



**Respuesta del Estado de Chile a la Demanda y escrito de los peticionarios
en su contra en el Caso N° 12.502 (Karen Atala Riffó y otras vs. Chile)
ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Índice

I.	Observaciones generales	3
II.	Estructura expositiva de la defensa del Estado de Chile	4
III.	Derechos que la CIDH estima violados por el Estado de Chile	4
	A. Sobre la supuesta violación al derecho de la igualdad y no discriminación en perjuicio de Karen Atala	5
	A.1) La Corte Suprema otorga la tuición al padre en consideración al principio del interés superior del niño (en este caso, el interés de M., V. y R. López)	6
	A.2) Contrariamente a lo señalado por los peticionarios y la CIDH en sus escritos, existe abundante prueba en autos tanto respecto de los perjuicios que sufrían las niñas en las circunstancias en que se encontraban como respecto de los beneficios que les ofrecía el cuidado de su padre	11
	A.3) Consideraciones sobre la subsidiaridad de la jurisdicción internacional	17
	B. Sobre la supuesta violación del derecho a la vida privada en perjuicio de Karen Atala	20
	C. Sobre la supuesta violación del derecho a la vida privada y familiar en perjuicio de Karen Atala y M., V. y R. López	24
	D. Sobre el supuesto incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones de protección especial de las niñas y del aseguramiento de igualdad de derechos de los cónyuges tras la disolución del matrimonio	23
	- Avances en materia de derecho de familia en los últimos años	26
	E. Sobre la supuesta violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de Karen Atala	28
IV.	Respecto de las Reparaciones solicitadas por la Comisión y la peticionaria en sus escritos	32
	A. Respecto a la reparación material e inmaterial del daño	32
	B. Respecto a la investigación y aplicación de consecuencias legales a los autores de las supuestas violaciones	32
	C. Respecto a las medidas de no repetición	33
V.	Respaldo probatorio	33
VI.	Co-agentes	35

Santiago, 11 de marzo de 2011

Ref.: Caso N° 12.502
Karen Atala Riffo y
otras vs. Chile

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

Excelentísimo Señor Secretario:

De conformidad con lo establecido en la decisión adoptada por esta Ilustrísima Corte el 12 de enero de 2011, el Estado de Chile viene en formular, dentro de plazo, sus descargos y alegatos relativos a la Demanda interpuesta en su contra en el Caso N° 12.502 (*Karen Atala Riffo y otras v. Chile*).

I. Observaciones Generales

1. El Estado de Chile quisiera, al momento de realizar su primera presentación de autos, reiterar su irrestricta y permanente voluntad de progresar en la protección de los derechos humanos y avanzar en la promoción de una cultura de respeto y no discriminación como pilar esencial de una democracia sólida e inclusiva.
2. En este marco y honrando su tradición de respeto y colaboración con los órganos del Sistema Interamericano, el Estado compareció al procedimiento iniciado por la señora Karen Atala ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 2004, mediante la Petición 1271-04. En ese mismo espíritu, a lo largo del proceso se proveyó por esta parte toda la información solicitada y se presentaron los descargos correspondientes a las acusaciones sobre la supuesta violación de derechos humanos formuladas por la peticionaria.
3. Luego de evacuado el Informe de Admisibilidad el año 2008, el Estado, además de plantear su defensa ante dichas acusaciones, manifestó su permanente disposición por alcanzar una solución amistosa del caso, la que no pudo ser cumplida debido a la imposibilidad de acceder a todas las pretensiones de la peticionaria.

4. En este contexto, continuó el proceso hasta la elaboración por parte de la CIDH del Informe de Fondo en el que se formularon varias recomendaciones al Estado. No obstante Chile manifestara su rechazo a los argumentos esgrimidos por la Comisión respecto a estas supuestas violaciones, se realizaron todos los esfuerzos para colaborar con la CIDH en el brevísimo plazo otorgado. A pesar de esto, la Comisión Interamericana estimó pertinente en septiembre de 2010 elevar esta causa mediante un escrito de Demanda para la vista de esta Ilustrísima Corte. Ante esta nueva instancia, el Estado procederá ahora, según corresponde, a hacer los descargos pertinentes, tanto respecto de las acusaciones presentadas en la Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de los argumentos esgrimidos en el escrito de los peticionarios.

5. En esta presentación, el Estado de Chile pretende acreditar que tanto la legislación vigente que regula el ejercicio del derecho de tuición como las políticas públicas implementadas en la materia, no constituyen de modo alguno prácticas discriminatorias, menos aún en consideración a la orientación sexual de una persona.

II. Estructura expositiva de la defensa del Estado de Chile

6. Con el objetivo de responder de manera orgánica a las imputaciones que tanto la CIDH como los peticionarios han hecho contra el Estado, se procederá a analizar uno a uno los derechos que el Informe de Fondo y la Demanda estiman vulnerados, demostrándose respecto de cada uno de ellos la estricta observancia de los parámetros contenidos en los compromisos que el Estado de Chile ha contraído en materia de protección de los derechos humanos.

7. Una vez desarrollados los argumentos de la defensa, se hará finalmente un breve análisis de algunas de las peticiones que tanto la CIDH como la parte peticionaria han solicitado a modo de reparaciones adecuadas a la supuesta violación de dichos derechos.

III. Derechos que la CIDH estima violados por el Estado de Chile

8. De acuerdo al orden en que han sido expuestos por la contraparte, estos son:

- a) Violación del derecho a la igualdad y no discriminación (Artículo 24 de la CADH) en perjuicio de Karen Atala.
- b) Violación del derecho a la vida privada (Artículo 11.2 de la CADH) en perjuicio de Karen Atala.
- c) Violación del derecho a la vida privada y familiar (Artículos 11.2 y 17.1 de la CADH) en perjuicio de Karen Atala y M., V. y R. López (hijas de la Señora Atala).
- d) Incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones de protección especial de las niñas y del aseguramiento de igualdad de derechos de los cónyuges tras la disolución del matrimonio (Artículos 19 y 17.4 de la CADH) en perjuicio de M., V. y R. López.

- e) Violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (Artículos 8.1 y 25.1 de la CADH) en perjuicio de Karen Atala.

A) Sobre la supuesta violación del derecho a la igualdad y no discriminación (Artículo 24 de la CADH) en perjuicio de Karen Atala

9. La peticionaria inició este proceso ante el Sistema Interamericano al estimar que la sentencia del Recurso de Queja visto por la Corte Suprema de Chile el 31 de mayo de 2004 -que confirmaba la decisión de entregar la tuición de sus tres hijas al padre de las niñas- constituía un acto violatorio de su derecho a la igualdad y no discriminación (Artículo 24 de la CADH). Su argumento se basó, como se reitera en la Demanda de la CIDH ante esta Ilustrísima Corte, en que la resolución del Tribunal Superior de Justicia hubiera sido determinada sobre la base de prejuicios discriminatorios, incompatibles con las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos (párrafo 1, Demanda CIDH).

10. La Comisión, al demandar ante esta Ilustrísima Corte, ha señalado además que este caso permitirá un pronunciamiento por vez primera sobre la discriminación con base en la orientación sexual, aspecto que a su juicio constituye una dimensión esencial de la vida privada de las personas y que a su parecer debe permanecer exento de interferencias arbitrarias por parte del Estado.

11. El hecho específico que se esgrime como causante de que la decisión de la Corte Suprema constituyera un acto discriminatorio sería, según se señala tanto en el Informe de Admisibilidad, Informe de Fondo (Informe 139/09) como Demanda ante esta Ilustrísima Corte, el que el otorgamiento de la tuición al padre de las niñas se habría decidido sólo en base a prejuicios discriminatorios respecto a la expresión de la orientación sexual de la madre, no existiendo -como se reitera en los escritos de la parte demandante- *“información alguna que demostrara que la orientación sexual de doña Karen Atala o la expresión de ésta en su proyecto de vida, constituyera riesgo para sus hijas”* (párrafo 112, Informe de Fondo CIDH).

12. La Comisión ha entendido a lo largo de este juicio, por tanto, que la distinción hecha por la Corte Suprema ha sido arbitraria por cuanto la tuición de las niñas hubiera sido removida de la madre a favor del padre sólo por la opción sexual de ésta (confróntese párrafo 65 de la Demanda).

13. Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario proceder a demostrar, en contra a lo que se ha señalado en autos, que no es efectivo que **la razón por la que los tribunales chilenos resolvieran remover la tuición de la madre para entregársela al padre en el caso de las niñas López Atala, fuera la orientación sexual de la señora Karen Atala.**

A.1) La Corte Suprema otorga la tuición al padre en consideración al principio del interés superior del niño (en este caso, el interés de M., V. y R. López).

14. La contraparte ha intentado en todo momento circunscribir este caso a lo que pareciera ser una decisión de los tribunales chilenos en torno a la orientación sexual de la madre y la inhabilidad o no que esta orientación le produjera en vistas a ejercer el rol maternal cuando, por el contrario, **este es y ha sido en todo momento un caso referido al bienestar de las tres niñas y a la ponderación de todas las circunstancias que tengan efecto en dicho bienestar.**

15. El objeto del juicio de tuición no era la declaración de inhabilidad de la peticionaria y es por eso un error suponer, como lo pretende la contraparte, que la Corte Suprema actuó en base a prejuicios *a priori* al haber entregado la tuición de las hijas al padre sin que se hubiese probado que la orientación sexual de la Sra. Karen Atala la inhabilitara en su rol maternal.

16. Son varios los errores respecto a este punto que se han venido repitiendo desde el Informe de Admisibilidad. El principal de ellos radica justamente en la suposición que el fallo de la Corte Suprema implicó un juicio sobre la inhabilidad o no para el ejercicio de las funciones paternas en padres o madres debido a su opción sexual cuando, justamente, lo que el Recurso de Queja presentado en contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco -que confirmaba la tuición a favor de Karen Atala- tenía por objeto revertir la omisión que se había realizado en los tribunales de instancia.

17. Estos tribunales (Tribunal de Letras de Villarrica y Corte de Apelaciones de Temuco), no apreciaron estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso, interpretando por ello las normas de tuición de nuestro Código Civil en el sentido de permitir que la madre conservaba el derecho a ejercer la tuición sobre sus hijas mientras no se demostrara su inhabilidad para tal cometido. Esto, incluso, imponiéndose (el derecho de la madre) por sobre el interés superior de las niñas, como sucedería cuando siendo ambos padres hábiles se privilegiara a la madre, aun cuando el otro cónyuge ofreciera mayor protección a los intereses de las niñas.

18. Es en esta lógica que los Tribunales de Primera y Segunda Instancia consideraron suficiente los informes presentados por los abogados de la Sra. Karen Atala referentes a que, en teoría, los hijos de un padre o madre que conviviera con su pareja del mismo sexo no sufrirían por este solo hecho daños en su desarrollo, decidiendo omitir por tanto todo análisis de la prueba presentada por el padre respecto a las mejores condiciones que éste les ofrecía.

19. Asimismo, la contraparte, como se hace evidente de la lectura de sus escritos, hace suya esta argumentación de los jueces de instancia y supone que, al haberse dado suficiente prueba de que la orientación sexual de la Sra. Karen Atala no constituía "*una causa calificada de inhabilidad*", sólo cabría suponer que la resolución de la Corte Suprema fue una decisión basada en prejuicios referentes a su opción sexual.

20. Resulta evidente que esta interpretación desatiende el carácter sistemático de nuestro ordenamiento jurídico, pues recoge aisladamente el inciso 1° del Artículo 225 del Código Civil, ignorando las consideraciones que se establecen en el inciso 2° del mismo Artículo, así como el Artículo 242 del mismo cuerpo legal.

21. En efecto, el Art. 225 del Libro I, Título IX “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, señala que:

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

22. Agregándose en su inciso 2° que:

“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”.

23. A su vez, el Artículo 242 del mismo Código señala en su inciso final que, “*en todo caso, para adoptar sus resoluciones el Juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.*”

24. A estas normas es preciso sumarle las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que es parte vigente de nuestro ordenamiento jurídico y que claramente guía la interpretación de toda norma referente a los hijos, priorizando su interés superior frente a cualquier otro bien en conflicto.

25. Como bien ha reiterado la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de Chile, los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado y que se encuentren vigentes constituyen parte integral de nuestro ordenamiento jurídico.

26. Entre dichos instrumentos ratificados por Chile, se encuentra la Convención de los Derechos del Niño que consagra perentoriamente en su Art. 1°, como criterio fundamental para decidir cualquier situación en la que esté involucrado un menor, la consideración primordial del interés superior del niño.¹

27. Aplicado entonces el Art. 225 del Código Civil de manera íntegra y relacionándolo tanto con el Art. 242 del Código Civil como con los principios rectores de la no discriminación por sexo de la CADH, así como la obligación de privilegiar el interés superior del niño en toda decisión que lo involucre, resulta evidente que un juicio de tuición

¹ Gloria Baeza Concha “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol.28, n° 2 p. 356.

no debe limitarse a la consideración de las pruebas sobre la inhabilidad o no de la madre, pues aun siendo ésta hábil, el análisis que deben realizar los jueces debe extenderse a todas las circunstancias concretas que les permitan ponderar en igualdad de condiciones si alguno de los padres efectivamente ofrece un mayor aseguramiento del interés superior de los hijos.

28. Como se señalara, por tanto, la Corte Suprema acogió el Recurso de Queja porque justamente, en opinión de dicho Tribunal Superior, los tribunales inferiores, omitiendo todo análisis de la prueba presentada por el padre dieron por suficiente la prueba de la no inhabilidad de la Sra. Atala para sentenciar la cuestión a su favor y en contra del Sr. López.

29. La Corte Suprema, por tanto, no buscó realizar un juzgamiento respecto de la inhabilidad o no de un progenitor homosexual para criar a sus hijos sino que, conforme a las obligaciones vigentes en derechos humanos y dentro del marco de la correcta interpretación de las normas de tuición de nuestro Código Civil, veló porque se otorgara el cuidado de la niñas M., V. y R. López al progenitor que resguardara de mejor manera su interés superior.

30. A este respecto y confirmando la ponderación de intereses en conflicto realizada por la Corte Suprema, el derecho internacional de los derechos humanos es categórico en señalar que el interés superior del niño debe ser protegido y promovido con prioridad a otros intereses comprometidos.

31. En rigor, en una situación como la del presente juicio, la consideración acerca de la orientación sexual de los padres o su manifestación debe ser completamente indiferente por sí misma con vistas a la determinación de cuál de los progenitores resulta más idóneo para obtener la custodia del menor, puesto que en esta decisión debe primar únicamente el principio del interés superior del niño.

32. En todo juicio de tuición el tribunal tiene el deber de considerar todas y cada una de las circunstancias concretas de los padres, a fin de juzgar de manera ecuánime en qué hogar y bajo qué cuidado los niños verán sus intereses mejor resguardados.

33. Como bien señala el Profesor Gonzalo Aguilar Cavallo,² el principio del interés superior del niño posee un carácter prácticamente consuetudinario, transformándose en un principio general de derecho internacional, lo que se ratifica en la masiva aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, donde este principio se consagra expresamente. Como explica el Profesor Aguilar Cavallo, los niños no son sólo sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho. Así, el principio del interés superior del niño es recogido en el Art. 3.1 de dicha Convención, señalándose que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, se atenderá como una consideración primordial el interés superior del niño. **Esta consideración primordial de los intereses del menor por sobre otros intereses en juego ha sido**

² AGUILAR CAVALLO, GONZALO, "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 6, No. 1, 2008, pp. 223-247.

recalcada por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, bajo el lema “los niños ante todo”.³

34. El interés superior del niño, entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la persona del menor de edad y en general de sus derechos que buscan su mejor bienestar,⁴ no sólo implica un límite y un deber de respeto y promoción prioritario a la actividad estatal, sino que [se impone también] a la sociedad entera y a la familia misma.⁵

35. Este punto es especialmente importante, pues los derechos amparados en el interés superior del menor no sólo constituyen un claro límite al Estado en la búsqueda de otros fines sociales sino que también respecto de los particulares, cuando la promoción de algunos de sus objetivos –por muy lícitos y loables que sean, como lo es ciertamente la erradicación de toda discriminación por orientación sexual- afecta el interés superior del niño. Esto significa que otros derechos pueden y deben ser limitados en vistas a un bien que pasa a ser principalísimo, como lo es el interés superior del niño. Este ha sido el objetivo y fundamento último de la actuación de nuestra Corte Suprema.

36. En la determinación de dicho interés, el juez necesariamente debe considerar todo factor que implique, como señala M.A. Ramolotja,⁶ “cualquier daño que el niño haya sufrido o esté en riesgo de sufrir”. El juez, por tanto, tiene que **considerar todos los factores que puedan influir en su bienestar**. En este sentido es que el juez no deberá incluir en su análisis consideraciones respecto a la orientación sexual de los progenitores como un impedimento para desempeñar el rol de padre o madre en base a suposiciones *a priori* o prejuicios, sino que podrá y deberá considerar las características de los progenitores, cualquiera sean estas, sólo en cuanto efectivamente tengan implicancias concretas en el bienestar de los hijos.

37. Resulta especialmente importante hacer ver a esta Ilustrísima Corte la improcedencia de la analogía que la contraparte intenta hacer entre este caso y el caso *Palmore vs. Sidoti* 446 US 429 de 1984, donde la Corte Suprema norteamericana señalara que un tribunal no puede “escudarse” en estereotipos sociales discriminatorios para justificar su propia discriminación. En efecto, en dicho caso en el que la Corte Suprema norteamericana revocó la decisión de una corte estatal que había quitado la custodia de una niña a su madre porque ésta se había casado con un hombre de distinto color, **no existió ninguna evidencia respecto a la calidad del cuidado materno más allá a las referencias raciales; mientras que en el proceso de Karen Atala existe variada prueba, independiente de la orientación sexual, para atestiguar el mejor cuidado provisto por el padre respecto de las hijas**. La comparación de ambos procesos es manifiestamente infundada, pues en el caso norteamericano efectivamente no existe prueba alguna del daño a la hija de la mujer más allá de la presunción hipotética de que en el futuro sufrirá rechazo

³ Véase AGUILAR CAVALLLO, GONZALO, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, No. 1, 2008, pp. 223-247.

⁴ BAEZA, GLORIA (2001).

⁵ AGUILAR CAVALLLO, GONZALO, (2008), pg. 230.

⁶ RAMOLOTJA, M.A., *Determining the best interest of the child*, 1999.

en el colegio, mientras que en el caso en autos, abunda la prueba que describe como en el presente y de manera concreta las niñas están experimentando las consecuencias de la compleja convivencia con su madre, tanto en términos de su desarrollo personal como social.

38. Nos parece que está fuera de discusión que para avanzar hacia una sociedad más tolerante se requiere el esfuerzo y el sacrificio de muchas personas que, yendo a la vanguardia, se expongan a la crítica y al aislamiento por parte de la sociedad de su tiempo. Pero ese noble afán no puede llegar al punto de mantener a tres niñas menores de edad bajo el cuidado de aquel de sus padres que, con total independencia de su orientación sexual, ofrecía objetivamente inferiores condiciones para ese cuidado según los antecedentes del proceso judicial llevado a efecto.

39. La Ilustrísima Corte Interamericana, 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.

40. Por lo demás, no existiendo cosa juzgada material en el derecho de tuición chileno, hubiera sido perfectamente posible que las niñas, alcanzando una edad algo mayor, hubieran vuelto a vivir con su madre (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).

41. Obrar como sugiere la Comisión, implicaría una amenaza velada a la regla de oro de la ética de los derechos humanos, ya que significaría tratar como medios para un fin a aquellos seres que, como ya se ha expuesto, se consideran sujetos de especial protección por los sistemas de derechos humanos debido a su indefensión.

42. La causa que se ventila ante esta Ilustrísima Corte no es, como quisiera hacer ver la contraparte, una disputa ideológica respecto a la discriminación por orientación sexual pues ese no ha sido nunca el punto de autos, sino que ha sido la búsqueda del interés superior de las niñas el que, como hemos señalado, opera como límite y protección de los menores frente a cualquier otro interés en conflicto, no sólo frente al Estado sino también respecto de la familia o la sociedad.

43. El Estado de Chile, en su promoción de una sociedad inclusiva y tolerante, aboga por la erradicación de toda discriminación arbitraria, incluidas aquellas que pudieran basarse en la orientación sexual. Sin embargo, el modo adecuado de establecer una jurisprudencia incontestable al respecto, no es utilizar como medio a tres niñas menores de edad que, de haber permanecido en esa situación, hubieran visto afectado su interés superior.

A.2) Contrariamente a lo señalado por los peticionarios y la CIDH en sus escritos, existe abundante prueba en autos tanto respecto de los perjuicios que sufrían las niñas en las circunstancias en que se encontraban, como respecto de los beneficios que les ofrecía el cuidado de su padre.

44. A continuación expondremos la prueba presentada ante los tribunales chilenos que demuestra cómo y por qué la Corte Suprema falló, no en consideración abstracta de la orientación sexual de la madre ni menos por suponerla *per se* inhábil a causa de dicha orientación sino, por el contrario, en consideración a los hechos concretos que atestiguaban el mayor bienestar de las niñas con su padre.

45. Reiteramos aquí la inexactitud en que han caído tanto los peticionarios como la Comisión al señalar que en el proceso de tuición ventilado ante los tribunales chilenos no existía prueba alguna sobre los perjuicios concretos que las niñas estaban sufriendo ni de las mejores condiciones de vida que les ofrecía el padre.⁷

46. Por el contrario, destacan en este sentido los relatos de testigos que narran cómo el padre era quien siempre atendía a las niñas y se preocupaba de ellas. De la misma manera, existe también prueba concreta de las circunstancias adversas que enmarcaban la convivencia con la madre y las 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 interés superior de las niñas, que la tuición de ellas fuese entregada al padre.

47. La Corte Suprema de Chile, en diversos considerandos de su sentencia del 31 de mayo de 2004, centra sus argumentaciones en la importancia que posee el interés superior del menor para la determinación del mejor medio ambiente en que éste pueda desarrollarse de la forma más armónica posible. En tal sentido, los considerandos 8° a 10° de la sentencia

⁷ Existen en el proceso numerosos testimonios e informes que dan cuenta del daño que experimentaban las menores en convivencia con su madre como también del mejor trato que les brindaba el padre. Se adjunta a este escrito la prueba testimonial de:

- a) Gabriela Novoa Muñoz, abogada cercana a la familia López Atala, en fojas 244 y siguientes.
- b) Solange Sufán Aria, abogada, a fojas 247 y siguientes.
- c) Erecilda Solís Ruiz, trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala, a fojas 250.
- d) Ana Pacheco Guzmán, trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala, a fojas 252 y siguientes.
- e) Graciela Curin Jara, trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala, a fojas 253 y siguientes.
- f) María Isabel Thiers Riquelme, psicóloga, a fojas 253 y siguientes.
- g) Edith Retamal Arévalo, licenciada en trabajo social, a fojas 259 y siguientes.⁷

Se adjunta también la prueba pericial rendida en el proceso destinada a demostrar fehacientemente la aptitud del padre para cuidar a sus hijas, así como el mayor bienestar psíquico y social que éste les ofrecía:

- a) Informes psicológicos elaborados por María Isabel Thiers R. y el informe social de Paola Retamal Acevedo, acompañados al proceso por la parte demandante.
- b) Informe socioeconómico emitido por Zaira Bengochea, a fojas 293 (este informe fue evacuado mediante oficio solicitado por la propia Sra. Atala).
- c) Informe social elaborado por la asistente social del tribunal, doña Mónica Alvarado Oyarzún, a fojas 302 (de especial importancia pues señala que por ahora las niñas estarán mejor con el padre pero que tal vez ya mayores puedan asumir las dificultades sociales que les traerá el vivir con una madre que convive con una pareja del mismo sexo (recordar el carácter no definitivo de la sentencia de tuición cuya revisión se puede solicitar todas las veces que las circunstancias cambien)).
- d) Informe de la psicóloga-perito judicial Giselle J. Acosta Grant (que establece, entre otras desventajas de la Jueza respecto a la tuición, su inestabilidad emocional, dificultad para reconocer y entregar afecto, afectividad depresiva, impulsividad conductual, dificultad para responder a los requerimientos de otros, debido a una actitud centrada en sí misma que obstaculizan el ejercicio adecuado de su rol materno).
- e) Informes del Servicio Médico Legal (practicados en respuesta a oficio solicitado por la demandada).

detallan que el referido interés superior del niño se encuentra radicado en una serie de obligaciones y responsabilidades “*para quienes tienen a su cargo el cuidado personal de los hijos*” (Considerando 8°). Explica el Tribunal Superior que este principio-deber se lleva a efecto en la concreción de una multitud de acciones que van desde la elección del establecimiento educacional hasta la búsqueda del mejor ambiente para el desarrollo de la estabilidad emocional que necesita un menor para su crianza y crecimiento.

48. Así, la Corte Suprema se explaya argumentando que la preocupación fundamental de los padres debe ser el interés superior del menor, lo que necesariamente implica superponer en parte los intereses y condiciones que permitan el mayor desarrollo espiritual posible del menor por sobre el desarrollo personal del padre o madre (Considerando 9°). Este fue el objetivo en el que se fundó la Corte Suprema de Chile para su decisión.

49. Siendo, por tanto, el interés superior del niño el resorte que llevó a la Corte Suprema a aceptar el Recurso de Queja en razón de la incompleta ponderación de la prueba realizada por los tribunales de instancia (que omitieran el análisis de cuantiosa prueba referida a muchas características de la señora Karen Atala que no tenían ninguna relación con su orientación sexual y que, sin embargo, ponían en riesgo el desarrollo de las niñas y su interés superior), se hace procedente pasar ahora a exponer los testimonios y los informes periciales que la contraparte ha evitado mencionar a lo largo de sus presentaciones para justificar que la decisión de la Corte Suprema fue arbitraria y basada en meros prejuicios respecto de la orientación sexual.

50. En primer término, la prueba presentada durante el juicio de tuición ante el Tribunal de Primera Instancia evidencia que la peticionaria demostraba una intensa actitud centrada en su persona, como queda demostrado en su propia declaración, plasmada en la absolución de posiciones, pregunta N° 38, rolada a fojas 267 y siguientes. Así mismo el informe psicológico, rolado a fojas 406 y siguientes, señala que [la Sra. Karen Atala] posee características personales que dificultan el ejercicio adecuado de su rol maternal, principalmente, por estar centrada en sí misma, lo que le impide responder satisfactoriamente a los requerimientos de sus hijas.

51. Asimismo, la testigo Gabriela Novoa Muñoz, abogada y cercana a la familia López Atala, advierte a fojas 244 vuelta y siguientes acerca de la falta de atención de la madre hacia sus hijas y el efecto que causaba en las niñas: “*han cambiado y están más irascibles, irritables, lloronas y [la mayor de las niñas] asumiendo el papel de mamá de sus hermanas. Además me impresionó mucho que S. el hijo mayor de Karen decidiera irse a vivir con su papá porque siempre lo vi muy solo y con una relación mucho más cercana con Jaime que con Karen, con Jaime conversaban, salían*”.

52. Como se aprecia, las condiciones a las que alude la prueba no dicen relación con la orientación sexual de la peticionaria. En efecto, la Corte Suprema plantea y resuelve la cuestión desde la perspectiva del interés superior de las niñas en búsqueda del mejor ambiente para su desarrollo personal, espiritual, psicológico, social y material posible.

53. Debido a las evidencias obtenidas durante la elaboración del informe al que se hace referencia en el párrafo anterior, se desprende que la madre no ofrece un medio ambiente del todo idóneo para el desarrollo de las menores. En tal sentido, el propio informe concluye que existen diversas características psicológicas de la madre que *“minimizan la promoción de un ambiente familiar afectivo, que le permita ofrecer efectivamente a las menores seguridad, vinculación y estabilidad, a través del tiempo”* (fs. 418).

54. Asimismo, los informes psicológicos, acompañados a fojas 627 y siguientes del expediente de primera instancia, señalan que **las niñas se encontraban adaptadas a la convivencia y tuición por parte de su padre**. En tal sentido, entre los diversos informes que se acompañan en autos se puede citar a modo de ejemplo, a fojas 359 y siguientes, el informe que atestigua del ambiente óptimo que ofrece el padre para el desarrollo de las menores, lo cual se ve reforzado por las diversas declaraciones de los testigos a fojas 241 y siguientes, quienes **destacan la dedicación y esmero con que el padre se dedica a la crianza de las niñas, lo cual se denota en que el proceso de integración social, familiar, educacional y psicológico a su nueva realidad ha sido del todo normal y pacífico**.

55. A mayor abundamiento, la testigo Erecilda Solís Ruiz, trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala, declaró a fojas 250 que: *“Cuando don Jaime trabajaba en Temuco y las niñas estaban sólo con doña Karen noté que las niñas lo echaban mucho de menos, me decían que sobre todo en la tarde él se preocupaba de ellas, las acostaba y se levantaba en la noche y las arropaba, las bañaba en la tarde también, les preparaba la papa, se levantaba temprano y se las daba, la señora Karen no se preocupaba de ello”*.

56. La misma testigo agrega que: [a don Jaime] *“Yo lo conocí así como mejor papá, el que se preocupaba más de las niñas, le daba la comida, las cambiaba de pañales, las acostaba y se acostaba con ellas; la señora Karen no hacía lo mismo, no era cariñosa con ellas y le pedía a don Jaime que lo hiciera, y la mayor parte del día las atendía yo”*.

57. A su vez, la testigo Ana Pacheco Guzmán, también trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala, indicó a fojas 252 y siguientes que *“don Jaime es una persona preocupada en todo sentido, siempre era él quien le daba más atención a las niñas, a la señora Karen yo la veía muy poco a don Jaime también, pero cuando llegaban él era el que se preocupaba de las niñas”*. Por el contrario, en cuanto a la relación afectiva de la madre con sus hijas la testigo indicó que *“...vi que se preocupaba muy poco, ella tenía guaguüita muy chica, como de cuatro meses, y ella salía y me la dejaba a mi cuidado, incluso había una tía de ella quien la cuidaba y siempre le estaba pidiendo al padre que viera a las niñas, que las bañara, ya que ella tenía que hacer, eso es lo que yo vi”*.

58. Graciela Curin Jara, también trabajadora de casa particular en el hogar de la familia López Atala, realiza declaraciones especialmente ilustrativas respecto del ambiente familiar. Así, a fojas 253 vuelta y siguientes, sostiene que *“cuando yo trabajé con ella, don Jaime estaba a cargo de las niñas, ya que la señora Karen no la vi ..., pero cuando ella tuvo a su guaguüita la empecé a ver más ... y comencé a conocerla más, cómo trataba a las niñas, no tenía buen trato con ellas, cuando las niñas no le hacían caso ella les pegaba y*

tenía hasta mal trato con la tía Judy, le pegaba al niño mayor cuando éste no venía al tiro a servirse la comida, y me retaba a mí cuando les llevaba la comida para arriba ... yo era empleada servicio completo, no me dejaba tomar desayuno, ya que me decía que tenía que ir a cambiar a los niños, por lo que tenía que dejar el desayuno ahí, así era ella con los maltratos en su casa. Yo tenía que ayudar a hacer las tareas a las niñas, ella no se dedicaba a hacer nada por las niñas, no tenía ningún desempeño en la casa, y cuando estaba la guagüita chica, me dejaba un vasito con leche para que yo le diera mientras ella no estaba y yo tenía que mantenerla con eso. Ella insultaba a don Jaime cuando éste no le hacía las cosas a las niñas, ya que él tenía que hacerle todo lo que ella le decía, eso es todo lo que yo he visto en su casa”.

59. Repreguntada esta testigo acerca de la periodicidad de los maltratos que la Sra. Karen Atala infringía a sus hijas, indicó que era algo “...frecuente, todos los días, por no comerse la comida, hasta por botar un vaso de agua les pegaba”.

60. En cambio, consultada sobre la relación del padre con las menores, la testigo declaró que “se levantaba un cuarto para las siete, me ayudaba a vestir a las niñas, las iba a dejar al colegio y luego se iba al trabajo como a las 8:30”, y que “todos los días tomaba desayuno con ellas y venía a almorzar con ellas, las iba a dejar al colegio, iba a reuniones también, hacía las compras del hogar, les enseñaba a las niñas y cuando no podía llegar me llamaba por teléfono para preguntar si tenían tareas y les ayudaba por teléfono a hacerlas”. Esta testigo confirma que, luego del regreso de la madre al hogar común –ya que trabajó y vivió un tiempo en otra ciudad-, y frente a la consulta sobre de cómo se comenzaron a distribuir las funciones entre los padres, “siguió haciendo esa labor don Jaime, ella se dedicaba a mandar”. “La señora Karen nunca las peinó o vistió, todo el tiempo que yo estuve, nunca les leyó un cuento, ni menos las levantó”.

61. Por su parte, la peticionaria sólo presentó dos testigos respecto de estos hechos, cuyas declaraciones no tuvieron el mismo valor probatorio para la Corte Suprema, en atención a que se trataba de personas que no tenían un contacto directo con el padre o madre mientras estaban con las niñas y jamás estuvieron en el hogar familiar.⁸

62. Resulta claro a la luz de estas pruebas, presentadas todas en el proceso original llevado ante tribunales chilenos, que la CIDH ha incurrido en una omisión al atribuir la distinción realizada por la Corte Suprema de Chile a meros prejuicios respecto a la orientación sexual de la señora Karen Atala, sin hacer referencia alguna a la existencia de otros y relevantes factores ventilados y probados en el proceso que aquí se citan y que fueron determinantes para entregar la tuición de las menores al padre.

⁸ Así, doña Evie Pizarro Arias, apoderada del colegio de las menores, y doña Faride Marcos Manzur, secretaria del Centro Médico en que aquéllas se atendían, manifestaron positivas opiniones de la demandada, pero ellas sólo tenían contacto con ella y las menores en contextos limitados, no dentro de la intimidad del hogar, donde la relación entre padres e hijos se patentiza con mayor claridad. Por lo demás, tampoco entregaron antecedente alguno que permitiera fundar una supuesta incapacidad del padre para ostentar la tuición.

63. Tal como lo ha señalado la doctrina, en todo proceso de tuición hay siempre dos aspectos que acreditar: (i) la capacidad o habilidad de los padres para tener la tuición de sus hijos y (ii) el impacto que en los menores provoca el medio ambiente ofrecido por cada uno de los progenitores. Estos fueron, en efecto, los puntos de pruebas del juicio de tuición iniciado por el Sr. Jaime López para obtener el cuidado de sus hijas.

64. La Demanda que la Comisión ha interpuesto ante esta Ilustrísima Corte, sin embargo, se funda únicamente en una supuesta discriminación en razón del primero de estos puntos de prueba, pero cae en total indiferencia respecto del segundo de ellos. La Corte Suprema, por el contrario, estimó este segundo punto de prueba en el caso concreto como aquel que justificaba otorgarle el cuidado de las niñas al padre, en vistas al aseguramiento de su interés superior. Como se ha visto, existen numerosos testimonios sobre el daño efectivo que estaban sufriendo las menores al tiempo de la convivencia con su madre y su nueva pareja, así como también del mejor trato, mayor atención y mayor afectividad que les ofrecía su padre, el señor Jaime López, pruebas que presumimos la CIDH no tuvo a la vista cuando señala expresamente que no existiría “prueba alguna” en este sentido.

65. Como hemos reiterado, el Estado de Chile no ha puesto en duda la prueba pericial ofrecida por la peticionaria en el juicio de tuición que apuntaba meramente a descartar la incapacidad de las mujeres homosexuales para cumplir con los deberes propios de la maternidad en forma genérica. Por el contrario, la actuación de la Corte Suprema implicó el cumplimiento de la finalidad propia de un juicio de tuición; esto es, situar a las niñas bajo el cuidado parental que les asegure el mayor bienestar psíquico, social, económico y afectivo, en vistas a la ponderación de los beneficios y perjuicios reales y concretos que devienen de la convivencia con uno u otro progenitor.

66. Contra la supuesta inexistencia de un debido análisis de las aptitudes del padre para la crianza de sus hijas, se suma además la prueba pericial favorable a las capacidades de éste contenidas en los informes psicológicos elaborados por *María Isabel Thiers R.*, el informe social de *Paola Retamal Acevedo*, el informe socioeconómico emitido por *Zaira Bengochea*, el informe social elaborado por la asistente social del tribunal, doña *Mónica Alvarado Oyarzún*, el informe de la psicóloga-perito judicial *Giselle J. Acosta Grant*, y, en menor medida, los informes del *Servicio Médico Legal*.

67. En materia jurisdiccional, y en especial en materia de familia, el análisis de un caso en abstracto nunca puede primar por sobre la realidad concreta de quienes se busca proteger. Consta, como se ha señalado, que **casi todos los informes periciales que apoyan la postura de la Sra. Karen Atala fueron preparados por personas muy calificadas, pero que jamás se entrevistaron ni tuvieron conocimiento personal alguno con la peticionaria ni, mucho menos, con las menores.**

68. En el juicio de tuición, el segundo y más importante punto de prueba de los que hacíamos mención, es decir, el impacto que el medio ambiente ofrecido por cada padre provoca en los menores, es un tema esencialmente particular y concreto. Por ello, en la

resolución del caso los jueces deben preferir la prueba atingente directamente a los afectados. La no consideración de dicha prueba concreta fue justamente el abuso cometido por los jueces de primera y segunda instancia que dio origen al Recurso de Queja y el motivo por el cual dicho recurso fue acogido por la Corte Suprema.

69. A la luz de los antecedentes que en este escrito se han entregado, resulta evidentemente errado sostener que la decisión de la Corte Suprema estuvo basada en prejuicios respecto a la orientación sexual de la señora Karen Atala. Por el contrario, de conformidad con la prueba rendida en el proceso de tuición –cuya referencia ha sido omitida por la CIDH – resulta claro que **la decisión del Tribunal Superior de Justicia no se basó en la supuesta ineptitud de Karen Atala para ejercer la maternidad en cuanto mujer homosexual, sino en que el bien superior de las niñas se encontraba mejor resguardado, dadas las circunstancias concretas del caso, en la convivencia con su padre.**

70. La Corte Suprema hizo un análisis en concreto de la cuestión, ponderando los derechos en conflicto, otorgando el cuidado personal y la tuición de las niñas al padre por motivos calificados. Los jueces de la Corte no sólo han ponderado el valor de los informes científicos, de los informes en derecho, de los informes sociales y psicológicos, sino que también han evaluado los datos concretos de la realidad de las niñas tanto durante la custodia de la madre, así como también durante la custodia del padre. En esta decisión resultaron determinantes, por tanto, las declaraciones de testigos y familiares así como los informes emanados de los colegios donde estudiaban las niñas, los que permitieron al Tribunal Superior hacer una ponderación de los diversos derechos en conflicto y arribar a las conclusiones ya conocidas.

71. Muy significativo a este respecto resulta el informe de la sicóloga-perito judicial Giselle Acosta Grant, designada por el tribunal mediante oficio solicitado por la misma Sra. Karen Atala respecto de ambos padres y de los niños, y que a fojas 406 concluye que:

“Es opinión de este perito, que la condición homosexual lésbica de la madre no constituye, por sí, una causal de inhabilidad en este caso, sin embargo, es importante destacar que por el hecho de haber reprimido su condición sexual, a lo largo de su vida y, por las consecuencias psicológicas que ello le ocasionó, y por lo mismo, como una forma de lograr establecer un equilibrio emocional, decidió comenzar a aceptarse a sí misma, con escasa capacidad de comprender y considerar las necesidades de los otros, enmarcada en un comportamiento impulsivo y obstinado, que tiende a involucrar e imponer, esta opción de vida, a sus hijas, sobrevalorando la madurez y recursos afectivos y cognitivos de las menores, lo que le impide visualizar si ellas cuentan con los recursos psicológicos necesarios para su edad, que les permita asimilar, integrar y organizar adecuadamente estos nuevos mensajes transmitidos, y resguardar así la integridad psíquica y psicológica, además de prevenir, posibles daños o consecuencias para su desarrollo posterior”.

72. En tal sentido, se puede vislumbrar que la Corte Suprema intentó armonizar los derechos de cada uno de los padres como los de las niñas, fundamentando su resolución en la primacía del interés de estas últimas. En dicha evaluación, se hizo evidente la necesidad

de considerar el estado psicológico de los padres, ya que éste era un punto de apoyo fundamental para el desarrollo de las niñas.

73. La Corte Suprema no discriminó a la señora Atala por su opción sexual; dicha opción y su manifestación fueron sólo un antecedente y circunstancia más en la ponderación de los hechos en vistas a desentrañar el mejor ambiente para que las niñas se desarrollaran.

A.3) Consideraciones sobre la subsidiariedad de la jurisdicción internacional.

74. Sobre este punto, el Comisionado Paolo Carozza señaló en su voto separado al Informe de Fondo respecto de la decisión de la mayoría que: *"El resultado final es un grado sumamente elevado de intromisión por parte de la Comisión en la legítima autoridad de los actores y leyes del país, en general, y en el ámbito del derecho de familia, en particular. En resumen, conforme al estándar del escrutinio estricto lo que en otras circunstancias se consideraría como fuera del ámbito de autoridad del derecho e instituciones internacionales se ve incluido en las funciones de supervisión del sistema interamericano. Se trata de un precedente peligroso y perturbador que con el tiempo promete internacionalizar una parte muy sustancial del derecho de familia de los Estados"*.⁹

75. Una consecuencia central del carácter subsidiario del Sistema Interamericano se manifiesta en que a éste no le corresponde actuar ahí donde un tribunal nacional ha estado en condiciones de conocer los hechos concretos y circunstancias del caso, habiendo valorado esta prueba y existiendo sentencia a firme conforme a debido proceso. Por su naturaleza, el juicio de tuición, en el que se busca establecer cuál de los padres se encuentra en mejores condiciones para la custodia de los hijos en vistas a su interés superior es, por excelencia, un tipo de procedimiento judicial donde la Comisión debiera abstenerse de juzgar la sentencia en términos distintos del debido proceso. Esto lo reconoce la propia CIDH en el Párrafo 75 de su Informe de Fondo: *"... la Comisión desea aclarar que el objeto del presente informe no es emitir un pronunciamiento sobre si la custodia de M., V. y R. le correspondía a Karen Atala o al padre de las niñas. El examen que a continuación efectúa la Comisión, tiene por propósito dilucidar si en el proceso de custodia, las autoridades judiciales comprometieron la responsabilidad internacional del Estado chileno por haber aplicado estándares incompatibles con la Convención Americana"*.

76. La Comisión, no obstante su declaración, se contradice al pretender revisar la decisión de la Corte Suprema en orden a entregar al tuición al padre de las niñas López Atala basando su argumentación en la pretendida ausencia de prueba a favor de éste, y la prueba rendida en beneficio de la posición de la señora Karen Atala. Esta posición que se sostiene en la demanda ante esta Ilustrísima Corte es advertida en el Informe de Fondo evacuado por la mencionada Comisión por el ex Comisionado Carozza, el cual señala en su voto separado que: *"De igual forma, a pesar de que la Comisión insiste en que los órganos internacionales no deben ni deberían analizar la sustancia de los fallos relativos a la*

⁹ Página 45 del Informe de Fondo de la CIDH.

*custodia de los hijos, la determinación de que este fallo atenta contra el bienestar de los hijos, de hecho hace exacta e implícitamente lo que la Comisión dice que no está haciendo”.*¹⁰

77. No debe perderse de vista que la filosofía y propósito de estos mecanismos internacionales son por definición subsidiarios y complementarios de las jurisdicciones internas. En efecto, tal como señala el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, Timothy Endicott, “*los organismos internacionales son radicalmente subsidiarios*”¹¹ a fin de preservar el debido margen de apreciación que poseen las naciones, y que éstas entregan para su ejercicio tanto a las instituciones políticas internas de cada Estado como a los tribunales internacionales, respetando en cada caso las competencias propias que cada uno de ellos tiene en función de su naturaleza. Esta posición, sin embargo, no significa de manera alguna que el Estado pueda amparar en este principio acciones contrarias a los derechos humanos; al contrario, los organismos internacionales se constituyen en verdaderos garantes de los derechos de las personas cuando, de manera subsidiaria a la acción de los órganos internos, operan en situaciones donde ya no existe posibilidad alguna de reacción dentro del Estado que solucione la vulneración de derechos. En palabras del profesor Paolo Carozza, “*debemos considerar la subsidiariedad como el principio estructural del derecho internacional de los derechos humanos*”.¹² Una de las aplicaciones prácticas de esta regla en el sistema interamericano de derechos humanos es la necesidad de agotar los remedios en el derecho interno para poder recurrir ante la jurisdicción internacional, con el fin de mantener los procedimientos domésticos como el recurso primario.

78. Cuando un tribunal internacional busca ejercer una función propia de la judicatura interna de un país, como es la revisión de la prueba rendida en un procedimiento de tuición, está afectando un procedimiento que el Estado de Chile estableció en el orden interno para cumplir con sus fines propios, como es la posibilidad que otorga la legislación nacional para que se recurra ante el Tribunal de Familia competente para revertir la sentencia de la Corte Suprema, iniciando un nuevo procedimiento de tuición. Por esta razón el ex comisionado Carozza al comentar sobre los órganos internacionales y sus facultades interpretativas, afirma que “*los estados se mantienen como las autoridades primarias responsables de los derechos humanos dentro de sus jurisdicciones*”.¹³

79. Asimismo, como recalca el profesor Carnevali, la doctrina comparada en esta materia ha reconocido la necesidad de ponderar dos elementos en orden a legitimar la acción de un tribunal internacional en estas materias. Por ello, conjuntamente con el principio de subsidiariedad, la doctrina exige asimismo la concurrencia del principio de proporcionalidad en el actuar jurisdiccional supranacional.

¹⁰ Página 45 del Informe de Fondo de la CIDH.

¹¹ Endicott, Timothy (2010): “Sovereignty”, en *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press), p. 256. La traducción es nuestra.

¹² Carozza, Paolo (2003): “Subsidiarity as a structural principle of international human rights law”, en *The American Journal of International Law*, vol. 97, p. 38. La traducción es nuestra.

¹³ Carozza, Paolo (2003), op. cit., p. 62. La traducción es nuestra.

80. En relación al principio de proporcionalidad en el derecho comunitario europeo, Carnevali señala que “(...) *fundamentalmente, se refiere a la naturaleza de la intervención comunitaria, esto es, a la obligación de verificar si los medios con los que pretende actuar son los adecuados para el logro de su objetivo y si éstos no exceden de lo necesario para lograrlo. Mientras en sede de subsidiariedad lo que cabe es preguntarse si las entidades europeas pueden actuar, aquí la cuestión dice relación con la intensidad de tal intervención.*”¹⁴

81. De esta manera, de acuerdo a los propios dichos de los peticionarios en el escrito de argumentos, solicitudes y prueba donde aseguran que la legislación chilena en materia de derecho de familia no resulta discriminatoria, conjuntamente con la inexistencia de cosa juzgada material en este caso que impida a la señora Atala reclamar ante los tribunales nacionales el cuidado personal de sus hijas, pareciera que falta la concurrencia del principio de proporcionalidad necesario para justificar la intervención de esta Ilustrísima Corte en una materia donde el derecho interno asegura a los peticionarios los instrumentos necesarios para asegurar una respuesta conforme a derecho a sus solicitudes.

82. A la luz de estas convicciones, la doctrina ha señalado que los órganos interamericanos de protección de derechos humanos no han sido establecidos para operar como una nueva instancia, no siendo su función revisar las decisiones de los tribunales nacionales, pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los reclamantes, examinar la ponderación de la prueba presentada ni resolver la justicia del fallo o sus posibles errores de hecho o de derecho. Caracterizando la doctrina del margen de apreciación sostenida por el sistema europeo de derechos humanos, Yuval Shany señala que “*así, las cortes internacionales no deben reemplazar la discrecionalidad y la evaluación independiente ejercida por las autoridades nacionales – por ejemplo, abstenerse de revisar decisiones nacionales de novo*”.¹⁵

83. Su función, en cambio, es ser un garante inquebrantable en el ejercicio de constatación respecto a que los procedimientos del sistema nacional a los que los ciudadanos tengan acceso o sean sometidos, hayan respetado todas las garantías judiciales y los estándares del debido proceso y que la tramitación del juicio no haya importado una violación de derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴ Carnevali, Raúl (2009): “El principio de subsidiariedad y su papel en la determinación de las competencias sancionatorias de la Unión Europea. Relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, vol. 15, n. 1, p. 408-409

¹⁵ Shany, Yuval (2005): “Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?”, en *The European Journal of International Law*, vol. 16, N° 5, p. 910. La traducción es nuestra.

B) Sobre la supuesta violación del derecho a la vida privada en perjuicio de Karen Atala

84. Según se señala en las alegaciones en contra del Estado de Chile, la sentencia de la Corte Suprema que privó a la madre de la tuición de sus hijas supondría una interferencia en su vida privada, al suplantarla en la determinación del interés superior de las niñas, al inmiscuirse en su orientación sexual y al optar por una medida desproporcionada, como se supone sería otorgar la tuición al padre de las niñas.

85. Se alega, además, que la visita realizada por el Ministro Lenin Lillo así como la decisión del Juzgado de Letras de Menores de Villarrica de conceder la tuición provisoria al padre, hubieren constituido también una interferencia atentatoria contra su derecho a la intimidad.

86. Para el correcto análisis de este punto, no debe perderse nunca de vista que la sentencia de la Corte Suprema que aquí se cuestiona está circunscrita a un juicio de familia, en este caso, de tuición. No parece razonable, por tanto, que se sostenga como una violación a la vida privada de las personas el que, en el contexto de un juicio de esta naturaleza, sean los jueces quienes evalúen el interés superior del niño, teniendo para ello que indagar las aptitudes personales de los padres para el cuidado de éstos. El derecho de tuición busca otorgarles las mejores condiciones a los niños de una pareja que se encuentra separada y es por eso no sólo razonable sino que mandatorio que los jueces reemplacen la voluntad de los padres que no se han podido poner de acuerdo para determinar la mejor alternativa para los menores.

87. El sólo hecho de que exista una disputa respecto a la tuición de un menor implica necesariamente permitir que se investiguen todos los aspectos atinentes de la vida privada de los padres para permitir al juez determinar el mejor medioambiente para los niños. Efectivamente, en un juicio de tuición, que tiene por objeto estimar qué padre tendrá el cuidado personal de los hijos, el juez no sólo tiene la facultad sino la obligación de evaluar todas y cada una de las condiciones y circunstancias concretas que determinen el interés superior de los niños.

88. Resulta por tanto inherente al juicio de tuición, como se ha sostenido, que el juez pueda, de acuerdo a la ley, investigar aspectos íntimos de la vida de las personas y reemplace a los padres en las decisiones que éstos no han podido adoptar de común acuerdo respecto al interés superior del niño. Siendo este objetivo un principio rector de los derechos humanos, se hace evidente que **la búsqueda del mejor interés para el menor debe primar frente a una concepción pétrea del derecho a la intimidad, ya que el ámbito de la vida privada no puede quedar fuera del conocimiento y ponderación del juez al que justamente le toca dirimir qué padre proveerá los mejores cuidados y beneficios en el círculo íntimo de la familia.**

89. En efecto, puede sostenerse, como lo hace la sociología contemporánea, que quienes han tenido históricamente el mayor interés en hacer valer el ámbito de la privacidad por

sobre la investigación necesaria para la determinación del interés superior del niño, han sido aquellas culturas deudoras de una tradición antropocéntrica que quiere blindar al progenitor de sexo masculino el *pater familia*, de todo debate y análisis público de aquello que ocurre dentro de la casa, en especial en lo referente a la violencia y abuso intrafamiliar.

90. En el juicio de tuición celebrado en Chile, tanto el Juzgado de Letras de Villarrica en primera instancia, como la Corte de Apelaciones de Temuco que otorgaron la tuición de las niñas a la madre, no sólo podían sino que debían pronunciarse y evaluar, frente al desacuerdo de los padres, las condiciones que les ofrecían uno y otro en vista de su interés superior. La Corte Suprema, al considerar en su sentencia del Recurso de Queja que dichos tribunales no incluyeron en su consideración todos los factores relevantes (como ya se demostrara en III.A.2), debía evidentemente pronunciarse sobre dichas condiciones para poder emitir una nueva sentencia.

91. Es así como, ni nuestra Corte Suprema ni los demás tribunales nacionales han afectado el derecho previsto en el Artículo 11.2 de la Convención Americana al resolver sobre el juicio de tuición interpuesto contra la peticionaria sino que, por el contrario, no han hecho más que pronunciarse sobre las consideraciones propias de un juicio de esa naturaleza.

92. Esta mirada “neutra” a las obligaciones de los progenitores respecto de sus hijos (que no reduzca el rol de la mujer a la maternidad y el de los hombres al de proveedores) implica precisamente que se puedan tomar decisiones en materia de tuición libres de estos estereotipos. Es precisamente este el sentido del Art. 17 numeral 4 de la CADH que al efecto dispone:

“Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

93. De la sola lectura del Artículo precedente, resulta evidente que la decisión de otorgar la tuición al padre no es ni una medida extraordinaria ni menos una violación a la vida privada de la madre. Es, por el contrario, el resultado de la necesaria consideración del interés de las hijas por sobre la promoción de otros derechos o valores sociales legítimos, como lo es la privacidad de los cónyuges. La institución jurídica de la tuición no es un derecho establecido en favor de los padres sino en favor de los niños, a los que busca custodiar a la luz de la consideración de la posición de los progenitores para su cuidado en un contexto cultural, social y personal determinado. Ratificar el criterio de la Comisión en este punto implicaría, por el contrario, superponer el interés jurídico de un adulto por sobre el bienestar de las menores, cuestión que no debe ser admitida por esta Ilustrísima Corte.

94. Por último, respecto a la visita del Juez Lenin Lillo al Juzgado que presidía la señora Karen Atala a causa de las repercusiones mediáticas de su causa, es preciso recalcar que ésta no generó ninguna sanción administrativa en contra de la Sra. Karen Atala, ya que

la Corte de Apelaciones de Temuco consideró que sus actividades privadas y vida familiar no entorpecían su labor judicial, en la que continúa desempeñándose ascendentemente hasta el día de hoy.

C. Sobre la supuesta violación al derecho a la vida privada y familiar en perjuicio de Karen Atala y M., V. y R. López

95. En consideración a los antecedentes expuestos en el punto anterior, el Estado de Chile estima que la Corte Suprema no ha infringido el derecho a la vida familiar (Art. 17.4 y 19 de la CADH) de la Sra. Karen Atala o sus hijas. Por el contrario, una vez disuelta la familia primitiva formada por ambos cónyuges y sus tres hijas a causa de desavenencias particulares, la labor de la Corte Suprema de Chile consistió, en concordancia a las exigencias de la CADH, en resolver la tuición en vistas al interés de las niñas y ponderando qué nuevo núcleo familiar constituiría el mejor sustento para su desarrollo.

96. Argüir que el otorgamiento de la tuición al padre implica disolver la familia de las niñas, es desconocer abiertamente la capacidad, el derecho y el deber de todo progenitor masculino para criar a sus hijos si esto resulta pertinente a la luz del mejor interés de los mismos. Señalar que la única familia de V., M. y R. López es aquella que pudieran conformar en convivencia con su madre, implica ignorar la polisemia del concepto moderno de familia y la posibilidad de que ésta se configure por el padre con sus hijas.

97. No han sido los Tribunales de Justicia los que han disuelto la familia originaria sino, por el contrario, los Tribunales han sido la instancia a la que han recurrido los propios padres luego de disuelta la familia primitiva para decidir la tuición de las niñas y, por tanto, establecer qué nueva conformación familiar les garantiza mayor bienestar. En efecto, respecto a los Tribunales de Justicia, opera para estos propósitos el principio de inexcusabilidad, consagrado en el Artículo 76 inciso 2° de la Constitución Política de Chile, que establece que, una vez reclamada su intervención, aquéllos deben resolver el asunto sometido a su conocimiento, lo que en el caso que nos ocupa, implicaba necesariamente que sólo uno de los padres pudiera conservar la convivencia con las niñas.

98. Considerar que la vida familiar es sólo la de la madre con las hijas, y que otorgarle la tuición al padre es “destruir una familia” como quiere hacerse ver en la Demanda, resulta abiertamente abusivo y deslinda con una discriminación de género, que hoy resulta anacrónica y contraria a todo principio de igualdad sexual, tanto respecto del hombre por imposibilitar prácticamente el cuidado de los hijos en caso de separación, como respecto de la mujer por reducirla a un rol primordial de cuidado de los mismos.

99. Esta Ilustrísima Corte reconoce en su Opinión Consultiva (OC-17/02 de 28 de agosto de 2002) que el modo adecuado de asegurar la primacía y vigencia del interés superior del niño es proporcionando al menor medidas especiales de protección, destinadas a garantizar su desarrollo y el pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Evidentemente, la adjudicación de la tuición a aquel de los padres que otorgue las mayores

garantías para su bienestar espiritual, material y afectivo, es una medida esencial y legítima a ese respecto.

D. Sobre el supuesto incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones de protección especial de las niñas y del aseguramiento de igualdad de derechos de los cónyuges tras la disolución del matrimonio

100. Estas dos acusaciones, si bien diferentes incluso respecto al sujeto pasivo de las mismas, se fundamentan ambas en la supuesta discriminación arbitraria que hubiera guiado a los jueces de la Corte Suprema en su resolución del Recurso de Queja. Habiéndose demostrado por esta parte que dicha sentencia no nace de una discriminación en razón de la orientación sexual sino que es fruto del análisis de las múltiples circunstancias sobre las que hay pruebas en autos, el Estado de Chile estima que ambas acusaciones resultan refutadas. Ha sido la protección del bienestar de las niñas el principio que ha guiado a la Corte Suprema de Chile a anteponer incluso este bien a otros objetivos también lícitos.

101. La lógica detrás de estas actuaciones reproduce el raciocinio que esta Ilustrísima Corte utilizara en Yean y Bosico respecto del interés superior del niño, según la cual éste: *"debe ser entendido como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad"* (Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005).

102. Es relevante señalar, además, que dada la naturaleza del Recurso de Queja no existía oportunidad ni se hacía necesario en vistas al debido proceso escuchar nuevamente en dicha instancia la opinión de las menores,¹⁶ ya que este recurso no constituye una nueva instancia, y por tanto no puede recibir nueva prueba sobre los hechos disputados.¹⁷

103. Debe tenerse en cuenta que el Recurso de Queja es, como su nombre lo indica, **un recurso y no una mera acción disciplinaria**, sin perjuicio de su **naturaleza jurídica mixta**. En efecto, el recurso de queja tiene naturaleza jurídica mixta, lo cual impide considerarlo como un recurso en todas sus formas. Se trata de un recurso en cuanto se pide la anulación o modificación de la sentencia abusiva, pero es una acción disciplinaria en

¹⁶ La declaración de las menores fue tomada en cuenta en todas las instancias procesales correspondientes, dejándose este testimonio a fojas 559 y siguientes del expediente que fue tenido a la vista y considerado por la Corte Suprema en su resolución.

¹⁷ En dicho sentido, la queja es un medio franqueado por la ley a la parte agraviada con una falta o abuso grave cometido en la dictación de una resolución de carácter jurisdiccional, para que dicha resolución se deje sin efecto. Este recurso debe interponerse ante el mismo tribunal que lo conocerá y que corresponde al superior jerárquico de aquel que dictó la resolución primitiva. (En el caso en cuestión, la queja se interpuso en contra de la sentencia confirmatoria de 2º instancia de la Corte de Apelaciones de Temuco.) Una vez admitida a tramitación esta acción contenida en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, se procede a solicitar informe a el o los jueces recurridos, confiriéndoseles un plazo máximo de 8 días hábiles para dicho efecto.

cuanto se piden sanciones para el juez que la dictó¹⁸. Así, este recurso se debe diferenciar de la “simple queja” que no reviste el carácter de recurso jurisdiccional, siendo una acción únicamente dirigida a perseguir la responsabilidad disciplinaria de jueces o funcionarios judiciales en el desempeño de sus funciones.

104. En efecto, la **queja disciplinaria**, o queja propiamente tal, no es un recurso, sino que es aquella que se refiere a la conducta ministerial o a las actuaciones de los jueces y demás funcionarios que están sujetos a la jurisdicción disciplinaria de las Cortes y que no se fundan en faltas o abusos graves que se hayan cometido en el pronunciamiento de una resolución o en otra actuación determinada.

105. El artículo 547 del Código Orgánico de Tribunales señala que *“Las Cortes de Apelaciones tendrán diariamente una audiencia pública para oír las quejas verbales que alguien quiera interponer contra los subalternos dependientes de ellas”*.

106. Los fallos que acojan las quejas contendrán los fundamentos demostrativos de las faltas, abusos, incorrecciones o actuaciones indebidas; aplicarán sanción disciplinaria, si se estima procedente, y determinarán las medidas necesarias para remediar el mal causado.

107. Por su parte, y sin perjuicio de su naturaleza disciplinaria, producto de su naturaleza mixta, (y no meramente disciplinaria como plantean las peticionarias), no está de más recordar que **el Recurso de Queja es, valga la redundancia, un recurso, y por ello ataca resoluciones judiciales**. Así, no es de extrañar que la decisión de la Corte Suprema haya afectado el fondo del asunto y no se haya limitado a lo disciplinario, independientemente del tipo de reglas establecidas para valorar la prueba rendida.

108. Ahora bien, respecto a la segunda imputación de este punto, es decir, la supuesta desigualdad de trato o discriminación de los cónyuges tras la disolución del matrimonio debido a su orientación sexual, cabe señalar y como lo atestiguan los antecedentes entregados, que tanto el padre como la madre de las niñas estuvieron en la misma posición respecto de la posibilidad de obtener la tuición, no considerándose en esta decisión ninguna condición particular de los mismos sino sólo en cuanto incidiera directamente en el bienestar de las menores.

109. Como se puede apreciar, dentro de la regulación que realiza el Código Civil chileno no existe regla alguna que establezca diferencias arbitrarias en razón de la orientación sexual, como lo han reconocido los propios denunciantes. Asimismo, en el ámbito judicial nacional es posible apreciar grandes avances en materia de no discriminación, existiendo sentencias destacadas en que expresamente se reconoce que la orientación sexual no es una circunstancia relevante a la hora de fallar cuestiones de derecho de familia.

¹⁸ MUNITA HERRERA, ROBERTO, *Estudio Crítico sobre el Recurso de Queja*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968, p. 73.

110. A modo de ejemplo, resulta ilustrativo citar dos sentencias emanadas de tribunales de diferente jerarquía al interior del Poder Judicial de Chile:

1) Sentencia del Primer Juzgado de Familia de Puente Alto, de fecha 30 de diciembre de 2008.

111. Con fecha 30 de diciembre de 2008, el Primer Juzgado de Familia de Puente Alto, le entregó el cuidado personal de dos niños, de 10 y 17 años a su padre homosexual, a través de un proceso de conciliación. En este, la madre hizo entrega de la tuición de los niños al padre con pleno conocimiento por parte del tribunal de la homosexualidad de éste, quien de hecho vivía y continúa viviendo con su pareja del mismo sexo.

2) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 15 de julio de 2010.

112. En julio del año recién pasado, la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en un caso de adopción, bajo el rol N° 2444-2010. En dicha ocasión, el Tribunal de Alzada conoció de un recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia de primera instancia dictada por el Primer Juzgado de Familia de Santiago, que declaraba la susceptibilidad de adopción de un niño debido a la existencia de inhabilidad por parte de su madre y la inexistencia de un pariente hábil que pudiera hacerse cargo del menor.

113. Quien interpuso dicha apelación fue el tío materno del niño, el que impugnó el que se cumplieran los requisitos para declarar la admisibilidad de la adopción del niño, ya que él constituía un pariente hábil y dispuesto a hacerse cargo.

114. En su resolución, la Corte de Apelaciones señaló lo siguiente:

a) Que en materia de adopción *“rige el principio de la subsidiariedad, por lo que si existen otros familiares distintos que los padres en condiciones de hacerse cargo del menor, ellos debe ser preferidos”* (Considerando Séptimo);

b) Que en cuanto a la familia del niño la única persona *“que se visualiza para asumir el cuidado del menor, es un hermano de la madre, don Elías Daniel Bermúdez Garrido, que es soltero y trabaja como administrativo en una ferretería”* (Considerando Octavo);

c) Que respecto al tío del niño, éste no presenta inhabilidad alguna para tener el cuidado personal del menor, toda vez que *“atribuirle a la opción sexual de don Elías Bermúdez Garrido, una dificultad para el desarrollo del menor, que pudiera ser superada en forma mucho más positiva bajo el alero de una familia entendida bajo el concepto tradicional, resulta una apreciación subjetiva que significa imponer a la familia extendida una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria”* (Considerando Décimo Cuarto);

d) En consideración a lo anterior, concluyó la Corte de Apelaciones que *“no quedan suficientemente acreditadas las causales en que se funda la solicitud de susceptibilidad de adopción y, por el contrario, cabe considerar que en la familia de origen existe una persona capaz e idónea para asumir el cuidado personal del menor”* (Considerando Décimo Quinto).

115. Como puede observarse, la jurisprudencia antes comentada señala explícitamente que la orientación sexual de un sujeto no es en sí misma una razón para inhabilitarlo en el ejercicio de los derechos que la ley le otorga en materias de familia. Se deja, por tanto, de manifiesto que una decisión que se fundamente en la orientación sexual de una de las partes, es manifiestamente discriminatoria y, por ende, contraria a derecho, reafirmandose así por los tribunales chilenos la aplicación del principio de igualdad que informa nuestro ordenamiento jurídico.

- **Avances en materia de derecho de familia en los últimos años**

116. El derecho procesal de familia ha sufrido grandes reformas en Chile desde la entrada en vigencia de la ley N° 19.968, del año 2004, que creó los Tribunales de Familia. La nueva institucionalidad que estableció esta ley significó un gran avance, con la creación de tribunales con competencia especial en materias de familia, a diferencia de lo acontecido en el pasado, cuando las materias de familia se encontraban dispersas entre los Juzgados de Letras (especializados en causa de derecho privado) y los Juzgados de Menores, cuya estructura no permitía enfrentar con la rapidez y eficacia necesaria el resguardo del interés superior de los niños y adolescentes.

117. La antigua legislación se caracterizaba por la existencia de procedimientos predominantemente confrontacionales, escritos, con una alta mediación entre el juzgador y el conjunto del conflicto, así como por la existencia de altos grados de discrecionalidad.

118. Con la implementación del nuevo sistema, nuestro país dio cumplimiento a lo dispuesto por esta Ilustrísima Corte en su Opinión Consultiva N° 17, en la que señala en su punto sexto:

“Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”.

119. La nueva justicia de familia establece un proceso que favorece la inmediatez entre las partes y los jueces, enfatizándose la oralidad por sobre la escritura. Este nuevo sistema ha permitido aumentar el acceso a la justicia de un importante número de personas, en especial entre los estratos socio-económicos más pobres, cuyas necesidades justamente se deseaba poder satisfacer con esta reforma.

120. Cabe hacer especial mención que la estructura existente de los actuales Tribunales de Familia permite que las causas sean conocidas y revisadas en ocasiones futuras por diferentes jueces, toda vez que estos tribunales tienen un carácter de composición múltiple. En la práctica, esto implica que existen unidades jurisdiccionales compuestas por un

número variable de jueces calculado según la carga de trabajo esperada, cada uno de los cuales poseerá separadamente la potestad jurisdiccional plena, lo cual asegura que no sea el mismo tribunal el que conozca un caso en primera instancia y aquel que deba conocer futuras peticiones de modificación de lo primitivamente resuelto. Ello garantiza que, por ejemplo respecto de un juicio de tuición como el presente, se pueda recurrir nuevamente ante el tribunal sentenciador si se tiene fundamento para ello y solicitar que se modifique la resolución, siendo tramitada esta petición por otro juez integrante del mismo tribunal.

121. En el nuevo sistema, existe además la posibilidad de hacer uso de los mecanismos procesales que establece la legislación para impugnar las resoluciones de los Tribunales de Familia, como son los recursos de reposición, apelación, queja y casación en la forma. Todos estos remedios legales permiten asegurar un debido proceso que garantice plenamente los derechos de los involucrados.

122. Con el nuevo sistema jurisdiccional en materia de familia que esta reforma ha puesto en vigencia, es posible concluir que se contribuye efectivamente a garantizar los derechos de los padres y de los niños, sin que pervivan normas de carácter procesal –como tampoco normas de fondo– que permitan un tratamiento discriminatorio en razón de la mera orientación sexual.

123. La moderna judicatura de familia es transversalmente informada por principios interpretativos que guían al juez en su tarea y, entre estos, tiene un rol protagónico por su alcance y contenido el interés superior del niño, que se encuentra consagrado tanto en la legislación civil como en la legislación de derechos humanos internacional vigente en nuestro país.

124. Respecto a este principio rector, es importante tener en cuenta por último, como lo señala esta Ilustrísima Corte en su Opinión Consultiva OC-17/2002, en su punto 61 que:

“En conclusión, es preciso ponderar [por parte del Estado] no sólo el requerimiento de medidas especiales [para resguardar el interés superior del niño], sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.”

125. La discrecionalidad que, por tanto, se le entrega al órgano jurisdiccional para ponderar las características particulares a que hace alusión esta Opinión Consultiva se explica no sólo por la importancia del concepto jurídico del *interés superior del niño*, sino también por la lógica de subsidiariedad y deferencia con que operan los órganos internacionales respecto a los órganos jurisdiccionales internos en materias como el derecho de familia.

E. Sobre la supuesta violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de Karen Atala

126. Respecto al derecho a la protección judicial, el Artículo 25.1 de la Convención Americana dispone:

"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

127. Los peticionarios alegan que se habría vulnerado este derecho al no existir en el ordenamiento jurídico chileno un recurso capaz de revertir la supuesta situación de vulneración de derechos generada por la sentencia de queja de la Corte Suprema.

128. Si bien, es efectivo que respecto de la sentencia del Recurso de Queja no procede otro recurso que el de aclaración, rectificación o enmienda, es preciso aclarar que este hecho no impide de modo alguno la posibilidad de revertir la decisión que se estima violatoria de derechos fundamentales.

129. Para que se afecte el derecho a un recurso en virtud de una resolución judicial, ésta resolución debe haberse dictado al margen de los principios que rigen el debido proceso, sin que existan recursos o medios de impugnación a disposición de la parte agraviada ni tampoco otras vías o actos jurídicos o procesales capaces de revertir la supuesta situación de vulneración. Para vulnerar el debido proceso, por tanto, es pertinente que las resoluciones judiciales gravosas produjeran el efecto de cosa juzgada material, es decir, deben ser resoluciones judiciales inmutables e irreversibles en un juicio posterior.

130. No procede, por tanto, estimar que ha afectado este derecho al recurso cuando la sentencia de la cual supuestamente se deriva el agravio no produce cosa juzgada material sino únicamente cosa juzgada formal. Esto se traduce en que, en la práctica, siempre está abierta la posibilidad por la parte que estima vulnerado sus derechos de volver a interponer la misma acción para revertir la decisión, con el solo requisito de que se hayan modificado los presupuestos de ésta o elementos relevantes que puedan hacer variar lo resuelto en el fondo del asunto.

131. En aquellos procedimientos en que existe la cosa juzgada formal, opera la cláusula *rebus sic stantibus*, como acontece precisamente en temas de derecho de familia, donde la determinación de la tuición del menor puede ser revisada cada vez que cambien las circunstancias.¹⁹

132. De acuerdo al profesor Couture, esta cosa juzgada formal *"tiene una eficacia meramente transitoria. Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse"*.²⁰

¹⁹ ROMERO SEQUEL, ALEJANDRO: *La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 30; PEREIRA ANABALÓN, HUGO: *La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1954, p.105 y 111.

²⁰ COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires, Editorial Depalma) p. 416.

133. Las sentencias dictadas en causas de familia, y en especial las que otorgan o revocan el cuidado personal de los hijos o establecen el monto de los alimentos fijados judicialmente, se caracterizan en nuestro ordenamiento por producir meramente el efecto de cosa juzgada formal ya señalado. Por lo tanto, una sentencia definitiva en estas materias siempre autoriza a las partes a renovar la discusión sobre la cuestión resuelta a través de un nuevo proceso. Así lo establece, por lo demás, el inciso primero del Artículo 242 del Código Civil chileno, al prescribir que las resoluciones dictadas relativas al cuidado personal de los hijos *“se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ella, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales”*.

134. Sobre este punto, la doctrina nacional en materia de derecho de familia insiste en la ausencia de cosa juzgada material en la sentencia definitiva que falla el cuidado personal de un niño, niña o adolescente. Al respecto, la profesora Rodríguez Pinto expresa que:

“Las decisiones sobre cuidado personal de los hijos pueden modificarse siempre que se acrediten hechos que justifiquen una nueva intervención y decisión judicial. Estas sentencias solo producen cosa juzgada formal, lo que permite a las partes volver a discutir la misma materia en un nuevo juicio, pues lo que en ellas se ha resuelto lleva implícita la cláusula mientras se mantengan las circunstancias. (...) Por último, no hay ninguna razón para estimar que la sentencia de la Corte Suprema constituya precedente de una nueva decisión en el caso, si la peticionaria ofrece antecedentes que justifiquen un cambio en la atribución del cuidado personal de sus hijas en función del interés de las niñas”.²¹

135. En la misma línea se expresan la doctrina extranjera y la jurisprudencia comparada, al estimar que *“la idoneidad está íntimamente relacionada con la mayor disposición y disponibilidad que tenga el progenitor para garantizar y concretar todos aquellos derechos que, en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, le corresponden a la infancia, entendida ésta como proceso socializador y educativo por el cual cada ser humano adquiere su autonomía personal. Esto determina también que tanto los acuerdos de partes como las decisiones judiciales respecto de la custodia de los hijos sean siempre mutables y revisables, pues pueden surgir causas o hechos sobrevinientes que desaconsejen el mantenimiento de dicha guarda; y aun cuando ningún presupuesto se vea alterado, puede el propio crecimiento de los hijos hacer nacer nuevos requerimientos y necesidades que determinen el mayor beneficio de un cambio en ese sentido”*.²²

136. La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores es conteste en la materia y, a modo de ejemplo, se puede citar la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, en

²¹ RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2009): “El cuidado personal de los niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 3, p. 569.

²² Sentencia del Tribunal de Familia de Córdova N° 4 dictada por doña Silvia Morcillo, de fecha 6 de agosto de 2003, citada en Hernández, Clayde (2007): “Patria potestad. Padres divorciados. Tenencia de hijos. Padre Homosexual”, en Cúneo y Hernández (dir.), *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas* (Rosario, Editorial Juris), p. 381.

causa rol N° 3.051-2009, que revocó la sentencia de primera instancia del 4° Juzgado de Familia de Santiago señalando:

*“En primer término, la cosa juzgada en el derecho de familia tiene un trato especial. En efecto, la cosa juzgada en este orden del derecho implica tan solo que las resoluciones se mantienen firmes en la medida que las circunstancias que condujeron a su dictación permanezcan en el tiempo. Es decir, variando las referidas circunstancias, aquella cosa juzgada substancial provisional, deja de producir efectos y puede, en consecuencia, revisarse el problema que se había sometido a conocimiento y decisión del órgano jurisdiccional”.*²³

137. En el mismo sentido, la Corte Suprema, en la causa rol N° 5.592-06, ha dictaminado que:

*“Asimismo, es pertinente agregar que si bien es cierto, la sentencia dictada por el Juzgado de Menores de La Serena, no fue impugnada, produjo cosa juzgada pero sólo de carácter formal, es decir, podía modificarse en la medida que variaran las circunstancias que se tuvieron en vista para su dictación”.*²⁴

138. Resulta evidente, a la luz de estos antecedentes, que la posibilidad de recurrir ante los tribunales internacionales a fin de remediar una supuesta vulneración de derechos requiere del agotamiento real de los recursos internos disponibles para revertir la situación que se estima gravosa. Es claro, sin embargo, que en este caso de tuición la Sra. Karen Atala hubiera podido y aún puede intentar revocar la decisión de la Corte Suprema interponiendo, desde el primer momento en que fue notificada de la resolución del Recurso de Queja, una nueva petición de tuición sobre las niñas, con el único requisito de demostrar que alguna de las circunstancias que motivaron el fallo se ha modificado.

139. Resoluciones como la de la Corte Suprema, que mediante un Recurso de Queja modifica una sentencia de tuición, carecen de un elemento propio de la cosa juzgada material, como es su inmutabilidad.²⁵ Esto, porque el “recurso” que procede contra la resolución de otorgar la tuición al padre de las niñas (que sólo posee cosa juzgada formal), es la posibilidad de interponer una y otra vez la misma acción, solicitando la modificación del régimen de las niñas, toda vez que ocurra un cambio en los presupuestos que sirvieron de base al pronunciamiento original. Ha existido permanentemente, por tanto, la posibilidad para la Sra. Karen Atala de revertir la resolución que ella ha estimado como gravosa mediante la interposición de un nuevo juicio de tuición, alternativa de la que hasta el día de hoy no ha hecho uso.

140. En coherencia con esta interpretación, debe tenerse presente también que esta Ilustrísima Corte ha interpretado de modo finalista el derecho a un recurso, consagrado en el Artículo 25 de la Convención Americana, señalando que “no basta con que los recursos

²³ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia en causa rol N° 3.051-2009, de 1 de julio de 2010. Considerando cuarto.

²⁴ Corte Suprema, sentencia en causa rol N° 5.592-06, de 17 de enero de 2008. Considerando cuarto.

²⁵ COUTURE, EDUARDO J., ob. Cit., p. 417.

*existan formalmente sino que es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida ante la autoridad competente”.*²⁶

141. Se ha enfatizado así que lo relevante no es la naturaleza del recurso sino la eficacia e idoneidad del mismo para revertir una situación de vulneración de derechos. En un proceso como el de familia, en el que se determina a quién de los padres corresponde el cuidado personal de los hijos, siempre permanece vigente la posibilidad de accionar nuevamente mientras cambien, como se ha señalado, las circunstancias fácticas. En consecuencia, la acción que se interponga constituirá un medio idóneo y eficaz para revertir una situación de vulneración de derechos, y constituirá el recurso exigido por el Artículo 25.1 de la Convención, pues se trata de un *“recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare [a la persona] contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención ...”*.

142. Por último, en relación con este punto debe relacionarse el Artículo 25 de la Convención Americana con lo dispuesto en el Artículo 8.1 del mismo instrumento. En efecto, la posibilidad de accionar nuevamente con que ha contado y cuenta la señora Karen Atala, responde también a su “derecho a ser oída” por los tribunales. Este derecho comprende su derecho a ser oída *“para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil”*, según el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y *“para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*, según el Artículo 8.1 de la Convención Americana.²⁷

143. La peticionaria ha conservado intacto en todo momento su derecho a ser oída ante un tribunal de la República, competente e imparcial, ante el cual demandar el cuidado personal de sus hijas, revirtiendo así la supuesta situación de vulneración de derechos de la cual se considera víctima, pues el Artículo 25.1 de la Convención expresamente incluye *“... cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare ...”*.

IV. Respeto de las Reparaciones solicitadas por la Comisión y la peticionaria en sus escritos

144. Se han expuesto, a lo largo de esta respuesta, los argumentos que avalan la posición del Estado de Chile respecto a que el caso elevado ante esta Ilustrísima Corte no ha supuesto una violación de los derechos humanos ni de la señora Karen Atala ni de sus tres hijas menores de edad.

²⁶ CIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22.11.05, párrafo 184.

²⁷ Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Segunda Edición, Santiago de Chile, 2007, p. 470.

145. Sin embargo, antes de dar por finalizada esta presentación, resulta pertinente referirse a algunas de las medidas que han sido solicitadas por la Comisión y/o la parte peticionaria a modo de reparaciones que serían pertinentes en vista a la supuesta violación de los derechos antes tratados en el punto III.

146. La CIDH ha agregado en su Demanda algunas peticiones que no estaban presentes como recomendaciones en su Informe de Fondo. Sin embargo, no parece necesario referirse aquí a todas ellas, como sí hacer notar que algunas de estas peticiones aparecen como desproporcionadas o abiertamente improcedentes, aun cuando esta Ilustrísima Corte, desechando la totalidad de los argumentos de esta presentación, estimare los derechos de la Sra. Karen Atala y sus hijas como efectivamente vulnerados por una acción discriminatoria por parte del Estado.

A) Respecto a la reparación material e inmaterial del daño

147. La Comisión Interamericana solicita en la letra a) de su petitorio que esta Ilustrísima Corte ordene al Estado chileno que *“repare el daño material e inmaterial causado como consecuencia de las violaciones alegadas en la presente demanda”*.²⁸

148. A este respecto, la CIDH no hace un mayor desarrollo, como sí lo hace la peticionaria en su escrito de argumentos, solicitudes y pruebas. En primer término, el Estado de Chile considera que no existiendo una acción discriminatoria de su parte y no habiéndose violado, por tanto, los derechos humanos de las presuntas víctimas no proceden las indemnizaciones solicitadas. Aun así, parece oportuno llamar la atención a esta Ilustrísima Corte sobre los excesivos montos en dinero, que desconociendo el historial de prudencia que al respecto ha desarrollado el Sistema Interamericano, los abogados de la señora Karen Atala solicitan, no sólo para ésta, sino también para las niñas, para otros miembros de su familia y para doña Emma de Ramón, su ex pareja.

149. Así mismo, en relación a la extensión de los sujetos que se enumeran como beneficiarios de las reparaciones solicitadas, cabe hacer notar que esta Ilustrísima Corte ha reiterado en su jurisprudencia desde Loayza Tamayo en 1998, que estas indemnizaciones deben tener por receptor a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho consagrado en la Convención o sus familiares directos. En el caso de autos, por el contrario, la solicitud se extiende a personas que no son ni las supuestas víctimas ni los familiares inmediatamente directos de éstas.

B) Respecto a la investigación y aplicación de consecuencias legales a los autores de las supuestas violaciones

²⁸ Página 5, Demanda CIDH.

150. La Comisión solicita en la letra b) de su escrito de Demanda, que el Estado de Chile a mandato de esta Ilustrísima Corte: *“Investigue e imponga las consecuencias legales que correspondan por el actuar de funcionarios judiciales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de M., V. y R.”*.

151. Al respecto, el Estado de Chile quisiera manifestar a este Ilustrísimo Tribunal la profunda preocupación que suscita el que se busque exigir al Estado que sancione a los miembros del Poder Judicial cuya sentencia hubiere supuestamente violado derechos humanos. Esta pretensión parece apartarse de la jurisprudencia de esta Ilustrísima Corte, que ha sostenido que: *“Como lo ha señalado en otras ocasiones (40)²⁹, la Corte tiene atribuciones, no para investigar y sancionar la conducta individual de los agentes del Estado que hubiesen participado en esas violaciones, sino para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos. A esta Corte le compete determinar las violaciones de los derechos consagrados en la Convención ...”*³⁰.

C) Respetto a las medidas de no repetición

152. La doctrina es conteste en señalar que la institución de las reparaciones en el Sistema Interamericano tiene un doble objeto, tanto resarcir el daño efectivamente provocado a las víctimas de abuso de los derechos humanos, como imponer las necesarias medidas que aseguren el cese de esa violación así como la no repetición de hechos semejantes.

153. La Comisión ha solicitado a este respecto que esta Ilustrísima Corte imponga al Estado de Chile que: *“adopte medidas de no repetición que incluyan legislación, política públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en toda la esfera del ejercicio del Poder Público, incluyendo la administración de justicia”*.

154. Al respecto, es preciso señalar que actualmente existen, y con independencia de este caso, innumerables políticas públicas, programas y directivas estatales destinados a erradicar la discriminación en todas sus formas, incluyendo aquella con base en la orientación sexual. Así, por ejemplo, el Programa Diversidad Sexual 2011 del Gobierno de Chile preparado por la Dirección de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de Gobierno (SEGEOB) presenta una amplia gama de actividades bajo el lema: *“Promover una política de respeto por todas las personas, independiente de su orientación religiosa, política, sexual u origen étnico o racial, velando porque no existan discriminaciones arbitrarias contra las minorías”* (Programa de Gobierno Para el Cambio, el Futuro y la Esperanza. Chile 2010-2014.)

²⁹ La nota 40 del fallo se refiere, i.a., a los casos *Caso Castillo Petruzzi y otros*, parr. 90; *Caso Paniagua Morales y otros*, parr. 71; *Caso Suárez Rosero*, parr. 37 y *Caso Velásquez Rodríguez*, parr. 134.

³⁰ Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

155. En este sentido, y por mencionar sólo un ejemplo, existe una Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual, compuesta por representantes de organizaciones y líderes de la comunidad GLBTI, académicos e investigadores de centros de estudios e instituciones nacionales e internacionales que han realizado investigaciones o trabajos académicos relativos a la diversidad sexual y la discriminación por orientación sexual. Esta mesa tiene como objetivos centrales:

1. Instalar un espacio de diálogo y reflexión académico y social sobre la situación de las personas gay, lesbianas, bisexuales, travestis y transgéneros en Chile.
2. Entregar antecedentes para la elaboración de instrumentos técnicos que permitan promover la aceptación de la diversidad sexual y orientar al respecto a los funcionarios públicos.

156. Finalmente, se adjunta a esta presentación un Informe en Derecho del Dr. Claudio Nash con el objeto de impugnar la solicitud de modificaciones legales, ya que como este estudio demostrará, la legislación sobre tuición en Chile no resulta discriminatoria ni posee vacíos legales que permitan el ejercicio de la discriminación.

157. Respecto al primer punto antes mencionado, el Informe del Doctor Nash dará plena cuenta de la adecuación del derecho de tuición chileno a las normativas de no discriminación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así mismo, respecto a la inexistencia de vacíos legales que permitirían el ejercicio de actos discriminatorios por parte de agentes del Estado, hay que tener presente que aun en la hipótesis de que -a pesar de los argumentos expuestos- se considerara como discriminatoria la decisión de nuestra Corte Suprema, este hecho no indica en caso alguno la presencia de una práctica constante y amparada en la ley (o en la insuficiente regulación de ésta) que permita de manera habitual a los tribunales nacionales hacer una interpretación de las normas de tuición de manera discriminatoria respecto de la orientación sexual de los progenitores. La insuficiencia de requisitos fácticos para fundar una modificación legal en el entendido que este acto aislado de la Corte Suprema hubiere vulnerado derechos humanos garantizados por la Convención, queda especialmente demostrada a la luz de los recientes razonamientos de esta Ilustrísima Corte en el caso *Radilla Pacheco vs. México*³¹, donde las violaciones probadas en la causa no han sido razón suficiente para la imposición de reformas a la Constitución Mexicana.

V. Respaldo probatorio

Prueba documental:

³¹ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209. Sobre el particular, consúltese los párrafos 338, 339, 340 y 341 de la sentencia de esta Ilustrísima Corte en dicho caso.

Se adjuntan a este escrito los siguientes documentos:

1. Copia de informe psicológico elaborado por María Isabel Thiers R.
2. Copia de informe social de la sra Paola Retamal Acevedo
3. Copia de informe socioeconómico emitido por la sra. Zaira Bengochea
4. Copia de informe social elaborado por la asistente social del tribunal, doña Mónica Alvarado Oyarzún
5. Copia del informe de la psicóloga perito-judicial Giselle Acosta Grant.

Todos los informes referidos fueron acompañados en el juicio de tuición.

6. Informe en Derecho del Profesor Claudio Nash Rojas, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, chileno, Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Chile.

VI. Co-agentes

Por medio de este escrito, el Estado de Chile procede a designar a doña Paulina González Vergara [REDACTED]

Miguel Ángel González
Agente