto de interés superior del niño. La sentencia refleja que omitió justificar por qué se desconoció la voluntad de las niñas, quienes deseaban vivir con su madre, y peor aún, se ignora el valor de los testimonios e informes de profesionales que evaluaron a las niñas. No basta, en este sentido, aducir un fin como legítimo para que lo sea; el Estado tiene la obligación de demostrar que tal fin es real. En este caso, no lo hace: el Estado simplemente dice proteger a las niñas pero no fundamenta de manera objetiva el daño que se habría irrogado en las niñas y, por lo tanto, la decisión carece de un fin legítimo.

Por tal razón, lo cierto es que ni siquiera habría motivo para pronunciarse respecto de los demás aspectos del test de proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado. No habiendo un fin legítimo para adoptar determinada medida, se vuelve irrelevante auscultar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en definitiva, de la medida en cuestión.

Con todo, según demostramos a lo largo de este procedimiento a esta Honorable Corte, aun cuando hubiere un fin legítimo —el cual, reiteramos, no existe—la decisión de la Corte Suprema tampoco satisface los demás elementos del test de proporcionalidad requerido para evaluar la sentencia que privó a Karen Atala y sus hijas de la vida familiar que tenían derecho a llevar.

b. Idoneidad o adecuación

Acá cabe preguntarse acaso la medida adoptada por la Corte Suprema era o no adecuada al fin perseguido. Asumiendo que este fuera legítimo, corresponde observar si la separación completa de la madre cumple con el objetivo declarado de proteger los derechos de las niñas. Puede estimarse que sí lo hace aunque de un modo que no satisface el principio de interdicción de la arbitrariedad, pues el nivel de intensidad con que se afectan derechos es ciertamente muy alto, y se generan con ello vulneración de sus derechos.

La decisión de los jueces que dieron la tuición provisoria al padre, y finalmente la sentencia de la Corte Suprema que la otorgó a la madre, separó a las niñas de su figura materna, su referente, su lugar de residencia, colegios, amigos y mascotas. En las pruebas allegadas al proceso se observa que en los informes psicológicos y en las pericias del Servicio Médico Legal se sugiere a los tribunales buscar alternativas a la controversia en torno a la tuición que no significaran para las niñas dejar de vivir con su madre, considerando su preferencia por ella y la importancia de esta figura en su crianza y desarrollo.

c. Necesidad

En este caso, cabe preguntarse si no había otras formas de velar por que los supuestos daños consistentes en el deterioro del medio social, de la potencialidad de ser discriminadas y de la aparente confusión de roles sexuales⁴¹ pudieran prevenirse o responder adecuadamente a ellos.

⁴¹ Considerando Décimo Quinto de la sentencia de la Corte Suprema.

Había múltiples medidas para proteger a Karen Atala y sus hijas, y salvaguardar sus derechos individuales y como familia. En lugar de ello, la Corte Suprema optó por la medida menos idónea, la desintegración de una familia, alejando a las niñas no sólo de su madre, sino también de su pareja la señora De Ramón, quien cumplía un rol muy importante en sus vidas, de su hermano Sergio, con quienes habían vivido desde su nacimiento, de su abuela, tía abuela y tío, con quienes habían construido una relación familiar estrecha, de familia extendida, central en el desarrollo de sus personalidades e identidades. Con esto no sólo se causó un profundo daño a las víctimas, sino también a los familiares mencionados, cuyos testimonios se presentaron a esta Honorable Corte. La afectación irreparable en los proyectos de vida queda demostrada en los informes de profesionales de la salud mental que se presentaron como pruebas documentales y en peritajes.

Se observa que la necesidad de una medida tan extrema como privar a Karen Atala y a sus hijas de vivir juntas debió hacerse considerando daños concretos y reales. La tensión y estrés propios de la separación de los padres pudo afectar sus relaciones sociales, por lo que el supuesto “deterioro” del que nos da mayores detalles podría incluso no ser imputable a la madre. Como explicó la perito Allison Jernow a esta Honorable Corte en la audiencia del caso en referencia, los niños sufren de alteraciones en su medio social por infinidad de motivos, y es propio y necesario aprender en la infancia a sortear estas situaciones.

Los niños establecen diferencias en el proceso de construcción de sus propias identidades y discriminan por múltiples razones. No por ello puede aislarse a un niño o pretender construir comunidades homogéneas y cerradas. Las familias y el Estado mismo debe propender a criar a sus ciudadanos en el respeto a la tolerancia y a la valoración de la diversidad.

d. Proporcionalidad

En razón de la ausencia de necesidad de la decisión adoptada, es evidente que la medida que tomó la Corte Suprema resultó desproporcionada al supuesto fin que se perseguía. El examen de la proporcionalidad conlleva considerar. Si no había otras formas de proteger el interés superior de las niñas que fueron menos lesivas para ellas, su madre y el entorno que constituían. Esta parte se desarrolla en extensión en la parte relativa a los derechos de las niñas.

Por todo lo anterior, es posible concluir que la sentencia de la Corte Suprema de Chile no satisface el examen propuesto. La Corte Suprema de Chile falló desde el prejuicio, mirando con estigma a quienes viven de manera distinta, del mismo modo en que lo hizo el tribunal portugués resultando en la condena de la Corte Europea de Derechos Humanos contra Portugal en el caso *Salguiero Da Silva Mouta*.

Y en tanto la orientación sexual es, como se ha demostrado, una razón prohibida para discriminar, bajo el Art. 1.1 de la Convención, no es posible sino concluir que el Estado de Chile ha violado el derecho a vivir libre de discriminación de Karen Atala y sus hijas.

2. Alegatos en relación a la violación del derecho al debido proceso.

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)

La citada disposición consagra uno de los principios fundamentales del debido proceso, a saber, el que los Estados Partes organicen su Poder Judicial de manera tal que respete la independencia objetiva de sus jueces en su doble vertiente: externa e interna.

El carácter fundamental de esta garantía ha sido una vez más reiterado, recientemente, por esta Honorable Corte en el *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela* en Sentencia de 01 de julio de 2011. En su párrafo 97, este Excmo. Tribunal precisó:

*Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizada en relación con los estándares sobre independencia judicial. Al respecto, en el caso Reverón Trujillo la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido **como esencial para el ejercicio de la función judicial**". Al respecto el Tribunal reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. **El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.**" (El destacado es nuestro).*

2.1. Violación al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente independencia objetiva interna:

El caso *sub lite* se erige en un ejemplo paradigmático de la concreción de los temores expuestos por la Honorable Corte. En efecto, lo que el principio de independencia busca, en las propias palabras de esta misma Corte, es evitar intromisiones indebidas en el ejercicio de sus funciones judiciales. Sin embargo, como informó el perito Dr. Juan Carlos Marín en el caso sometido a su consideración existió una violación significativa de la independencia objetiva interna.

Como ilustró el Dr. Juan Carlos Marín ante esta Honorable Corte durante la audiencia del caso en referencia, la tuición de las hijas de la Sra. Karen Atala y el Sr. Jaime López estaba regido por la Ley No 16.618. Dicha ley nacional disponía en su artículo 36 que la prueba se valoraba en conciencia. El referido artículo prescribe:

El Juez de Letras de Menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además, de los informes que solicite a los Asistentes Sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios.

Podrá también utilizar todos los medios de información que considere adecuados, quedando obligados los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas del Estado o establecimientos particulares subvencionados por éste a proporcionarlos cuando les sean solicitados para los efectos de la presente ley. Los menores no necesitarán de representante legal para concurrir ante el Juez de Letras de Menores. (El destacado es nuestro).

Esta Honorable Corte recordará lo afirmado por el Dr. Marín en cuanto a que entre los distintos sistemas de valoración de la prueba el más laxo es el de la valoración en conciencia. Bajo este sistema de valoración el legislador entrega absoluta libertad al juzgador para observar la prueba y formarse su convicción. En otras palabras tiene plena libertad para decidir cuáles de las pruebas presentadas ante él o ella han sido las que han logrado formar su convicción para decidir a quién le entrega el cuidado personal de las hijas.

Lo que ha quedado demostrado a través de la prueba rendida, tanto la documental -- concretamente las distintas sentencias dictadas en el proceso a nivel local-- como la prueba pericial del Dr. Marín es que en el caso de Karen Atala e Hijas los tribunales naturales competentes para valorar la prueba, a saber, la jueza de letras de Villarica (un poblado con 45.531 habitantes según el censo del año 2002) y la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco (una ciudad de 276.883 habitantes) se formaron la convicción de acuerdo a su conciencia que las hijas del matrimonio López Atala estaban mejor con la madre. Asimismo, el Dr. Marín ilustró que entonces la Corte Suprema no podía, echando mano de un recurso disciplinario excepcionalísimo, entrar a valorar la prueba rendida en las instancias y cuestionar la valoración realizada por los jueces no competentes. Sin embargo, la Corte Suprema se entrometió indebidamente en las funciones de los tribunales de instancia, violando el debido proceso al no respetar la independencia objetiva. Asimismo, el máximo tribunal de Chile violó la independencia objetiva interna cuando sancionó disciplinariamente a los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco por tener una interpretación determinada del artículo 225 del Código Civil de Chile.

Dicha violación se hace aún más evidente al revisar lo expresado en el propio *amicus curiae* emitido a pedido del Estado de Chile por el Sr. Pedro Silva (que más bien se trata de un peritaje encubierto sin respeto del principio de igualdad de armas ya que no se le permitió a esta parte hacerle preguntas) en cuanto que sólo el 3% de los recursos de queja eran acogidos “y que ello ocurre únicamente cuando se han producido verdaderas injusticias, pues en aquellos casos en que existen interpretaciones discutibles, se declara que cualquiera sea el valor jurídico de la resolución que ha motivado el recurso, ella no es constitutiva de falta o abuso que debe ser enmendado por la vía disciplinaria”.⁴²

⁴² Ver escrito de *amicus curiae* de Pedro Silva, párrafo primero de la página 11.

Aquella cita evidencia que una interpretación discutible de la ley no puede ser constitutivo de abuso o falta grave como exige el ordenamiento jurídico chileno para acoger un recurso de queja. Sin embargo, yendo contra su propia doctrina, informada al órgano legislativo cuando se reformaba el recurso de queja, en el caso de Karen Atala y sus hijas el voto de mayoría de la Corte Suprema de Chile señala “que las condiciones descritas constituyen ampliamente la ‘causa calificada’ que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia.⁴³” Es decir, en este caso una interpretación discutible de lo que permite el artículo 225 del Código Civil fue considerado como constitutivo de falta o abuso grave. Aquel solo hecho muestra la arbitrariedad con la que actuó la mayoría de la sala de la Corte Suprema que acogió el recurso de queja al entrometerse en las funciones judiciales de los Ministros de la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco.

Pero como si ello no fuera suficiente, la Corte Suprema en el considerando 20º resuelve:

Que al no haber estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorio del proceso, y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, han incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja. (El destacado es nuestro)

Cabe recordarle a esta Honorable Corte que los jueces de la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco sufrieron una sanción disciplinaria por su interpretación del artículo 225 del Código Civil y por su forma de valorar en conciencia la prueba rendida en juicio.

Por último, es importante recordar que el voto de mayoría de la Corte Suprema de Chile considera que la valoración de la prueba *en conciencia* realizada por los Ministros de la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco fue constitutiva de falta o abuso grave lo que, según informó a esta Honorable Corte el perito Dr. Marín, está prohibido por el sistema y la práctica jurisprudencial en Chile.

El Estado ha argumentado que la falta o abuso grave viene de la omisión de prueba relevante por parte de los tribunales de instancia. Al respecto nos permitimos dos aclaraciones. Primero, según contestamos a esta Honorable Corte con ocasión de la pregunta del Juez Ventura, en la valoración realizada por la Jueza de Letras de Villarica y por la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco no existió omisión de prueba, como afirma el Estado. Toda la prueba fue indicada y valorizada. Los testimonios a los cuales hace referencia el Estado de Chile en su respuesta fueron mencionados en la prueba documental que se encuentra en el anexo 12 del expediente ante esta Corte, en el considerando 15º de la sentencia de la jueza de letras de Menores de Villarrica, y por lo tanto en la sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones Temuco. Segundo, lo que la Corte Suprema reprocha a los jueces de la instancia no es la omisión de prueba. De

⁴³ Ver Sentencia de 31 de mayo de 2004 de la Corte Suprema de Chile, considerando décimo noveno.

hecho, en ninguna parte de la sentencia de la Corte Suprema se indica que existió omisión de prueba, sino que se reprocha “no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios.” Algo muy distinto a lo que intentó argumentar la co-agente del Estado de Chile.

Dicha intromisión también llamó la atención del voto de minoría. En el considerando 10º de dicho voto los Ministros disidentes indican:

Que, en síntesis, de lo reflexionado- a lo que cabe añadir que en este tipo de materias los jueces tienen la facultad de apreciar la prueba en conciencia- corresponde concluir que, en opinión de estos disidentes, los jueces recurridos al dictar sentencia confirmando el fallo de primera instancia que entregaba la tuición de sus hijas a la madre, no solo no han cometido ninguna falta o abuso grave, que los haga merecedores de ser castigados disciplinariamente, sino que por el contrario han dado correcta aplicación a la normativa vigente.

Asimismo, el voto de mayoría de la Corte Suprema de Chile actuó fuera de su competencia. Así lo indica el voto de minoría suscrito por los Ministros José Benquis y Orlando Álvarez al destacar en su considerando 2o:

Que antes que nada se hace indispensable precisar que el recurso sub lite no es un recurso procesal que habilite a este Tribunal para resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes en el pleito. Es plenamente sabido, ya que así lo dispone el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, que el recurso de queja es un recurso disciplinario, cuya exclusiva finalidad es la corrección de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de una resolución jurisdiccional, a través, a) de la invalidación y b) de la aplicación de medidas disciplinarias a los jueces que incurrieron en la grave falta o abuso (...). (El destacado es nuestro)

Continúan estos Ministros en el considerando 3o:

*Que, entonces, descartando el imperativo legal que el recurso de queja pueda significar en esta Corte Suprema la apertura de una tercera instancia – que nuestro sistema procesal no acepta- o **que fuese un medio apto para imponer opiniones o interpretaciones discutibles**, corresponde examinar si los jueces impugnados han incurrido en alguna falta o abuso (...). (El destacado es nuestro)*

Cuando un órgano jurisdiccional actúa fuera de su competencia se produce una violación al debido proceso. Así lo ha dicho recientemente esta Honorable Corte en el *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, de fecha 05 de julio de 2011:

Este Tribunal considera que el Presidente del Tribunal Constitucional actuó fuera de su competencia, por lo que no se garantizó el debido proceso al aplicar procedimientos que no estaban legalmente establecidos.⁴⁴

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*, 5 de julio de 2011, párrafo 78. Si bien en dicho caso no se condenó al Estado Ecuatoriano fue por razones que no son

En suma, todo lo expuesto constituye una violación al principio de independencia objetiva interna toda vez que los Ministros de segunda instancia de la ciudad de Temuco son sancionados disciplinariamente por tener una determinada interpretación del artículo 225 del Código Civil que en su inciso tercero faculta al juez “*cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada (...)*” a entregarle el cuidado del niño al otro de los padres. Y por no haber apreciado estrictamente en conciencia la prueba cuando el legislador en casos de tuición o referido a menores le ha entregado al juez de la instancia la valoración en conciencia.

La Corte Suprema va contra su práctica constante, según lo acredita el perito Dr. Marín en su informe complementario al citar abundante jurisprudencia al convertirse en tercera instancia y entrometerse en la valoración en conciencia que realizaron los jueces de la instancia. Con ello existe una intromisión indebida en una facultad propia e inherente del juez de la instancia, cual es interpretar la ley y valorar en conciencia la prueba rendida en juicio.

2.2. Violación artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente falta de imparcialidad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos también asegura a las personas sometidas a la jurisdicción de los Estado Partes que sus controversias judiciales sean decididas por tribunales imparciales. Este derecho ha sido violado desde cuatro fuentes fácticas distintas.

En primer lugar, al momento de iniciarse una visita extraordinaria por una filtración a la prensa cuyo origen claramente no pudo provenir de la jueza Atala. Una segunda fuente la encontramos al decretarse la tuición provisoria por parte del juez de letras de Villarica, el Sr. Luis Toledo. La tercera fuente tiene su origen en el otorgamiento de la orden de no innovar solicitada por el Sr. López ya que en su concesión tuvieron participación dos Ministros que ya habían emitido opinión en contra de la orientación sexual de la Sra. Atala. En tanto que la cuarta proviene del hecho que el voto de mayoría de la Corte Suprema violó la imparcialidad al dictar una resolución, acogiendo el recurso de queja interpuesto contra la sentencia definitiva, con base a prejuicios contra la tendencia sexual de la Jueza Atala.

El alcance de este derecho ha sido definido desde muy temprano por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Piersack contra Bélgica*. En el párrafo 30 de dicha sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió:

Si la imparcialidad se define por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si

aplicables al presente caso ya que en el caso sub lite no hubo enmienda a la violación denunciada por los tribunales internos.

*éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.*⁴⁵

En igual sentido se ha pronunciado este Honorable Tribunal al señalar que la imparcialidad exige a un juez resolver “*careciendo de manera subjetiva, de todo prejuicio y asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.*”⁴⁶

En definitiva, el derecho a un tribunal imparcial es la realización de la promesa de una sociedad democrática que los derechos y controversias de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados Partes serán resueltos conforme a derecho y con criterios de racionalidad; excluyendo el prejuicio de los juzgadores y la arbitrariedad. Promesas que el Honorable Estado de Chile no le cumplió a la Sra. Atala en un tema de la máxima sensibilidad para una madre: la tuición o cuidado de sus hijas.

La primer fuente de violación de este derecho a un tribunal imparcial lo vive la Sra. Atala en el momento en que alguien recurre al diario *Las Últimas Noticias* para informar que la Sra. Atala era lesbiana y por eso el padre estaba demandando el cuidado de sus hijas en común y el Pleno de la Corte de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco decidiera nombrar al Ministro Lenin Lillo en visita extraordinaria.

El Ministro Lillo se constituyó en el tribunal de la Jueza Atala, como ella narró a esta Honorable Corte, donde se revisaron las páginas web que la Jueza Atala había visitado, se entrevistó a los funcionarios de su tribunal acerca de la conducta sexual de la Sra. Atala e incluso se preguntó a los funcionarios y colegas jueces si la visitaban mujeres y qué conductas tenía.

El Ministro Lillo en su informe indica:

*Que no está en el ánimo del Visitador emitir juicios de valor respecto de la inclinación sexual de la Magistrado Atala, sin embargo, no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el Ilmo. Tribunal.*⁴⁷ (El destacado es nuestro).

Mayores antecedentes se proveen en el acápite referido a las violaciones a la vida privada de la Sra. Atala. Pero junto con una violación a la vida privada y la igualdad ante la ley se ha violado el derecho a un tribunal imparcial. Cuando una Corte de Apelaciones del Estado de Chile decide iniciar un procedimiento disciplinario contra una jueza y nombra a un ministro en visita extraordinaria porque se ha filtrado su

⁴⁵ Ver Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Piersack contra Bélgica de 01 de Octubre de 1982, demanda número 8692/1979, párrafo 30.

⁴⁶ Ver Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Caso Aptiz Barbera y otros Vs. Venezuela párrafo 55.

⁴⁷ Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunziker, Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de abril de 2003, anexo 5 de la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso en referencia.

orientación sexual, también hay una violación a la imparcialidad ya que la visita es un procedimiento y su origen se debe a un prejuicio.

Con el objeto de ilustrar a este Excmo. Tribunal sobre lo que dice el Código Orgánico de Tribunales acerca de las visitas extraordinarias nos permitimos citarlo textualmente en sus artículos pertinentes:

Art. 559. Los Tribunales Superiores de Justicia decretarán visitas extraordinarias por medio de alguno de sus ministros en los juzgados de su respectivo territorio jurisdiccional, siempre que el mejor servicio judicial lo exigiere.

Art. 560. El tribunal ordenará especialmente estas visitas en los casos siguientes:

1° Cuando se tratare de causas civiles que puedan afectar las relaciones internacionales y que sean de competencia de los tribunales de justicia;

2° Cuando se tratare de la investigación de hechos o de pesquisar delitos cuyo conocimiento corresponda a la justicia militar y que puedan afectar las relaciones internacionales, o que produzcan alarma pública y exijan pronta represión por su gravedad y perjudiciales consecuencias, y

3° Siempre que sea necesario investigar hechos que afecten a la conducta de los jueces en el ejercicio de sus funciones y cuando hubiere retardo notable en el despacho de los asuntos sometidos al conocimiento de dichos jueces.

Como esta Honorable Corte puede observar, las visitas extraordinarias se justifican en situaciones muy particulares o extremadamente graves. La sola filtración por alguien, sin duda distinto a la Sra. Atala, no podía justificar que se ordenara una visita extraordinaria. Sin embargo, ello ocurrió y solo encuentra explicación en el prejuicio de los miembros de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco de aquella fecha.

El motivo por el cual se constituye un Ministro en visita extraordinaria en el tribunal de la Sra. Atala se encuentra en su orientación sexual y en ninguna otra razón.

La segunda fuente de violación a la imparcialidad se encuentra en el hecho que el 23 de mayo de 2002 el juez de letras de Menores de Villarica, don Luis Toledo, concede la tuición provisoria al Sr. López fundado en la orientación sexual de la Sra. Atala. El fundamento altamente prejuicioso de la resolución constituye una constatación paradigmática de la imposición de los prejuicios de un juez, lo que justamente proscribe el artículo 8.1. de la Convención.

El texto relevante de la resolución que evidencia el prejuicio del Magistrado dispone:

Que, de esta forma es de estimarse de suficiente causa justificada el hecho cierto de que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento del rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el presenta argumentos más favorables en pro del interés

superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia. Que así entonces, estimándose que existen los antecedentes suficientes para alterar el deber del cuidado personal, establecido legalmente se accederá a la petición del demandante (...). (El destacado es nuestro).

La tercera fuente fáctica de violación del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial se produce en el momento en que el 24 de noviembre de 2003 dos Ministros que habían emitido una opinión negativa respecto de la orientación sexual de la Jueza Atala participaron en el otorgamiento de la orden de no innovar contra la sentencia de primera instancia que otorgaba el cuidado personal de las niñas a la Sra. Atala. Por vía de la orden de no innovar se mantenía el estatus quo creado por la sentencia de tuición provisoria. En este caso la violación a la imparcialidad se da desde la perspectiva objetiva.

Los dos ministros que intervinieron fueron el Ministro Lillo, el mismo que había efectuado la visita extraordinaria, y el Ministro Loyola, quien según declaró la Sra. Atala, sin que fuera controvertido por el honorable Estado de Chile, la mandó llamar a su despacho e instó a entregarle las niñas al Sr. López a fin de evitar un escándalo. Ambos ministros, además, tenían recusaciones pendientes interpuestas por la Sra. Atala y no obstante lo anterior participaron en la concesión de la orden de no innovar.

Como lo ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ya citado caso *Piersack*, en el mismo párrafo 30:

En orden a que los tribunales puedan inspirar la confianza es indispensable, es preciso tener en cuenta un criterio orgánico. Si un juez, después de haber ocupado un departamento del Ministerio Público cuya naturaleza es tal que deba tratar un determinado asunto en razón de sus competencias y posteriormente debe conocer el mismo asunto como juez, los ciudadanos tienen derecho a temer que no ofrezca suficientes garantías de imparcialidad.

Continúa en el párrafo 31 señalando que “...[e]s suficiente constatar que la imparcialidad del tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometido a duda”.

En igual sentido se ha pronunciado esta Honorable Corte al dictaminar que:

*El Juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.*⁴⁸

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Palamara vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 147.

Como exige esta Excma. Corte, los Ministros Lillo y Loyola debieron separarse de la decisión de otorgar o denegar la orden de no innovar interpuesta junto con la apelación contra la sentencia de primera instancia que otorgaba el cuidado de las niñas a la Jueza Atala. La ciudadanía luego de las intervenciones que ambos habían tenido en el proceso tiene motivos justificados para dudar de su imparcialidad.

La significación de la orden de no innovar para el caso resulta evidente. Al concederse dicha orden las niñas siguieron en la casa del Sr. López con su nueva novia.

Como relató la Sra. Atala a la Excma. Corte ella había arreglado para que las niñas viajaran a Los Andes donde tendrían acceso a mejores colegios, mejor salud, y estarían más cerca de la familia extendida de la Sra. Atala.

Esta situación es anómala según informa el Dr. Juan Carlos Marín en su sexta conclusión, al referirse a lo errado de la Sentencia de la Corte Suprema de Chile:

Lo es en primer lugar porque validó una situación legalmente insostenible: mantener una medida cautelar anticipativa (tuición provisional de las hijas entregadas al padre de las niñas con clara alteración del statu quo existente) en contra de dos sentencias definitivas de instancia. Esto no había sucedido ni antes (ni después) en el foro chileno. Lo paradójico de esta anomalía fue que ello se consiguió mediante sendas órdenes de no innovar, que tienen como propósito evitar la alteración del statu quo y no confirmar su modificación.

El profesor Marín destaca que la orden de no innovar se mantiene en dos ocasiones contra sentencias definitivas que exigían un retorno al imperio del derecho: que se entregaran las niñas a la Sra. Atala.

Por último, la cuarta fuente fáctica de violación a la imparcialidad del tribunal la constituye la sentencia de 31 de mayo de 2004 del voto de mayoría.

La evidencia más clara que se viola la imparcialidad por parte del voto de mayoría de la Corte Suprema lo constituye el que no es capaz de dar respuesta a la pregunta planteada por el Magistrado Ventura en la audiencia pública. En efecto, por más que uno lea la sentencia no logrará encontrar el daño objetivo que se le producía a las niñas al vivir con su madre.

El daño que debiera encontrarse en la sentencia es uno equivalente a alcoholismo crónico, incapacidad legal de los padres, que las niñas hayan sido abusadas sexualmente, que ellas se hayan entregado a mendicidad o la vagancia con el acuerdo de la madre, o que ellas estuvieran siendo maltratadas. Ese es el nivel de daño que puede constituir una causal calificada para que resulte “indispensable”, norma el legislador chileno en el artículo 225 del Código Civil, que se le entregue el cuidado de las menores al padre.

En opinión de esta parte se ha acreditado que la sentencia se sustenta sobre un prejuicio y carece de sustento racional y jurídico. Una revisión de la sentencia así lo demostrará.

Según se dijo con ocasión de la violación a la independencia objetiva, el voto de mayoría se entromete en la valoración de la prueba que hicieron los jueces competentes para valorarla en conciencia. Es con ocasión de dicha intromisión que señala:

(...) que en el juicio de tuición 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 normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista.

Es en este punto, del considerando décimo quinto que se está citando, que el voto de mayoría se ha entrometido en funciones propias de los jueces de instancia como es la valoración de la prueba.

Pero lo que resulta interesante, con miras a observar si se ha fallado con base a razones jurídicas o prejuicios, es ver qué es lo que supuestamente evidencian estos testimonios desestimados por la jueza de letras de menores de Villarrica y la Il. Corte de Apelaciones de Temuco. El voto de mayoría indica que se daría cuenta del “*deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelven las menores, desde que empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual (...)*”. No indica el voto de mayoría de la Corte Suprema cuál sería este deterioro, de qué significación es, o quienes concretamente dicen que existe un deterioro. No se nombra un solo testigo por su nombre. No se transcribe la declaración de una sola persona que de cuenta de este supuesto deterioro. La sentencia no da cuenta de una fundamentación adecuada de este supuesto deterioro. Como exige el debido proceso cualquier persona debe poder leer la sentencia y saber exactamente qué deterioro es este que hace “indispensable” entregarle el cuidado de las niñas al Padre alterando la regla general. Sin embargo, ello no se satisface en la sentencia de la Corte Suprema.

El considerando décimo quinto continúa e indica que “*las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho (la convivencia de la madre con su pareja homosexual), pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi cesado de un año a otro.*” Aquí la Corte Suprema intenta esbozar un daño, pero que no es objetivo, no es real sino sólo supuesto y en el mejor de los casos potencial.

Una discriminación potencial no puede ser el sustento de un fallo que priva del derecho de las niñas a vivir con su madre, voluntad que expresaron ante el juez de letras de Villarrica. Como ilustró el Perito Emilio García Méndez, para desestimar la voluntad de la niña o niño es necesario dar razones poderosas. Una discriminación potencial no reviste el carácter de razones suficientes para desestimar la voluntad de las niñas, y el derecho de la Sra. Karen Atala a que su causa fuera juzgada por un tribunal imparcial. El que la Corte Suprema haya resuelto con base a una discriminación potencial implica que los tres ministros que votaron por acoger el recurso de queja impusieron sus prejuicios en la resolución del caso.

Luego, el mismo considerando indica que existiría por parte de las hijas una confusión ante la sexualidad materna. De igual forma dicho razonamiento evidencia el carácter

prejuicioso del fallo. No cabe duda que las hijas de la Sra. Atala saben perfectamente que su madre es mujer, por lo que dicha afirmación no hace más que evidenciar que existe una reprobación de la Corte Suprema de la orientación sexual de la Sra. Atala e intentan disfrazarla como algo que les estaría ocurriendo a las niñas.

En el considerando décimo sexto la Corte Suprema emite un reproche a la Jueza Atala absolutamente fuera de lugar. Señala que ella “*ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas.*” Tan claro es que la sentencia se sustenta sobre los prejuicios de tres de los cinco miembros de la sala de la Corte Suprema que no se hace mención alguna al hecho que el Sr. López ya vivía con su pareja en la casa en que criaba a sus hijas gracias a la sentencia de tuición provisoria. ¿Por qué no se reprocha al padre que haya antepuesto sus intereses al vivir con una mujer distinta a la madre en la casa con las niñas? ¿Qué otra explicación que la reprobación a la orientación sexual de la Sra. Atala existe?

En definitiva, no se hace un análisis objetivo de daño equivalente a maltrato o abandono sino que se reprueba el estilo de vida de las Sra. Atala sin que se acredite que dicho estilo de vida haya producido un daño a las niñas.

Pero quizás los considerandos que mejor evidencian la violación a la imparcialidad de los jueces son el 17° y el 18°. El primero de estos indica:

(...) que, aparte de los efectos que esa convivencia pueda causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas.

Finalmente se considera daño *per se* el hecho de que una madre lesbiana críe a sus hijos junto a su pareja. El citado considerando da cuenta claramente que en opinión de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 31 de mayo de 2004 una madre lesbiana por el hecho de vivir con su pareja genera un daño a sus hijas y se hace indispensable que su cuidado sea entregado al padre sin importar quién sea su actual pareja. Es de la propia naturaleza de una relación lésbica que no exista un padre de sexo masculino en el hogar, por lo tanto siguiendo el razonamiento de la Corte Suprema de Chile no se requiere indagación objetiva o científica alguna. Ello evidencia que el fallo no se sustenta en razones sino en prejuicios.

En tanto que el considerando décimo octavo despeja cualquier duda que pudiese quedar en cuanto al fundamento de la decisión de los tres magistrados de la Corte Suprema al dictaminar que:

(...) por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones

de la vecindad que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectara a su desarrollo personal.

Nuevamente, la conclusión lógica es que ninguna madre lesbiana que viva en pareja puede tener el cuidado de sus hijas por lo que no hay un análisis del caso concreto de Karen Atala y por lo tanto se trata de prejuicios. Ideas preconcebidas de los Ministros de la Corte Suprema en torno a lo que es un hogar adecuado para las niñas sin importar los antecedentes concretos del proceso. Eso es fallar con base a prejuicio y no con base a la prueba rendida en juicio.

Esas son las condiciones que se consideraron “causa calificada” a la luz del artículo 225 del Código Civil. Por lo tanto, en opinión de la Corte Suprema no era necesario acreditar ningún daño en las niñas, bastaba con mostrar que la Sra. Atala era lesbiana y vivía con su pareja para que la Corte Suprema considerara causa calificada para entregarle la tuición al Sr. López quien ya convivía con otra mujer.

Por consiguiente, a la Corte Suprema jamás le interesó lo que muy acertadamente buscaba el Magistrado Ventura, esto es, qué daño objetivo habían sufrido las niñas producto de la entrega del cuidado, como ellas querían, a Karen Atala. Los tres ministros de la Corte Suprema de Chile –en cambio- impusieron sus prejuicios en el sentido que una mujer lesbiana que convive con su pareja no puede tener el cuidado de sus hijas porque, en su opinión, es indispensable entregarle el cuidado al padre. Ello porque –la madre- las situará “*en un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará su desarrollo personal.*” Da igual lo que diga la prueba científica; resultaba irrelevante lo que las niñas querían. Cuando la prueba es irrelevante para el juzgador no se está frente a razones jurídicas, racionales u objetivas, sino ante prejuicios y si ellos dan fundamento para una resolución judicial no puede sino concluirse que se ha vulnerado el derecho al debido proceso.

De lo expuesto se acredita que se ha infringido también el artículo 8.1. de la Convención porque la controversia no ha sido decidido por un tribunal imparcial sino por uno con prejuicios.

3. Alegatos en relación a la violación al derecho a la vida privada de la Jueza Atala.

El artículo 11 de la Convención Americana protege la honra y la dignidad de las personas en los siguientes términos:

- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
- 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
- 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Se trata de una garantía que busca proteger el espacio íntimo y privado que las personas tienen derecho a mantener legítimamente fuera del alcance y conocimiento de terceros, así como del derecho de ejercer públicamente aspectos de su personalidad que libremente puede una persona determinar para forjar su identidad. La Convención Americana, así como numerosas constituciones nacionales, entienden que para que los individuos puedan vivir los planes de vida que se han trazado de manera libre y soberana tienen derecho a resguardar su esfera privada de los ataques o invasiones --de terceros o de la autoridad-- que les pueda significar algún daño o consecuencia no deseada. De allí que ámbitos que solo interesan a los individuos reciben la protección de la Convención y de otros tratados internacionales, tanto en el sistema interamericano, como en el sistema europeo, así como en el sistema universal de protección de derechos humanos.

En el presente caso, la jueza Karen Atala fue víctima de numerosas injerencias arbitrarias en su vida privada, las que no tenían razón que las justificara, salvo el prejuicio instalado en diversas instancias del Poder Judicial. Estas injerencias indebidas significaron para la víctima dos tipos de violaciones: por una parte, la intromisión en cuanto a aspectos que ella tenía derecho a mantener fuera del conocimiento de terceras personas, y, por otra parte, la imposibilidad de “ejercer” públicamente un aspecto central de su personalidad, como es la orientación sexual. Estos son las dos violaciones que se cometen en contra de Karen Atala bajo la norma del artículo 11.2 y 11.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En nuestro ámbito regional, esta Honorable Corte ha tenido ocasión de referirse al derecho a la vida privada y avanzar sobre su contenido normativo, delineando el sentido y alcance que los Estados deben darle. Así, por ejemplo, en el caso de las *Masacres de Ituangó v. Colombia*, ha señalado que “*el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.*”⁴⁹

Asimismo, este Honorable Tribunal ha sostenido, en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, que las injerencias en la vida privada de una persona “*deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.*”⁵⁰

El presente caso, como se ha explicado, trata de la discriminación y otras violaciones a la Convención Americana que Karen Atala y sus hijas sufrieron en razón única y exclusivamente de la orientación sexual de la señora Atala. El Estado ha intentado en su defensa disfrazar los verdaderos motivos que lo llevaron a tratar diferenciadamente a la jueza Atala, pero lo cierto, como ha quedado demostrado a lo largo del juicio seguido ante esta Honorable Corte, es que la orientación sexual de la víctima fue lo que gatilló las diversas violaciones que se cometieron en contra de ella y sus hijas.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacres de Ituangó vs. Colombia*, 1 de julio de 2006, párr. 194.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tristán Donoso y Otros vs. Panamá*, 27 de enero de 2009, párr. 56.

3.1. La orientación sexual es parte de la vida privada de una persona

Esta Honorable Corte no ha tenido ocasión aún para referirse al alcance de la orientación sexual bajo las cláusulas de la Convención Americana. Sin embargo, nos parece que ha quedado suficientemente demostrado, primero, que la orientación sexual es una categoría de aquellas que caen bajo la cláusula genérica del artículo 1.1 y, por ello, ha de recibir protección en caso que el Estado adopte una decisión que discrimina por ese motivo. Pero además, nos parece que la orientación sexual, junto con quedar contemplada en el catálogo de características inherentes que no autorizan a los Estados a discriminar, está también protegida por el artículo 11.2, en tanto se trata de un aspecto esencial de la vida privada de una persona.

Para llegar a esta conclusión es posible consultar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la que estableció en el caso *Dudgeon v. Reino Unido*, que la “vida sexual” de una persona es un aspecto que queda cubierto por la protección del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde se tutela la “vida privada”.⁵¹ Como explicó el perito Robert Wintemute, la Corte Europea en ese caso entendió que, en tanto la “vida sexual” es “un aspecto muy íntimo de la vida privada [...] el Estado debe proveer razones particularmente poderosas para que las interferencias de las autoridades públicas sean legítimas”.⁵² Así se resguardó inicialmente, hace veinte años, la sexualidad como un ámbito propio de la vida privada que, por lo mismo, puede una persona legítimamente excluir del conocimiento de terceros y, junto con ello, que gatilla un test para validar la intervención estatal exigente.

Con posterioridad, la misma Corte Europea fue afinando este concepto, hasta llegar a sentar el principio según el cual “no hay duda que la actividad sexual y la *orientación sexual* dicen relación con un ámbito íntimo de la vida privada”.⁵³ En tanto la sexualidad y la orientación sexual pertenecen a esferas de la vida privada de una persona, si el Estado desea interferir en ellas debe alegar razones poderosas que justifiquen la intervención en el marco de “una sociedad democrática”.

En el mismo sentido, se pronunció el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el caso *Toonen . Australia*, en que señaló que “es un hecho no controvertido que la actividad sexual privada consentida entre adultos está cubierta por el concepto de ‘privacidad’”.⁵⁴ Como explicó el perito Wintemute en su testimonio ante esta Honorable Corte, el equivalente de ‘privacidad’, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es la noción de “vida privada”, del artículo 11.2 de la Convención Americana.⁵⁵

⁵¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *caso Dudgeon vs. Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, p. 41. El artículo 8 del Convenio Europeo establece: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁵² Peritaje del profesor Robert W. Wintemute, p. 3.

⁵³ Corte Europea de Derechos Humanos, *caso Laskey, Jaggard y Brown vs. Reino Unido*, 20 de enero de 1997, p. 36 (traducción libre; el destacado es nuestro).

⁵⁴ Comité de Derechos Humanos, *caso Toonen vs. Australia*, 31 de marzo de 1994, p. 8.2.

⁵⁵ Peritaje del profesor Robert W. Wintemute, p. 15.

Esta conclusión está en línea con lo expuesto por la Corte Constitucional colombiana, la que ha señalado que

*La homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida.*⁵⁶

Pues bien, como explicó detalladamente la jueza Atala Riffo en su testimonio ante este Honorable Tribunal —sin que el Estado cuestionara o desvirtuara el testimonio, razón por la cual debe tenerse como un hecho acreditado—, una vez que se notificó la demanda de tuición iniciada por su ex marido, el señor López Allendes, ella fue citada al despacho del presidente subrogante de la Corte de Apelaciones de Temuco, el ministro Archivaldo Loyola. El ministro, entonces superior jerárquico de la señora Atala, le representó su lesbianismo, señalándole que ella, como jueza, debía actuar con el decoro y la dignidad acorde a su cargo, instándola a “evitar el escándalo y a hacer entrega de sus tres hijas a su ex marido”.⁵⁷ La señora Atala se dirigió a hablar con él pensando que, como en otras ocasiones, se le daría alguna comisión de servicio, como reemplazar a algún ministro de Corte, pero se encontró con la sorpresa que el Poder Judicial chileno, a través del ministro Loyola, se inmiscuía en un asunto que era enteramente reservado, como es un juicio de tuición y, más sensible aún, su orientación sexual.

Una actuación como esta evidentemente no persigue un fin legítimo, sino nada más se trata de una medida basada en el prejuicio que existe en algunas personas o funcionarios del Estado y que el Poder Judicial está llamado a remediar, no a validar, ni menos, provocar. Esta idea preconcebida y discriminatoria no era aislada en el ministro Loyola. Como lo señaló sin tapujos el ex ministro de la Corte Suprema chilena Jose Benquis, frente a la pregunta de si acaso la homosexualidad y la calidad de juez de una persona eran incompatibles: “No me preocupa mayormente el desarrollo de opciones sexuales por parte de los funcionarios judiciales. Idealmente, mi sensación es que ojalá eso no ocurriera. Idealmente, que no hubiera jueces gays.”⁵⁸ Es importante destacar que a pesar de su opinión contraria a los gays, el Ministro Benquis fue uno de los votos de minoría en la sentencia de la Corte Suprema dado que le pareció contrario a derecho que se sancionara a jueces por apreciar la prueba en conciencia, que era el mandato entregado por ley en temas de familia.⁵⁹

Este era el problema que el ministro Loyola le representaba a Karen Atala: su lesbianismo. El ideal en el Poder Judicial, aun no explicitado, era que no hubiese jueces de orientación sexual diversa, lo cual es naturalmente un fin ilegítimo que carece de razonabilidad para justificar una intervención en la vida privada de una persona. No es, por lo tanto, una intromisión en la vida privada de la señora Atala Riffo que pueda

⁵⁶ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-101/98

⁵⁷ Testimonio de Karen Atala ante la Corte IDH, parte I (26:14).

⁵⁸ Entrevista al exministro de la Corte Suprema de Chile, José Benquis, en *Revista El Sábado*, 10 de septiembre de 2005.

⁵⁹ *Id.*

calificarse como necesaria, ni idónea, ni mucho menos, proporcional. Así, se produce la primera violación a la protección de la vida privada de Karen Atala.

Días después, por mandato del pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco se constituyó en el despacho de la jueza Atala otro ministro de Corte, el señor Lenin Lillo, quien lo hizo ya no en un plano informal, como ocurrió en el caso precedentemente relatado, sino como “visitador” para investigar a Karen Atala sobre los hechos que se habían filtrado a la prensa, específicamente, su lesbianismo. Por entonces, la señora Atala Riffo solo había revelado su orientación sexual a sus padres, su hijo mayor y dos funcionarios del tribunal con quienes ella tenía confianza. Se trataba de un asunto que ella, legítimamente, esperaba no fuera de conocimiento público y que tenía derecho a mantenerlo así. Sin embargo, como señaláramos en la sección 2.2 de este escrito, el ministro Lillo se sentó en el escritorio de la jueza Atala, revisó su computadora, las páginas web que había visitado, interrogó con detalle a cada uno de los profesionales del tribunal, el personal de aseo, y los demás jueces del tribunal, así como a los jueces de otros tribunales, dejando al descubierto la orientación sexual de la víctima. Como lo señaló Karen Atala a este Excmo. Tribunal, ella se sintió “desnudada y como si [la] hubieran arrojado a la plaza pública”.⁶⁰ Tal es precisamente la protección que la Convención Americana busca amparar en el artículo 11: que la dignidad de una persona no se vea afectada por actos que no tienen justificación. Fue precisamente lo que ocurrió producto de una actuación oficial del Estado, como es la visita que un juez hace, de acuerdo con las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

Este proceso administrativo finalizó con la recomendación del ministro visitador Lenin Lillo de sancionar a Karen Atala. En su informe, el ministro señaló que “no se puede soslayar el hecho que [la] peculiar relación afectiva [de Karen Atala y su pareja] ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen de la Sra. Atala como la del Poder Judicial.”⁶¹ La Corte de Apelaciones, en lugar de corregir semejante intromisión indebida en la vida privada de una persona –así sea una jueza que se somete a las reglas de supervigilancia judicial- aprobó la recomendación. Pero como no había mérito para una sanción estatutaria, pues la señora Atala no había cometido falta alguna, la Corte de Apelaciones de Temuco dispuso una sanción no contemplada en el Código Orgánico de Tribunales chileno, consistente en un “severo llamado de atención”, lo que se tradujo, según explicó la jueza Atala a este Excmo. Tribunal, en que sus calificaciones nunca más volvieron a ser “sobresalientes”, además de la exposición pública a la que fue arbitrariamente sometida.

Producto de estas actuaciones irregulares que no perseguían fines legítimos, el Estado chileno expuso de manera ilegítima a Karen Atala ante su comunidad social y profesional, violando su vida privada. Los agentes del Estado en ningún momento impugnaron la veracidad de los hechos relatados por la señora Atala por lo cual estos han de darse por acreditados; en tal sentido, el iniciar procedimientos internos de investigación por razones no contempladas en la ley, provocando así intromisiones ilegítimas en la vida privada, es una violación del artículo 11 de la Convención Americana, especialmente, en su numeral 2, en tanto la orientación sexual de una persona debe considerarse como un aspecto central de la vida privada.

⁶⁰ Testimonio de Karen Atala ante la Corte IDH, parte 2 (00:07)

⁶¹ Anexo 5 de la demanda presentada por la CIDH.

3.2. La vida privada no solo se refiere a hechos o situaciones íntimas; la protección alcanza el libre desarrollo de la personalidad

La noción básica del concepto de vida privada sugiere que esta engloba aspectos que pertenecen a la esfera íntima de una persona. Así, se excluye del conocimiento de terceros de manera legítima ciertas cuestiones que se estiman son “privadas”. Se “priva” del escrutinio público lo que el derecho nos permite legítimamente reservar.

Pero junto con ello, y tal como explicó el perito Rodrigo Uprimny, en su testimonio ante esta Honorable Corte, el derecho a la vida privada cubre también el “libre desarrollo de la personalidad”. Aquí ya no se trata de los aspectos que una persona mantenga fuera del alcance de terceros; sino, por el contrario, la protección consiste en que las personas tienen derecho, como parte de la protección de su vida privada, a que decisiones que tienen que ver con elementos esenciales que definen su identidad no estén confinadas a los espacios privados. Se trata, como explicó el profesor Uprimny, del derecho a autodeterminarse que tenemos todos. La vida privada, así, puede perfectamente alcanzar ámbitos que se desempeñan en público y uno de los casos donde se ve esto de manera más elocuente es en la orientación sexual de una persona.

Por estas consideraciones, solicitamos a esta Honorable Corte señalar que la orientación sexual es una categoría que queda amparada por la protección genérica de igualdad del artículo 1.1 y que, junto con ello, es un aspecto del libre desarrollo de la personalidad que amerita protección. En razón de lo anterior, las injerencias abusivas a que hace alusión el artículo 11.2 de la Convención alcanzan los aspectos públicos de una persona, como es el relacionarse con otros y establecer vínculos *desde y sin afectar* su identidad. En este caso, Karen Atala tenía derecho a ser lesbiana no solo en la intimidad de su hogar sino, a vivir su orientación sexual de manera abierta, sin que ello significara afectaciones a sus derechos como ciudadana y, desde luego, como madre.

En este sentido, se produce un segundo tipo de afectación al derecho cautelado por el artículo 11.2: no solo se violó su vida privada porque se siguieron procedimientos administrativos en razón de su orientación sexual –la que forma parte de su vida privada–, sino que además se vulneró ella porque las decisiones que adoptó el Poder Judicial, especialmente la sentencia del 31 de mayo de 2004 de la Corte Suprema, castigó a Karen Atala por “ejercer” su orientación sexual. La Corte sostiene, en su considerando 16º, que

... no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas;

Lo que la Corte hace aquí es determinar que no se puede ser madre y lesbiana a la vez. La Corte dice no tener reparo con que una persona “explícite su condición homosexual”, pero agrega, acaso sin percatarse del contrasentido, que al iniciar la convivencia con una pareja (del mismo sexo) posterga los intereses de sus hijas, lo cual, como es obvio, sí merece reproche jurídico.

El alcance de la protección de la vida privada no puede quedar limitado a la esfera cerrada del hogar o los espacios íntimos cuando se trata de elementos que definen de manera tan central la identidad de una persona. Decirle a Karen Atala que renuncie a su orientación sexual es tan imposible como pedirle a una persona de raza negra que sea blanca, a un indígena que no lo sea, a una persona con discapacidad, que no lo sea, a una mujer que sea hombre o a una persona que profesa una determinada religión que no lo haga. Se trata, como lo explicó el perito Wintemute, en base a la jurisprudencia europea, de categorías inherentes a la identidad de una persona que forman parte de la esfera de decisiones fundamentales y, por ello, requieren de especial protección por parte del Estado; todo lo contrario a lo que sucedió en este caso.

No es procedente que el Estado “permita” a una persona tener una orientación sexual diversa pero no acepte las consecuencias que de ello se derivan, descontado, desde luego, que no hay daño a terceros involucrados. En este sentido, la decisión de la Corte Suprema, al reprochar, aunque diga lo contrario, la manera como Karen Atala “ejercía” su condición de lesbiana vulnera también el artículo 11.2, en tanto este protege el libre desarrollo de la personalidad de injerencias abusivas o arbitrarias.

Como se ha demostrado en la sección sobre discriminación, en esta decisión del Honorable Estado no hay justificación posible bajo el test que esta Honorable Corte ha delineado para determinar si se produce o no violación a los derechos de la Convención. Y es que el fin que se persigue con la medida adoptada no puede calificarse como legítimo, en tanto busca, con la excusa de la protección de las niñas, objetar una forma de vida que a ciertos ojos aparece como inaceptable. Por tal razón es que no se hace siquiera necesario averiguar si la medida es adecuada, necesaria y proporcional: ella carece de un fin legítimo.

En el caso en cuestión, 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, cualidad esencial de todo individuo y que no dice relación alguna con el bienestar de las hijas. Al mismo tiempo, es una intervención abusiva al ser la medida más extrema de intervención posible: la separación de las hijas respecto de su madre.

Por todo ello, solicitamos a esta Honorable Corte que decrete que el Estado chileno vulneró el derecho de Karen Atala a la protección de su vida privada, conforme a lo dispuesto en el Art. 11.2 de la Convención Americana.

4. Alegatos en relación a la violación al derecho a la vida privada y familiar de la Jueza Atala y de las niñas M., V. y R.

El derecho a la protección de la vida privada referido del artículo 11.2 de la Convención Americana en este caso se produce de diversas maneras. Como se señaló en la sección anterior, la exposición de la orientación sexual y su escrutinio por parte del poder judicial fueron parte de la violación a este derecho. Además, se produce una violación a la vida privada y familiar que a través de una serie de actuaciones y decisiones del poder judicial que se originaron únicamente en el reproche a la orientación sexual de Karen Atala.

El artículo 17.1 establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Esta protección no se reduce a un modelo único de familia originado en el matrimonio entre un hombre y una mujer. Dada la realidad de diversidad familiar de Latino América y del mundo en general, sería reduccionista y dejaría en la desprotección a la mayoría de los núcleos familiares si solo se refiriera a la familia matrimonial.

Quien afirme lo contrario contradice la interpretación de esta Honorable Corte en cuanto a que no hay un solo modelo de familia. Así lo estableció en su Opinión Consultiva 17, recogiendo lo señalado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el sentido de que el concepto de vida familiar “no está reducid[o] únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.”⁶²

En relación al Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege el derecho a la familia en términos similares a los de la Convención Americana, el Comité de Derechos Humanos también ha señalado que para cumplir con los objetivos del Pacto el concepto de familia debe ser interpretado ampliamente.⁶³

El ideal de familia no está dado por la formalidad que haya generado dicho núcleo, sino por la funcionalidad que cumpla en la protección y bienestar de sus miembros. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “[u]na familia estable es la que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes.”⁶⁴ Se trata del núcleo fundamental de protección a los más desprotegidos y el lugar donde primero se aprenden los valores cívicos fundamentales. Por lo mismo, es un concepto en “desarrollo transicional.”⁶⁵

Las niñas López Atala tienen vínculos familiares tanto con su padre como con su madre. Sin embargo, el núcleo familiar en el que estaban inmersas al año 2003 estaba formado por su madre, su hermano Sergio Vera (hijo de un matrimonio anterior de la Sra. Atala) y ellas, al que se había integrado seis meses antes la Sra. De Ramon. El deber del Estado era proteger ese núcleo familiar de injerencias arbitrarias ya que las niñas reconocían dicho núcleo como su familia estable, y era la Sra. Atala quien ejercía las labores diarias de cuidado de sus hijas.

Como indicáramos en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de 25 de diciembre de 2010 y reiteramos en este escrito, se pueden identificar claramente tres momentos en los cuales se produjeron injerencias arbitrarias en la vida privada de la Sra. Karen Atala. El primero ha sido desarrollado en el párrafo anterior al afectar particularmente el derecho a la protección de la vida privacidad del a Jueza Atala en cuanto a su orientación sexual. Los otros dos momentos determinantes de intervención constituyeron una violación al derecho a la vida familiar de ella y sus hijas. Nos referimos específicamente a la sentencia de tuición provisoria que, contraviniendo la

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Supra nota 14, citando Eur. Court H.R., Keegan vs. Ireland, 26 de mayo 1994, par. 44; Kroon and Others vs. The Netherlands, 27 de octubre 1994, par. 30.

⁶³ Comité de Derechos Humanos, Comentario general 16, XXIII Sesión 1988, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 21 (1994), parr. 5.

⁶⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 4/01, Caso N. 11.625 Maria Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, Supra nota 52, par. 44.

⁶⁵ Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Springer, 1995, pag. 68.

función propia de las medidas precautorias, alteró el orden familiar de las niñas y su madre y a la sentencia de recurso de queja que separó definitivamente el núcleo familiar de Karen Atala y sus hijos.

Como indicó la Honorable Corte en su Opinión Consultiva 17, *“el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.”*⁶⁶

La Honorable Corte agregó además que *“[l]a autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor.”*⁶⁷

Asimismo, haciendo referencia a los *travaux préparatoires* de la Convención sobre los Derechos del Niño señaló que estos establecieron la necesidad de que las separaciones de los niños respecto a su núcleo familiar *“fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias.”*⁶⁸

En concordancia con lo señalado por la Honorable Corte, se debe entender que los niños pueden ser separados de su familia si hay “razones determinantes”, las que están relacionadas con que los niños estén sufriendo un daño que requiera su remoción del núcleo familiar.

En el caso de la sentencia de mayo de 2003 que ordenó la tuición provisoria a favor del padre, no puede haber duda de que se trató de una violación a la vida privada y familiar de la Sra. Atala y sus hijas. La decisión de tuición provisoria cita el informe social evacuado por la asistente social del mismo tribunal, el que indica que *“no existen indicadores que permitan presumir a la profesional la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de autos (...).”*⁶⁹

No había, por lo tanto, casuales determinantes que justificaran la intervención en la vida privada y familiar de las niñas y su madre. El mismo informe refleja un juicio de valor respecto de la orientación sexual de la Jueza Atala al establecer que

*las menores están siendo vulneradas en sus Derechos, dado que estas, a su corta edad, son niñas vulnerables, en proceso de formación de su identidad, sin las capacidades necesarias para comprender, enfrentar, elaborar y decidir por sí mismas los cambios operados en sus vidas. Expuestas en su medio, a que por causa de la explícita condición materna, se les discrimine sin que tengan para ello la madurez necesaria que les permita enfrentar dicha situación adecuadamente.*⁷⁰

⁶⁶ OC/17, par.77.

⁶⁷ Id. Par. 74.

⁶⁸ Id. Par. 75.

⁶⁹ Demanda de la CIDH Anexo 10, Resolución del Juez Titular de Letras de Villarrica, 2 de mayo de 2003, Tuición Provisoria, Causa Rol 9.485.

⁷⁰ Id.

No hay ninguna conducta de daño a las niñas por parte de la madre. No hay tampoco una situación actual que justificara la separación puesto que las niñas NO estaban siendo discriminadas en ese momento. Ni los informes sociales, ni los psicológicos, ni los informes de los colegios de las niñas mostraban discriminación, o siquiera una sensación de sentirse discriminadas por parte de las niñas. La decisión se basó en una simple especulación proveniente del prejuicio de la persona que evacuó el informe, y más grave aún, del juez que dictó la custodia provisional.

No hay que perder de vista que la separación afectó a niñas de corta edad, a quienes dicha separación y las circunstancias en las que se dieron sigue afectando. Así lo indica la Dra. Maria Alicia Espinoza al señalar que *“en un primer momento las hermanas manifestaron un cuadro ansioso a partir de la separación de su madre, doña Jacqueline Atala Riffo. Aun teniendo afecto por el padre, ellas habrían preferido vivir con la madre.”*⁷¹ La doctora luego agregó que *“Las hermanas, por tanto, al sobre adaptarse a esa condición de permanente disociación de la madre de su vida cotidiana en la ciudad de Temuco, se mantienen en una constante tensión incorporando dos mundos paralelos, el del padre y el de la madre.”*⁷²

La Sra. Emma de Ramon ilustra en su testimonio que *“el mundo de esas niñas era su casa, sus mascotas, sus amigos del colegio, o del jardín infantil.”*⁷³ Y relata con dolor el día de la separación de las niñas:

*Yo no recuerdo bien el momento en que me enteré de esa resolución porque fue tal el golpe recibido que todavía hoy siento la mirada de Karen en mis ojos, su dolor mientras lloraba abrazando los peluches de las niñas y ordenando una y otra vez sus ropas ... recuerdo muy bien el momento en que llevamos a las niñas al Tribunal para entregarlas a su padre y a su abuela, porque en ese entonces el ocultaba la presencia de su nueva mujer en su vida: recuerdo que [R.], por entonces de tres años, dormía en los brazos de su madre desde donde salió sin saberlo hacia su nueva vida y recuerdo que una de las parejas de amigos que teníamos en la ciudad, enterados de lo que ocurría, llegaron a acompañarnos con todos sus hijos e hijas en señal de tristeza y duelo por la situación que vivíamos. No creo que sea posible vivir un momento más terrible y me he dedicado sistemáticamente y sin ningún éxito a tratar de olvidar.*⁷⁴

Esta violación a la vida familiar de la Sra. Atala y sus hijas finalmente se consolida con la sentencia de recurso de queja que falla la Corte Suprema de Chile el 31 de mayo de 2004. No hay cambio de circunstancias en cuanto a la orientación sexual y vida en pareja de la Sra. Atala y no hay elementos nuevos que hayan constituido un daño a las niñas. De hecho, los elementos nuevos entre la resolución de custodia provisoria, y la sentencia de la Corte Suprema son el fallo de primera instancia que ordena la restitución de las niñas a su núcleo familiar por ser esto lo mejor tomando en cuenta el interés superior de las niñas, y una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco confirmando dicha situación. Si hubo un cambio de circunstancias, fue uno en el que se

⁷¹ Ver peritaje psiquiátrico de la Dra. Maria Alicia Espinoza, pag.2

⁷² *Id.* pag. 3

⁷³ Testimonio de la Sra. Emma De Ramon, pág. 2.

⁷⁴ *Id.* pag. 4.

habían recabado antecedentes suficientes para que los jueces de instancia se formaran una opinión en relación a lo que correspondía según el interés superior del niño.

Si el Estado estaba preocupado de ellas, debió cumplir con las directrices dadas por esta Corte en el sentido que el *“Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.”*⁷⁵ El Estado, en vez de proteger este núcleo familiar del prejuicio social, lo destruye, como si la supuesta protección de las niñas exigiera dicha medida extrema.

Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que *“salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”*, lo que ocurrió con al menos la menor de las niñas que tenía solo 3 años al momento de la separación de su madre.

En Chile las causas calificadas para quitarle la custodia a los padres dicen relación con el daño que la madre, o el padre que tiene la custodia, esté causando en sus hijos. Como indicó la Profesora Leonor Etcheberry *“El carácter calificado de la causal supone que el daño que se produce al niño por permanecer con la madre es sustancialmente mayor que el daño que se produce al niño por la separación forzada de su madre”*.⁷⁶

En este caso, la Corte Suprema consideró que la orientación sexual de la madre era MAS dañina para las niñas que separarlas de ella. Como señaló la perito Alison Jernow, nada impide que en casos concretos la conducta sexual de uno de los padres sea causal suficiente para separar a los hijos de aquel padre si es que esta conducta afecta a los niños. Esta indagación fáctica, sin embargo, debe hacerse de igual manera para ambos padres, e independiente del sexo de la pareja. En este caso, el estándar de escrutinio a la Sra. Atala fue mucho más alto que el del Sr. Lopez. Esto, porque la intervención en la vida familiar se basó exclusivamente en el prejuicio respecto de la orientación sexual como una condición per se dañina para las niñas.

En este caso, la Corte Suprema concluyó que el daño se produce al explicitar la madre su orientación sexual, y vivir con una pareja del mismo sexo junto a las niñas y para disfrazar el prejuicio se refiere a daños potenciales, o a daños que aunque son redactados como si fuesen actuales, no pasarían, aun de ser probados, el estándar de proporcionalidad de la medida tomada para evitar ese daño.

En su alegato el estado indica que *“no puede decirse que a las niñas fueron privadas de su derecho a vivir con una familia y que esto constituye un daño en definitiva al ser entregadas en custodia a su padre biológico y no a su madre siendo que ambos o cualquiera de los dos debe ser considerado como su verdadera familia de acuerdo a lo antes expresado pro la perito Jernow”*⁷⁷

El Estado se equivoca ya que el derecho internacional no habla de un derecho a vivir con *una* familia, sino al derecho a vivir con *su* familia. Precisamente porque las niñas

⁷⁵ OC 17 par 66

⁷⁶ Peritaje de la Profesora Leonor Etcheberry, pag. 11.

⁷⁷ Alegato oral de la Sra. Paulina González en la audiencia del 24 de agosto de 2011, Video Parte 21, min. 7:15.

vivían con su madre, las razones para separarlas de ella debían ser determinantes. En este caso, padre y madre no estaban en igualdad de condiciones pero no debido al sexo de los progenitores y mucho sino debido a la permanencia de las niñas en el hogar materno, el que formaban con el hermano mayor Sergio Vera, y al que se incorporaba la Sra. De Ramon. Al Estado le correspondía proteger a la familia que las niñas reconocían como tal. Esto se desprende de lo indicado por esta Corte al señalar “*Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal*”.⁷⁸

5. Alegatos en relación a la violación de los derechos de las niñas M., V. y R.

Las violaciones de derechos antes reseñadas no solo afectaron a la Sra. Atala. La sentencia de recurso de queja de la Corte Suprema violó también los derechos a la igualdad y no discriminación, a la intimidad, al debido proceso y a la vida privada y familiar de las niñas M., V., y R. Estas violaciones cobran mayor importancia porque constituyen una violación al artículo 19 de la Convención Americana y a la Convención sobre los Derechos del Niño al violar los artículos 2, 9.1, 12, 16, y 29.d. Con esto, el Estado violó el principio del interés superior del niño.

Como indicamos en los alegatos orales frente a esta Honorable Corte, el Estado de Chile ha insistido en que la Sentencia de la Corte Suprema tuvo por objeto proteger el interés superior de las niñas. Para justificar esta afirmación el Estado ha seguido en sus escritos y presentaciones dos estrategias diferentes sin percibir que, además de llevar a conclusiones equivocadas e incluso peligrosas para el orden público internacional, son incompatibles entre sí.

5.1. Primera interpretación del principio del interés superior del niño por parte del Estado de Chile

La primera explicación del Estado es que la Corte Suprema no le quitó la custodia de sus hijas a una madre por ser lesbiana, sino por no ser una buena madre y por lo tanto, basándose en el interés superior del niño.⁷⁹ Para ello, el Estado en su escrito de respuesta a la demanda de la Comisión reescribe la sentencia que hubiera querido que la Corte Suprema escribiera, pero que no es la que origina este proceso.

Sin duda los representantes del Estado entienden que este proceso no es una cuarta instancia en el juicio de custodia, por lo que no pueden pedirle a esta Honorable Corte que vuelva a analizar la prueba revisada en las instancias correspondientes. Sin embargo, eso es precisamente lo que están haciendo bajo la justificación que los tribunales de instancia “omitiendo todo análisis de la prueba presentada por el padre” fallaron sin tomar en cuenta el interés superior del niño.⁸⁰ Durante el proceso ante esta Corte, el estado ha insistido en que los jueces de instancia omitieron prueba pertinente, y que dicha omisión atentó contra el principio en cuestión.⁸¹ Sin embargo, la sentencia

⁷⁸ OC/17, pág. 86.

⁷⁹ Escrito de contestación de demanda, pág. 6, Par A1.

⁸⁰ Escrito de contestación de la demanda, Par. 28, pág. 8.

⁸¹ Por ejemplo, Párrafo 62 de la contestación de la demanda, Alegato abogada Paulina González, minuto XX

de primera instancia no solo se hace cargo de todas las pruebas mencionadas por la Corte Suprema en su sentencia de recurso de queja sino que también analiza las pruebas que no mencionó la Corte Suprema y que el Estado considera el motivo subliminal de la sentencia de la Corte Suprema. La sentencia de primera instancia, además, analiza extensamente los informes periciales relacionados con el bienestar de los niños al vivir con padres de orientación sexual diversa. El considerando Vigésimo Tercero de la sentencia de primera instancia señala:

Que, habiéndose planteado por el actor como parte de su argumentación tendientes [sic] a establecer la inhabilidad de la madre, la opción sexual de la misma en términos de haberse declarado lesbiana y además la circunstancia de mantener una convivencia con su pareja mujer en la casa en que la demandada vivía con sus hijas, resulta obligatorio para este tribunal pronunciarse acerca de una posible inhabilidad en el sentido ya indicado.

Luego, reseña cada una de las pruebas periciales relacionadas con la orientación sexual de la madre y su convivencia con pareja del mismo sexo. En efecto, este considerando analiza precisamente la potencial confusión respecto de la sexualidad materna al analizar los informes psicológicos de las niñas M., V. y R. y concluye que los informes no establecen relación de causalidad entre estas conductas y la convivencia de la madre con una persona de su mismo sexo.

En conclusión, no es correcto indicar que los jueces de instancia “omitieron” prueba pertinente al interés superior del niño. Por el contrario, la analizaron y fallaron de acuerdo a derecho nacional e internacional.⁸²

En su afán de buscar una justificación legal para la acción de la Corte Suprema el Estado le presenta a esta Honorable Corte razones que la Corte Suprema no expresó en la sentencia del recurso de queja, apoyándose en documentos que la Corte Suprema tuvo en su conocimiento y que desestimó al fallar, intentando disfrazar una sentencia discriminatoria con una que pone en duda el carácter de buena madre y el bienestar mental de la Jueza Atala.

Esto es evidente en el párrafo 46 de la contestación del Estado a la demanda, donde agravia aun mas a la Sra. Atala al reutilizar pruebas desechadas incluso por la Corte Suprema en el sentido de existir “documentadas carencias afectivas que estaban sufriendo las niñas – según psicólogos y testigos-, además de inadecuados tratos de la Sra. Karen Atala hacia sus hijas, todo lo que hacían por tanto aconsejable en atención al principio del interés superior de las niñas, que la tuición de ellas fuese entregada al padre.” E insiste en esto en los párrafos 50, 51, 53, 55, 56, 57, 58, 59 (en estos párrafos el Estado trata incluso de caracterizar a la Jueza Atala como madre golpeadora), 60 y 71.

El Estado tomó del juicio de custodia aquellas pruebas que le hubiera gustado que la Corte Suprema mencionara en su sentencia de recurso de queja para así poder justificar que la decisión no se basó en una discriminación por orientación sexual sino en que las

⁸² Ver, por ejemplo, considerandos 33, 37 y 40 de la sentencia de primera instancia que expresamente analizan la Convención sobre los Derechos del Niño.

niñas estaban mejor sin su madre por ser esta castigadora, golpeadora, desequilibrada y egocéntrica.

Sin embargo, la Corte Suprema indica expresamente en su sentencia que la Sra. Atala es una “persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico”.⁸³ Más aun, al fijar los hechos motivo del recurso de queja, el considerando Cuarto indica:

CUARTO.- Que del examen de los antecedentes reunidos en dichos autos, que se tuvieron a la vista, es posible tener por acreditados los hechos que se reseñan a continuación:

1° Que el demandante y la demandada contrajeron matrimonio el día 29 de marzo de 1993 y sus hijas nacieron en agosto de 1994, enero de 1998 y diciembre de 1999, de modo que en la actualidad cuentan con diez, seis y cuatro años, respectivamente;

2° Que la vida conyugal y familiar de matrimonio se alteró por problemas de convivencia que condujeron a la separación de hecho de los cónyuges en febrero del año 2002, quedando de común acuerdo a cargo de la madre la tuición y cuidado personal de las menores;

*3° Que, con posterioridad, doña Jacqueline Karen Atala Riffo, asumiendo explícitamente su condición homosexual, llevó a vivir con sus hijas a una pareja de sexo femenino;*⁸⁴

No cabe duda que el objeto de la demanda de custodia de las niñas y el objeto del fallo del recurso de queja que originó responsabilidad internacional por parte de Chile fue la orientación sexual y convivencia de la Sra. Atala con una pareja del mismo sexo.

Por más que el Estado agregue pruebas desechadas incluso por la Corte Suprema, y caracterice a la Jueza Atala como una mala madre y una persona inestable mentalmente, el considerando Cuarto de la sentencia de la Corte Suprema deja en evidencia que este fue desde el principio un juicio a la orientación sexual de la Sra. Atala, y la separación de sus hijas, el castigo a dicha orientación sexual. La demanda de custodia presentada por el ex marido de la Sra. Atala se basó precisamente en el rechazo a dicha orientación sexual. Así lo dice claramente la demanda de custodia:

*“ La inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo lo que conlleva (...) alterar el sentido natural de la familia, importa una situación de sumo delicada y que genera nuestra mas franca oposición ”*⁸⁵

El juez que falló la custodia provisoria a favor del padre lo dice expresamente:

[L]a demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del

⁸³ Considerando Decimo Quinto de la Sentencia de la Corte Suprema.

⁸⁴ Sentencia de la Corte Suprema sobre recurso de Queja, Énfasis agregado.

⁸⁵ Demanda de Tuición interpuesta por Ricardo Jaime López Allendes ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarica, 15 de enero de 2003, anexo 1 de la Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso en referencia.

*interés superior de las niñas, argumentos que en el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional cobran gran importancia*⁸⁶

Finalmente, el considerando Cuarto arriba mencionado omite toda referencia a la calidad de la Sra. Atala como madre y fija la orientación sexual diversa de la madre como objeto central del recurso de queja.

5.2. Segunda interpretación del principio del interés superior del niño por parte del Estado de Chile

La segunda estrategia del Estado es aceptar que se discriminó a la Sra. Atala por su orientación sexual pero negar la violación al derecho internacional alegando que dicha discriminación se justifica en atención al principio del interés superior del niño. Cuando el Estado adopta esta postura en algunos de sus argumentos, abandona la idea de que lo que se discute es la calidad moral y materna de la Sra. Atala y acepta que el problema es su orientación sexual. Para ello, considera que en este caso se quiso “avanzar una causa social” sacrificando para ello a “tres niñas de tan corta edad”. El párrafo 39 de la contestación ilustra esta segunda estrategia:

*La Ilustrísima Corte, como garante máximo de los derechos humanos a nivel continental, no puede permitir que, para la promoción de una causa social por justa e importante que esta sea, se mediatice el bienestar de tres niñas de tan corta edad.*⁸⁷

Este conflicto entre derecho a la no discriminación e interés superior del niño es solo aparente en este caso particular. Como indicaron los profesores Cillero y García Méndez en sus respectivos peritajes, el interés superior del niño es el principio rector en todo proceso judicial que involucre niños⁸⁸ y es posible que en un caso concreto se produzca un choque entre el derecho de los padres y el de los hijos. En este caso, sin embargo, el derecho a la igualdad y a la no discriminación y el principio del interés superior del niño no entraron en ningún momento en conflicto. Por el contrario, los derechos a no ser discriminadas, a que se respetara su intimidad y se protegiera la familia con la que vivían en ese momento formaban parte esencial de la protección de las niñas.

Esta estrategia por parte del Estado solo es posible si el interés superior del niño es un concepto vacío que se integra con las concepciones morales y las simples opiniones del juzgador de turno. Esa es la interpretación más peligrosa que se le puede dar a este principio y responde a una idea proteccionista de los niños, incompatible con la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 19 de la Convención Americana establece que “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.*” Y esta Honorable Corte le ha dado contenido a esa protección indicando que “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio corpus juris internacional de

⁸⁶ Sentencia tuición provisoria, subrayado agregado.

⁸⁷ Respuesta del Estado

⁸⁸ Dictamen pericial del Profesor Miguel Cillero, pág. 3
. Testimonio pericial del Profesor García Méndez.

protección de los niños que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.”⁸⁹

En palabras del perito Miguel Cillero “...el problema central que parece presentar la aplicación del principio de interés superior del niño, consiste en elucidar si se trata de una cláusula [sic] dotada de cierta precisión conceptual y contenido jurídico concreto que limita el poder de decisión de la autoridad judicial, o si por el contrario, se está en presencia de un concepto laxo e indeterminado, que, en lugar de limitar, permite ampliar las facultades discrecionales del juzgador.”⁹⁰

Tanto la jurisprudencia internacional como los testimonios de los expertos en la materia son contestes en que se trata de un principio dotado de contenido. El Profesor García Méndez lo dice claramente en su peritaje al referirse a la Convención sobre los Derechos del Niño:

“...la convención internacional que transformó las necesidades de los niños en derechos y las transformó en derechos exigibles determinó que no era más posible para satisfacer un derecho se violaran todos los demás derechos.”⁹¹

Esta misma Corte fijó expresamente la visión moderna de la protección a los niños que parte de la base de su reconocimiento como sujetos de derechos a través de los cuales se les protege, y no ya como objetos de protección:

*Vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.*⁹²

A pesar del claro mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño y las directrices dadas por esta Honorable Corte, el Estado aplica sistemáticamente la segunda alternativa señalada por el Profesor Cillero. Esto es, se aferra a una concepción laxa e indeterminada del principio del interés superior del niño que transforma al juzgador en un ser todopoderoso en relación a los niños. La evidencia está en que no es posible encontrar en ninguna de las presentaciones escritas u orales del Estado elementos constitutivos de lo que comprende el interés superior del niño. Por el contrario, hay reiteradas referencias a que, en opinión de la Corte Suprema, se estaba protegiendo el interés de las niñas López Atala. Según esta interpretación, el juzgador tiene amplio poder no solo para aplicar, sino para definir el principio de interés superior del niño de acuerdo a sus propios intereses, sin necesidad de respetar los derechos fundamentales de éstos y sin tener si quiera la necesidad de justificar estas violaciones. Esta posición es evidente cuando el Estado ofrece como prueba del respeto al interés superior del niño por parte de la Corte Suprema el hecho que ésta dijera expresamente en la sentencia de recurso de queja que estaba protegiendo dicho interés.⁹³ El agente del

⁸⁹ Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, Párrafo 166.

⁹⁰ Id. Pág. 4.

⁹¹ Peritaje Profesor Emilio Garcia Mendez, Video Corte IDH, Parte 7, min 6:14 en adelante.

⁹² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, Párr. 28.

⁹³ Alegato del agente Sr. Miguel Angel González en la audiencia de 24 de agosto de 2011, video Parte 21, min. 28:25 en adelante. Énfasis agregado.

Estado, Sr. Miguel Angel González señala expresamente que “la Corte Suprema se pronuncia sobre lo que, en opinión de la Corte Suprema en ese momento, era lo mejor para las niñas.”⁹⁴

La Opinión Consultiva 17 dictada por esta Honorable Corte explica claramente cuál es el contenido del interés superior del niño:

*Que la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el **ejercicio pleno de sus derechos** deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.*⁹⁵ (El destacado es nuestro)

Esta idea es reiterada por esta Honorable Corte en el caso de las niñas *Yean y Bosico v. República Dominicana*.⁹⁶

Los derechos de los niños no son solo los consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también los establecidos en todos los instrumentos internacionales, especialmente la Convención Americana. Así lo indicó esta Honorable Corte: “*los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos – menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición.*”⁹⁷

Siguiendo entonces las directrices dadas por esta Honorable Corte, no era posible proteger a las niñas a través de la violación de sus derechos fundamentales. En este caso, el Estado no estaba preocupado de las niñas sino de imponer, a través del fallo, un ideal de familia tradicional constituido por un hombre y una mujer, aun en detrimento de las hijas de la Sra. Atala. Es el Estado el que intenta “avanzar una causa social” sacrificando para ello a “tres niñas de tan corta edad”.⁹⁸

Siguiendo lo establecido por el perito Cillero, “*las decisiones estatales sobre el niño (sobre su persona) deben ser decisiones sobre, y acerca de, sus derechos.*”⁹⁹ Independiente de la violación de derechos sufrida por la Sra. Atala, para determinar si el Estado violó los derechos de las niñas, o si, por el contrario, aplicó correctamente el principio del interés superior de ellas, es necesario analizar los hechos a la luz de los derechos pertinentes tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño como de la Convención Americana en relación con las niñas M., V. y R. Desde el punto de vista de las niñas, la pregunta central que se debe responder es si la decisión tomada por la Corte Suprema, esto es, la ruptura del núcleo familiar de las niñas M., V., y R., y la Sra. Atala, respondía a la correcta aplicación del interés superior del niño.

La perito Allison Jernow señala que para determinar si se ha violado el principio del interés superior del niño, “debe haber una conexión entre la conducta del padre o madre

⁹⁴ Id.

⁹⁵ OC/17, pág. 86. Énfasis agregado.

⁹⁶ Corte IDH, Caso Yean y Bosico v. Republica Dominicana, 8 de Septiembre de 2005, par. 134.

⁹⁷ Id., par. 54, pág. 60.

⁹⁸ Ver infra nota.....

⁹⁹ Dictamen pericial del Profesor Miguel Cillero, pág. 7.

y el impacto de esta en el niño.”¹⁰⁰ Es necesario, por lo tanto, analizar si la conducta de la Sra. Atala estaba efectivamente causando un daño constitutivo de violación de derechos, y si, de existir dicho daño, este era solo reparable con la medida más extrema posible: la ruptura del núcleo familiar. Asimismo, es necesario examinar si durante el proceso de toma de decisión de la Corte Suprema se respetaron los derechos de las niñas, y si dicha ruptura afectaría negativamente sus derechos.

Como queda demostrado de la lectura de la sentencia, los hechos a los que se refiere fueron establecidos en su considerando Cuarto. El punto central es si la aceptación pública de la orientación sexual de la Sra. Atala y su convivencia con otra mujer son suficiente prueba de daño a las menores: “*Que, con posterioridad, doña Jacqueline Karen Atala Riffo, asumiendo explícitamente su condición homosexual, llevó a vivir con sus hijas a una pareja de sexo femenino;*”¹⁰¹ Esa fue específicamente la situación que analizó la Corte Suprema para determinar la custodia de las niñas, puesto que esa fue la razón dada por el padre para solicitar la custodia de estas en primer lugar.

La Corte Suprema se refiere al supuesto daño que esta convivencia habría producido en las niñas en el considerando Decimoquinto de su sentencia. En este la Corte Suprema advierte tres situaciones de presunto daño:

1. “*Se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición 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, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual*”¹⁰²
2. “*(...) y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro.*”¹⁰³
3. “*(...) el testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja;*”¹⁰⁴

La primera situación dice relación con un “*deterioro en el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las niñas.*” La sentencia no puede decir que haya un deterioro de las niñas porque no hay evidencia de ello en el proceso. Por lo mismo, utiliza un lenguaje vago, refiriéndose a un deterioro en el “entorno” en el que se desenvuelven las niñas. El deterioro social parece referirse a la situación de menos visitas de las amigas a las que nos referiremos en el siguiente párrafo. La sentencia no da explicación alguna sobre cuál sería el supuesto daño familiar, más allá del propio de todo proceso de custodia en que hay una separación de los padres, ni el daño educacional, del que tampoco hay evidencia alguna. Se trata entonces de meras especulaciones o alegaciones sin contenido, incompatibles con el principio del interés superior del niño, que, como nos han indicado los expertos en la materia, Alison

¹⁰⁰ Peritaje oral Jernow, Video Parte 17, 27:45 en adelante. La traducción es nuestra.

¹⁰¹ Sentencia de recurso de Queja, Considerando Cuarto.

¹⁰² Corte Suprema de Chile, Considerando Decimoquinto Sentencia de recurso de queja.

¹⁰³ Id.

¹⁰⁴ Id.

Jernow, Miguel Cillero y Emilio García Méndez, requiere del análisis de un daño actual sufrido por los niños.

El segundo daño al que se refiere la Corte Suprema es la posible discriminación de la que podrían eventualmente ser objeto las niñas dada la convivencia de la madre con una pareja de su mismo sexo. Para probar esta potencial discriminación, la Corte Suprema afirma que las visitas de las amigas de las niñas habían disminuido y casi cesado de un año a otro. Es importante en este punto reiterar que la menor de las niñas tenía solo 3 años de edad cuando fueron separadas de su madre, por lo que esta afirmación se refiere a visitas a una niña de corta edad. Estamos acá frente a un caso potencial, no actual, de posible discriminación a las niñas. El único daño actual parece referirse a una supuesta disminución de las visitas de las amigas. La potencial discriminación, e incluso la disminución de las visitas, si es que fuese efectiva, no son en caso alguno imputables a la madre. No es ella quien está actuando de una manera dañosa puesto que las acciones que se le imputan son las mismas que se aceptarían de una pareja heterosexual. Esto es aun más evidente si se recuerda que el padre de las niñas también vivía con una pareja al momento del fallo de la Corte Suprema y sin embargo no se analizó el posible daño de esa convivencia para las niñas. La Corte Suprema no es capaz de dar un ejemplo de conducta de la madre que pueda directamente dañar a las niñas como podrían ser acciones de maltrato a las niñas o conductas sexuales inapropiadas con su pareja delante de las niñas.

Lo que la Corte Suprema hizo fue castigar a M., V., y R. por el posible rechazo social a su núcleo familiar. Este fue precisamente el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Lisboa que dio lugar a la condena de la Corte Europea de Derechos Humanos contra Portugal¹⁰⁵ y que en reiteradas oportunidades ha condenado la Corte Europea en contextos de discriminación por religión de los padres.¹⁰⁶ En relación a la estigmatización social, la Corte Suprema de Estados Unidos señaló:

Sería ignorar la realidad sugerir que los prejuicios étnicos y raciales no existen o que las manifestaciones de esos prejuicios han sido eliminados. Existe el riesgo de que un niño que vive con un padrastro de una raza diferente sea objeto de presiones y angustias a las que no estaría sometido un niño que vive con padres de una misma raza u origen étnico.

“La pregunta, sin embargo, es si los prejuicios privados y los posibles perjuicios que éstos ocasionen son consideraciones permitidas para remover a un hijo de la custodia natural de su madre. No nos es difícil concluir que no. La Constitución [de los Estados Unidos] no puede controlar dichos prejuicios pero tampoco puede tolerarlos. Los prejuicios privados puede que estén fuera del alcance del Derecho pero el Derecho no puede directa o indirectamente, hacerlos efectivos.”¹⁰⁷

En este caso, no podemos negar la posibilidad que eventualmente las niñas M., V., y R. hubiesen sido en el futuro objeto de alguna estigmatización social dado que su núcleo familiar se separaba del concepto tradicional de familia. La pregunta es si en función del interés superior del niño la separación de las hijas del seno materno se justificaba.

¹⁰⁵ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal.*

¹⁰⁶ *I.e.: Hoffman v. Austria, Palau-Martinez v. Francia.*

¹⁰⁷ *Id. Título II, Par. 6 y 7. Traducción nuestra.*

La Convención sobre los Derechos del Niño resolvió esta pregunta en forma inequívoca en el artículo 2:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El mandato de la Convención es respetar los derechos de los niños con independencia de cualquier condición que afecte a los padres. El numeral 2 del artículo obligaba al Estado de Chile a tomar todas las medidas apropiadas para proteger a las niñas contra la discriminación por causa de la orientación sexual de la madre. En vez de cumplir esta obligación internacional, el Estado viola la Convención sobre los Derechos del Niño al castigar a las niñas por la orientación sexual de la madre.

La tercera supuesta evidencia del daño que la convivencia de la madre con otra mujer habría causado en las niñas es que de acuerdo al “testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa” había “referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja.” Dado que este testimonio no viene de expertos en psiquiatría infantil, y que ni el expediente ni la sentencia describen con exactitud dichos juegos y actitudes, no es posible determinar si efectivamente se trata de un daño actual a las niñas o si, dado que la Sra. Atala no respondía a los estereotipos de una esposa tradicional, las niñas en sus juegos no repetían los estereotipos propios de familias tradicionales con un padre proveedor y una madre dueña de casa.

El artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala que:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; (...)

La Sra. Atala no es una madre tradicional en el sentido estereotipado del mismo y es probable que las niñas hayan reflejado en sus juegos su entorno familiar no estereotipado, lo que en ningún caso puede considerarse dañino para las niñas.

De esta manera queda acreditado que la evidencia dada por la Corte Suprema para demostrar que la convivencia de la Sra. Atala con una persona de su mismo sexo causaba daño en las niñas es inexistente (deterioro social, familiar y educacional), vaga (confusión de roles sexuales de la madre a través de juegos y actitudes), o abiertamente violatoria de los derechos del niño establecidos en los artículos 2 (posible estigmatización social).

El considerando Décimo Octavo refuerza aun más la falta de daño actual hacia las menores y deja en evidencia que los jueces fallaron con el objeto de reforzar una concepción estereotipada del rol de madre y del de familia y que lo hicieron especulando potenciales daños que no pudieron acreditar y que no derivaban de una conducta dañosa de la madre:

***DECIMO OCTAVO.-** Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal;¹⁰⁸*

Como indicó la Profesora Allison Jernow en su peritaje, la regla general de aplicación del principio del interés superior del niño en derecho comparado ha sido que el daño debe ser actual, no especulativo.¹⁰⁹ Este mismo criterio aplicó la jueza de instancia que otorgó la custodia a la Sra. Atala:

De los testimonios a que se ha hecho referencia se concluye que las menores no han sido objeto de ninguna discriminación a la fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiestan es un temor a una posible discriminación futura. Con respecto a este punto es conveniente señalar que este tribunal debe fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores.¹¹⁰

5.3 Principio del interés superior del niño en el contexto del derecho a la familia

El Considerando 20º de la sentencia de la Corte Suprema estableció cuál era el derecho tutelado. En éste queda claro que no se trató de velar por el interés superior de las niñas a través de la protección de sus derechos específicos, sino que, según la Corte Suprema había un “*derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo*

¹⁰⁸ Corte Suprema de Chile, Sentencia de recurso de Queja, Considerandos Decimo Octavo y Decimo Novenos. Énfasis agregado.

¹⁰⁹ Dictamen Profesora Allison Jernow, 19 de septiembre de 2011, pág. 7.

¹¹⁰ Juzgado de Letras de Villarrica, Sentencia definitiva de Tuición, Rol 9.485, 29 de octubre de 2003, Considerando Vigésimo Octavo, Par. 5. Expediente de demanda, Anexo 12.

*tradicional que le es propio (...)*¹¹¹ A contrario sensu, las niñas no tenían derecho a vivir en su familia porque no correspondía al modelo tradicional valorado por la Corte Suprema.

La Corte Suprema creó de esta manera un derecho inexistente en el derecho nacional como sería el derecho a vivir en una familia “estructurada normalmente y apreciada en el medio social”. Esta creación es incompatible con el artículo 17.1 de la Convención Americana puesto que restringe los modelos familiares que pueden ser protegidos, en contravención a lo indicado por esta Honorable Corte en cuanto a que la protección de la familia no se reduce “únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.”¹¹² Aun más grave, contraviene lo indicado por esta Corte en cuanto a que “[u]na de las interferencias mas grandes es la que tiene por resultado la división de una familia”¹¹³ y que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.”¹¹⁴

La Corte Suprema se escudó en el principio del interés superior del niño para discriminar a la Sra. Atala por su orientación sexual. Sin embargo, en vez de aplicar dicho principio, abiertamente lo violó al contravenir el derecho de las niñas M., V., y R. a no ser separadas de su familia. Esta es una abierta contravención al artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

En el caso de R., que sólo tenía tres años de edad cuando fue separada de su madre, se contravino también el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos y Culturales que establece que “salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre.”¹¹⁵

Como indicó la Profesora Allison Jernow en su testimonio experto: “other people’s prejudices is not an assessment of the parent-child relationship. To remove a child from the parent-child relationship because of fear of other people’s prejudices is depriving the

¹¹¹ Id. Considerando Vigésimo.

¹¹² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, Par. 69, Pág. 64, citando a la Corte Europea de derechos Humanos en Eur. Court H.R., Keegan v. Ireland, Judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, para. 44; y Eur. Court H.R., Case of Kroon and Others v. The Netherlands, Judgment 27th October, 1994, Series A no. 297-C, para. 30.

¹¹³ Id. Pár. 72.

¹¹⁴ Id. Pár. 77.

¹¹⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador," Art. 16.

child of that relationship with the parent and that itself would violet the best interest principle.”¹¹⁶

La decisión de la Corte Suprema es violatoria del principio del superior del niño porque contribuye a la estigmatización del núcleo familiar de la Sra. Atala, no solo aceptando el prejuicio social, sino revistiéndolo de legalidad. El Estado al defender la posición de la Corte Suprema le está diciendo a M., V. y R., y a los niños de los padres homosexuales y madres lesbianas, que sus padres no pueden ser buenos padres y que siempre estarán mejor en una “familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio...”¹¹⁷ Además del daño que se produjo a M., V. y R. al separarlas de su madre sin falta imputable a ella, y la violación de derechos ya indicados que dicha separación produjo, el Estado violó el artículo 29.d de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que la educación del niño deberá estar encaminada a “[p]reparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, **tolerancia, igualdad de los sexos** y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;”(El destacado es nuestro).

El artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño protege a los niños de intervención o injerencia arbitraria en su familia, y no en una familia cualquiera. El Estado, sin embargo, ha intentado hacer equivalentes el concepto de familia con el concepto de padres biológicos. Así, consideran que no habría habido intervención al separar a las niñas de su madre y entregárselas al padre, en términos familiares el núcleo que las niñas constituían con su padre y el que constituían con su madre.

5.4 Principio del interés superior del niño y derecho a ser escuchado

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala:

1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*
2. *Con tal fin, 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.*

El profesor Cillero nos indica en su peritaje que de acuerdo a lo indicado por el Comité de Derechos del Niño este es uno de los cuatro principios generales de la Convención.¹¹⁸

Según explicó el Perito García Méndez, todos los niños tienen derecho a que se tome en cuenta su opinión. Lo que varía son los mecanismos para recoger dicha opinión de acuerdo a la madurez y edad de cada niño.¹¹⁹ Este es un derecho que se traduce no solo

¹¹⁶ Id. 20.44 en adelante.

¹¹⁷ Corte Suprema, Sentencia de Recurso de Queja, Considerando 20o.

¹¹⁸ Miguel Cillero, pág. 14.

¹¹⁹ Peritaje Profesor García Méndez, audiencia pública,

en darle la oportunidad al niño de manifestar su opinión, sino que impone además la obligación de escuchar por parte del interlocutor.¹²⁰ El profesor Cillero desarrolla extensamente en su peritaje el derecho a ser oído, indicando que esto implica darle peso a la opinión de los niños en los asuntos que les competen. En este mismo sentido explicó el perito García Méndez que el derecho del niño a ser escuchado es un principio rector que exige de parte del juzgador hacerse cargo de la opinión de la niña o niño.¹²¹ En otras palabras, aunque no es obligatorio seguir la opinión de los niños, el tratarles como sujetos de derechos y no como objetos exige hacerse cargo de la opinión de los niños e impone una carga argumentativa mayor si una determinada decisión ira en contra de la opinión de los niños afectados.

Como señala el profesor Cillero citando al profesor Jaime Couso, escuchar a las niñas importa “conferir un ‘especial peso’ a esa opinión y a las preferencias expresadas” por ellas.¹²² En este mismo sentido, el Profesor García Méndez indicó en su peritaje que *“esta opinión del niño no es una opinión absoluta pero como es un principio central exige que el eventual contraste con la opinión del niño se exprese a través de argumentos. (...) Sin escucha de la opinión del niño no hay interés superior del niño.”*¹²³ *“La opinión de los niños no puede ser descartada discrecionalmente.(...) Hay que construir en forma muy sofisticada argumentos para eventualmente oponerse a lo que sea esta opinión de los niños.”*¹²⁴

Es importante señalar que en las dos instancias procesales adversas a la Sra. Atala, los jueces no tomaron en cuenta la opinión de las niñas. En el caso de la sentencia de custodia provisoria que alteró el núcleo familiar separando a las niñas M., V y R. de su madre, el juez menciona en el considerando 7º que “según consta en el cuaderno principal de tuición, se escuchó en audiencia privada a las menores.”¹²⁵ Tan vaga es la referencia, que no queda claro si quiera si el juez conoce cual fue en esa oportunidad la voluntad de las niñas. Esta no fue una omisión accidental del juez. Haber cumplido con la obligación de escuchar a las niñas habría hecho muy difícil la tarea de romper el núcleo familiar de tres niñas menores de edad que habían manifestado su voluntad de seguir viviendo con su madre.

La Corte Suprema de Chile, en su fallo de recurso de queja, no menciona la voluntad de las niñas, y solo hace una vaga referencia a la Convención Internacional de los Derechos del Niño para justificar la idea de niños objetos de protección y no niños sujetos de derechos. Así, la sentencia no se plantea la posibilidad de que éste sea un caso de violación de derechos de las niñas y solo las sitúa como potenciales víctimas de daño.¹²⁶ Esta idea de niño objeto no solo corresponde a la Corte Suprema, sino que es reiterada por el Estado durante este proceso. Así, durante la audiencia de 23 de agosto, el Estado al interrogar al perito García Méndez plantea la posibilidad de un conflicto

¹²⁰ Miguel Cillero, pág. 15.

¹²¹ Peritaje Profesor García Méndez, audiencia pública 23 de agosto de 2011. Video Corte IDH Parte 7, Min. 14:50 en adelante.

¹²² Cillero, pág. 17.

¹²³ Peritaje Profesor Emilio García MéndezGarcía Méndez, Corte IDH, Video Parte 7, 7:58 en adelante. Disponible en <http://vimeo.com/28422831>

¹²⁴ Id. 15:35 en adelante.

¹²⁵ Juzgado de Letras de Villarrica, Sentencia de tuición provisoria, Causa Rol: 9.485, 2 de mayo de 2003, Fs. 79. Expediente de Demanda ante la Corte IDH, Anexos 10.

¹²⁶ Sentencia de recurso de Queja, Considerando Noveno, Expediente de Demanda, Anexo 22.

entre “los deseos” del niño y el principio del interés superior del niño.¹²⁷ Es claro que el Estado no considera que la opinión del niño sea un derecho sino un simple deseo. Siendo así, contravenir su voluntad no acarrearía la violación de un estándar esencial del derecho internacional.

5.5. El interés superior del niño y su aplicación en Derecho Internacional.

Como hemos ilustrado en los párrafos anteriores, esta Honorable Corte ha rechazado empíricamente la posibilidad de que el principio del interés superior del niño sea una bolsa vacía que se usa a discreción del juzgador. El Estado en cambio sostiene, y así lo intenta defender el escrito del Sr. Jaime López que la Corte transmitiera a esta parte con fecha 22 de agosto de 2011, así como algunos de los *amici curiae* transmitidos con fecha 12 de septiembre,¹²⁸ que el principio del interés superior del niño haría imposible para un padre homosexual o una madre lesbiana mantener u obtener la custodia de sus hijos biológicos frente a un padre o madre heterosexual.

Este estándar abstracto efectivamente haría entrar en conflicto el derecho a la igualdad y no discriminación con el principio del interés superior del niño, pero no solo respecto de la discriminación que dicho padre o madre sufriría, sino respecto del mismo niño según lo establecido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si esta interpretación se mantuviera, la ejecución de la Convención sobre los Derechos del Niño sería impracticable puesto que no solo permitiría, sino que obligaría a discriminar a los hijos por la raza, sexo, religión, orientación sexual o cualquiera otra condición social de sus padres (art. 2 CDN); sería además permisible la separación de los niños contra la voluntad de sus padres (art. 9.1); y serían inejecutables la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales, puesto que toda injerencia, en pos del interés superior del niño, sería “legal”. La obligación más absurda sería la de escuchar a los niños. Ella pasaría a ser letra muerta, como lo consideró el juez que falló la custodia provisoria a favor del Sr. Lopez al simplemente mencionar en su fallo que “se escuchó en audiencia privada a las menores.”¹²⁹

La confusión del Estado en relación al principio del interés superior del niño es tal que en su escrito de contestación de la demanda sugiere livianamente que “hubiera sido perfectamente factible que las niñas, alcanzando una edad algo mayor, hubieran vuelto a vivir con su madre” ya que “siempre ha estado disponible para la peticionaria la posibilidad de iniciar un nuevo juicio de tuición para cuyo ejercicio basta el cambio de los supuestos fácticos que sustentaban la decisión anterior”¹³⁰. Tan preocupado está el estado por el interés superior de las niñas que no le preocupa que nuevamente se las someta a la presión de un juicio de custodia, y a la desestabilización del núcleo familiar que forzosa e ilegalmente debieron construir las niñas luego de la separación del lado de su madre. Fue precisamente pensando en el interés superior de las niñas que Sra. Atala, cambió su pretensión frente a este proceso internacional renunciando a que se restableciera el imperio del derecho a través de la restitución de las niñas al núcleo familiar con su madre, debido al daño que le provocaría a ellas un nuevo cambio en su entorno familiar. Karen Atala renunció con mucho dolor a vivir la maternidad diaria con sus propias hijas para protegerlas de más inestabilidad familiar.

¹²⁷ Agente del Estado Sr. Miguel Ángel González, video Corte IDH, Parte 9, 00:40 en adelante.

¹²⁸ Centro de Bioética, Persona y Familia, ...COMPLETAR CITA

¹²⁹ Id. supra nota 47.

¹³⁰ Escrito contestación de demanda, Par. 40, pág. 10.

El Estado livianamente indica que para pedir la custodia nuevamente “basta el cambio de los supuestos facticos”, lo que en este caso implicaría un cambio en la orientación sexual de la madre, o en la obligación de ésta de hacer una promesa de celibato.

En el párrafo 36 de su contestación el Estado cita una profesora sud africana para afirmar que el principio del interés superior del niño exige del juez considerar “cualquier daño que el niño haya sufrido o esté en riesgo de sufrir.”¹³¹ Lo que el Estado omite es que la autora indica en el mismo documento que viene de una página web de la Universidad de Sudáfrica que:

A disciplinary order by the court against a lesbian mother in an application for access rights to her children that is based solely on her sexual orientation will not easily pass constitutional answer. In the same way that the court cannot take cognisance of racism or religious intolerance when it decides on the access of a mother to her children, the court cannot take cognisance of prejudice in our society. It is suggested that the courts should allow the homosexuality of the parent to influence the decision only where there is indeed evidence to suggest that it would have a detrimental effect on the children.

*It is also of great importance that the burden to prove that the sexual orientation of one parent would be harmful to the child should rest on the person alleging it, and that the homosexual parent should not be faced with **the almost impossible task of proving that his or her homosexuality would not be harmful to the child.** Where there is evidence that the **homosexuality may be detrimental to the child, it should not be the predominant factor, but it should be weighed together with other factors in determining the best interests of the child.** No single factor in determining the best interest of the child carries most weight. The courts should realise that they have a constitutional duty to extend equal protection of the law to all people, and that they should avoid perpetuating popular prejudices against homosexual people by their judgments and comments at all costs.*¹³² (El destacado es nuestro).

¹³¹ Estado, contestación de demanda, Párr. 36, citando sin fuente exacta a M.A. Ramolotja.

¹³² Adv MA Ramolotja, *Determining the best interest of the child*, Disponible en <http://www.unisa.ac.za/Default.asp?Cmd=ViewContent&ContentID=7005> . Última consulta el 22 de septiembre de 2011. El destacado es nuestro. Traducción nuestra: “Una orden disciplinaria de una corte en contra de una madre lesbiana en una solicitud de derecho a acceder a sus hijos que se basa exclusivamente en su orientación sexual no pasará fácilmente el test de constitucionalidad. De la misma manera que una corte no puede basarse en el racismo o intolerancia religiosa cuando decide sobre el acceso de una madre a sus hijos, la corte tampoco puede basarse en el prejuicio de nuestra sociedad. Se ha sugerido que las cortes deben admitir la homosexualidad de uno de los padres como factor para fallar solo cuando hay efectivamente evidencia que sugiere que ésta tendría un efecto dañino para los niños.

Es también muy importante que la carga de la prueba respecto de lo dañino de la orientación sexual de uno de los padres recaiga en la persona que la alega, y que el padre homosexual no se vea enfrentado a la casi imposible tarea de probar que su homosexualidad no sería dañina para el niño. Cuando hay evidencia de que la homosexualidad puede causar detrimento en el niño, este no puede ser el factor predominante, sino que debiera sopesarse junto a otros factores en la determinación del interés superior del niño. Al determinar el interés superior del niño ningún factor individual debiera pesar más que otros. Las cortes debieran entender que tienen un deber constitucional de extender la igual protección de la ley a

6. Observaciones al escrito del Señor Jaime López, remitido a esta parte por la Honorable Corte con fecha 22 de agosto de 2011.

Con fecha 22 de Agosto del presente –exactamente un día antes de la audiencia pública llevada a cabo en Bogotá, Colombia-, fuimos notificados de una extensa presentación del Sr. Jaime López Allendes, patrocinado por el abogado peruano Sr. Reynaldo Bustamante Alarcón, la cual había sido recibida por la Honorable Corte el 18 de Agosto de 2011.

Según instruyó el Presidente de la Honorable Corte durante la audiencia preparatoria, formularemos algunas observaciones a esta presentación, solicitando desde ya, sea rechazada en todas sus partes, al tenor de los argumentos que pasamos a detallar a continuación:

6.1. La pretendida representación del interés de las menores López Atala

El Sr. López dedica extensos párrafos de su presentación a justificar por qué se le debe tener a él, como el único y exclusivo representante de los intereses de las menores. Funda su pretensión en una concatenada línea de argumentos que descansan tanto en normas de derecho doméstico como internacional. Sin embargo, lo que resulta indesmentible, es que la causa eficiente que le permite utilizar ese hilo argumental, es –precisamente- la sentencia de la Corte Suprema, en virtud de la cual, entiende esta parte, el Estado chileno ha incurrido en un hecho internacionalmente ilícito, y consecuentemente, en responsabilidad internacional.

Su pretendida titularidad para representar a las menores López Atala, reposa –nada menos que- en la sentencia de la Corte Suprema, basada en prejuicios sobre la orientación sexual de la peticionaria Karen Atala. Las afirmaciones en este sentido del Sr. López, descansan en meros formalismos que sólo hayan sustento mediato, en la resolución que alegamos discriminatoria, razón por las que deben ser desechadas por esta Honorable Corte. A su turno, el sistema internacional de protección de los derechos fundamentales no reconoce normas estrictas sobre representación de víctimas, justamente porque entiende que, en la gran mayoría de los casos ellas faltan, o están impedidas de ejercer a plenitud sus derechos y prerrogativas.

Lo que se la ha pedido a la esta Honorable Corte es que resuelva y determine si los derechos de las hijas de Karen Atala también fueron vulnerados por la decisión arbitraria de la Corte Suprema de Chile. Nuestra representada no sólo ha actuado oyendo a sus hijas, sino también con un extremo cuidado a lo largo de este procedimiento, siempre teniendo en consideración el interés de las menores. Esta actitud claramente no es la que anima al Sr. López, y se desprende, no ya de una interpretación antojadiza de sus motivaciones más personales, sino que se infiere de la propia

todas las personas, y que debieran evitar a toda costa la perpetuación de prejuicios populares contra las personas homosexuales a través de sus decisiones y comentarios.” Estos párrafos son casi exactos a los establecidos en la decisión Sud Africana V v V 1998 (4) SA 169 (C), relativa a un caso de custodia muy similar a la de las hijas de la Sra. Atala en Chile. En el caso sudafricano la Corte rechazó el argumento de que la orientación sexual fuera *per se* dañina para los niños. Disponible en <http://www.communitylawcentre.org.za/clc-projects/childrens-rights/legal-resources/cases-judgements/high-courts/V%20v%20V.pdf/>. Ultima consulta el 22 de septiembre de 2011.

presentación que ahora comentamos. En efecto, sólo por vía ejemplar, podemos apreciar que existe un reiterado -y poco cuidadoso- uso de los nombres de las menores a lo largo de toda su presentación y los documentos públicos que se acompañan.

Esa actitud, atentatoria de la privacidad de las niñas, contrasta fuertemente con la que ha tenido esta parte, reflejada en sus escritos, así como en el testimonio oral prestado en la ciudad de Bogotá, en la que extremamos recursos (uso de sobrenombres cariñosos y evitando coordinadamente el enfoque de las cámaras al exhibir las fotografías) para referirnos a las menores, sin afectarlas más allá de lo que estrictamente necesario en una audiencia de semejante naturaleza.

Pero lo más relevante es que el Sr. López pretende, a esta altura del procedimiento, no sólo que se le tenga como el único representante y vocero de los derechos de las menores; sino que se acoja, actuando en el supuesto mejor interés de las niñas, una pretensión contradictoria a la sostenida por la Sra. Atala.

Esta pretensión se puede resumir de la siguiente manera: “nuestras hijas quieren seguir viviendo conmigo”, ellas no deben ser consideradas víctimas de nada, puesto que son felices donde están y no quieren que esa situación cambie; y además, con el procedimiento seguido adelante por la Comisión y la Sra. Karen Atala, se pretende convertir un caso de custodia de las niñas, en un caso de supuesta discriminación por su orientación sexual de lesbiana de esta última, manifestada luego de la separación (párrafos 3 y 12).

Esta visión simplificadora al extremo del conflicto discutido ante este Honorable Tribunal, entraña una incomprensión de la naturaleza misma del sistema y del procedimiento que se está desarrollando, según detallaremos en el siguiente acápite.

Esta situación no puede ser tolerada por esta Honorable Corte por varias razones. De vuelta, es evidente la utilización inadecuada de las menores, en desmedro de sus intereses reales, simplemente con el ánimo de legitimar una posición personal frente al conflicto de base. Cuando el Sr. López pretende ser escuchado en su calidad de representante de las niñas, en realidad, quiere que sus argumentaciones personales se instalen en el procedimiento, por esa vía. Conocedor de que su petición de ser aceptado como tercero carece del más completo fundamento procesal (párrafo 57), ya sea por su naturaleza, como por la oportunidad, según veremos más adelante; espera que de esta forma, se le permita incorporar peticiones de nulidad, alegaciones sobre el fondo y pruebas.

No cabe ninguna duda de que las niñas, en su calidad de presuntas víctimas, pueden ser escuchadas y participar activamente del proceso. Eso no sólo no está en discusión, sino que así se ha verificado efectivamente en la práctica. La representación de sus derechos que ha ejercido tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la Sra. Karen Atala (nada menos que su madre), ha sido leal, cuidadosa y sinceramente protectora, evitándoles en la medida de lo posible, todo rastro de victimización secundaria, como esperamos, haya quedado demostrado a lo largo de este procedimiento.

Además, la representación de las niñas se apega en su oportunidad al artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como al artículo 23 del Reglamento de esta Honorable Corte.

Empero, toda esta extensa y alambicada argumentación del Sr. Jaime López, en realidad, no tiene por objeto que las niñas sean debidamente escuchadas en su calidad de víctimas. Su intención no puede ser más clara cuando, al solicitar se rinda prueba, jamás menciona a las menores (que a la sazón ya son, al menos dos de ellas, adolescentes), y en cambio pide su propia citación y la de su abogada. Como ya se ha dicho, su propio padre no las considera como tales, y de haber realmente tenido la honesta intención de que se les escuchara, ciertamente lo debió haber solicitado en el proceso ante el sistema interamericano que se inició en la Comisión Interamericana en noviembre de 2004.

No debemos olvidar -tampoco- que el Sr. Jaime López es abogado, conocedor de los sistemas internacionales de protección de los derechos fundamentales (su área de especialización son los derechos indígenas); y tiene conocimiento de la existencia de este litigio internacional hace largos años.

No existe ninguna justificación que, luego de esta extensa tramitación, a tres días de iniciarse la vista pública de la causa, pretenda se le reconozca la atribución exclusiva de representar a sus hijas, y de tal modo, sustraerlas de la jurisdicción protectora de la Corte.

En definitiva, esta Honorable Corte no puede autorizar que el Sr. Jaime López, atribuyéndose la supuesta representación de sus hijas menores, pida que sean escuchadas en su calidad de víctimas, cuando en el fondo, él no las considera como tales. Esta pretensión es ostensiblemente contradictoria, tampoco tiene justificación alguna desde el punto de vista de la oportunidad procesal, y por lo tanto, deberá ser rechazada.

6.2. La intervención como tercero interesado.

Cómo señalamos en el acápite anterior, la indesmentible intención del Sr. López, es instalar en el caso, su particular visión del conflicto, primero haciéndose pasar como el exclusivo vocero de los derechos de las menores López Atala y luego pretendiendo tener derecho como un tercero interesado. Estimamos que esta pretensión es –también– improcedente, desde varios puntos de vista y deberá ser rechazada en consecuencia.

En primer lugar, merece la pena destacar lo que el Sr. López entiende como el “presupuesto de admisibilidad” de esta forma de intervención voluntaria en el proceso, a saber, “éste está investido de *legitimatío ad causam* propia y ordinaria para demandar o ser demandado, lo cual en este caso se deduce del hecho de que yo podría eventualmente tanto demandar al Estado por la afectación de mis derechos, como ser demandado por Karen Atala, a nivel interno luego de que la Corte sentencie este caso” (párrafo 39).

Los presupuestos en que descansa la petición del padre de las menores, son errados desde ambos puntos de vista. El primero, esto es la posibilidad de demandar al Estado por la afectación de derechos, no parece ser más que una simple declaración, que luego no se desarrolla, por las obvias razones de que carece totalmente de sentido. No existe

ninguna razón por la que el Sr. López, con ocasión de este procedimiento, pudiera luego dirigir una acción en contra del Estado de Chile.

La segunda alternativa, esto es, que luego de dictada la sentencia de esta Honorable Corte, nuestra representada demandará la tuición de las menores, producto del cambio de circunstancias, es una afirmación hipotética y carente de todo sustento (párrafos 82 a 84).

No es un tema disputado que las resoluciones dictadas en el ámbito del cuidado personal de los menores, subsisten mientras se verifiquen las condiciones que las motivaron (*rebus sic stantibus*), cuestión que no ha sido formalmente desafiada por la Sra. Karen Atala ante los tribunales domésticos. Si bien ello ha sido reprochado en numerosos escritos por el propio Estado demandado; lo cierto es que esa decisión, está radicada en el ámbito estrictamente personal de la Sra. Atala, y sólo ha respondido a un afán protector, de evitar una segunda victimización de las menores, haciéndolas pasar por un proceso largo y doloroso.

Por lo tanto, cualquiera que sea el contenido de la sentencia que dicte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en nada afecta o modifica el derecho que tiene (y que siempre ha tenido) la Sra. Atala de pedir que un tribunal interno revise la decisión sobre la tuición de sus hijas. Si no lo ha hecho hasta ahora, es porque ha considerado que hacerlas pasar por un doloroso proceso como el que ya experimentaron, es dañino y perjudicial para ellas, y ha postergado su entrañable deseo, en aras del bienestar de las menores. De hecho, lo único que ha solicitado ha sido la modificación del régimen de visitas de manera que sea compatible con la distancia y su trabajo.

De vuelta, una sentencia favorable de este Honorable Corte, en nada cambiaría esta apreciación, y por lo tanto, el presupuesto sobre el cual descansa la petición del Sr. López, carece de fundamento.

Dos cuestiones adicionales sobre el punto:

En primer término, la defensa del Sr. López se cuida de no presentar este procedimiento como una cuarta instancia, atribuyéndonos la intención de discutir la tuición de las menores en sede internacional. Esta es una cuestión que fue claramente zanjada durante el curso de este litigio, y en especial, en las audiencias orales llevadas a cabo recientemente en Bogotá. Empero, la mera formulación del argumento del Sr. López, en el sentido de que una sentencia favorable de la Corte afectará necesariamente su esfera jurídica y familiar, y que de ello se sigue su derecho a ser citado y permitírsele ejercer su defensa (párrafo 87), supone no sólo desconocer –de forma oblicua– la regla de la cuarta instancia, sino que entraña una falta de comprensión sobre la naturaleza y alcances de la acción deducida, la que en ningún momento se ha dirigido en contra del Sr. López. En efecto, el padre de las niñas puede haber obrado inspirado en el más prosaico de los prejuicios y haber construido una defensa y estrategia procesal que descalificó a nuestra representada por el sólo hecho de ser lesbiana. Eso puede ser censurable desde un punto de vista ético. Sin embargo, no es el Sr. López quien está siendo juzgado, sino que el Estado de Chile por el obrar de la Corte Suprema, al haber resuelto aquel conflicto, amparando o avalando los argumentos prejuiciosos y discriminatorios que ya hemos detallado en otros pasajes de esta presentación.

Y en segundo término, no existen precedentes de que la Corte haya aceptado la participación de personas que incluso hayan de enfrentar nuevos juicios por disposición del Tribunal. En casos que son mucho más claros en este sentido, nos cuesta imaginar que esta Honorable Corte, pudiera aceptar –por ejemplo- la intervención de un autor de crímenes de lesa humanidad que haya sido beneficiado por una ley de autoamnistía, o que en el juicio llevado en su contra se haya decretado la prescripción de tales ilícitos, o el juicio iniciado o terminado en su contra, fuere incompatible con la real intención de someter a esa persona a la acción de la justicia. Qué duda cabría que una resolución ordenando la realización de un nuevo enjuiciamiento (que ya está dicho, ni siquiera corresponde a este caso) lo afectaría. Pero una comprensión armónica de las reglas del sistema, hacen insostenible tal hipótesis.

Mención aparte merece la referencia que hace el Sr. López al artículo 36.2 del Protocolo 11 del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales (párrafo 42). Sin embargo, el procedimiento del sistema europeo es procesalmente muy diferente al sistema interamericano, por lo que no parece prudente citar una norma procesal del sistema europeo en este punto.

Es claro, en cambio, que la figura del *amicus curiae*, descrita en el artículo 2.3 del Reglamento, entendida como la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia; se aviene mucho más a la intención –al menos declarada- del Sr. López.

Esto nos lleva necesariamente a retomar el tema de la forma y oportunidad en que se formula esta petición. Como ya se ha dicho, el padre de las niñas no sólo es un abogado conocedor del sistema internacional de protección, sino que tiene pleno conocimiento de la existencia de este procedimiento hace largos años. Sorprende a esta parte que, a esta altura del procedimiento, aspire a un reconocimiento procesal, por el cual nunca antes formuló alegación alguna.

No es posible dejar de referir en este punto, las argumentaciones de seguridad jurídica que detalla (párrafo 72), cuando es precisamente el respeto al orden consecutivo legal del procedimiento ante esta Honorable Corte, el que da tanto a los Estados partes, como a los peticionarios, la seguridad de que no se produzcan abusos procesales del sistema. Pedir la nulidad de todo lo obrado a esta altura, sin siquiera fijar el momento preciso al que habría de retrotraer el procedimiento esta Honorable Corte, constituye, a nuestro juicio, un evidente abuso de los supuestos derechos reclamados. Sabido es que, incluso si aceptáramos su presencia como tercero en este juicio, su intervención debería respetar todo lo obrado en el procedimiento¹³³.

Por lo tanto, a la luz de estas circunstancias, y aún cuando entendemos que la figura del tercero que pretende no es admisible, su silencio o inactividad debe necesariamente

¹³³ En concordancia con el principio general, nuestra legislación interna (conocida del Sr. López), prescribe que: “*Si durante la secuela del juicio se presenta alguien reclamando sobre la cos litigada derechos incompatibles con los de las otras partes, admitirá el Tribunal sus gestiones en la forma establecida en el artículo 16 y se entenderá que acepta todo lo obrado antes de su presentación, continuando el juicio en el estado en que se encuentre*” (artículo 22 del Código de Procedimiento Civil de Chile).

llevar a la conclusión que, de haber existido algún derecho, facultad o potestad procesal en aquel sentido, ella precluyó; debiendo por lo tanto, rechazarse su participación a este título.

6.3. Argumentos de fondo en cuanto a la sentencia de recurso de queja de la Corte Suprema.

Naturalmente, el Sr. Lopez alega que no hubo discriminación por orientación sexual en el caso de custodia que terminó con la sanción a los jueces que fallaron la causa a favor de la madre y con la ruptura definitiva de su núcleo familiar. Para ello, establece dos elementos que debían seguir los tribunales de instancia: “(1) *habilidad e inhabilidad de las partes para tener la tuición de las menores de autos*; y (2) *medio ambiente que pueden ofrecer las partes a las menores.*”¹³⁴

Lo que el Sr. Lopez parece no notar, es que para determinar la inhabilidad de una persona para hacer algo, es necesario establecer parámetros de medición objetivos para ello. Lo mismo ocurre respecto de la determinación del medio ambiente más adecuado para los niños. Estos elementos, si no tuvieran como contenidos *a priori* los derechos humanos establecidos en la Convención Americana y en los demás instrumentos internacionales suscritos por Chile, darían paso para que los jueces pudiesen fijar como “habilidad para tener la tuición” la raza de uno de los padres, o la religión, o la orientación sexual, como ocurrió en este caso. Asimismo, los jueces podrían determinar el medioambiente más adecuado de acuerdo a sus propias concepciones de lo correcto. Así por ejemplo, un juez de convicciones religiosas profundas consideraría que el medioambiente que ofrece uno de los padres con convicciones religiosas profundas es mejor que el que ofrece una madre agnóstica.

El Sr. López además considera que “orientación sexual” es, en sí misma, una conducta, en vez de ser una cualidad de todo individuo. Como hemos indicado en este escrito, las conductas relacionadas con la orientación sexual de la madre, así como las relacionadas con la orientación sexual de padre, pueden ser objeto de escrutinio por parte del juez. Se debe tratar, en todo caso, de estándares iguales para ambos padres, cosa que no ocurrió en este caso. Ser heterosexual o ser homosexual no puede ser una consideración en sí misma.

Finalmente, es necesario destacar las precisiones del Sr. López en relación a la familia matrimonial. Los párrafos 178 en adelante dejan en evidencia que el juicio de custodia de las niñas Atala fue desde sus orígenes un juicio a la orientación sexual de la Sra. Atala y que, en ojos del Sr. López, no era necesario que la Sra. Atala o su pareja incurrieran en conductas perjudiciales para las niñas porque su sola convivencia era causal de daño. Esta posición, que en el Sr. López no es legalmente reprochable, sí lo es cuando una institución del Estado como es la Corte Suprema, protege los prejuicios privados contra personas de orientación sexual diversa.

Así, el Sr. López considera que

Chile y otros estados parte consideran como base de su derecho de familia la institución del matrimonio, y tal base debe ser tenida en cuenta al ponderar el interés superior del niño en un caso concreto, de

¹³⁴ Escrito Sr. Jaime Lopez, párr. 111.

*modo tal que en igualdad de circunstancias ha de preferirse aquella alternativa que más y mejor realiza los bienes propios de la familia matrimonial, lo cual en caso alguno viola la Convención.*¹³⁵

Esta interpretación restringida de la familia ha sido superada por el derecho internacional por lo que no es necesario abundar en ella.

En definitiva, por los argumentos vertidos precedentemente, estimamos que la pretensión del Sr. Jaime López -contenida en su escrito de 18 de Agosto de 2011- de ser considerado como único representante de las menores y/o como tercero interesado, y en tanto tal, pedir la nulidad de lo obrado o la desestimación de la demanda de la Comisión; es a todas luces improcedente, y debe ser rechazada íntegramente por esta Excma. Corte.

7. Observaciones en relación a otros documentos presentados por el Estado durante el proceso ante esta Corte y *amici curiae*.

Con fecha 19 de septiembre la Honorable Corte remitió a esta parte 21 *amici curiae* presentados por distintas instituciones e individuos. Al respecto, esta parte presenta las siguientes observaciones:

1. *Amici curiae* presentado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Argentina Santa María de los Buenos Aires y el de la Asociación Civil Nueva Política: Estudio y Proyección Social

Ambos *amici* son patrocinados por un Señor Jorge Nicolás Lafferriere y ambos, además, tratan de las mismas materias. Se trata, por lo tanto, de un solo *amicus* que ha sido presentado a través de dos instituciones diversas.

Ambos *amici* incurren en errores sustanciales respecto de la información científica citada, a tal nivel que una de las fuentes que consideran de mayor importancia llega precisamente a la conclusión contraria que defienden ambos documentos. En uno de ellos el Sr. Lafferriere indica que:

*(...)quizás el trabajo más significativo publicado en los últimos años ha sido el de Stacey y Biblarz, quienes condujeron un metaanálisis que contradujo cerca de veinte años de estudios que indicaban que no había diferencia entre los niños criados por heterosexuales y parejas homosexuales.*¹³⁶

En el párrafo siguiente el documento vuelve a referirse en sus fuentes al estudio de Stacey y Biblarz.¹³⁷ La cita a este trabajo muestra absoluto desconocimiento, o abierta intención de tergiversar la información científica en relación a la crianza de hijos por padres homosexuales o madres lesbianas. El estudio de referencia fue citado y acompañado a esta Honorable Corte por la Profesora Judith Butler, en su *amicus curiae* de 20 de agosto de 2011 y en el los autores señalan:

¹³⁵ *Id.*, párr. 179.

¹³⁶ *Amicus Curiae*, Asociación Civil Nueva Política: Estudio y Proyección Social, pág. 7, citando una exposición hecha por otra persona el día 8 de julio de 2010 en el Senado de la Nación Argentina.

¹³⁷ *Id.* ver nota al pie n. 15.

*Because every relevant study to date shows that parental sexual orientation per se has no measurable effect on the quality of parent-child relationships or on children's mental health or social adjustment, there is no evidentiary basis for considering parental sexual orientation in decisions about children's "best interest."*¹³⁸

El estudio explica que efectivamente no es efectivo que no haya diferencias entre hijos educados en familias con padres heterosexuales e hijos criados en familias con dos madres o dos padres. Las diferencias, sin embargo, no se relacionan con detrimentos psicológicos o de cualquier otra índole, sino que dicen relación con comportamientos menos estereotipados cuando se trata de hijos de padres homosexuales o madres lesbianas.¹³⁹ En esa línea, el artículo concluye que:

*Most of the differences in the findings discussed above cannot be considered deficits from any legitimate public policy perspective. They either favor the children with lesbigay parents, are secondary effects of social prejudice, or represent 'just a difference' of the sort democratic societies should respect and protect.*¹⁴⁰

El *amicus* del Sr. Lafferriere descansa en supuestas conclusiones de la Asociación Americana de Psiquiatría, citando para este efecto el Manual de Diagnóstico y Estadísticas de Desórdenes Mentales IV (DSM-IV TR) del año 2000. La fuente que citan viene sin referencia de página, por lo que no es posible saber de dónde sacan sus conclusiones. Esta información es esencial puesto que la misma Asociación Americana de Psiquiatría ha manifestado reiteradamente que no hay diferencia desde el punto de vista de la salud mental entre hijos educados por padres heterosexuales e hijos criados por padres homosexuales o madres lesbianas. En noviembre de 2002, esta Asociación aprobó una declaración presentando su posición en este sentido:

*Numerous studies over the last three decades consistently demonstrate that children raised by gay or lesbian parents exhibit the same level of emotional, cognitive, social, and sexual functioning as children raised by heterosexual parents. This research indicates that optimal development for children is based not on the sexual orientation of the parents, but on stable attachments to committed and nurturing adults.*¹⁴¹

¹³⁸ *American Sociological Review*, 200 1, Vol. 66, pág. 176. Traducción nuestra: "Dado que hasta la fecha todos los estudios relevantes indican que la orientación sexual per se no tiene efectos medibles en la calidad de las relaciones padre-hijo o en la salud mental de los niños o en su adaptación social, no hay bases de prueba para considerar la orientación sexual parental en decisiones sobre el "interés superior" del niño.

¹³⁹ *Id.* Pág. 176-177.

¹⁴⁰ *Id.* Pág. 177. Traducción nuestra: "Desde cualquier perspectiva legítima de política pública, la mayoría de las diferencias en las conclusiones que se discuten más arriba no pueden considerarse deficitarias. O bien ellas benefician a los hijos de padres lesbo-gay, o son efectos secundarios del prejuicio social, o representan 'una simple diferencia' del tipo que las sociedades democráticas debieran respetar y proteger."

¹⁴¹ *Adoption and Co-parenting of Children by Same-sex Couples, Position Statement*, Aprobada por la Junta de Directores y la Asamblea en Noviembre de 2002. Párr. 1. Disponible en la página web de la Asociación Americana de Psiquiatría <http://www.psych.org/Departments/EDU/Library/APAOfficialDocumentsandRelated/PositionStatements/200214.aspx> Última vista el 23 de septiembre de 2011. Traducción nuestra: "En las últimas tres décadas numerosos estudios demuestran consistentemente que los niños criados por padres gay o lesbianas

El informe continúa apoyándose en conclusiones de la *American College of Pediatricians*, que no es la entidad que representa a los médicos pediatras de los Estados Unidos, sino que se trata de una corporación que agrupa a profesionales de la salud que “reconocen la unidad familiar fundamental padre-madre, dentro del contexto del matrimonio, como el escenario óptimo para el desarrollo infantil y se compromete a promoverlo.”¹⁴² El informe, en cambio, omite las declaraciones de la Asociación Americana de Psicología, que es la organización que agrupa a la mayor cantidad de psicólogos en los Estados Unidos y que afirma no haber diferencias sustantivas entre niños criados por padres heterosexuales y padres gay o madres lesbianas.¹⁴³

El resto del *amicus* incurre en errores sobre derecho internacional que solo mencionaremos, pero que no ameritan mayor desarrollo, tales como la construcción de las categorías sospechosas o prohibidas, de la que se desprendería que la frase “toda otra condición social” no tendría sentido en derecho internacional. Por lo demás, toda la argumentación va en contra de lo indicado por esta misa Honorable Corte en el sentido que la Convención es un instrumento vivo que debe “acompañar la evolución de los tiempos.”¹⁴⁴

Es también necesario hacer notar que en la cronología que adjunta el documento indica que con fecha 9 de septiembre de 2008 esta parte habría indicado a la Comisión no estar interesada en una solución amistosa. Como bien sabe esta Corte, durante más de dos años esta parte intentó llegar a un acuerdo con el Estado, entregando diversos borradores con bases de solución amistosa sin que el Estado aceptara siquiera algunas de las propuestas. Esta parte solicitó dar por concluido el proceso, por la imposibilidad de avanzar en un acuerdo dado que el Estado se rehusaba a avanzar en aspectos relativos a garantías de no repetición.

En cuanto al segundo *amicus curiae* presentado a través de la Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, es importante precisar otra equivocación o tergiversación de los hechos al indicar en la página 7 que habría sido “la propia Sra. Atala quien expuso la intimidad de toda su familia, afectando arbitrariamente a las niñas.”¹⁴⁵ Como relató a esta Honorable Corte, bajo juramento, la Sra. Atala, ella no filtró la información a los medios. El juicio de custodia tenía carácter de reservado y sólo el juez de la causa, el padre de las niñas y ella tenían acceso a la información que contenía el expediente. Considerando que ella sólo había confiado su orientación sexual a unos pocos miembros de su familia, el ver su intimidad expuesta frente a los medios de comunicación fue una sorpresa que la hizo sentirse “desnuda” como si la hubieran “arrojado a la plaza pública”. Las únicas que salían perjudicadas con la filtración eran ella y sus hijas. Por lo mismo, estamos de acuerdo cuando el Sr. Lafferriere señala que

exhiben el mismo nivel de funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual que el de los niños criados por padres heterosexuales.”

¹⁴² American College of Pediatricians, Core values of the College, N. 3, disponible en su página web <http://www.acped.org/About-Us/>. Última visita el 22 de septiembre de 2011. Texto original: “Recognizes the fundamental mother-father family unit, within the context of marriage, to be the optimal setting for the development and nurturing of children and pledges to promote this unit.”

¹⁴³ Ver página web de la Asociación Americana de Psicología, Centro de Ayuda, tema Orientación sexual, disponible en <http://www.apa.org/helpcenter/sexual-orientation.aspx>. Última visita el 22 de septiembre de 2011.

¹⁴⁴ Corte IDH, Masacre de Mapiripán v. Colombia, 2005 par. 106.

¹⁴⁵ *Amicus Curiae*, Universidad Católica Argentina “Santa María de Buenos Aires”, pág. 7.

“la “mediatización con injerencia arbitraria en la intimidad de las tres niñas deber ser ejemplarmente sancionado.”¹⁴⁶ Lo que ocurre es que el *amicus* se equivocó de persona en este caso.

El documento está cargado de otros errores fácticos, como en cuanto a la fecha de divorcio de la Sra. Atala,¹⁴⁷ que efectivamente comenzó a convivir con otra persona sin que éste se formalizara ya que en ese tiempo no había ley de divorcio en Chile. Esta situación afectó también al Sr. Lopez, quien también comenzó a convivir con otra persona durante el juicio de custodia. La única diferencia es que en su caso la pareja era heterosexual.

Dada la cantidad de errores en los que incurren ambos informes, y la distorsión de la información científica entregada por estos, solicitamos a esta Honorable Corte no los tome en cuenta, puesto que los datos que provee a la Corte son equivocados o de dudosa fuente, además de tratarse de un solo *amicus* presentado a través de dos instituciones.

2. *Amicus Curiae* presentado por la Sra. Úrsula Bassett.

Este informe incurre en los mismos errores fácticos que los referidos anteriormente, intentando poner en la Sra. Atala la culpa de la publicidad del juicio de custodia y la exposición de las niñas generada a raíz de éste.¹⁴⁸ Se basa también en aseveraciones erradas respecto de la cultura chilena al querer justificar la decisión en el hecho de que se trataría de un país que ni siquiera tenía ley de divorcio hasta el 2004.¹⁴⁹ Esta interpretación de la cultura de un país es sesgada, ya que omite, por ejemplo, hacer un análisis cultural del hecho que ya en el año 2006, 95.807 niños nacieron dentro del matrimonio y 146.893 nacieron fuera del matrimonio.¹⁵⁰

3. *Amicus Curiae* presentado por los Sres. Alejandro Romero Seguel y Maite Aguirrezabal Grunsten.

Solicitamos a esta Honorable Corte se rechace el *amicus* por no quedar claro el interés de los autores en el caso de referencia. Ellos no hacen referencia a ningún interés de orden público y no parecen representar organizaciones que tengan un interés en esta materia. En el punto II el informe establece las razones de su interés en la resolución de esta causa describiendo los hechos y luego indicando que, en relación a dichos hechos “se nos ha solicitado opinar sobre los aspectos jurídicos vinculados a un proceso judicial cuya decisión ha sido impugnada por una presunta vulneración de garantías fundamentales, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” Y luego agregan que “Como expertos en la materia sobre la que versa esta memoria, el interés de los suscritos radica en establecer que, a nuestro juicio, en el proceso en que en el proceso en que doña Karen Atala como demandada, le han sido respetadas todas sus garantías procesales y en especial, su derecho a la defensa, reivindicando como conforme a

¹⁴⁶ *Amicus Curiae*, Universidad Católica Argentina “Santa María de Buenos Aires”, pág. 8.

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Amicus Curiae* presentado por la Sra. Úrsula Bassett, pág. 10.

¹⁴⁹ *Id.* pag. 6.

¹⁵⁰ Registro Civil, información disponible en la sección Estadísticas, acápite Enfoque de Género. http://www.registrocivil.cl/f_estadisticas.html (visitado septiembre 24 de 2011)

derecho la actuación de la Corte Suprema de Justicia en su decisión de 31 de mayo de 2004.”¹⁵¹

Como se desprende del párrafo anterior, los patrocinantes del escrito no tienen un interés en el caso.

4. *Amicus Curiae* presentado por el Sr. Carlos Alvarez Cozzi.

Solicitamos a la Honorable Corte que rechace este documento por las mismas razones indicadas en relación al informe de los Sres. Romero y Aguirrezabal. En este caso la falta de interés es aun más patente puesto que el escrito no justifica en ningún momento cual es su interés en la materia.

Asimismo, este escrito debe ser rechazado porque incurre en profundos errores fácticos. Esto queda en evidencia en la primera página del informe al considerar que se trata de un caso “en que una madre divorciada de su marido, le quitan la guarda de sus tres hijas – a pedido del padre de las chicas-, porque la mamá las maltrataba desde que comenzó a vivir con su nueva ‘pareja’, otra mujer, o sea que se volvió lesbiana.”¹⁵²

La lectura de este solo párrafo debe ser causal suficiente para rechazar este informe.

5. *Amicus Curiae* de la Profesora María Sara Rodríguez Pinto.

El análisis que hace este informe sobre el interés superior del niño es equivocado y se usa para escudar la discriminación por orientación sexual de la Sra. Atala. Coincidimos, sin embargo, con este informe en el párrafo 15 en que no hay un ambiente de discriminación generalizada en las sentencias de tribunales inferiores del poder judicial chileno. En el párrafo 15 de su informe, la Profesora Rodríguez acepta que no hubo discriminación contra la Sra. Atala en las decisiones de la sentencia definitiva en el juicio de custodia y en la confirmación de dicha sentencia por la Corte de Apelaciones. Esta afirmación, sin embargo, no refuta el problema que generó la Corte Suprema al discriminar contra la Sra. Atala, al avalar la discriminación contra padres y madres de orientación sexual diversa. La afirmación es también irrelevante en cuanto al daño sufrido por las niñas López Atala y su madre en el este caso.

La autora se refiere también a las consecuencias perniciosas de una decisión en contra de Chile. Al respecto, indica que una decisión en su contra afectaría “la libertad de la judicatura y la independencia de los jueces.”¹⁵³ Agrega que es “especialmente grave porque el Derecho de familia es un ámbito en el que la adjudicación depende mucho de los hechos; se necesita libertad de la ponderación del caso a caso.”¹⁵⁴ Este es precisamente el problema que se produjo con la sentencia de la Corte Suprema que, al sancionar a los jueces de cortes inferiores por apreciar la prueba en conciencia, según se lo ordenaba la ley, han restringido la libertad de los jueces en casos futuros. La Corte Suprema le ha dicho a los jueces que apreciar la prueba en conciencia, equivale a aplicarla de acuerdo al a conciencia de la Corte Suprema.

¹⁵¹ *Amicus Curiae* presentado por los Sres. Alejandro Romero Seguel y Maite Aguirrezabal Grunsten, de la Universidad de Los Andes de Chile, pag. 4.

¹⁵² *Amicus Curiae* presentado por el Sr. Carlos Alvarez Cozzi, pag. 1.

¹⁵³ *Amicus Curiae* presentado por la Profesora María Sara Rodríguez Pinto, pág. 17.

¹⁵⁴ *Id.*

Finalmente, la autora considera que la Comisión Interamericana debió haber declarado inadmisibles los casos debido a que las sentencias en materia de custodia producen cosa juzgada formal, quedando abierta la posibilidad para las partes de solicitar nuevamente la custodia si es que hay un cambio de circunstancias. Esta interpretación no solo es errada sino superada en derecho internacional. De lo contrario, se cerraría la puerta a que se investigaran violaciones a los derechos humanos en una serie de áreas cuyas decisiones producen cosa juzgada formal. En este caso en particular, es además equivocado pensar que la Sra. Atala tenía la posibilidad de solicitar, con posibilidades efectivas de ganar, la custodia de sus hijas. Como indica este informe, para solicitar nuevamente la custodia se requeriría un cambio de circunstancias en la peticionaria. Este cambio no podía basarse en el cambio de domicilio (como sugiere la autora) puesto que el domicilio no fue la circunstancia que motivó la sentencia, sino que fue el hecho de ser lesbiana y vivir con una persona de su mismo sexo. La Comisión Interamericana indicó en su informe de admisibilidad de este caso que “Si bien en el sistema legal de todos los países existe una serie de recursos, la norma de su agotamiento no requiere invocar los que son inadecuados, ineficaces o no ofrecen posibilidades de éxito.”¹⁵⁵ En este caso, el cambio de circunstancia exige que la Sra. Atala deje de ser lesbiana, elemento esencial de su identidad.

6. *Amicus Curiae* presentado por los sres. Carlo Casini, Antonio Gioacchino y Joseph Meaney

Solicitamos a la Honorable Corte que rechace este no establecer cuál es el interés de los autores en este caso.

7. *Amicus Curiae* presentado por el Sr. Hugo Calienes Bedoya

Solicitamos a la Honorable Corte que rechace este no establecer cuál es el interés de los autores en este caso. Además, incurre en errores facticos al fijar la controversia en un supuesto “maltrato y poco cuidado por la madre a las hijas.”¹⁵⁶

8. *Amicus Curiae* presentado por la Sra. María del Pilar Vásquez Calva

Solicitamos a la Honorable Corte que rechace este no establecer cuál es el interés de los autores en este caso. Además, presenta información incompleta y fuentes dudosas sobre la parentalidad de personas de sexualidad diversa al indicar que los padres educados en un matrimonio “entre hombre y mujer, benefician y evita [sic] que se sufra social, psicológica y emocionalmente (ejemplo-caer en delincuencia depresión, embarazo en adolescentes).”¹⁵⁷ No hay estudios que indiquen que estos indican aumenten en los niños criados por parejas del mismo sexo.

¹⁵⁵ Comisión IDH, Informe N 42/08, párr. 52.

¹⁵⁶ *Amicus Curiae* presentado por el Sr. Hugo Calienes Bedoya

¹⁵⁷ *Amicus Curiae* presentado por la Sra. María del Pilar Vasquez Calva, pág. 6.

8. Respuesta a preguntas realizadas por los Honorables Jueces de esta Corte durante la audiencia pública de 23 y 24 de agosto de 2011.

Preguntas del Juez Alberto Pérez Pérez:

1.- Definir situación jurídica actual del matrimonio entre Karen Atala y Jaime López.

Jaime López y Karen Atala están divorciados desde el año 2009. A continuación realizaremos una breve relación de los principales hitos en la relación matrimonial de la pareja López-Atala:

En el año 2002 se verificó la separación de hecho del matrimonio López Atala, poniéndosele término de común acuerdo, dado que el divorcio vincular no existía en Chile sino hasta el año 2004, en que se dictó la correspondiente Ley¹⁵⁸. En ese año, se presentó la demanda de divorcio ante el 29º Juzgado Civil de Santiago, sustanciándose la causa ROL N° C-11.626. Con fecha de 28 de enero de 2008, el referido tribunal dictó sentencia acogiendo la demanda de divorcio presentada por Ricardo Jaime López Allendes, y decretando el divorcio vincular del matrimonio habido entre este último y Jacqueline Karen Atala Riffo. Dicho proceso culminó en agosto del año 2009, al confirmarse la sentencia por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago.

2.- Declaraciones de Karen Atala sobre la consulta -o no consulta- de ella a sus hijas sobre la custodia y vivir con Emma.

Durante la audiencia, Karen Atala no fue interrogada, contra – interrogada o preguntada por los jueces en torno a este punto. No obstante, estamos en capacidad de responder a esta pregunta a partir de las pruebas allegadas al proceso, de una parte el testimonio de Emma de Ramón, y de otra, el expediente de tuición, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó a la Honorable Corte como prueba documental con la demanda.¹⁵⁹

Testimonio de Emma de Ramón

La señora De Ramón describe un proceso cuidadoso y muy corto, de apenas dos meses y medio entre su llegada a vivir a la casa y la presentación de la demanda, y pocos días después la decisión judicial que le otorgó la tuición provisoria al padre. La señora de De Ramón describe un proceso de mucha comunicación, particularmente entre las mujeres de la casa, y describe a Sergio como un adolescente normal, que pasaba mucho tiempo con sus amigos. La señora De Ramón da cuenta de unas niñas afectadas por el conflicto paterno, más no por su incorporación a la vida familiar. De hecho, en los peritajes e informes psicológicos presentados como prueba por ambos padre en el juicio de tuición, las niñas hicieron referencia a Emma, como una figura cercana, que les prodigaba cuidados y cariño.

La señora De Ramón describe una relación cercana entre madre e hijas, que cambió luego de que dejaron de vivir juntas, agrega “todo el escándalo suscitada a propósito de la vista de la causa en la Corte Suprema y el resultado de la sentencia, había creado

¹⁵⁸ Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.

¹⁵⁹ Anexos 1 a 23 de la Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

ciertos resquemores entre ellas y su madre. Pude notar que la confianza ya no era la misma: sentí que ellas habían dividido su vida entre los dos mundos en los que ahora vivían.”¹⁶⁰

Agrega la señora De Ramón: “Recuerdo por ejemplo una vez que V (se omite el nombre completo para proteger la intimidad de las niñas) me confidenció que ella le había dicho a la nueva pareja de su padre, que ella quería vivir con su mamá: la mujer le respondió que no se podía porque unos jueces habían resuelto que su madre no vivía como vivían las madres y quera mejor para ella vivir con su papá. Mi niña hermosa quería hablar con los jueces para explicarles que yo era una buena persona y que la quería mucho y que ella me quería a mí. Yo no sabía qué decirle”.

Expediente de Tuición

En los informes psicológicos solicitados por cada padre se observa que las niñas tenían temor a expresar con quien querían vivir por un temor de ser desleales con uno de los dos. Por ello, la psicóloga contratada por la madre recomienda “De concretarse una disputa legal por la tuición de las niñas, se sugiere al Tribunal evaluar la factibilidad de la co-parentalidad, a fin de responsabilizar a ambos padres de la crianza de sus hijas, ya que la estabilidad emocional de éstas, estará dada más que por el lugar física en que sea ejercida, por el respeto y validación mutua que ambos realicen de su rol de autoridad, así como la mantención de un vínculo no destructiva de un padre hacia el otro.”¹⁶¹

En el expediente aparece el informe de Ana Maria Strappa, psicóloga, quien empezó tratando a Karen Atala, y luego cumplió la función de terapeuta de familia con el propósito de actuar como mediadora familiar para acordar los términos de separación y el traspaso de información a las niñas. Este informe es de marzo de 2003, en el da cuenta que el padre de las niñas asistió a una sesión con ella y “a partir de la constatación que ante esta situación, la prioridad debía ser el conflicto emocional de los niños, llegamos a dos grandes acuerdos: el primero, una tregua a las permanentes discusiones entre ambos que pasaba por el respecto de sus respectivos espacios de intimidad y, en segundo lugar, que se realizaría una separación gradual (entre fines de abril y diciembre de 2002), con el objetivo de afectar lo menos posible a los niños y que, durante ese período, se acompañaría a éstos con las terapias que fuera necesario realizar. Cabe señalar que Jaime manifestó conocer la situación de orientación sexual de su esposa y se mostró plenamente de acuerdo con lo propuesto.”

Agrega la terapeuta familiar:

(...) durante todo este período Karen demostró tener plena conciencia que su orientación sexual era un tema difícil de asumir por sus hijos que la incorporación de este hecho en sus vidas eta un tema cuyo tratamiento demandaba extremo cuidado. Al mismo tiempo que se realizaba la intervención familiar en el ambiente de las niñas, lentamente Karen fue saliendo de la etapa más aguda de su depresión, haciéndose claramente responsable de sus hijas y conciente de la urgencia de manejar bien en el futuro tanto el tema de su separación como el de su identidad sexual frente a las niñas y a Sergio.

¹⁶⁰ Testimonio de Emma De Ramón, pag. 4 – 5.

¹⁶¹ Informes de Leticia Arias Araneda, perito psicóloga, contratada por la madre, Temuco 2003.

En el expediente de tuición se certifica que las tres niñas y su hermano Sergio fueron escuchados en audiencia privada y que se guardó registró en la caja de fondos del tribunal. Ese registro se mantiene en reserva.

En el informe psicológico del Instituto Médico Legal practicado a R se consigna expresamente que la menor quería vivir con su madre: “Expresa que “yo quiero vivir con mi mami”. Al consultarle las razones de ese deseo responde “porque si.., es que yo quiero estar con mi mami.., mi mamá es linda (hace pucheros)..,”... “Agrega que “me gustaría vivir con la mamá y con la Ema pero no puedo vivir con la mamá”. Las conclusiones reiteran las preferencias de la menor por vivir con su mamá e insatisfacción porque eso no está ocurriendo¹⁶².

La misma psicóloga describe que V no quiere responder y finalmente responde a la pregunta de con quien es más feliz “todos ..., es que yo no lo se”.¹⁶³

La misma psicóloga describe el en caso de M una leve preferencia por la madre.¹⁶⁴

Es posible concluir que las menores fueron objeto de varios informes psicológicos que dan cuenta del proceso que estaban viviendo y de sus deseos. Ellas habían sido informadas por sus padres de la separación y la relación de Karen y Emma. Todos los psicólogos que las entrevistaron les preguntaron por su preferencia, al igual que el Juez de primera instancia.

Preguntas de la Jueza Rhadys Abreu:

3.- De acuerdo con los hechos presentados por la Comisión, el 14 de mayo del 2003 el juez titular de letras de menores de Villarica declaró “bastante la causal de implicancia”, y por tanto se abstuvo de intervenir en el proceso de custodia, al respecto podrían aclarar qué significa la causal de implicancia y las consecuencias que esta tuvo en el proceso de custodia.

El derecho chileno regula las causales de implicancia y recusación en el Título XII del Libro I del Código de Procedimiento Civil (CPC) y el párrafo 11, del Título VII, del Código Orgánico de Tribunales (COT). En el caso *sub lite*, la víctima solicitó, en enero de 2003, que el juez se implicara por estar afecto a la causal del número 8 del artículo 195 del COT, ya que en su resolución de tuición provisoria había adelantado juicio sobre la forma y contenido que, a su entender, debía tomar una familia “tradicional y heterosexual”, basando su fallo en estereotipos y quedando, así, imposibilitado de sentenciar de manera imparcial.¹⁶⁵ El juez de tuición, en mayo de 2003, ordenó a la jueza subrogante pronunciarse sobre la solicitud de implicancia, la que fue desestimada.

¹⁶² Informe de Roxana Solar Rocha, Psicóloga Legista, Servicio Médico Legal. Informe Psicológico 483-2003, 20 de octubre de 2003.

¹⁶³ Informe de Roxana Solar Rocha, Psicóloga Legista, Servicio Médico Legal. Informe Psicológico 486-2003, 20 de octubre de 2003.

¹⁶⁴ Informe de Roxana Solar Rocha, Psicóloga Legista, Servicio Médico Legal. Informe Psicológico 484-2003, 20 de octubre de 2003.

¹⁶⁵ Art. 195 No 8: “Son causas de implicancia: Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia”.

Karen Atala apeló de esta decisión y la Corte de Apelaciones de Temuco resolvió en septiembre de 2003. En su decisión, la Corte de Temuco ordenó al juez de primera instancia inhibirse de seguir conociendo el juicio de tuición pues, estimó, que este “adelantó opinión sobre el fondo al emitir pronunciamiento con antecedentes suficientes para fallar la causa” (sentencia de 17 de septiembre de 2003, Rol No 968-2003). Así, en opinión de la Corte sí se configuraba la causal invocada por la recurrente Atala y, desde entonces, correspondió el conocimiento del juicio de tuición a la jueza subrogante, la que finalmente emitió su fallo en octubre de ese año.

Implicancia quiere decir en el derecho chileno tener una incompatibilidad legal o moral, que impide a un juez conocer de un caso.

4.- Cuál es la prueba que consideran que sustenta la presunta violación de los derechos de los niños en relación al artículo 19 de la Convención Americana en perjuicio de las hijas de la Sra. Atala.

El significado del artículo 19 de la Convención Americana está directamente ligado a la Convención de los Derechos del Niño, que es el cuerpo de derecho internacional que le da contenido a las obligaciones de dicho artículo. En ese sentido, la prueba de la violación del artículo 19 debe buscarse en cada una de las instancias en las que se haya incumplido una de las obligaciones específicas de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Corte Suprema causó un daño irreparable a las niñas al separarlas de su entorno familiar sin probar un daño actual a las niñas, causado por las actuaciones de la madre. Como señaláramos en la sección 6 de este escrito, las violaciones al artículo 19 y a la Convención de los Derechos del Niño fueron varias:

- i. La Corte Suprema sustenta la separación de las hijas del hogar materno en que “las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho [convivencia con pareja del mismo sexo], pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro.” Esta circunstancia es evidencia en sí misma de la violación al artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño que prohíbe la discriminación o castigo de los niños por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres.
- ii. La Corte Suprema alega que hubo un deterioro del entorno de las niñas pero se refiere a un solo daño en concreto en relación a ese posible deterioro, y a un daño potencial, que no pueden probar que sea inminente siquiera, y un daño extremadamente vago que no es posible identificar como tal. El daño en concreto se referiría a la disminución de visitas de las amigas a la casa de un año a otro. Esta situación no está relacionada con ninguna actitud de la madre o su pareja, con quienes las niñas tienen una excelente relación y cuya integración al hogar materno aprueban.¹⁶⁶ La sentencia no indica ninguna razón de causalidad entre la disminución de las visitas y alguna conducta de la madre. Se trataría, de ser efectiva dicha disminución, del efecto propio de la estigmatización social que la Corte Suprema no podía avalar a través de su decisión por ser violatorio de la

¹⁶⁶ Informes de Leticia Arias Araneda, perito psicóloga, contratada por la madre, Temuco 2003, Informe de Roxana Solar Rocha, Psicóloga Legista, Servicio Médico Legal. Informe Psicológico 483-2003, 20 de octubre de 2003; Informe de Roxana Solar Rocha, Psicóloga Legista, Servicio Médico Legal. Informe Psicológico 486-2003, 20 de octubre de 2003; Informe de Roxana Solar Rocha, Psicóloga Legista, Servicio Médico Legal. Informe Psicológico 484-2003, 20 de octubre de 2003.

Convención sobre los Derechos del Niño. Pero aun cuando fuese efectiva la disminución de las visitas de las amigas, la Corte Suprema violó el artículo 19 al darle mayor importancia a los lazos de amistad de niñas pequeñas, que al vínculo con su madre. Para la Corte Suprema, el daño que sufren las niñas al ver disminuidas las visitas de amigas a su casa es peor que el daño a ser forzosamente separadas de la madre.

- iii. La Corte Suprema no probó que la posible confusión de roles sexuales en relación a la madre no se debiera a simples estereotipos de lo que en aquella familia que valora la Corte Suprema, se espera de una madre, a contrario de lo que se espera de un padre. Más aun, no prueba que esta confusión de roles haya causado un daño en las niñas y ni siquiera que lo fuera a causar en el futuro.
- iv. La Corte Suprema trata a las niñas como objetos, y las utiliza para avanzar una concepción específica de familia, a la que se refiere como “estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio la realización de su concepción ideal de familia.” Por lo mismo, incumple abiertamente una de las obligaciones centrales emanadas del artículo 19 como es el derecho a ser escuchado del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este solo incumplimiento es prueba suficiente de la violación al principio del interés superior del niño en este caso.

5.- La Comisión expuso que en el procedimiento de custodia se tuvieron en cuenta certificados médicos tanto de la Sra. Atala como de su pareja, en la que se confirmaba que no había evidencia de enfermedades de transmisión sexual. Teniendo en cuenta lo anterior, ¿es común que se pida este tipo de certificados médicos dentro de un proceso de custodia en el que los dos padres son heterosexuales?

No es común que se pidan estos certificados. El Servicio Médico Legal no recopila antecedentes que permitan dar una respuesta más acabada. Adjuntamos el informe que hiciera llegar el Servicio Médico Legal como Anexo a este escrito.

Preguntas de la Jueza Margarete May Maucoulay:

6.- Pregunta al Estado ¿Art. 1.1 de la CADH fue intencionalmente escrito para incorporar categorías no expresadas? Is it an open-ended article?

Esta pregunta está respondida en la sección 1.2. Categorías prohibidas de discriminación en la que es claro que el sistema se construye en base a una lista abierta.

7.- Para Estado y nosotros: ¿Quién fue responsable de la publicación en los medios de la demanda? ¿Tomó el Estado alguna acción en contra de esta situación, que fue claramente en contra del mejor interés de las niñas?

Cuando la Corte de Apelaciones de Temuco comisionó al Ministro Lenin Lillo lo hizo para que investigara los hechos aparecidos en la prensa.¹⁶⁷ El Ministro Lenin Lillo se constituyó en el tribunal e indagó por la orientación sexual y la conducta de la Jueza Atala, y no por la divulgación de la información.

¹⁶⁷ Noticias aparecidas en las Últimas Noticias y la Cuarta, Anexos 3 y 4 de la demanda de Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el auto de 15 de enero de 2003 mediante el cual se tiene por interpuesta la demanda y se notifica a la demandada, se ordena mantener el expediente en reserva. El fundamento de dicha reserva era que la Jueza Atala había sido Jueza de ese mismo tribunal y que la causal alegada se refería a su orientación sexual. Los expedientes en reserva permanecen en la caja de seguridad del tribunal. La filtración a la prensa nunca fue investigada, como explicó Karen Atala en su testimonio a esta Honorable Corte.

8.- Would it have been in the best interest of the children, truly so for them, to have been left quietly in the custody of the lesbian mother rather than what they had to go to, through the various courts proceedings?¹⁶⁸

Before the custody trial, the children and the mother were living harmoniously. The psychiatric reports requested by the lower courts, as well as the expert witness reports accompanied to these proceedings show that the most harm suffered by the daughters came with the public turmoil caused by the exposure of the trial, as well as the trial itself. This is consequent with the testimony of Professor Jernow that shows that most of the harm to children of gay and lesbian parents does not come from the mother herself, but from the violation to the family life by outside individuals. As it was shown here, through evidence presented both by an amicus supporting the decision of the Supreme Court, as well as an amicus supporting that the decision discriminates against gays and lesbians, there is no negative difference between the development of children raised by gay and lesbian parents and children raised by heterosexual couples.¹⁶⁹

9.- If the state is correct that the Supreme court based its decision on the best interest of the children can you explain their language in speaking about this sexual orientation of Karen Atala how the fact that she was living in a same sex union and the fact they used the words “normal family structure.” Explain those words. Why the Supreme Court would use those terms? Would you agree that that was coded language for her sexual orientation not being acceptable conduct for a mother to have custody of her children?

It is clear from that sentence that the Supreme Court considers only one type of family as legally protected. This family is formed by heterosexual parents. That in itself is a violation of the right to family established in Article 17 of the American Convention, since the long established interpretation of this Court has been that such Article protects does not embrace only one type of family. The rejection of a lesbian mother by the Supreme Court is notorious when it states that by explicitly accepting her “homosexual condition” she has neglected her daughters’ interests and put her own interests before, especially by living with a homosexual partner in the same household with her daughters. This was never a problem with regards to the father, who was also living with another person at the moment of the Supreme Court decision. His intimacy, however, was not scrutinized in equal terms to that of Judge Atala.

10.- Was the sexual orientation of the father investigated during in any of the proceedings on the national courts and his sexual conducts?

¹⁶⁸ Dado lo extensa de esta respuesta, y para facilitar su lectura al Jueza Macaulay, hemos decidido contestar la misma en inglés.

¹⁶⁹ See amicus brief submitted by Professor Judith Butler, and request for inadmissibility of briefs submitted by Professor Lafferere.

No. there was a regular report from a social worker, as it is required in any custody proceeding, but there were no inquiries regarding his sexual life. There were no questions about the exposure of his children to sexual conducts when they were around her partner, nor were there any investigations to the father's partner.

11.- Where the opinions of the children sought in any of the national courts proceedings and if not, why not. And when the Chile ratified the Convention of the Rights of the Child? If it had ratified the Convention before the case went to the Supreme Court, was the Supreme Court not obligated to uphold all the rights and principles that are in the children's convention?

Chile ratified the Convention on the Rights of the Child in 1990. In 2004 it was, therefore, a binding document and Chile had to comply with all its obligations, including the right of the child to be heard in all matters of his or her interest. The children's opinions were formally heard before the provisional custody granted by the lower court judge to the father. The decision that granted such custody, however, only states that the children were heard. It doesn't state what were the questions asked to the children, or in what way were their opinions sought. The family court judge that wrote the final decision of the lower court did state that the children had been heard and that they had a preference to live with their mother. This was not the case with the Supreme Court. Their decision did not treat the girls as individuals but rather as objects that can be manipulated. In that context, it did not mention the girls' opinions, infringing the right of the girls to be heard.

12.-¿Cuáles son las violaciones relativas a Sergio, el hijo de Karen?:

Sergio Vera Atala vivió el proceso de separación de sus hermanas, como resultado de la decisión del proceso de tuición. Lo describe como *"nuestro núcleo familiar nos ha cambiado las vidas en una forma dolorosa y difícilmente compensable"*.

Agrega *"veo como años de distanciamiento y visitas esporádicas me han impedido acompañarlas en su crecer, me he perdido de estar en grandes momentos y de sus vidas y no he podido ser el hermano mayor a quien puedan recurrir aunque sea para pedir un abrazo."*

Sergio describe claramente la violación a la intimidad familiar, a la protección de su familia y la discriminación: *"Me duele y me provoca profunda rabia, ver cómo se ha vulnerado nuestra intimidad familiar, cómo nos han expuesto cual animales de circo en la prensa y cómo a mi madre se le ha estigmatizado e identificado por su orientación sexual y no por sus méritos individuales como mamá y profesional."*

Describe un sentimiento de angustia permanente por la separación de su familia, considerando las dificultades económicas que le impiden viajar a verlas cuando están reunidas. Y concluye *"sé que el tiempo perdido nadie nos lo devolverá y eso me duele profundamente, quisiera ayuda para reconciliarme conmigo mismo y con mi familia, para dejar de lado esta rabie e impotencia que acumulo por años. Sólo trato de vivir en la ilusión de que mañana todo será mejor y se hará verdadera justicia."*

Su testimonio da cuenta del daño moral sufrido y del daño psicológico experimentado.

Su declaración refleja la violación de su derecho a la integridad personal, a los derechos de los niños, a la protección de la familia, y a la intimidad de la familia. Todos estos elementos deben considerarse en la sentencia, particularmente al momento de ordenar las reparaciones.

Preguntas del Juez Manuel Ventura:

13.- Hay dos conceptos, dos elementos que para mi son centrales para la decisión de este caso. Uno es el daño objetivo que se puede haber causado a las niñas lo cual está directamente relacionado al otro concepto que es el interés superior de las tres niñas, porque si existió un daño objetivo, entonces este daño objetivo es el fundamento de o debiera haber sido el fundamento de la sentencia de la Corte Suprema de Chile. Si no hay daño objetivo, entonces caemos en el caso de la categoría sospechosa, de las concepciones estereotipadas sobre el sexo como fundamentos tal vez no explícitamente analizados, tal vez si expresados a la hora de emitir esta sentencia. Quisiera que se me aclarara de parte de los representantes cual es el daño que no probó el estado y consecuentemente cayó en aplicar una categoría sospechosa y al estado cual fue el daño que probó y que consecuentemente dejó la custodia en manos del padre y no cayó en la aplicación de una categoría sospechosa.

Como desarrollamos en detalle en este escrito, las actuaciones del poder judicial en relación al juicio de custodia de las niñas Atala Lopez fueron violatorias de una serie de derechos, causando daños ilegítimos e irreparables a la Sra. Atala, sus hijas e indirectamente a otros miembros de su familia. Para que las intervenciones del Estado no fuesen consideradas violatorias de la Convención Americana el Estado tendría que haber probado que dichas intervenciones se ajustaban a derecho.

El Estado no probó que las niñas hubiesen sufrido un daño actual derivado de las actuaciones directas de la madre que hubiesen justificado la remoción de ellas del núcleo familiar. La legislación chilena es clara respecto de las causales legítimas para alterar el núcleo familiar:

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

(...) En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. (...)

Artículo 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.¹⁷⁰

Artículo 42 de la Ley 16.618. 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;*

¹⁷⁰ Código de Civil de Chile, art. 225 y 226.

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 a la 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.

El Estado no pudo probar que las niñas estuviesen en ninguna de las situaciones establecidas por la legislación chilena. Ni tampoco que estuviesen en la situación más amplia a la que se refiere esta Honorable Corte en cuanto a causar un daño a la salud y desarrollo de las niñas.¹⁷¹

En el caso del derecho a la no discriminación del Artículo 1.1 en relación con el artículo 24 de la Convención Americana, el Estado no probó que dicha discriminación fuese justificada. De acuerdo a la Honorable Corte, una distinción es legítima si: i) parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes; ii) que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma; iii) no persigan fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.¹⁷² En palabras de la Corte Europea, esto se traduce en que ha discriminación cuando la distinción no persigue un “fin legítimo” o bien cuando no hay una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin legítimo que busca lograrse.”¹⁷³

i) Supuestos de hecho diferentes: En el caso de referencia, el fallo de la Corte Suprema estableció una distinción entre padre heterosexual y madre lesbiana. Al padre heterosexual se le sometió a estándares menos rigurosos de escrutinio para determinar si podía cumplir con su rol de padre, mientras que a la madre se le sometió a estándares de escrutinio imposibles, ya que las aseveraciones respecto de su capacidad para ejercer el cuidado de las niñas no venían de conductas específicas que ella pudiese cambiar, sino de su decisión fundamental de vivir su vida con la honestidad que la investidura de jueza exigía. Por lo mismo, no había nada que la Jueza Atala hubiera podido hacer para pasar el escrutinio impuesto a su persona por el poder judicial, salvo haber “dejado” de ser lesbiana. En ningún momento el poder judicial consideró necesario analizar a la pareja del Sr. López, como si se hizo con la Sra. De Ramon.

La diferencia sustancial, por lo tanto, entre la posición del Sr. López y la de la Sra. Atala, era que la pareja de él era mujer, y la de ella también.

¹⁷¹ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, Par. 74

¹⁷² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, Par. 47.

¹⁷³ Eur. Court H.R., Case of Fretté v. France, Judgment of February 26, 2002.

Para que la distinción hubiese sido legítima, debiera haber sido entre padre idóneo y padre no idóneo para el cuidado de los hijos. Para ello, la Corte Suprema debiera haber acreditado que la Sra. Atala estaba causando daños a sus hijas tales como maltrato o abuso. De ahí la estrategia del Estado de querer disfrazar este como un caso falta de idoneidad de la Jueza Atala para cuidar a sus hijas.¹⁷⁴

ii) La proporcionalidad entre el medio elegido y el fin perseguido. De acuerdo al Estado, el fin perseguido por la Corte Suprema fue el interés superior del niño. Como ha quedado en evidencia en la sección 6 de este escrito, el interés superior del niño fue la excusa utilizada por el Estado para imponer un modelo único de familia, basado en la heterosexualidad de los padres. Sin embargo, aun cuando la Corte Suprema efectivamente hubiese actuado con un fin legítimo, la medida de separar a tres niñas pequeñas de su madre es una medida extrema, desproporcionada para el fin perseguido. El estado no probó que la única medida posible para alcanzar la protección de las niñas era la más extrema de todas.

iii) Finalidad elegida: Como señalamos anteriormente, el fin perseguido por el Estado no fue proteger a las niñas. El Estado no probó cómo el interés superior del niño puede ser el fin legítimo cuando se discrimina a las niñas directamente por la condición de su madre.

El Estado tampoco pudo probar un daño que justificara la violación de los derechos a la protección de la privacidad y vida familiar y al interés superior del niño. Como hemos señalado reiteradamente, el Estado pretende justificar la protección al interés superior del niño a través de la violación a ese mismo principio.

Los únicos daños actuales a los que se refiere el Estado no caen dentro de las categorías protegidas por el derecho. Uno de ellos deriva del prejuicio social que la Corte Suprema considera que las niñas ya están sufriendo (aunque ellas no se sentían discriminadas y había extensa prueba en contrario) al haber disminuido las visitas de sus amigas, y el otro parece derivar de estereotipos de género al manifestar las niñas en sus juegos confusión de roles sexuales respecto de la madre. Como desarrollamos extensamente en la sección 6 de este escrito, el primer daño es violatorio de los derechos de las niñas a no ser discriminadas por la orientación sexual de sus padres. El segundo es violatorio al no haber sido acreditado como daño dado la vaguedad de la afirmación. Lo más probable es que dichas conductas hayan sido percibidas como confusas al no ajustarse a estereotipos de género prohibidos por la Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas de Discriminación.

14.- Para el Estado: se habla de la vulnerabilidad del medio social, El riesgo del prejuicio social es un “daño” imputable a la madre?

El eventual daño que pudiera producir en los niños el vivir en un entorno social que no acepta la manera como una determinada familia vive no puede en ningún caso fundar una discriminación. Los órganos del Estado, en particular el Poder Judicial, están llamados a corregir esas discriminaciones, no a validarlas. Ello porque la responsabilidad del prejuicio está diseminada en la sociedad o comunidad, no en el padre o madre que sufre ese prejuicio junto a sus hijos.

¹⁷⁴ Ver supra sección 6.1.

Aceptar que el daño es imputable a la madre sería mover de manera inaceptable la carga de prejuicios sociales odiosos y discriminatorios a quien es víctima, no responsable, de ellos. Sería equivalente a validar razonamientos como el de la Corte Suprema de Austria en el caso *Hoffman*, tal como explicó el perito Robert Wintemute, en su testimonio ante esta Excma. Corte.

Preguntas del Juez y Presidente Diego García Sayán:

15.- Para todos: pide normas legales y decisiones de tribunales chilenos a las que hizo referencia al Estado: incorporarlos al expediente. Las versiones oficiales.

No conocemos las sentencias a las que hizo referencia el Estado, si las presenta en los alegatos finales, solicitamos a esta Honorable Corte se nos haga traslado y permita hacer observaciones a las mismas. De cualquier manera, estas no afectan la violación de derechos en este caso particular.

16.- Para todos: Información sobre el entorno jurisprudencial en Chile, en particular, las decisiones de la Corte Suprema. Sentencias que se basen en tratados de derechos humanos o que rechacen hacerlo.

En Chile se reformó la Constitución en 1989 para darle a los tratados internacionales sobre derechos humanos mayor estatus dentro de la jerarquía normativa interna. El artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución dispone que

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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”.

La disposición ha dado lugar a disputas doctrinarias acerca del valor de los tratados aunque existe cierta uniformidad en que los derechos que allí se contienen tienen igual jerarquía que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

Los tribunales de justicia, particularmente la Corte Suprema, a través de su Sala Penal, ha dado aplicación a tratados internacionales sobre derechos humanos en casos emblemáticos de crímenes cometidos durante la dictadura. Así, por medio de tratados como los Convenios de Ginebra, la Corte inauguró una tendencia jurisprudencial en 1998 (sentencia de 9 de septiembre, Rol No 469), que se ha visto reforzada en casos posteriores (v.gr., sentencia de 17 de noviembre de 2004, Rol No 517-2004), y que ha permitido investigar y sancionar a responsables de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos, cumpliendo así con las obligaciones internacionales que pesan sobre Chile.

La Segunda Sala de la Corte Suprema incluso ha dado aplicación a tratados internacionales no ratificados por Chile pero que forman parte de normas consuetudinarias preexistentes, como la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968. En un caso de 2006, la Corte Suprema de Chile dio aplicación a esa Convención no obstante no estar ratificada por Chile, utilizándola de manera expresa en conjunto con la jurisprudencia

de este Excmo. Tribunal (sentencia de 13 de diciembre de 2006, Rol No 559-2004). Entre los casos que la Corte cita para sostener su caso, destacan los casos *Velásquez Rodríguez* (1989), *Blake* (1988), *Barrios Altos* (2001) y *Almonacid Arellano* (2006).

En el caso presente, es importante destacar que el tribunal de primera instancia utilizó de manera correcta el derecho internacional de los derechos humanos. En el considerando 36° de la sentencia definitiva, se cita el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, señalando que “las audiencias decretadas para escuchar a las menores tuvieron como único fin cumplir con el mandato” de dicha norma. Esta forma de aplicar el derecho internacional contrasta con la manera como la Cuarta Sala de la Corte Suprema resolvió el recurso de queja en el caso *sub lite*. Y es que en este caso, la Corte no se hace cargo de las obligaciones internacionales que pesan sobre Chile; solo aduce el “interés superior del niño”, pero, como es evidente, no basta enunciar que se utiliza un determinado enunciado normativo para que efectivamente este se aplique, y mucho más, que se aplique correctamente. Es lo que ocurre en este caso. La Corte Suprema, a través de su Cuarta Sala, cita el “interés superior del niño” contemplado en la Convención de los Derechos del Niño, pero no desarrolla su contenido.

9. Recomendaciones en temas de reparación a las presuntas víctimas y garantías de no repetición y detalle de las costas del proceso.

El artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

1. Obligación de reparar

Es un principio de derecho internacional que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente¹⁷⁵. Al respecto, esta ilustrísima Corte, ha señalado lo siguiente:

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.”¹⁷⁶

¹⁷⁵ Caso *Velásquez Rodríguez*, Reparaciones y Costas, Párrafo 25.

¹⁷⁶ Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Párr. 143. En el mismo sentido, ver *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, Párr. 62; *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*, Párr. 86; y *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador*, Párr. 106.

A lo largo del proceso se han establecido fehacientemente tanto la violación por parte del Estado de Chile de obligaciones internacionales libremente contraídas por él, entre las cuales se encuentran el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la vida privada y familiar, la protección a la familia, los derechos de los niños y el derecho a las garantías judiciales y la protección judicial, como la generación de un daño a las víctimas a causa de dichas violaciones.

En cuanto a la forma de la reparación, esta Iltrma. Corte ha señalado que esta debe ser adecuada e integral, y que debe estar dirigida a obtener la plena restitución de la/s víctima/s a la situación en que se encontraba/n antes de la violación a su/s derechos/s. Ahora bien, en los casos en que –por sus características- resulta imposible obtener una *restitutio in integrum*, la Corte ha señalado que:

*(...) el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, **las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados**".¹⁷⁷ (El destacado es nuestro)*

En este caso, por su especial naturaleza, solicitaremos a esta Honorable Corte ordenar, además de las indemnizaciones compensatorias, un cúmulo de medidas (de satisfacción y garantías de no repetición) que apuntan a lograr una reparación integral de las víctimas.

2. Beneficiarios

Esta parte solicita a la Ilustrísima Corte que, como consecuencia de los hechos ilícitos descritos precedentemente, que comprometen la responsabilidad internacional del Estado, conforme a lo prescrito por el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se condene al Estado de Chile a la reparación integral de los perjuicios materiales e inmateriales causados a las siguientes víctimas:

- 1) Karen Atala Riffo.
- 2) Las niñas M., V. y R., hijas de Karen Atala, cuyas identidades se ha solicitado se mantengan en reserva durante todo el proceso.

A los siguientes familiares de las víctimas:

- 3) Sergio Ignacio Javier Vera Atala, hijo mayor de la Jueza Atala, quien sufrió el deterioro de su relación familiar, imposibilidad de sostener comunicación y una relación fluida con sus tres hermanas, y las consecuencias en la salud mental de su madre y hermanas, viendo afectados su derecho a la vida privada y familiar (artículo 11.2 de la Convención Americana), los derechos de los niños (artículo 19 de la Convención

¹⁷⁷ Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Párr. 145. En ese mismo sentido, ver *Caso de la Masacre de Maripán Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*, Párr. 294; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, Párr. 396; y *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, Párr. 226.

Americana) y su derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana).

Las vulneraciones de derechos sufridas por Sergio fueron abordadas por esta parte en el punto número 7 del alegato, referido a las preguntas efectuadas por los honorables jueces de este tribunal.

4) Emma Zelmira María De Ramón Acevedo, pareja de Karen Atala durante el proceso judicial en Chile, y hasta el año 2010, quien sufrió discriminación, injerencias arbitrarias en su intimidad personal y familiar, y experimentó gran sufrimiento en este proceso, lo que se traduce en la vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 24 de la Convención Americana), a su derecho a la vida privada y familiar (artículo 11.2 de la Convención Americana), y a su derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana).

En su testimonio, Emma de Ramón se refiere al profundo impacto que tuvieron en ella el proceso judicial, la investigación del Ministro Visitador Lillo y posteriormente la sentencia de la Corte Suprema con la que culminó el juicio. Se refiere a ellos señalando que para ella fue *“muy chocante”*. Respecto de la forma en que le afectó la resolución que concedió la tuición provisoria al padre de las niñas, señala que *“(…) no recuerdo bien el momento en que me enteré de esa resolución porque fue tal el golpe recibido que todavía hoy siento la mirada de Karen en mis ojos, su dolor mientras lloraba abrazando los peluches de las niñas (...). No creo que sea posible vivir un momento más terrible y me he dedicado sistemáticamente y sin ningún éxito a tratar de olvidar”*, luego continúa expresando que *“Yo no puede llorar entonces: a veces, lloro ahora, ocho años después, cuando miro en los ojos de [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED], quienes vieron destruido todo lo que para ellas significaba su mundo (sus mascotas, sus amigos, su ambiente, su casa, su madre) en ese aciago momento. Es lo que me apena más”*.

La Sra. De Ramón intenta describir en su testimonio el dolor que sufrió luego de concluido el proceso judicial con estas palabras: *“(…) las niñas nunca volvieron a casa. No sé cómo explicar ese dolor: Karen nunca volvió a ser la misma persona que yo conocí, mi propia vida cambió radicalmente y yo también cambié al sentir el poder de las instituciones judiciales sobre mi vida, nuestra relación mutua y con el entorno fue desde entonces distinta. El recelo, las culpas fueron reemplazando los gestos, las miradas de amor y complicidad que no volvieron más y se impuso la pena y el silencio, el dolor como un cuchillo largo que se me clava en la garganta cada vez que hablo de todo esto, incluso ahora mismo cuando lo escribo”*.

Finalizando su testimonio, Emma de Ramón pide que esto no le ocurra a nadie más nunca, y dice *“Una familia, la familia de Karen, nuestra familia fue destruida y con ello la relación profunda y rica entre cuatro hermosas personas, una madre y sus tres hijas”*.

5) María del Carmen Riffo Véjar, madre de Karen Atala y abuela de M, V y R, que se vio privada del desarrollo de una relación fluida, comunicación medianamente normal con sus nietas, deterioro de la figura materna y de la familia materna de las niñas, además del impacto en la salud mental de su hija y nietas, produciéndose una afectación a su derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana).

En su testimonio, de fecha 01 de agosto de 2011, la Sra. Riffo sostiene el gran dolor que ha producido en ella y en sus parientes cercanos el quiebre familiar que se deriva de la sentencia discriminatoria de la Corte Suprema y describe cómo se ha distanciado su familia. Al respecto, señala que *“he perdido el ver crecer y verlas días a día, llamarlas por teléfono es algo ilusorio pues el padre y su pareja les prohíben el recibir o llamar, incluso mi hija les regala celulares y él se los quita”*. Sostiene que no recibe llamados de sus nietas ni siquiera para su cumpleaños *“(…) no me llaman, olvídase, si nos les pasa el teléfono, se los quitan. No hay contacto, es como que no existieran. Están tan lejanas”*. Agrega, caracterizando el profundo dolor que le provocó la discriminatoria decisión de la justicia chilena, que *“el daño fue muy grande, el daño fue hecho, la herida fue muy profunda y ya no hay reparación. Tendríamos que retomar pedacitos que pueden quedar, que puedan sanar y seguir. Pero el daño ya es fuerte. Ojalá jamás vuelva a ocurrir, ni en Chile ni en el mundo una decisión igual porque no saben el daño que hicieron los jueces y la Corte Suprema, el daño que hacen hacia los parientes, hacia las madres, los hijos (…)*. La Karen sufrió mucho y yo y toda la familia”

6) Judith Riffo Véjar, tía abuela de las niñas M., V. y R., una especie de segunda abuela de las niñas, quien vio gravemente disminuidos sus contactos y relación con las menores, experimentado gran sufrimiento, que se manifiesta en detrimento de su integridad psíquica y moral (artículo 5 de la Convención Americana).

Con fecha 03 de agosto de 2011, Judith Riffo se refirió en su testimonio al grado de cercanía que mantuvo con Karen Atala y sus hijas hasta el momento en que judicialmente se decreta la custodia a favor del padre de estas. En sus palabras *“Karen es mi sobrina, es como mi hija. (…) Cuando Karen se casó yo pasé largas temporadas con ellas, tenía niñera, cocinera, es decir, empleada. Ella se preocupaba de esas cosas pero me llamaba y yo estaba allá, dos meses, tres meses para que las niñas fueran bien atendidas por las nanas que habían. Y por supuesto, yo claramente también las crié. Si no había nana, yo les cocinaba, atendía a las niñas. Para mí eran como mis nietas, Cuando pasó esta situación sufrí lo indecible, para mí fue como que me hubiera poco menos muerto, mucho sufrimiento mío, me da mucha pena de sólo recordarlo”*. En cuanto a la decisión de la Corte Suprema, la Sra. Riffo sostiene que *“Fue terrible, lo encontré muy injusto. Yo no fui madre, pero fui como madre para Karen y la ayudé a criar a esas niñas. Estuve siempre al lado de ellas, siempre, y cuando se perdió la tuiición para mí fue terrible”*. En cuanto a la frecuencia con que las ve actualmente, señala que *“yo las veo una vez al año, y es muy poco”*.

7) Elías Atala Riffo, hermano de la Jueza Atala, quien sufrió el impacto en el quebrantamiento de las relaciones familiares con sus sobrinas, y en la salud mental de su hermana y sobrinas, lo que produjo una conculcación de su integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana).

Elías Atala sostuvo en su testimonio que antes de la sentencia que dictó la Corte Suprema, su relación con las hijas de Karen, sus sobrinas, era bastante estrecha, en sus palabras *“con las chiquillas nos veíamos todo el verano (…)*. Siempre estábamos viéndonos, (...) todo el rato íbamos para allá -Temuco-, o ellas veían a Santiago. Mis papás iban harto para allá, compartían”. Elías caracteriza a su familia como una muy unida *“Nosotros somos una familia que siempre ha sido así. Siempre hemos sido bien aclanados (muy unidos). Nos gusta compartir entre nosotros (…)*”. Sobre la forma en que la sentencia de la Corte Suprema afectó su vida y la de su familia señala que

“cuando salió el fallo fue terrible”, agrega que “según los jueces chilenos mi hermana no puede tener a las niñas por su condición sexual, y eso recorre el mundo y es sumamente doloroso” y finalmente expresa que “Realmente fue terrible, aquí en la casa fue un golpe súper fuerte, mi papá ese año falleció, no alcanzó a estar ni seis meses con esto y yo creo que fue la gota que rebalsó el vaso. Karen estuvo muy mal todos nosotros también, mi mamá con una depresión enorme (...)”.

Esta Honorable Corte ha sostenido en variadas ocasiones que los familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, pueden a su vez, ser víctimas¹⁷⁸. En efecto, en el presente caso los familiares de Karen Atala -a raíz de los hechos que han generado la responsabilidad internacional del Estado- sufrieron una afectación ilegítima de sus derechos, por lo que deben ser sujeto de reparaciones en cuanto “parte lesionada”.

En este sentido, este Tribunal en el Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia (Párrafo 210), en el Caso Juan Humberto Sánchez (Párr. 101), en el Caso Bámaca Velásquez (Párr. 160) y en el Caso Blake (Párr. 114), ha sostenido que:

En reiteradas oportunidades la Corte ha considerado que se ha violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas directas, por el sufrimiento adicional que estos familiares han padecido como consecuencia de las circunstancias generadas por las violaciones perpetradas contra las víctimas directas y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, por ejemplo, respecto a la búsqueda de las víctimas o sus restos, así como respecto al trato dado a estos últimos.¹⁷⁹

3. Daños materiales directos.

En el marco de la reparación íntegra que solicitamos sea declarada por la Honorable Corte, la jueza Atala ha sufrido, a consecuencia de los hechos que se denuncian como internacionalmente ilícitos, una serie de daños directos, consistentes en daños emergentes, que ha tenido o tendrá que sufragar en el futuro, así como la pérdida de legítimas ganancias o utilidades que ha dejado y dejará de percibir.

3.1. Daño emergente

3.1.1. Gastos médicos (asistencia psiquiátrica y terapéutica, además de los correspondientes medicamentos) en que ha incurrido e incurrirá Karen Atala a raíz de los hechos descritos precedentemente, y que son una consecuencia directa del dolor que ha producido en ella la separación de sus hijas menores y la imposibilidad de desarrollar una relación materna fluida y presente en la vida de sus hijas a lo largo de los años, y la correlativa prescripción de numerosos medicamentos.

En el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas se detallaron los gastos médicos en los que ha incurrido la peticionaria y los que se estima se generarán en el futuro. De

¹⁷⁸ Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Fondo, Párr. 160. Ver además Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”), párr. 175; Caso Castillo Páez, resolutivo cuarto; Caso Castillo Páez, Reparaciones, párr. 59; y Caso Blake, párr. 115.

¹⁷⁹ Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Párr. 210.

acuerdo a lo señalado en dicha presentación, los gastos se encuentran justificados tanto sobre la base de los testimonios de Karen Atala, como en por los documentos aportados por esta parte, provenientes de la profesional que la ha tratado, Dra. Claudia Figueroa Morales, que detallan el diagnóstico, periodicidad y costos del tratamiento¹⁸⁰. El peritaje de la psiquiatra de Karen Atala, prueba que ofreció esta parte, complementa la ilustración que se ofrece a esta Honorable Corte sobre el daño moral causado.

3.1.2. Gastos de Karen Atala por concepto de visitas a sus hijas menores.

Como ya se ha señalado, la Sra. Atala sirve actualmente Jueza de la República en el 14° Juzgado de Garantía de Santiago y sus hijas menores residen regularmente en la ciudad de Temuco, lo que dificulta enormemente su capacidad y posibilidad para concretar sus visitas regulares.

El costo o daño emergente que Karen Atala debió financiar y deberá seguir sufragando como consecuencia de la resolución discriminatoria dictada por la Corte Suprema que, injustamente la separó de sus hijas, es de aquellos que surgen producto de la violación, toda vez que sin ésta, los costos aquí descritos no tendrían que ser soportados por la víctima. Este costo fue detallado mediante un cuadro en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado por esta parte, donde se especifica el costo promedio de un viaje mensual desde la ciudad de Santiago (Región Metropolitana) hasta la ciudad de Temuco (IX región de la Araucanía).

3.2. Lucro cesante o pérdida de ingresos

El lucro cesante está constituido por las ganancias que ha dejado y dejará de percibir legítimamente Karen Atala por la imposibilidad de disponer de su propiedad ubicada en Ñankul, Parcela 13, Loteo El Bosque, Kilómetro 9, Camino Villarrica a Loncoche.

Desde la ocurrencia de los hechos la peticionaria ha debido mantener deshabitada esa casa, a fin de utilizarla con ocasión de las visitas que realiza periódicamente a sus hijas menores en la ciudad de Temuco. Durante el primer año en que Karen Atala debió realizar visitas a sus hijas, intentó buscar alternativas distintas al uso del referido inmueble, lo que no tuvo buenos resultados para las niñas, quienes necesitaban sentido de pertenencia y apego. Atendiendo el mejor interés de las niñas, junto a la necesidad de tener una convivencia medianamente plena y con visos de normalidad, la Jueza Atala resolvió mantener esa residencia disponible para realizar las visitas a sus hijas menores.

Ello ha supuesto que, durante el tiempo que ha mantenido este régimen periódico de visitas, ella no ha podido disponer del inmueble de la manera ordinaria, por ejemplo, arrendándolo a particulares y obteniendo una utilidad de ello. Esta ganancia legítima

¹⁸⁰Ver en el escrito sobre solicitudes, argumentos y pruebas, presentado por esta parte, los documentos acompañados como “prueba documental” entre los números 10 y 15: “N° 10) Certificado Médico de Karen Atala expedido por la Dra. Claudia Figueroa Morales, fecha diciembre 21, 2010; N° 11) Certificado Médico de Karen Atala expedido por la Dra. Claudia Figueroa Morales, fecha mayo 19, 2008; N° 12) Certificado Médico de Karen Atala expedido por la Dra. Claudia Figueroa Morales, fecha 27 de junio de 2006; N° 13) Informe Médico de Karen Atala, elaborado por la Dra. Claudia Figueroa Morales, fecha 9 de septiembre de 2005; N° 14) Certificado Médico de la Dra. Claudia Figueroa Morales para la ISAPRE Mas Vida, relativo al diagnóstico de Karen Atala, fecha 27 de julio de 2006; N° 15) Recetas y boletas de los medicamentos recetados por la Dra. Claudia Figueroa Morales a Karen Atala desde 2008, boletas de 2010”.

que ha perdido la Jueza Atala, no se habría producido de no mediar la decisión arbitraria de la Corte Suprema que determinó la separación de sus hijas. En el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, se incorporó un cuadro demostrativo de las ganancias que ha dejado y dejará de percibir legítimamente la peticionaria por este concepto. Es importante señalar que se ha solicitado la reparación de las ganancias que en el futuro dejará de percibir Karen Atala por la imposibilidad de disponer de la referida vivienda (hasta que la menor de las hijas de la Sra. Atala cumpla los 18 años), en cuanto la Sra. Atala en conjunto con sus hijas, han acordado que esta no solicitará la custodia de las segundas para no exponerlas a un nuevo daño, es decir, en atención al mejor interés de las niñas.

En cuanto a la forma en que debe realizarse el cálculo de esta ganancia, esta Honorable Corte ha sostenido debe ser hecho en equidad:

*Este Tribunal ha tenido por probado que al momento de los hechos el señor Santiago Gómez Palomino tenía 27 años de edad, poseía grado de instrucción secundaria y se desempeñaba como cocinero y jardinero ocasional. En atención a esto, la Corte considera que es razonable suponer que el señor Santiago Gómez Palomino hubiese trabajado toda su vida productiva, por lo que hubiera percibido al menos una remuneración mínima, con sus respectivas bonificaciones y beneficios. Al respecto, tomando en cuenta la expectativa de vida en el Perú y en consideración a las actividades que realizaba la víctima como medio de subsistencia, así como las circunstancias y particularidades del presente caso, **la Corte fija en equidad la suma de US \$50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), o su equivalente en moneda peruana, a favor del señor Santiago Gómez Palomino, por concepto de pérdida de ingresos. Dicha cantidad deberá ser distribuida entre la señora Victoria Margarita Palomino Buitrón y la niña Ana María Gómez Guevara, de conformidad con el párrafo 121 del presente fallo.**¹⁸¹ (El destacado es nuestro).*

Asimismo, en el Caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, en el párrafo 248, este Tribunal sostuvo que:

*(...) Sin embargo, en atención al contexto y las circunstancias del caso, tomando en consideración la expectativa de vida en Colombia en 1990 y que las actividades agrícolas que realizaban la mayoría de las personas desaparecidas y privadas de su vida contribuían a la subsistencia de sus familias, **la Corte fija en equidad las compensaciones a los familiares por concepto de la pérdida de ingresos de aquéllas 43 personas, según se consigna en el Anexo I de la presente Sentencia.** (El destacado es nuestro).*

Esta Corte ha fallado en el mismo sentido en el Caso *Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*, párrafo 80; Caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*, párrafo 261; entre otros.

Sin perjuicio de ello, con el objeto de entregar elementos de juicio para una correcta estimación, en los respaldos documentales del escrito de fecha 25 de diciembre de 2010

¹⁸¹ Caso *Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Párr. 125.

acompañamos el “certificado de pago” del último dividendo que a la fecha la Sra. Atala pagó por este inmueble, ya que según las máximas de la experiencia en el negocio inmobiliario en Chile, este pago es prácticamente equivalente –en la mayoría de los casos- al que se podría obtener por concepto de renta de arrendamiento.

Daños Materiales	Total en Pesos	Total en Dólares
Daño emergente: Asistencia psiquiátrica, psicológica y Medicamentos.	\$ 31.102.354	USD 62.205
Daño emergente: Viajes o traslados por las visitas.	\$ 19.376.000	USD 38.752
Lucro cesante. Por concepto del inmueble ubicado en Villarica	\$ 48.300.000	USD 96.600
TOTAL	\$ 98.778.354	USD 197.557

4. Daños inmateriales

Este Tribunal ha señalado en numerosas oportunidades qué comprenden los daños inmateriales:

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad o mediante formas de compensación tales como el otorgamiento o la prestación de determinados bienes o servicios. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos¹⁸². (El destacado es nuestro).

En el mismo sentido, caso *Trujillo Oroza Vs. Bolivia*, Reparaciones, párrafo 77; caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*, Reparaciones, párrafo 53; caso *Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) Vs. Guatemala*, Reparaciones, párrafo 84; entre otros.

Como ha sido acreditado en el transcurso de este juicio mediante las declaraciones de los testigos, peritos y la presentación de documentos; tanto la Jueza Karen Atala como sus tres hijas menores, han sufrido daños inmateriales de diversa naturaleza. En ellos se

¹⁸² Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, Párr. 254.

comprenden necesariamente los **daños morales** producto del sufrimiento y las aflicciones que ha causado la vulneración de sus derechos fundamentales, así como el menoscabo significativo que se ha producido en sus condiciones de existencia.

Del igual modo, se ha producido un detrimento y deterioro ostensible en el **proyecto de vida** que la peticionaria se había trazado con sus hijas entendiendo por tal una expectativa razonable y accesible de llevar a cabo, la que con las violaciones anotadas precedentemente, se ha visto gravemente menoscabada. Con ello nos referimos ciertamente a la condición de madre que ha sido severamente restringida, cuestionada y menoscaba sólo por la manifestación y ejercicio de su orientación sexual.

Esta Honorable Corte se ha referido al “Proyecto de Vida” en los párrafos 147 y siguientes del caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*, en los siguientes términos:

147. Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

148. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación.

Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte. (Las negritas son nuestras).

Y luego, la Corte agrega que:

150. (...) En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.

151. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la restitutio in integrum. (El destacado es nuestro).

De modo que resulta del todo pertinente que en el presente caso se repare considerando el daño al proyecto de vida de la víctima, particularmente, el proyecto de vida que tenía en cuanto madre.

En esa misma línea, no podemos dejar de mencionar el doloroso distanciamiento y la pérdida recíproca que han sufrido madre e hijas, en cuanto poder compartir, aportar y participar activamente en la crianza, educación y crecimiento. Las niñas se vieron privadas de desarrollar una relación familiar cercana, así como de crecer y desarrollarse junto a su madre, compartiendo la vida diaria. En lugar de ello, han debido entender y procesar que no pueden crecer junto a su madre, lo que les impide y restringe la comunicación y el desarrollo de una relación más fluida con su madre.

Sabemos que no resulta posible asignar al daño inmaterial que reclamamos un preciso equivalente monetario, pero en el mandato de reparación integral de las víctimas, éstos pueden y deben ser compensados con una indemnización pecuniaria y con medidas que supongan garantías de no repetición en el futuro de semejantes actos discriminatorios.

Esta Honorable Corte no ha tenido oportunidad de pronunciarse y cuantificar en su jurisprudencia el monto que tendría una alteración del proyecto de vida de esta naturaleza. Sin embargo es importante destacar que dado que no se trata de un fallecimiento, sino de la orden judicial que les impide vivir juntas debido a la orientación sexual de la madre, y que repercute en que las menores han crecido, distanciándose paulatinamente de su madre y de su familia materna, la alteración al proyecto de vida se mantiene y acrecienta con el paso del tiempo. Es importante agregar que por la naturaleza causada este es un daño que vivencia y verifican en su vida diaria, se trata de una forma de daño continuado que debe apreciarse de esa forma. Así mismo, es necesario considerar el impacto de la decisión de la Corte Suprema en la imagen materna y en el desarrollo psicológico de cada una de ellas. Como lo describen los informes psicológicos y el peritaje de la psiquiatra infantil María Alicia Espinoza, las niñas han tenido que crecer en este entorno, redefiniendo y descubriendo a su imagen materna y a su relación con la madre.

En cuanto a la forma en que ha de calcularse el monto de la compensación por concepto de daños inmateriales, la Corte ha determinado, desde su primera sentencia, que debe ser de acuerdo a la equidad:

*En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad*¹⁸³. (El destacado es nuestro).

¹⁸³ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Párr. 27.

A mayor abundamiento, en el párrafo 157 del caso *Hermanas Serrano Cruz*, el Tribunal señaló que:

*La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye per se una forma de reparación. No obstante, por las circunstancias del caso sub judice, los sufrimientos que los hechos han causado a las personas declaradas víctimas en este caso y sus familiares, el cambio en las condiciones de existencia de todos ellos y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que sufrieron éstos, la Corte estima pertinente el pago de una compensación, conforme a la equidad, por concepto de daños inmateriales.*¹⁸⁴ (El destacado es nuestro).

Cada uno de los familiares de las víctimas, experimentó sufrimiento y alteraciones en su proyecto de vida, como lo señalamos anteriormente. En lo que a indemnización de estos daños se refiere, a continuación incluimos un cuadro que detalla las pretensiones de esta parte:

Víctima	Monto de la reparación por concepto de daño inmaterial
Jacqueline Karen Atala Rifo	USD \$ 100.000
M.A.L.A	USD \$100.000
V.P.L.A	USD \$100.000
R.T.L.A	USD \$100.000
TOTAL:	USD \$400.000

Para los familiares de las víctimas:

Víctima	Monto de la reparación por concepto de daño inmaterial
Emma Zelmira María De Ramón Acevedo	USD \$50.000
María del Carmen Riffo Véjar	USD \$50.000
Sergio Ignacio Javier Vera Atala	USD \$50.000
Judith Riffo Véjar	USD \$50.000
Elías Atala Riffo	USD \$50.000
TOTAL	USD \$250.000

5. Otras medidas de reparación, satisfacción y garantías de no repetición

No desconocemos la reiterada jurisprudencia de la Ilustrísima Corte en el sentido de que la propia sentencia ya es una forma de reparación de las víctimas por las vulneraciones a sus derechos fundamentales. No obstante, como consecuencia de los atropellos arriba detallados, esta parte solicita –además– a la Ilustrísima Corte, que imponga al Estado de

¹⁸⁴ En el mismo sentido ver el Caso Trujillo Oroza. Reparaciones, Párr. 89; Caso del Penal Castro Castro, Párr. 431; Caso Tibi, Párr. 243; entre otros.

Chile una serie de medidas que son constitutivas de otras formas de reparación en sentido amplio, y tengan por objeto garantizar la no repetición de actos de semejante naturaleza y que resultan necesarias para una reparación integral.

En el párrafo 430 del caso del *Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú*, este Iltmo. Tribunal sostuvo que:

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados por la violación como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. Como no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, resulta pertinente proveer por otras vías a la reparación integral del daño causado. En primer término, mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determina en ejercicio razonable del arbitrio judicial, conforme a consideraciones de equidad. En segundo lugar, a través de actos u obras de alcance o repercusión públicas, como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir. Estos actos pretenden la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos (...).¹⁸⁵ (El destacado es nuestro).

A continuación enunciaremos algunas medidas de satisfacción y garantías de no repetición que a nuestro juicio tienen la aptitud de lograr una reparación integral para las víctimas:

1) Medidas de reparación simbólica

1.1) Publicación de la sentencia que sea dictada por la Ilustrísima Corte, incluyendo un extracto de los hechos probados y la parte resolutive completa, el que deberá ser publicado a costa del Estado, por dos veces, en días domingos sucesivos, en los diarios *El Mercurio*, *La Tercera*, *Las Últimas Noticias* y *La Cuarta*, más los diversos regionales que caen bajo la supervisión de estos.

Existen numerosas sentencias de esta Honorable Corte que han dispuesto la publicación de las sentencias en diarios de publicación nacional como forma de reparación. Por ejemplo, en el párrafo 240 de la sentencia del caso *Lori Berenson Mejía* se estipuló lo siguiente:

Asimismo, y como lo ha ordenado en otras oportunidades, la Corte estima que el Estado debe publicar, como medida de satisfacción, dentro de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional del Perú, al menos una vez, tanto la Sección denominada Hechos Probados de esta Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la misma.

¹⁸⁵ En este mismo sentido, ver caso *Vargas Areco*, Párr. 149; caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, Párr. 130; y caso *Ximenes Lopes*, Párr. 227.

En ese mismo sentido, es posible mencionar la sentencia de los casos *Palamara Iribarne Vs. Chile*, párrafo 252; *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párrafo 157; caso *Claude Reyes Vs. Chile*, párrafo 160; caso del *Penal Castro Castro Vs. Perú*, párrafo 446; entre otros.

1.2) Publicación de la sentencia -en su texto completo-, en la página inicial del Poder Judicial de Chile (www.poderjudicial.cl) y en la biblioteca del Congreso Nacional www.bcn.cl. Esta inclusión deberá hacerse en un lugar visible y estar disponible por un término no inferior a 6 meses.

Este Excmo. Tribunal en otras ocasiones ha ordenado la publicación de la sentencia en una página web como medida de reparación simbólica, así lo hizo, por ejemplo, en el caso de los *Hermanos Serrano Cruz*, que en su párrafo 195 sostiene:

“Asimismo, y como lo ha ordenado en otras oportunidades⁶⁶, la Corte estima que, como medida de satisfacción, el Estado debe publicar, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, los capítulos I, denominado “Introducción de la causa”, III, denominado “Competencia” y VI, denominado “Hechos Probados”, así como los puntos resolutive de la presente Sentencia. En este mismo sentido, el Tribunal considera que en la página web de búsqueda de personas desaparecidas (supra párrs. 189 a 191) se debe establecer un enlace al texto completo de esta Sentencia. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.”(La negrita es nuestra).

1.3) Acto público de desagravio a la Jueza Atala y a sus hijas por parte del gobierno de Chile, hecho en forma verbal y escrita, el que deberá tener la debida publicidad, y contar con la presencia de las más altas autoridades del país, entendiéndose por ello -a lo menos-, al Presidente de la República y al Presidente de la Corte Suprema.

Existe una vasta jurisprudencia en este sentido. Por mencionar algunos fallos en que se ordena al Estado realizar actos públicos de desagravio: sentencia del caso *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, párrafo 194; sentencia del caso *La Cantuta Vs. Perú*, párrafo 235; fallo del caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, párrafo 277; sentencia del caso *Tibi Vs. Ecuador* párrafo 264; fallo del caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, párrafo 173; y la sentencia del caso *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, en cuyo párrafo 194 establece que:

Como lo ha dispuesto en otros casos, la Corte considera necesario, con el fin de reparar el daño causado a las víctimas y sus familiares y de evitar que hechos como los de este caso se repitan, que el Estado realice un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con las violaciones declaradas en esta Sentencia y de desagravio a las víctimas y sus familiares. Este acto deberá realizarse en una ceremonia pública en la ciudad de Chalatenango, con la presencia de altas autoridades del Estado y de los miembros de la familia Serrano Cruz. El Estado debe disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de dichas personas en el acto mencionado. Además, el Estado debe difundir dicho acto a través de los medios de comunicación, incluyendo internet. Para ello, el Estado cuenta

con un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. (Las negritas son nuestras).

2) Reformas legislativas

2.1) Intervención activa del Ejecutivo en la tramitación del Proyecto de Ley que Establece Medidas Contra la Discriminación (Boletín 3815-07), que permita, en un término no superior a 6 meses desde la dictación de la sentencia, contar con un texto legal que incorpore medidas que especifiquen la interdicción constitucional de la arbitrariedad ya existente, pero que al mismo tiempo, introduzcan herramientas y recursos eficaces para erradicar todas las formas de discriminación, tanto en las decisiones de los órganos del Estado, como en las relaciones entre privados. Dicho proyecto legislativo debe incluir expresamente la discriminación por orientación sexual, así como la identidad de género, y prever recursos legales para reclamar por su vulneración.

El proyecto de ley debe volver a su enunciado original como una iniciativa que no solo introduzca un mecanismo judicial de reclamación para casos de discriminación, sino también como herramientas de prevención y eliminación de la discriminación en Chile.

Esta Honorable Corte en numerosas ocasiones ha ordenado a los Estados realizar modificaciones en sus ordenamientos internos, ya sea requiriendo que se tomen medidas para adecuar su derecho interno¹⁸⁶, ya sea instando al Estado a dictar o crear determinadas leyes¹⁸⁷ o bien ordenando la derogación de leyes¹⁸⁸.

2.2) Sin perjuicio de ello, esta parte solicita se encargue un estudio acabado al Instituto Nacional de Derechos Humanos en conjunto con la Secretaría General de la Presidencia que determine las modificaciones y educciones de toda la normativa contenidas en Códigos, Leyes y Reglamentos de la República, que al tenor del artículo 2 de la Convención, entrarían en conflicto con el derecho a la igualdad entre las personas, perpetuando y validando la discriminación por orientación sexual.

Al respecto, los *“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener resoluciones”* de 16 de diciembre de 2005, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU, establecen en su título IX -sobre Reparaciones de los daños sufridos- qué medidas se han de incluir como garantías de no repetición (número 23), y entre ellas se menciona la siguiente: *“h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan”*.

3) Políticas públicas:

¹⁸⁶ Caso *Goiburú Vs. Paraguay*, Párr. 179; Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Párr. 132; Caso *Gómez Palomino Vs. Perú*, Párr. 132; entre otros.

¹⁸⁷ Caso *Trujillo Oroza Vs. Bolivia*, Párr. 94 y siguientes; entre otros.

¹⁸⁸ Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, Párr. 254; Caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, Párr. 145 y siguientes; ente otros.

3.1) Incorporar cursos obligatorios sobre Derechos Humanos con especial énfasis en temas de Género relacionados con la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género, sin perjuicio de otras materias vinculadas dirigidos al poder judicial. Estos cursos deberán ser impartidos por la Corporación Administrativa del Poder Judicial (Departamento de Recursos Humanos), a todos los escalafones del Poder Judicial, incluyendo tanto al de administrativos, escalafón secundario y primario, y los miembros de la Corte Suprema.

En un sentido similar falló esta Iltma. Corte en el caso *González y otras Vs. México* (“*Campo Algodonero*”), en cuyos párrafos 541 y siguientes, establece la necesidad implementar cursos y programas permanentes de capacitación y educación en varias materias, entre las que destacan los derechos humanos y el género. La Corte también dispone a quiénes se debe realizar dichos cursos, y señala, además, cómo el Estado deberá dar cuenta del cumplimiento de dicha medida:

541. En consecuencia, sin perjuicio de la existencia de programas y capacitaciones dirigidas a funcionarios públicos encargados de la impartición de justicia en Ciudad Juárez, así como de cursos en materia de derechos humanos y género, el Tribunal ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos y género; ii) perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y iii) superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres.

542. Los programas y cursos estarán destinados a policías, fiscales, jueces, militares, funcionarios encargados de la atención y asistencia legal a víctimas del delito y a cualquier funcionario público, tanto a nivel local como federal, que participe directa o indirectamente en la prevención, investigación, procesamiento, sanción y reparación. Dentro de dichos programas permanentes deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente, a los relativos a violencia por razones de género, entre ellos la Convención Belém do Pará y la CEDAW, tomando en cuenta cómo ciertas normas o prácticas en el derecho interno, sea intencionalmente o por sus resultados, tienen efectos discriminatorios en la vida cotidiana de las mujeres. Los programas deberán también incluir estudios sobre el Protocolo de Estambul y el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas. El Estado deberá informar anualmente, durante tres años, sobre la implementación de los cursos y capacitaciones.

543. Además, teniendo en cuenta la situación de discriminación en contra de la mujer reconocida por el Estado, es necesario que éste realice un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación. A tal efecto, el Estado deberá presentar un informe anual por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado con tal fin.

3.2) Asignar una partida presupuestaria relevante y permanente, al Instituto Nacional de

Derechos Humanos, a fin de que esta institución lleve a cabo programas de prevención de la discriminación, promoción y educación en derechos humanos, e investigaciones pertinentes, permitiéndole contar con un staff de personal estable y bien remunerado dedicado exclusivamente a actividades de promoción y defensa contra la discriminación por orientación sexual.

De acuerdo con la Ley 20.405, el Instituto Nacional de Derechos Humanos es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto “*la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional*”¹⁸⁹.

Esta Institución Nacional de Derechos Humanos, fue creada a la luz de “Los Principios de París”, lo que la constituye en el organismo mejor calificado para llevar a cabo programas de la naturaleza que estamos requiriendo, en especial por su independencia respecto de los demás órganos del Estado, y por su deber de actuar conforme a los estándares internacionales que rigen en materia de derechos humanos.

6. Costas y gastos

Esta honorable Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que los gastos y costas dispensados por los familiares para obtener justicia, están comprendidos dentro del concepto de reparaciones del artículo 63.1 de la Convención Americana, y ha señalado con detalle desde cuándo y cuáles gastos y costas deben repararse. Al respecto, en los párrafos 328 y siguiente de la sentencia recaída sobre el caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” Vs. *Paraguay*, la Corte sostuvo lo siguiente:

Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por los familiares de las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto a su reembolso, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, que comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su quantum sea razonable.

En relación con el reconocimiento de las costas y gastos, la asistencia legal a las víctimas no se inicia apenas en la etapa de reparaciones, sino que comienza ante los órganos judiciales nacionales y continúa en las sucesivas

¹⁸⁹ Artículo 2, Ley 20.405 del Instituto Nacional de Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial el 10 de diciembre del año 2009.

instancias del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, es decir, en los procedimientos que se siguen ante la Comisión y ante la Corte. Por ende, en el concepto de costas, para los fines que ahora se examinan, quedan comprendidas tanto las que corresponden a la etapa de acceso a la justicia a nivel nacional, como las que se refieren a la justicia a nivel internacional ante dos instancias: la Comisión y la Corte.

Esta Corte ha fallado en ese mismo sentido en el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, párrafo 242 y siguiente; en el caso *19 Comerciantes Vs. Colombia*, párrafo 283 y siguiente; en el caso *Molina Theissen Vs. Guatemala*, párrafo 95 y siguiente; entre otros.

Con ocasión de la denuncia presentada por Karen Atala y sus hijas en contra del Estado de Chile debido a la discriminación de que fue objeto por parte de la Corte Suprema chilena, los gastos y costas procesales en que se ha incurrido ascienden a USD\$ 80,200. A continuación se exponen estos gastos y costas (contadas en horas de trabajo):

1. Costas de tramitación del Recurso de Queja en Chile: US\$20.000

2. Costas de presentación de denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- 1) 50 horas de preparación de denuncia
- 2) 50 horas de preparación de audiencia ante la CIDH
- 3) 1 hora de audiencia ante la CIDH

Total 101 horas

2. Costas incurridas durante el proceso de solución amistosa.

- 1) 50 horas de preparación para 5 reuniones (10 horas por cada reunión) con representantes del Estado, celebradas en Washington, DC y Santiago.
- 2) 66 horas de traslados entre Santiago y Washington (3 viajes -ida y vuelta- de 11 horas c/tramo).
- 3) 150 horas de preparación de 10 escritos (15 horas por cada escrito) presentados ante la CIDH.

Total 266 horas

3. Costas incurridas en la preparación de la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

80 horas de preparación de la demanda escrito

Total de horas de trabajo al momento de presentarse este escrito: 457

Cada hora de trabajo es calculada a US 200: $457 \times 200 = \text{USD } \91.400

4. Costas incurridas en la preparación de la audiencia y alegatos finales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

120 horas de preparación de la audiencia
100 horas de preparación del presente escrito

Cada hora de trabajo es calculada a US\$200: 220 x 200 = USD \$44,000

El viaje a Bogotá de 6 abogados para la audiencia, con un costo
UD\$2,000 por persona = USD \$12,000

10. Solicitudes de esta parte a la Honorable Corte.

Solicitamos a esta Honorable Corte que condene al Estado de Chile por la violación de los derechos de Karen Atala y de sus tres hijas M., V. y R. por las violaciones de derechos señaladas y se ordenen las reparaciones de acuerdo a lo solicitado en este escrito.

Atentamente,



Helena Olea,
Abogada,
Corporación Humanas



Macarena Sáez,
Abogada,
Libertades Públicas A.G.



Jorge Contesse,
Abogado,
Centro de Derechos Humanos,
Facultad de Derecho,
Universidad Diego Portales