

INFORME EN DERECHO. CASO (KAREN ATALA RIFFO
Y OTRAS VS. CHILE) ANTE LA HONORABLE CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*
REPORT ON LAW. CASE (KAREN ATALA RIFFO AND OTHERS VS. CHILE)
BEFORE THE HONORABLE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS
RAPPORT EN DROIT. CAS (KAREN ATALA RIFFO ET AUTRES C. CHILI)
DEVANT L'HONORABLE COUR INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME

CLAUDIO NASH ROJAS**

INTRODUCCIÓN

Se me ha pedido un Informe en Derecho para ser presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso contra del Estado de Chile, referente a la Sra. *Karen Atala Riffó e hijas*. La presentación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “la Corte”) fue hecha por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 17 de septiembre de 2010 en la que se alegaba la responsabilidad del Estado de Chile por violaciones cometidas mediante la sentencia dictada por la Corte Suprema de Chile que le revocaba a la denunciante la tuición de sus tres hijas, fundado en supuestos prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual.

El presente informe dice relación con la pregunta de si la legislación sustantiva y procedimental chilena sobre tuición o cuidado personal de los hijos/as discrimina por la orientación sexual de los padres.

Para responder esta pregunta el presente informe se desarrollará de la siguiente forma:

En primer lugar, se analizará el derecho aplicable a los casos en que deba ser decidida la tuición de un niño o niña en Chile, se revisarán aquellas normas de origen interno, como aquellas de origen internacional relativas al cuidado personal de los niños/as y al principio de igualdad y no discriminación. En segundo lugar, se analizará si la normativa aplicable en Chile en estas materias constituye una forma de discriminación en atención a la orientación sexual de quien reclame el cuidado personal de un niño o niña, tanto si hay una discriminación directa o

* Este informe en derecho fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho de la Universidad de Chile. Académico y Director del Centro de Derechos Humanos de la misma casa de estudios.

una indirecta. Finalmente, se expondrán las conclusiones a las que se llegue del estudio efectuado.

Se espera que este informe permita iluminar el juicio que deberá formarse la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la legislación chilena en materia de tuición.

1. DERECHO APLICABLE

En esta sección analizaremos las normas que regulan la tuición o cuidado personal de los hijos/as, tanto en la legislación chilena como en el sistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y también se estudiará la normativa constitucional chilena y convencional sobre el principio de igualdad y no discriminación. El objetivo es determinar si la legislación civil, constitucional e internacional aplicables, consagran elementos discriminatorios en base a la orientación sexual de quienes reclaman el cuidado personal de los niños/as en caso de separación entre los padres.

1.1. Tuición en la normativa civil chilena

En Chile el vínculo entre padre/madre e hijos es uno de los efectos del establecimiento de la filiación. A diferencia de otros sistemas normativos de la región, en Chile se separan las relaciones jurídicas que se derivan de este vínculo “progenitores-hijo/as” en dos grupos, por una parte las relaciones patrimoniales (conocidas como “patria potestad”) y las relaciones personales relativas a los hijos. En este informe, me centraré en la segunda de estas instituciones, esto es, a las relaciones que buscan procurar la protección y cuidados de los hijos para permitirles su desarrollo integral¹.

Para entender cabalmente el desarrollo de este tema en la legislación chilena, es necesario tener en cuenta el proceso de transformaciones legislativas que ha tenido lugar en Chile a partir del retorno a la democracia en 1990. A continuación me referiré, muy sintéticamente, a este proceso en general para luego dar paso a una descripción de los cambios habidos en Chile en materia de la legislación relativa a la materia propia de este informe.

1.2. Evolución normativa

Desde el año 1989, en Chile se desarrolla un proceso de transición a la democracia que puso el tema del respeto de los derechos humanos en el centro de la agenda nacional. Al igual que ha sucedido en otras partes del mundo y de nuestro continente, esta centralidad de los derechos humanos ha tenido consecuencias en

¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007). “El nuevo de derecho de la niñez”. En: *Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. RAMOS PAZOS, René (2007). *Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, T. I y II.

distintas esferas del ámbito jurídico. Por una parte, este se ha traducido en una serie de adecuaciones del texto constitucional, las principales de ellas a los efectos de este informe son la reforma de 1989 que consagra los derechos establecidos en los tratados internacionales suscritos por Chile como un límite a la soberanía²; la segunda, en el año 1999 que se preocupó por establecer adecuadamente el principio de igualdad a nivel constitucional, principalmente, la igualdad entre hombres y mujeres³.

Otro ámbito donde la centralidad de los derechos humanos se hace evidente son las profundas reformas habidas en materia legislativa en Chile. Este esfuerzo normativo ha tenido como finalidad adecuar la normativa interna a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. De esta forma, en Chile hemos sido testigos de profundas transformaciones en materia de justicia procesal penal, igualdad entre hombres y mujeres, reformas en materia procesal laboral, entre otras. La que interesa destacar en este informe son las reformas que se han implementado en materia de derecho de familia y, en particular, los derechos de niños y niñas. En este sentido, Chile ha hecho un esfuerzo sistemático por adecuar su legislación a los estándares establecidos en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y que entrara en vigencia en Chile en el año 1990⁴.

A continuación, haré una brevísima reseña de las principales reformas que ilustran este proceso. Me centraré en los temas de tuición o cuidado personal de los niños/as que son el objeto de este informe.

El Código Civil chileno es obra del gran jurista venezolano Andrés Bello y en él se regulan una serie de cuestiones vinculadas con las relaciones de parentesco y cuidado, personal y patrimonial. Esta legislación ha sufrido una serie de modificaciones en los últimos años en materia de tuición.

La Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, cambió todo el régimen de filiación en el Código Civil, reconociendo los mismos derechos para todos los hijos, estableciendo el derecho que tienen las personas a conocer sus orígenes y la prioridad del interés superior del niño. Este cambio tenía por objeto explícito adaptar nuestra legislación a los diversos tratados internacionales ratificados por Chile, que adquirirían mayor protagonismo luego de la reforma constitucional de 1989 a la que ya hemos hecho referencia. Esta reforma legal se preocupa incluso de las cuestiones lingüísticas y altera la figura de la “tuición”, que pasa a llamarse “cuidado personal”. En esta nueva regulación el interés superior del niño es determinante para definir la protección de los hijo/as. Se regula el tema del cuidado personal en los artículos 224 a 228 del Código Civil.

² Ley N° 18.825, Modifica la Constitución Política de la República de Chile, *Diario Oficial*, 17 de agosto de 1989, artículo único N° 1.

³ Ley N° 19.611, Establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres, *Diario Oficial*, 16 de junio de 1999, artículo único N° 1.

⁴ Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga Convención sobre los Derechos del Niño, *Diario Oficial*, 27 de septiembre de 1990.

Otra modificación relevante es la Ley de Matrimonio Civil, de 17 de mayo de 2004, que consagra la posibilidad del divorcio y, en general, regula nuevamente todo lo relativo al matrimonio. Esta ley establece la necesidad de que los padres al divorciarse o separarse, regulen el cuidado personal de los hijos debiendo establecer cuál de ellos queda con este derecho-deber, consagrando al efecto el principio de autonomía como base de la asignación del cuidado de los niños/as en caso de quiebre matrimonial.

Por último, es relevante tener en consideración la Ley de Tribunales de Familia, de 30 de agosto de 2004 (Ley N° 19.968), que crea los Tribunales de Familia. Todo lo relativo al cuidado personal del menor pasa ser conocido por estos Tribunales especiales, estando centradas hoy en día las decisiones al respecto, en el interés superior del niño; lo cual significa un cambio radical, como también lo es la rapidez e inmediatez que caracteriza este nuevo proceso. Tal como se señala en el propio Mensaje del proyecto de ley, uno de los principios del proyecto era adecuar el procedimiento de la justicia de familia a los estándares internacionales: “En efecto, la justicia de menores que hoy existe en nuestro país, posee una inspiración conceptual y un diseño procedimental que no se condice ni con la especial naturaleza del contencioso familiar, ni, tampoco, con las exigencias que el derecho internacional de los derechos humanos –al que Chile se encuentra sometido por mandato constitucional– contempla”.

Me interesa destacar al efecto el artículo 16 de esta ley, que establece expresamente la preeminencia del principio del interés superior del niño:

“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.

En definitiva, podemos ver un sistema que evoluciona en las últimas dos décadas en el sentido de adecuar la legislación en materia de tuición a los estándares internacionales y particularmente, centrado en el principio del interés superior del niño/a como baremo para la toma de decisiones legislativas, judiciales y administrativas en materia de niñez e infancia.

1.3. Legislación sobre cuidado personal de los niños y niñas

En la actual legislación sobre cuidado personal de los niños/as podemos distinguir una parte sustantiva y otra procedimental.

1.3.1. Aspectos sustantivos

El Código Civil trata en el título IX del libro I sobre el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral existente entre padres/madres e hijos. Fundamentalmente regulan esta materia los artículos 222 a 242. Para su tratamiento la ley distingue entre: a) Deberes de los hijos para con sus padres y asistentes; b) Derechos-deberes de los padres para con los hijos⁵.

Tal como he señalado, a los efectos de este informe, me referiré en particular al “Derecho-deber de cuidado”, esto es a la categoría b) citada anteriormente.

Esta materia está regulada por los artículos 224 a 228. El primero señala:

“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos (inciso 1º).

El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez” (inciso 2º).

Cabe observar que aunque la ley no hace distinción entre los hijos, sí reconoce dos realidades: 1. Que los hijos pueden ser producto de filiación matrimonial o no matrimonial; y 2. Que, cualquiera sea el caso, filiación matrimonial o no matrimonial, los padres pueden vivir juntos o separados.

Tratándose de hijos producto de un matrimonio, el cuidado personal de su crianza y educación corresponde a ambos padres, que lo deben ejercer de consuno. Si alguno de ellos fallece, esta obligación pasa automáticamente al sobreviviente.

En el caso de los hijos de filiación no matrimonial, el cuidado corresponde al padre o madre que lo haya reconocido (artículo 224 inciso 2º). Sin embargo, si el reconocimiento ha sido otorgado por resolución judicial con oposición del padre o madre, este padre o madre quedará privado del cuidado del hijo. Así resulta de aplicar el artículo 203 que dispone:

“Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente”.

Tratándose de padres que no vivan juntos, en primer lugar, la ley consagra que el cuidado personal de los niños/as toca a la madre (artículo 225, inciso 1º). Esta norma tiene dos excepciones: a) cuando existe un acuerdo de los padres en sentido diverso, y b) cuando por resolución judicial se dispone otra cosa.

La primera excepción es el acuerdo entre los padres. El inciso 2º del artículo 225 que dispone: *“No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante*

⁵ Un completo estudio de esta materia, en RAMOS PAZOS (2007).

cualquier oficial del registro civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de 30 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 debe cumplir con ciertos requisitos: es solemne, ya que debe constar por escritura pública o en un acta extendida ante cualquier oficial del registro civil; para que sea oponible a terceros, el instrumento en que consta el acuerdo; y, es revocable, debiendo para ello, cumplirse las mismas solemnidades (artículo 225 inc. 2º, parte final).

La segunda excepción es el cuidado que se asigna por resolución judicial. El artículo 225 inciso 3º prescribe: *"En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro, pudiendo hacerlo"*. Esta norma es el resultado final de una serie de reformas al Código Civil de Andrés Bello. Originalmente, el Código contemplaba que la madre tenía el cuidado de los hijos menores de cinco años (a partir de dicha edad el cuidado era encomendado al padre) y de las hijas de toda edad. En 1952 se estableció que el cuidado de todo hijo/a lo tenía la madre hasta los catorce años (a partir de esa edad el cuidado de los varones pasaba al padre). En 1989, una nueva reforma estableció que el cuidado de todo hijo/a quedaba entregado a la madre con la única excepción en caso de "depravación" de la madre que, además, hiciera prever que los hijos se pervirtieran. Diez años después, se procede a una nueva reforma en la materia a fin de incorporar los estándares internacionales en materia de derechos humanos. De esta forma, la reforma de la Ley N° 19.585 del año 1999, estableció el criterio actualmente vigente, donde ya no es necesario establecer una discusión judicial sobre la "depravación" de la madre y el riesgo de pervisión de los hijo/as, con todos los problemas que esto trae aparejado. El baremo cambia completamente⁶. Lo relevante para decidir el cuidado-personal de los hijos/as no es el "derecho" del madre/padre o su habilidad/inhabilidad, sino que lo central será el bienestar de los hijo/as. Este objetivo lo logra la legislación con una adecuada coherencia entre la excepción que contempla

⁶ El Mensaje que envía el Presidente al Poder Legislativo explicando el proyecto que finalmente se convierte en la ley en 1999, es clarificador al respecto: "En relación a la tuición de los hijos de padres que viven separados –sea por ruptura del matrimonio o porque éste no existe– se ha mantenido la norma que le entrega el cuidado de los hijos menores a la madre, pero se ha establecido que el juez podrá decidir de otro modo, por motivos calificados. Con ello se ha pretendido corregir las evidentes distorsiones que ha venido generando la normativa actual, según la cual para que la madre pierda la tuición, debe ser acreditada su depravación y consiguiente pervisión de los hijos menores. Nadie puede ignorar, en el mundo actual, que existen muchas otras causas que ameritan el cambio de la regla general y que, por cierto, no son indicativas de tal inhabilidad moral. La inadecuación de dicha norma genera graves conflictos que repercuten negativamente en los hijos. Se ha preferido consignar, pues, una expresión que, dando cuenta de una situación especial –'motivos calificados'– carece de una connotación negativa" (Mensaje presidencial de 22 de julio de 1993).

la ley de “otra causal calificada” –en el sentido positivo del bienestar de los hijos/as– y el interés superior del niño/a, como criterios de decisión que puedan alterar la opción *prima facie* que toma la ley por la madre.

Por último, la ley dispone que en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, podrá el juez “*confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes*”, debiendo preferirse a “*los consanguíneos, más próximos, y sobre todo, a los ascendientes*” (artículo 226).

Otras normas sustantivas que se refieren al tema:

Ley N° 16.618 sobre Protección de Menores: artículo 42 (inhabilidades físicas o morales de los padres):

“Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

- 1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;*
- 2.º Cuando padecieren de alcoholismo crónico;*
- 3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;*
- 4.º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;*
- 5.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;*
- 6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;*
- 7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.*

La Ley N° 19.620, sobre Adopción de Menores, en su artículo 24, incisos 3 y 4 señala:

“Si los solicitantes no tienen el cuidado personal del menor, deberán solicitarlo conjuntamente con la adopción, procediendo el juez a resolver en la audiencia preparatoria, pudiendo disponer las diligencias que estime pertinentes para establecer la adaptación a su futura familia.

El juez, en cualquier etapa del procedimiento, podrá poner término al cuidado personal del menor por los interesados, cuando así lo estime necesario para el interés superior de aquél. En todo caso, cesará de pleno derecho si el tribunal denegare la solicitud de adopción, de lo que se dejará constancia en la misma sentencia, la cual dispondrá además la entrega del menor a quien confíe su cuidado en lo sucesivo”.

La Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil contempla en su artículo 21 inciso 2:

“En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado”.

En la misma ley se establece, en el artículo 55 incisos 1 y 2 sobre el acuerdo al que pueden llegar los cónyuges:

“Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.

En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita”.

Por último, es relevante citar la Ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar, que en su artículo 9 inciso final señala:

“Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes”.

En definitiva, desde un punto de vista sustantivo, la legislación chilena sobre cuidado personal de los hijo/as se basa en el acuerdo de los padres; en caso de desacuerdo, establece un sistema de preferencia *prima facie* por la madre y da la posibilidad de que una decisión judicial revise cada una de estas opciones con base en el interés superior de los niño/as.

Nada en la legislación sustantiva revisada nos podría hacer sostener que esta contempla alguna forma de discriminación en atención a la orientación sexual del padre/madre. Ni siquiera causales abiertas como los numerales 6 ó 7 de la Ley N° 16.618 podrían ser interpretados en este sentido, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, tal como se explicará en este informe.

1.3.2. Aspectos procedimentales

El procedimiento aplicable al tratamiento del cuidado personal del menor es el procedimiento ordinario establecido en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia regulado en el párrafo IV del Título Tercero (artículos 55-67). Este procedimiento contempla una audiencia preparatoria y una audiencia de juicio. A partir del 1° de octubre de 2005, cuando entró en vigencia la Ley N° 19.968, que creó los Tribunales de Familia, estas causas se tramitarán ante dichos juzgados especiales (artículo 8°, N° 1), a través del procedimiento ordinario establecido en el título III de esa ley (artículo 55 y ss.).

Este procedimiento se aplica en todos los casos en que la ley no establece un procedimiento especial. Asimismo, se utiliza cuando alguno de los procedimientos especiales deja un aspecto del proceso sin regular. Se basa en dos audiencias que se caracterizan por ser orales y siempre con la presencia del juez y las partes.

De la normativa del Código Civil se deduce que puede accionar solicitando el cuidado personal del menor, en primer término, el padre o madre que no lo tuviere.

El artículo 226 del Código Civil señala que en caso de que ambos padres fueren inhábiles, se podrá confiar el cuidado personal del menor a otra persona o personas competentes. El inciso segundo señala que se preferirá para ello a los consanguíneos más próximos, especialmente a los ascendientes. Por lo tanto, podrán solicitar el cuidado personal las personas nombradas, lo que no impide que una persona que carezca de parentesco con el menor pueda solicitar el cuidado personal.

Por tratarse de una materia de mediación obligatoria se designará un mediador, quien ayudará a las partes a alcanzar un acuerdo. Si la mediación tiene éxito, el acuerdo debe ser autorizado por el Tribunal de Familia. Si fracasa, debe presentarse una demanda ante el Juez de Familia, quien tomará la decisión⁷.

1.3.3. Medios y valoración de la prueba

Esta materia está regulada en el párrafo III (La prueba), del Título III (Del Procedimiento), artículos 28 al 54 de la Ley de Tribunales de Familia (LTF). Su principal disposición viene dada por el artículo 28 que consagra la libertad de prueba:

“Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”.

Sobre la valoración de la prueba, la legislación chilena consagra el principio de la sana crítica y, además, establece un control de ésta a través de la obligación que tiene el juez de fundar su sentencia en la prueba rendida y hacerse cargo de ésta, dando las razones que ha tenido para dar por probados algunos hechos y otros no. De esta forma, hay un control para evitar la discrecionalidad del juez. Al efecto, la ley dispone en el artículo 32:

“Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso aquella que hubiera desestimado, indicando en su caso, las razones tenidas en cuenta para hacerlo”.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Los medios de prueba que regla la LTF son:

- Prueba testimonial, artículo 33 y ss.
- Prueba pericial, artículos 45 y ss.
- Declaración de las partes, artículo 50 y ss.
- Otros medios de prueba, artículo 54 LTF.

⁷ Cuidado personal de los hijos, última actualización febrero de 2010. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/guias/cuidado-personal-hijos>>.

1.3.4. La sentencia y sus efectos

Al momento de resolver, el juez debe tener en consideración como elementos de juicio distintas directrices. El interés superior del niño, que es entendido como un principio rector que el Juez de Familia siempre debe tener en consideración (artículo 222 del Código Civil; artículo 16 de la Ley N° 19.968). También debe considerar, como principio rector, el derecho del menor a ser oído, por lo tanto, su opinión será ponderada en la decisión judicial (artículo 16 de la Ley N° 19.968; artículo 227 del Código Civil). Debe contemplar, asimismo, si el niño ha sido reconocido por uno, ambos padres o ninguno y si éstos viven separados o juntos (artículos 223-225 del Código Civil). Si ha sufrido maltrato, descuido u otra causal calificada, por alguno de los padres, que los inhabilite para tener su cuidado (artículos 225 inciso 3 y 226 del Código Civil). Para lo último se debe atender a las causales de inhabilidad que enumera el artículo 42 de la Ley N° 16.618 de protección de menores. También, deberá tener presente si el padre o madre –que no tenía el cuidado personal del niño o niña– contribuyó a la mantención del hijo mientras estuvo a cargo del otro (artículo 225 inciso 3). Al tener que considerar estos elementos en la sentencia, se disminuyen las posibilidades de actuaciones discrecionales por parte de la autoridad judicial llamada a resolver la cuestión debatida.

Finalmente, es importante tener en cuenta que en estas materias se da lo que la doctrina conoce como “cosa juzgada provisional”, esto es, resuelve el caso con efecto de cosa juzgada, pero que cambiando las circunstancias que la motivaron, puede ser objeto de revisión. El Código Civil señala en su artículo 242:

“Las resoluciones del juez bajo los respectos indicados en las reglas anteriores se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales. 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”.

En conclusión, la piedra angular de este procedimiento es el interés superior del niño, niña y adolescente, su derecho a ser oído y un fallo razonado. Estos son principios rectores que el juez siempre debe tener presente como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento, limitando sustancialmente la discrecionalidad del intérprete. Además, es posible revisar esta decisión en interés del niño/a.

1.4. Tuición en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como el sistema civil chileno sobre cuidado personal está regido por las normas internacionales en materia de derechos del niño/a, es necesario entrar a considerar su contenido y alcances conforme haya sido entendido en el derecho internacional de los derechos humanos. El sistema internacional de derechos humanos ha tratado los temas relativos al cuidado personal de los hijos desde una doble perspectiva. Por

una parte, lo ha hecho desde la lógica de los derechos de los padres que producto de un quiebre de la vida en común deben resolver en condiciones de igualdad de derechos la custodia de los hijos (artículo 17 CADH). Por otra, el tema ha sido mirado desde el punto de vista de la Convención de los Derechos del Niño, cuestión relevante para esta Corte, ya que atendido lo preceptuado en el artículo 19 de la CADH, debe determinarse en cada caso si el Estado ha tomado las medidas de protección de los derechos de los niños y niñas, a la luz de la Carta de Derechos del Niño de Naciones Unidas⁸.

La Convención Americana realiza referencias directas a la prohibición de discriminación en estas materias en los siguientes términos: al tratar de los derechos familiares señala en el artículo 17.4:

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

Esta norma es central en la materia tratada en este informe. La Convención es clara en dos aspectos: la situación de igualdad ante la ley entre el padre y madre en todo el proceso de decisión sobre el cuidado de los hijos en caso de un quiebre. Pero lo más relevante, es que fija cuál es el criterio básico que debe seguir el Estado al regular estas materias: la protección de los hijos/as. Y la norma no se queda ahí, sino que establece el criterio que sirve de “base única” de decisión: debe ser el interés y conveniencia de ellos.

Esta es una directriz muy potente ya que obliga a la adopción de una protección necesaria que no es otra que una protección integral de distintos factores vinculados con su bienestar integral, social, económico, cultural y afectivo. Además, fija un criterio de decisión que es clave: la consideración del interés de las hijas/os es superior a cualquier otra consideración, por valiosa que ésta pueda parecer.

Esta norma debe ser leída a la luz de lo dispuesto en el artículo 29 de la propia Convención Americana que señala que:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

Por tanto, el artículo 17.4 cumple un rol hermenéutico clave al momento de resolver posibles conflictos de derechos entre quienes se disputan el cuidado de sus hijos luego de un quiebre en la convivencia.

⁸ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166.

Al mismo resultado se llega al interpretar la normativa internacional aplicable en la especie, ahora desde la perspectiva de los derechos de los niño/as, esto es, su regulación en la Convención de los Derechos del Niño y la Niña de 1989. Esta cuestión es relevante para este informe, ya que este instrumento forma parte del *corpus iure internacional* en materia de derechos del niño/a y es el instrumento base para determinar el contenido y alcance de las obligaciones del Estado en esta materia.

Por una parte, tenemos una norma clara que prohíbe la discriminación, basada en cualquier condición del niño/a, de sus padres o de sus representantes. Al efecto el artículo 2.1 dispone:

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

En cuanto al derecho a ser escuchado, dispone en el artículo 12:

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

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Ahora, sin duda, la norma-principio básica del sistema es aquella referida al interés superior del niño. El artículo 3.1 de la CDN establece el principio general:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En el numeral 2 del mismo artículo se consagran ciertos parámetros para su aplicación:

“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Esta normativa especializada tiene su puerta de entrada al sistema interamericano a través del artículo 19 de la CADH, que dispone:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Esto obliga al Estado a adoptar medidas especiales para una efectiva protección de los derechos del niño. De esta forma, el principio del “interés superior del niño”

cumple un rol de juicio hermenéutico para interpretar no sólo la Convención de los Derechos del Niño, sino que toda situación en la que un titular de estos derechos se encuentre involucrado, particularmente en caso de conflicto entre derechos.

Tal como lo ha señalado esta Corte en su Opinión Consultiva N° 17 de 28 de agosto de 2002⁹, el interés superior del niño es un principio que nos permite resolver aquellos casos complejos donde vemos más de un legítimo interés involucrado. La Corte señala:

“59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”.

En materia de tuición la correcta interpretación de este principio no puede ser otra sino que frente a varias soluciones razonables, debe estarse a aquella que de mejor manera garantice integralmente los derechos de los niño/as¹⁰. Esto obliga al legislador, al intérprete y, por cierto, al juez, a decidir cada caso de tuición teniendo como centro de su decisión el interés superior del niño, que no es otro, que la mejor protección de sus derechos. La Corte Interamericana, en la misma Opinión 17/02, ha señalado al respecto:

“En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia (considerando 65)”.

Como se desprende de la Convención de Derechos del Niño, eso pasa por una mirada general del bienestar del niño, que no contempla sólo aspectos económicos, sino, afectivos, sociales, relacionales, entre otros.

*

* *

⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02* del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17.

¹⁰ Miguel Cillero, consultor de Unicef y académico de la Universidad Diego Portales, en un trabajo que busca dar un sentido al principio del “interés superior del niño” en el marco de la Convención de los Derechos del Niño, señala: “desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos” (CILLERO, Miguel (1998). “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (Comp.), Santa Fe de Bogotá: Temis/ Depalma).

Tal como hemos señalado en este apartado, la legislación chilena en materia de tuición atiende, precisamente, a este principio como base de la decisión del juez en materia de tuición. De esta forma, la legislación chilena fija al juez un criterio básico que debe guiar su decisión y con ello se busca por medio de la ley guiar el razonamiento del juez y hacerlo congruente con las obligaciones del Estado en materia de derechos del niño/a y de sus padres. De esta forma, al resolver se deben valorar los derechos involucrados (derechos de los padres al cuidado personal de los hijo/as en los términos que consagra la ley civil) y dicho interés superior.

Consecuencialmente, podemos afirmar que la legislación chilena en esta materia es absolutamente coherente con las obligaciones contempladas en la Convención de Derechos del Niño y de esta manera, cumple con lo preceptuado en el artículo 19 de la CADH al establecer en materia de tuición una medida especial de protección, cual es, establecer como criterio básico de decisión el interés superior del niño.

Esta interpretación del interés superior de los niño/as es muy relevante en el caso chileno, ya que en el evento que un intérprete –erradamente– pudiera pensar que el interés superior del niño se define sobre la base de la orientación sexual de su padre/madre, este prejuicio no podría prosperar porque la legislación nacional e internacional establecen un límite claro mediante la prohibición de discriminación consagrada constitucionalmente. Además, la legislación chilena en algunos temas ha sido explícita al señalar que la orientación sexual debe ser tomada en cuenta (como causal de divorcio y como prohibición en materia de adopción), por lo que al omitir cualquier referencia a la orientación sexual como criterio para decidir en materia de tuición, no le es lícito al intérprete recurrir a ella como criterio de decisión. Este es un límite infranqueable conforme a una interpretación coherente de la ley civil a la luz de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado de Chile.

Por tanto, la lectura de las normas del Código Civil chileno en materia de tuición, en concordancia con la Constitución y las obligaciones internacionales del Estado, no podrán ser invocadas como base de una restricción de los derechos del padre/madre en materia de tuición basado en su orientación sexual.

2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL CHILENA

Como se ha señalado en este informe, la legislación chilena en materia de cuidado personal de los hijos debe ser leída a la luz de los principios que inspiran la estructura constitucional. Por ello, es relevante determinar si el principio de igualdad está contemplado en la Constitución, y de ser efectivo, determinar la forma en que se le regula y los efectos que tiene para el sistema normativo chileno¹¹.

¹¹ Un análisis más amplio de esta materia, ver NASH ROJAS, Claudio (2010). *La concepción de derechos humanos en latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*. México D.F.: Editorial Fontamara.

A efectos de un análisis de los derechos consagrados en la Constitución parece adecuado seguir un análisis sistémico de los principios que los inspiran. La idea de la dignidad es central para la Constitución Política y nos parece que es un valor moral que debe inspirar la interpretación de cada uno de los derechos, tanto como un meta-valor hacia el cual deben estar dirigidos los derechos fundamentales, como un criterio que sirva para una adecuada ponderación de los derechos en caso de conflictos o dudas sobre su interpretación, pero no debe constituir una categoría por sí misma. La dignidad es un valor y como tal ubicado dentro de lo axiológico, inspirando, por tanto, toda la construcción constitucional. Es claro en este sentido el artículo 1° de la Constitución que señala:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Coherente con este principio general, la Constitución consagra diversas facetas de este principio de igualdad. Los derechos de igualdad los encontramos consagrados como derecho de igualdad ante la ley en el artículo 19 numerales 2 y 3, como igualdad de formulación del derecho y trato en los numerales 17, 20 y 22; como manifestaciones de una cierta igualdad de hecho en el numeral 18 en materia de prestaciones de seguridad social. Finalmente, como manifestaciones de derechos de igualdad en cuanto a normas de mandatos de organización del aparato del Estado nos encontramos con los numerales 9 y 10, relativos a la protección de la salud y el derechos a la educación. A efectos de la materia que nos ocupa en este informe la norma clave es el artículo 19 numeral 2:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

A la vez que consagra estos principios, la Constitución establece en el artículo 5° inciso 2:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

De esta forma, los derechos, las obligaciones generales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituyen un cuerpo constitucional que constituye un límite a la soberanía y por tanto es un límite para toda la actividad del Estado y garantiza que cualquier norma legal debe ser compatible con dichas obligaciones internacionales.

Por tanto, es claro que el sistema normativo constitucional chileno consagra el principio de igualdad y no discriminación como una de las bases del diseño institucional y, por tanto, irradia tanto la legislación (Poder Legislativo), su interpretación (Poder Judicial) y su implementación administrativa (Poder Ejecutivo).

Respecto de las obligaciones de los órganos del Estado, la Constitución chilena contiene una norma que nos parece central, el artículo 6° sobre las “bases de la

institucionalidad”, expresamente establece la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales¹², las cuales comprenden tanto las normas del artículo 19 (catálogo constitucional de derechos) y las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (artículo 5º Constitución Política chilena). De esta forma, las obligaciones del Estado debieran ser comprensivas de la actividad de todos los órganos del Estado respecto del catálogo de derechos establecido en el propio texto constitucional, como en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile. Sobre esta base, se construye un diseño institucional que determina que todos los poderes del Estado, en el ejercicio legítimo de sus funciones, deberán tener en consideración las obligaciones de respeto y garantías de los derechos fundamentales.

A partir de la reforma a la Constitución y con la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos al bloque de constitucionalidad de los derechos constitucionalmente protegidos, las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la jurisprudencia internacional relativa al contenido y alcance de dichas obligaciones deben ser consideradas por todos los poderes del Estado en el ejercicio de sus funciones. Por tanto, a partir del principio de supremacía constitucional, las normas civiles y su interpretación, no pueden ser contrarias con estas obligaciones constitucionales. Esta interpretación no es sólo una expresión de voluntad de quien redacta este informe, sino que ha tenido manifestaciones jurisprudenciales concretas. En efecto, el Tribunal Constitucional chileno, en un fallo reciente, estableció que una norma del Código Civil relativa al reconocimiento de paternidad, era inaplicable por inconstitucionalidad, en atención a que dicha norma legal violaba un derecho consagrado en los tratados de derechos humanos vigentes en Chile y, por tanto, era contraria a los artículos 1º y 5º de la Constitución¹³.

3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Al estar incorporada la normativa internacional al sistema constitucional chileno, parece apropiado determinar los alcances de su regulación en el sistema interamericano, con un doble propósito. Por una parte, determinar los estándares que se incorporan al recepcionar constitucionalmente estas obligaciones de origen internacional; y por la otra, determinar con exactitud cuál es el escrutinio que debe realizarse para saber si estamos ante una legislación conforme o contraria a

¹² *“Artículo 6º: Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.*

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

¹³ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 1340, 29 de noviembre de 2009.

las obligaciones internacionales del Estado en materia de cuidado personal de los hijos atendida la orientación sexual de su padre/madre.

3.1. Principio de igualdad y no discriminación en la CADH: artículos 1.1 y 24

Dispone el artículo 1.1 de la CADH:

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

Fue fuente de inspiración de este artículo la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 2.1 establece:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, señala en su artículo II:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

Si bien la Convención Americana trata al principio de no discriminación como una norma general aplicable a cada uno de los derechos y libertades establecidos en la Convención, esto no impide que en su propio articulado se haga continua referencia a ella, ya sea reforzando la prohibición de discriminación en diversos ámbitos o expresando la necesidad de brindar un trato diferenciado hacia ciertas personas que se encuentran en situaciones disímiles, que requieren de una protección especial¹⁴.

Es importante tener en consideración que los instrumentos internacionales contemplan la obligación del Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad en toda su legislación y no sólo respecto de los derechos consagrados internacionalmente¹⁵. La Convención Americana, además de lo dispuesto en el artículo 1.1, consagra en su artículo 24 el derecho de la igualdad ante la ley en los siguientes términos:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Debemos, en consecuencia, tener en cuenta la relación entre ambos artículos (1.1 y 24 de la CADH) a la luz de lo resuelto por la Corte Interamericana:

¹⁴ Ver artículos 4, 13, 17, 19, 23 y 27.

¹⁵ A modo de ejemplo, ver artículo 24 de la CADH y artículo 26 del PIDCP.

“53. El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

54. Por su lado el artículo 24 de la Convención establece [...]

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley¹⁶”.

Esta argumentación se ve reforzada al revisar los trabajos preparatorios de la Convención. En efecto, en cada uno de los proyectos de convención que fueron analizados por los Estados, se establecía que “Todas las personas son iguales ante la ley. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y eficaz contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁷, con lo cual se daba un sentido determinado a la norma: ésta decía relación con la obligación de dictar normas que contribuyeran a terminar con situaciones discriminatorias. En cambio, la redacción final del artículo tiene un sentido absolutamente distinto, en él se establece un derecho autónomo, que dice relación con toda la potestad regulativa del Estado en su conjunto, que no puede ser discriminatoria.

En fallos recientes¹⁸ la Corte Interamericana ha reafirmado esta diferenciación entre lo establecido en el artículo 1.1 y el 24 de la Convención Americana. La Corte ha señalado:

“El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y li-

¹⁶ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84*, de 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párrs. 53-54.

¹⁷ OEA. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*. Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Washington D.C., 1973, pp. 244, 284, 302 y 400.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182.

bertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”. “El artículo 24 de la Convención prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Parte, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”¹⁹.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al señalar en su Comentario General N° 18 (no discriminación):

Si bien el artículo 2° del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2°, sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto²⁰.

3.2. ¿Qué se ha entendido por discriminación en la jurisprudencia de la Corte IDH?

La Convención Americana establece como una de las obligaciones generales del Estado y un principio sobre el cual se construye todo el sistema normativo interamericano el deber del Estado de no discriminar a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N° 194, párr. 348; y en el mismo sentido, *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N° 195, párr. 379.

²⁰ Comité de Derechos Humanos (CDH). *Observación General No. 18. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación*, 37° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr. 12.

Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del derecho internacional de los derechos humanos e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*. La Corte, al respecto, ha señalado:

“En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens”²¹.

Si bien la Convención Americana no define qué debe entenderse por discriminación, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) ha entregado una definición que es comúnmente aceptada como una adecuada descripción de este concepto. Al efecto el Comité ha definido la discriminación como:

“Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados MOTIVOS, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por OBJETO o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”²².

A partir de esta definición podemos señalar que la acción estatal deberá consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que implica un *elemento comparativo*, esto es, para que exista una acción discriminatoria debe haber otra persona o grupo puestos en la situación de ser tratada por el Estado en forma similar o diferente. El Estado incurrirá en una discriminación no sólo cuando en forma *directa e inmediata* sus agentes actúen, ya sea que dicha acción provenga de cualquiera de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo o judicial) en cualquiera de sus niveles funcionarios, sino que también en aquellos casos que en forma *indirecta* lo permitan, o bien, por medio de la *omisión* de proteger y garantizar un determinado derecho respecto de una persona o grupo, incurran en un acto discriminatorio. En este sentido, el Estado deberá prohibir y sancionar todas las acciones discriminatorias que puedan darse en las relaciones particulares, evitar que se proclamen acciones discriminatorias e ideas que las alienten, etc.

²¹ Corte IDH. *OC-18/03*, párr. 101.

²² CDH, *Comentario General N° 18* (1989), párr. 7 (el destacado es nuestro).

Mas, no toda diferencia de trato será una discriminación. Es posible que un trato diferenciado sea legítimo, en cuyo caso deben concurrir tres elementos: objetividad y razonabilidad de dicho trato diferenciado y que busque un fin legítimo. El mismo Comité lo ha expresado en los siguientes términos:

“...el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”²³.

3.3. Elementos que configuran una discriminación

Esta idea acerca del significado de la discriminación nos permite desprender y vislumbrar algunos aspectos relevantes para delimitar cuándo nos encontramos ante una discriminación.

En primer lugar, la determinación de la existencia de igualdad o de discriminación supone un ejercicio relacional. En efecto, requiere necesariamente realizar una comparación entre la situación de uno o más sujetos respecto de uno o más objetos (recursos, cualidades, bienes, derechos, etc.).

En segundo lugar, la discriminación requiere, en términos generales, una acción u omisión estatal, que puede consistir en una “distinción, exclusión, restricción o preferencia”. La mayoría de estas expresiones aluden a la concesión o negación de algo que se otorga a unos y no a otros, lo que nos sugiere que las diferenciaciones suelen ser jurídicamente más problemáticas.

Esto nos lleva a otro de los aspectos más destacables del concepto de discriminación: los motivos de diferenciación. La definición del Comité de Derechos Humanos y las cláusulas que prohíben la discriminación hacen mención de una serie de motivos no taxativos en base a los cuales las personas pueden ser discriminadas. Algunas de estos motivos son señalados explícitamente por la Convención, pero esto no significa que sea un grupo cerrado de calidades, ya que la Convención se encarga de señalar una cláusula general “cualquier otra condición social”, que sirve como base para establecer un límite al trato diferenciado que constituye una discriminación en la medida que dicho trato tengo como base un elemento particular del titular que lo diferencie en sus relaciones sociales.

De esta forma, lo relevante para determinar si estamos ante una discriminación será determinar la concurrencia de cada uno de estos elementos en la situación analizada.

3.4. La orientación sexual como categoría prohibida en la Convención

Es evidente que a los efectos de este informe lo relevante será determinar si la orientación sexual es uno de los elementos prohibidos para establecer tratos diferenciados en materia legislativa. Lo primero que uno debe concluir es que no hay una

²³ CDH, *Comentario General N° 18* (1989), párr. 13 (el destacado es nuestro).

referencia explícita en la Convención a una prohibición de un trato diferenciado en razón de la orientación sexual. Esto obliga a preguntarse si calza con algunas de las condiciones que sí son base de una discriminación. Si miramos el derecho comparado, vemos que la forma en la cual los órganos de control internacional han establecido que la orientación sexual es una condición prohibida para establecer un trato diferenciado es considerarla parte de la cláusula “sexo”²⁴ o vincularla a una cláusula abierta²⁵ y, por lo tanto, por esta vía sería una consideración ilegítima al momento de establecer un tratamiento diferenciado.

En la doctrina se ha señalado que un trato diferenciado en razón de la orientación sexual en ciertas circunstancias puede ser considerado discriminatorio:

“El trato diferencial basado en la orientación sexual ha sido considerado discriminatorio en algunas circunstancias, pero no cuando el tema se refiere a la adopción de un hijo y el Estado la rechaza debido al ‘estilo de vida’ del peticionario”²⁶.

Recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló:

“En ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”²⁷.

En definitiva, por diferentes vías se va reconociendo la orientación sexual como una condición que no puede servir, *prima facie*, de base para un trato diferenciado.

3.5. Formas de discriminación

Entre los elementos que caracterizan la definición de discriminación encontramos el que ésta, sea “por objeto” o “por resultado”, produce un perjuicio en tanto anula o menoscaba el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

²⁴ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Toonen vs. Australia*. Comunicación 488/1992, Dictamen de 4 de abril de 1994.

²⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, No. 33290/96, § 28, ECHR 1999-IX.

²⁶ SHELTON, Dinah (2009). “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los *Derechos Humanos*”. En: *Anuario de Derechos Humanos 2008*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 37-38.

²⁷ Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32.

Lo anterior ha llevado a la Corte Interamericana a sostener que la discriminación puede ser “directa” o “indirecta”:

“Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales”²⁸.

La primera se verifica en aquellos casos en que la acción u omisión tiene por objeto el menoscabo en el goce de derechos de una o más personas, es decir, se realiza con el propósito o la intención de ocasionar ese perjuicio. En cambio, la denominada discriminación indirecta, es aquella que sin perseguirlo, ocasiona el mismo resultado, puesto que produce igualmente dicho efecto perjudicial. En términos más precisos, se ha estimado que la discriminación indirecta tiene lugar cuando una norma o medida en apariencia neutral produce un efecto perjudicial que impacta de manera exclusiva o desproporcionada sobre personas que forman parte de un grupo determinado, sin que dicha medida pueda justificarse de manera objetiva y razonable²⁹.

A la luz de estos elementos es posible que pasemos a dar una respuesta definitiva a la pregunta que hemos formulado al comienzo de este informe ¿discrimina la legislación chilena sobre tuición en razón de la orientación sexual?

4. ¿EXISTE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA NORMATIVA SOBRE TUICIÓN?

Como he señalado, a los efectos de determinar si la legislación chilena en materia de cuidado personal de los niños discrimina en función de la orientación sexual de alguno de los padres u otras personas llamadas a ejercer esta especial función, es necesario determinar si al efecto concurren los elementos que configuran una discriminación conforme a los estándares internacionales. **Por tanto, se hace necesario determinar si estamos ante alguna forma de discriminación directa, o bien, si la ley permite –razonablemente– que haya una discriminación indirecta.**

4.1. ¿Establece la legislación chilena una discriminación directa por orientación sexual?

De acuerdo a lo señalado, la discriminación se basa en una comparación, esto es, en un ejercicio relacional. Lo que debe determinarse es si dos grupos que están

²⁸ Corte IDH. OC-18/03, párr. 103.

²⁹ NASH, Claudio y DAVID, Valeska (2010). “Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos (COLAM), Perú, pp. 172-181.

en condiciones de igualdad, no son tratados de la misma forma por la legislación. La pregunta es, entonces, si un padre/madre heterosexual es tratado en forma diferente por la legislación de lo que hace con un padre/madre homosexual.

Como hemos visto, la legislación chilena no establece ninguna forma de trato diferenciado en atención a la orientación sexual del padre/madre que reclama este derecho. El cuidado de los niños/as puede quedar en manos del padre o madre sobre la base de un acuerdo entre ambos. Si no hay acuerdo, la ley establece una preferencia *prima facie* por la madre, pero que no es absoluta, sino que puede ser modificada por el juez, atendida una consideración central: el bienestar integral de los niños/as y no la habilidad o inhabilidad de su padre/madre. Ni al momento del acuerdo entre el padre y la madre, ni al momento de decidirse judicialmente el legislador tiene en consideración la orientación sexual de la persona a quien se le encarga el cuidado personal de los niños/as.

Esta conclusión es coherente, además, con las bases constitucionales chilenas. Como se señaló previamente en este informe, la Constitución establece –con toda claridad– la igualdad ante la ley como una de las bases de la institucionalidad. Este principio irradia todo el sistema normativo, esto es, toda la legislación debe ser coherente con este principio, tanto la sustantiva como la procedimental. Por su parte, este principio de igualdad ante la ley obliga al intérprete judicial y obliga que cualquier resolución judicial se base en el principio de igualdad y no discriminación. De ahí que no pueda fundarse una resolución judicial en un elemento contrario a la igualdad, lo que implica que una resolución que se base en un trato diferenciado por la orientación sexual del padre/madre sería contraria a la Constitución.

La Constitución, además, consagra en el artículo 5º inciso 2 que los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile son un límite a la soberanía. De ahí que los derechos, sus reglas comunes (obligaciones de respeto, garantía y no discriminación) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana son un baremo de constitucionalidad que debe guiar al legislador y al intérprete. Por tanto, cualquier duda que pueda tener el legislador o el intérprete debe resolverse en favor del principio de igualdad en los términos que han sido entendidos por la Corte Interamericana. De ahí que no quede espacio para que la ley establezca diferenciación en base a la orientación sexual.

4.2. *¿La legislación chilena, en materia de cuidado personal de los hijos/as da base a una discriminación indirecta?*

Como señalamos, la discriminación no sólo puede ser directa sino que también indirecta o por resultado. En este caso nos debemos preguntar si, en la práctica judicial, pese a los obstáculos legales y hermenéuticos, los casos en que debe resolverse el cuidado de los niños/as se resuelve permanente o desproporcionadamente haciendo diferencias en base a la orientación sexual del padre/madre.

En la práctica no nos encontramos con una afectación exclusiva o desproporcionada del padre/madre homosexual en materia de tuición en Chile. Al respecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana es clara en señalar que no cualquier acto que afecte a un determinado grupo, es *per se* una forma de discriminación colectiva, sino que es necesario que la aplicación de una norma o una acción afecta de una particular manera a los integrantes de un grupo. En un caso reciente la Corte ha clarificado este criterio:

“Al respecto, esta Corte ha establecido que no es posible ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado Parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica generalizada de violaciones a los derechos humanos, y que ello ‘obliga a la Corte a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que, sin perjuicio de lo ya dicho, sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados’. La Corte ya ha establecido que ‘la sola constatación de un caso individual de violación de los derechos humanos por parte de las autoridades de un Estado no es, en principio, base suficiente para que se presuma o colija la existencia dentro del mismo de prácticas masivas y colectivas en perjuicio de los derechos de otros ciudadanos’”³⁰.

En Chile, la orientación sexual no es un criterio recurrente para un trato diferenciado, sino que el elemento primordial que se tiene a la vista es el interés superior del niño/a sin considerar dicho elemento, ello en concordancia con las obligaciones internacionales del Estado chileno. Como ejemplo podemos citar el fallo dictado por el Primer Juzgado de Familia de Puente Alto, de 30 de diciembre de 2008 y en los tribunales superiores, el reciente causa Rol N° 2444-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago. En estos casos, se concedió el cuidado-personal de los niños a personas con orientación homosexual, lo que explícitamente fue debatido en estas causas.

Sin duda que es posible encontrar situaciones de discriminación por orientación sexual en nuestros países. El punto es determinar cuáles son las medidas adecuadas para hacerles frente. Si la discriminación no está en la legislación, sino en algunas prácticas o erradas interpretaciones, lo correcto es tomar medidas para evitar esas malas prácticas o erradas interpretaciones, no la modificación de la ley.

CONCLUSIONES

1. La legislación chilena en materia de determinación de la tuición no establece discriminación ni directa ni indirecta por la opción sexual de los padres.
 - a. Nuestra legislación sobre tuición no discrimina.
 - b. Nuestra legislación de familia se encuentra en plena concordancia con los estándares internacionales, sobre todo, en relación a la legislación interamericana

³⁰ Corte IDH. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 249 (el destacado es nuestro).

y la Convención de los Derechos del Niño/a. Esos estándares no son sólo una cuestión sustancial, sino que también dichas normas están en plena concordancia con el debido proceso y valoración de la prueba.

c. Las normas civiles sobre tuición son coherentes con la Constitución, lo cual asegura un estándar de proscripción de la arbitrariedad al momento de legislar.

2. Las normas civiles sobre tuición o cuidado personal de los hijos/as, están orientadas a cautelar el interés superior del menor.

a. La ley no hace valoraciones morales de la cuestión; sólo señala que se debe privilegiar el medio idóneo para el mejor desarrollo de los niño/as, en atención al artículo 242 del Código Civil (interés superior del menor).

b. La ley establece parámetros abstractos de valoración, entregando la valoración en concreto al juez.

c. La legislación permite al juez determinar sus decisiones ponderando los distintos factores que rodean la convivencia de los padres con los hijos, lo cual es la base para la determinación con cuál de los padres el menor deberá vivir, en el caso en que exista un pleito sobre la custodia de los hijos entre los padres.

3. En el procedimiento que rige los temas de cuidado personal de los hijo/as, la ponderación que debe hacer el juez, a fin de cautelar el interés superior del niño, deben contemplarse diversos elementos:

a. El juez debe preferir el interés superior del niño, interés que no sólo está dado por un aspecto económico, sino que dentro de aquel se incluyen diversos aspectos de la vida del menor. Así, es necesario referirse a los aspectos psicosociales de la cuestión, educacionales, afectivos, etc.

b. La ley procedimental no califica que la orientación sexual de los padres los incapacite para desempeñar su rol.

c. El proceso de familia no produce cosa juzgada material. El proceso en cuestión sólo produce cosa juzgada provisoria, la cual es susceptible de modificación ante cualquier cambio de circunstancias que afecten la vida del menor.

4. Las normas constitucionales e internacionales aplicables en Chile constituyen una barrera que impide una aplicación legítima de la legislación sobre el cuidado personal de los hijos/as basada en la orientación sexual de los padres.

5. En Chile no es posible afirmar que la legislación revisada discrimine ni directa ni indirectamente sobre la base de la orientación sexual de los padres.

Es cuanto puedo informar a la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos.