



Small, illegible text in the top right corner, possibly a page number or reference code.

INTERNACIONAL

- ___ Ley N° 19.585, sobre filiación, Chile, D.D. 26 de Octubre de 1998.
- ___ Ley N° 19.620, sobre adopción, Chile, D.D. 5 de Agosto de 1999.
- ___ Ley N° 19.947, sobre matrimonio civil, Chile, D.D. 17 de Mayo de 2005.
- ___ Ley N° 19.968, sobre tribunales de familia, Chile, D.O. 30 de Agosto de 2004.
- ___ Ley N° 20.030, sobre algunas modificaciones en filiación, Chile, D.O. 5 de Julio de 2005.
- LENZ, R.: *Diccionario Etimológica de las voces chilenas derivadas de lenguas indígenas americanas*, imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1910.
- MILANICH, N.: "Perspectiva histórica sobre filiación ilegítima e hijos ilegítimos en América Latina", en *Revista de Derechos del Niño*, U.D.P. y UNICEF, N° 2, Chile, 2004.
- MONTECIND, S.: *Modres y Huachos. Alegorías del mestizaje chileno*, editorial cuarto propio, ediciones Cedem, Chile, 1993.
- ___ Reglamento de la Ley de Adopción N° 19.620, D.O. 18 de Marzo de 2000.
- SALAZAR, G.: *"Ser niño Huacho en la historia de Chile (siglo XIX)*, Editorial LDM, Chile, 2007.
- ___ www.ine.cl
- ___ www.unicef.cl

ORIENTACIÓN SEXUAL Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS A LA LUZ DEL CASO ATALA

FABIDLA LATHROP GÓMEZ*

"Algún día será preciso admitir que las hijas de padres homosexuales llevan, como otras, pero mucho más que otras, la huella singular de un destino difícil. Y también habrá que admitir que las padres homosexuales son diferentes de las otras padres. Por esa nuestra sociedad debe aceptar que existan tal como son. Debe acordarles las mismas derechos que a los demás padres, pero también reclamarles las mismas deberes. Y los homosexuales no lograrán demostrar su aptitud para criar a sus hijos obligándose a ser "normales". Pues al procurar convencer a quienes las rodean de que esas hijas nunca se convertirán en homosexuales, corren el riesgo de darles una imagen desastroso de sí mismas" (Raudinesca, E.: La Familia en Desorden, Buenos Aires, Fonda de Cultura Económica, 2007, p.210).

Resumen

Este trabajo analiza la relación entre la atribución del cuidado personal y la orientación sexual de los padres, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comparado, a la luz del caso Atala. Se sostiene que la decisión de la Corte Suprema efectuó, en primer término, una discriminación

* Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca; Docente e Investigadora de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Profesora de Derecho Civil del Departamento de Derecho Privado de la misma Facultad. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt 1109D042.

arbitraria en razón de la orientación sexual de la madre de tres hijas al negarle el cuidado personal; conculcando, en segundo término, la propia garantía de igualdad de dichas hijas al conferir a su madre dicho trato discriminatorio, y su interés superior al considerar que la convivencia en un hogar homoparental constituiría un daño eventual para su bienestar.

Palabras claves

Cuidado personal, orientación sexual, interés superior.

1. El Caso Atala

El caso a la luz del cual se analiza en este trabajo la relación entre la atribución del cuidado personal y la orientación sexual de los padres, se remonta al año 2004 y es una de las disputas judiciales que mayor revuelo ha causado en Chile en el ámbito social y jurídico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) conocerá este caso en el mes de agosto del año 2011. A continuación, se contextualiza este caso en el sistema interamericano de DDHH, narrando someramente sus hechos y los argumentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión)¹.

Este caso se inicia el año 2004, en un recurso de queja presentado por el padre de tres niñas en contra de los Ministros y la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco, en el que se afirmaba que los recurridos habían procedido arbitraria e injustamente y actuando contra Derecho, al confirmar la sentencia de primera instancia del Juzgado de Villarrica que otorgaba la tuición de sus hijas a su madre lesbiana. Al conocer de este recurso, la Corte Suprema chilena privó a la señora Atala de la tuición de estas tres hijas por haber hecho pública

1. Para la descripción de los hechos se reproducen acá algunos párrafos de los comentarios sobre el caso de los siguientes trabajos: Cortés Morales, J.: "Lesbianismo, tuición e interés superior del niño: comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Chile", en *Justicia y Derechos del Niño*, Número 6, Unicef, pp.191-205 y Sarmiento Ramírez, C., "La orientación sexual y la discriminación en el caso Atala: un paso ante la Corte Interamericana", en [<http://www.programamujerescdh.cl/columnas/detalle.tpl?id=20110110172040>] [consultado el 25 de abril de 2011].

su condición homosexual al iniciar una convivencia con su pareja. El fallo de la Corte Suprema consideró que los jueces:

- a) Pronunciaron el fallo recurrido incurriendo en falta o abuso grave al resolver anteponiendo el derecho de la madre al interés superior de las niñas.
- b) Ignoraron antecedentes probatorios (testigos) que señalaban que, desde el momento en que la madre hizo pública su homosexualidad, las niñas habían sufrido un empeoramiento de su ambiente de crianza, que se expresaría en la reducción de visitas por parte de amigas y en la confusión ante la sexualidad materna, expresada en juegos y actitudes que habían sido señaladas en testimonios de "personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa".
- c) Pretirieron "el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio [...]".

En efecto, la Corte Suprema chilena estimó que la señora Atala antepuso sus intereses a los de sus hijas al tomar la decisión de manifestar su orientación sexual e iniciar una convivencia con una pareja del mismo sexo. Sobre los efectos de dicha convivencia, declaró: "Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas".

El 8 de noviembre de 2010, la Comisión publicó la demanda contra el Estado de Chile presentada ante la Corte en el caso de Karen Atala y sus hijas, la que funda en el "[...] el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió la señora Karen Atala debido a su orientación sexual [...], y en "[...] la

inobservancia del interés superior de las niñas [...] cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de prejuicios discriminatorios e incompatibles con las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos".

Para la Comisión, la decisión que adopta la Corte Suprema a partir de la orientación sexual de la señora Atala, está prohibida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por constituir una categoría arbitraria cuya aplicación causa discriminación. La Comisión solicitó a la Corte que estableciera la responsabilidad internacional del Estado chileno por la violación de los artículos 11 (derecho a la vida privada y familiar), 17 (derecho a la familia), 19 (protección especial de las niñas), 24 (derecho a la igualdad y no discriminación), y 8 y 25 (derechos a las garantías judiciales y protección judicial), en relación a las obligaciones del artículo 1.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CA).

Es importante señalar que en la demanda de la Comisión se indica, expresamente, que el objeto del libelo no es solicitar un pronunciamiento sobre si la custodia de las niñas le correspondía a la madre o al padre. Lo que argumenta es que la consideración de la orientación sexual de Karen Atala en el proceso de custodia constituyó una violación de las obligaciones internacionales del Estado chileno (párrafos 68 y 69 de la citada demanda).

Para el Estado chileno, la decisión no se basó en la orientación sexual de Karen Atala sino en su convivencia con una pareja del mismo sexo y el efecto de esta situación en las hijas. Ante ello, la Comisión refuta que la orientación sexual es un criterio prohibido de discriminación y categoría sospechosa² a la luz del artículo 1(1) de la CA, y que no se limita a la condición homosexual en sí misma sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas (párrafo 27 de la demanda de la Comisión).

La Corte Suprema chilena reconoció, expresamente, como válida la opción sexual de la madre, es decir, que podía vivir su vida sexual

2. Sobre las categorías sospechosas y la razón de que, respecto de ellas, el juicio de legitimidad deba ser más estricto. Vid. Rubio Llorente, F.: "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 31, Año 11, Enero-Abril 1991, p.12.

como estimase conveniente pero, contradictoriamente, este órgano jurisdiccional le señaló: no la desarrolle delante de sus hijas porque eso las daña, vaciando, a mi juicio, de contenido el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad³.

2. Orientación sexual y otorgamiento del cuidado personal

Nuestra legislación, como la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, no contiene una norma que proscriba la discriminación por orientación sexual en el otorgamiento del cuidado personal. Sin embargo, en diversos países, el principio de igualdad en las relaciones parentales ha calado muy hondo, siendo una de las directrices informadoras de las legislaciones que regulan las relaciones parentales. Así, se ha consagrado, positivamente, el deber de considerar a ambos padres en pie de igualdad para la determinación de los derechos y responsabilidades parentales, sin conceder preferencia a uno de los progenitores respecto del otro debido a su **sexo**, edad, estado civil, o sexo del hijo, pero sin aludir concretamente a la orientación sexual. En diversos estados de Estados Unidos, como por ejemplo en Kansas, la ley establece que, en ningún caso, se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o

3. Al respecto, es útil referir que la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que no se puede aceptar la identidad homosexual y, a la par, prohibir su manifestación natural de vida en pareja, por ser éste un derecho esencial de los individuos. En efecto, en su sentencia C507/99, ha establecido que "Bajo este supuesto, ha de concluirse que, en realidad, lo que se busca sancionar a través de la expresión acusada - ejecutar actos de homosexualismo - no es la potencial falta en que pueda incurrir el disciplinado, sino la condición humana de homosexual y el ejercicio legítimo de su inclinación, con lo cual se afecta de manera grave el derecho del individuo para manejar libremente algo que le es tan propio como su sexualidad". Cabe tener en consideración que el Artículo 19 número 26 de nuestra Constitución Política asegura a todas las personas: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio". En este caso, la Corte Suprema chilena efectuó una interpretación que cercena, precisamente, la garantía constitucional de la igualdad; afectó, en su esencia, impuso condiciones y requisitos al libre desarrollo de su personalidad, al legítimo derecho a expresar y vivir la orientación sexual que le había reconocido.

residencia de un hijo en perjuicio del otro padre, con independencia de la edad del menor, y que no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o de la residencia a la madre coincide con el mejor interés del niño menor de un año (*infant*) o del niño de corta edad (*young child*)⁴.

Al respecto, cabe señalar que en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) subyace una particular visión en materia de igualdad. En efecto, este instrumento internacional contempla uno de los conceptos más omnicomprendidos del principio de "no discriminación", ya que no sólo prohíbe efectuar diferencias arbitrarias en contra del niño sino también respecto de sus padres y representantes legales. Su artículo 2.1 establece que "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"⁵.

4. Cfr. En sentido similar, Kansas Statute Nº 60-1610, chapter 60, article 16, 3), B. De manera similar se ha establecido esta regla: en Maine (número 4 de los Maine Revised Statutes Annotated, title 19-A: Domestic Relations §1653, sub-§1, de 21 de septiembre de 2001); en California (artículo 3040 letra a.1 del California Family Code); en Louisiana (letra A, número 2, del artículo 131 sobre Custody of children pending the litigation del Civil Code); en Missouri (número 8 de los Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375.1, de 28 de agosto de 2001); en Alaska (Alaska Statutes, title 25 -- AS 25.20.060, letra b); en Nevada (Nevada Revised Statutes, Chapter 125, NRS 125.480.2); Mississippi (número 7 de la SEC. 93-5-24 del Mississippi Code of 1972, as amended by Laws 2000, Ch. 453, Secc. 1; HB214; en vigor desde el 1 de julio de 2000); en Florida (artículo 61.13 de los Florida Statutes Annotated); y en Texas (Texas Family Code, chapter 153 - Conservatorship, possession and access §153.003). En Suecia, por su parte, se ha afirmado que las normas sobre la custodia se basan en el principio de que el niño necesita mantener relaciones estrechas y positivas con ambos padres cuando éstos se separan; sus normas parten del supuesto de que ninguno de los padres es más idóneo que el otro para obtener la custodia simplemente en razón de su sexo. Cfr. Ministry of Justice, Sweden, "Custody of Children", en *Fact Sheet*, Ju 00.D5, may, 2000, p. 2.

5. El énfasis es nuestro.

Y aunque la CDN no ha establecido qué entiende por "discriminación", el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la "no discriminación", junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, constituyen un principio básico y general relativo a la protección de los Derechos Humanos; agregando, en cuanto a la discriminación en contra de los niños y niñas, que el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone que todo niño, sin discriminación alguna, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado⁶. En particular, el Comité de Derechos Humanos destaca que, en ciertos casos, el PIDCP exige expresamente a los Estados Partes que adopten medidas que garanticen la igualdad de derechos de las personas de que se trate. Así, el párrafo cuarto del artículo 23 del PIDCP estipula que deben efectuarse acciones apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de **disolución del mismo**⁷.

Ahora bien ¿puede entenderse incluida la orientación sexual en la categoría "sexo" que algunos países mencionan? ¿Puede incluirse en la proscripción de la discriminación por "otra condición", que efectúa la CDN, la orientación sexual? ¿Puede entenderse, a la luz de las recién mencionadas normas de la CDN, que las hijas han sido discriminadas por haberse discriminado a su madre? En las respuestas que a estas preguntas pueda dar la Corte radica la importancia de este caso.

A mi juicio, en el caso sometido al conocimiento de la Corte se ha vulnerado el principio de igualdad y no discriminación en contra de Karen Atala, al considerarse su orientación sexual como causa invalidante para otorgar a sus hijas un entorno familiar congruente con el modelo de familia tradicional chileno, que las estigmatizaría por pertenecer a un hogar homoparental. Se ha conculcado también, el principio de igualdad y no discriminación en contra de las hijas de Karen

6. Cfr. Comité de Derechos Humanos: Observación General nº 18 (1989), *No Discriminación*, Ginebra, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, 1º de noviembre de 1989, párr. 1 y 5.

7. *Ibid.*, párr. 5. Énfasis añadido.

Atala y el interés superior de las mismas, en tanto, al atender a la condición lésbica de Karen Atala, se discriminó "por cualquier otra condición" a la madre de estas hijas, porque, en lenguaje de la CDN (artículo 2.1.), si se discrimina a los padres de los niños, se discrimina a estos últimos también.

2.1 Vulneración de la prohibición de discriminación por orientación sexual

En la demanda ante la Corte, la Comisión reconoce que la orientación sexual no se encuentra establecida en el texto literal de la cláusula de no discriminación consagrada en el artículo 1(1) de la CA⁸, pero que el texto mismo de dicha norma indica que se trata de una cláusula abierta que permite la inclusión de otras categorías bajo la fórmula "otra condición social" (párrafo 91 de la demanda).

El pronunciamiento más reciente en el sistema universal de Derechos Humanos al respecto data de julio de 2009, fecha en que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que: "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"⁹.

8. Esta norma reza así: "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".

9. 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, 2 de julio de 2009, párr. 32 (énfasis añadido).

Anteriormente, se había entendido que la discriminación en razón de la orientación sexual estaba incluida en el concepto de "discriminación por sexo" y de discriminación por "otra condición social".

En primer término, en el caso *Toonen v. Australia*¹⁰, el Comité de Derechos Humanos determinó que la penalización de las relaciones sexuales homosexuales consensuadas constituía una violación al derecho a la privacidad, considerando, además, que la referencia a "sexo" en el artículo 26 y el 2.1 del PIDCP incluía la orientación sexual. El año 2003, dicho Comité afirmó que la orientación sexual se encontraba amparada bajo "cualquier otra condición" en el artículo 26 del PIDCP¹¹.

Por su parte, el sistema europeo de Derechos Humanos ha rechazado la discriminación en razón de orientación sexual en reiteradas ocasiones, estimando que la orientación sexual se encuentra incluida en el artículo 14 del Convenio Europeo (Prohibición de Discriminación), desde el pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Dudgeon v. United Kingdom*¹², en 1981, y, en particular, en el caso *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, en Sentencia de 21 de diciembre de 1999, donde estableció que los fundamentos a través de los cuales se había negado la tuición a un padre homosexual eran explícitamente discriminatorios. El tribunal de apelación portugués había fundamentado su decisión en que la hija "debía estar con una familia portuguesa tradicional, y que su padre evidentemente no había elegido esa clase de familia, prefiriendo vivir en relación marital con otro hombre", agregando que el Tribunal "no es el lugar para intentar averiguar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En cualquiera de los casos, estamos en presencia de una **anormalidad y una criatura no debería crecer a la sombra de situaciones anormales**"¹³.

10. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en *Toonen v. Australia*, Communication N° 488/1992, par. 8.7, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

11. Comité de Derechos Humanos, *Young v. Australia*, Communication N° 941/2000, par. 10.2 y 10.4, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).

12. Eur. Court HR, *Dudgeon v. United Kingdom*, (Application N° 7525/76), Judgement, octubre 22, 1981.

13. Énfasis añadido.

El rechazo a la discriminación en razón de la orientación sexual se encuentra refrendada en Europa, en primer lugar, por el artículo 81 de la Constitución europea, dedicado a la "no discriminación", que establece que "Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u **orientación sexual**". Y, en segundo lugar, por el Tratado de Amsterdam, mediante el cual se introdujeron modificaciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en especial, al combate contra la discriminación, cuyo artículo 13 establece que "Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u **orientación sexual**"¹⁴.

Por último, a nivel interno, en Estados Unidos—uno de los países en que la Doctrina ha desarrollado más profusamente la orientación sexual y su relación con el cuidado personal de los hijos— se ha señalado, en casos como el que nos convoca, que para que la orientación o conducta sexual de una madre o de un padre se considere relevante a la hora de tomar decisiones sobre custodia, tiene que demostrarse una relación específica entre la orientación o conducta sexual de la madre o del padre y el daño concreto que ésta cause a la criatura. Esta prueba de nexos estaría arraigada en veintisiete estados de Estados Unidos y, para que sirva al interés superior del niño, debe incluir:

- El reconocimiento de cuáles áreas de la conducta de la madre o del padre serán las apropiadas a investigar
- Una definición clara de daño, con la demostración del daño

14. Énfasis añadido.

concreto causado en lugar de conclusiones o especulaciones en general¹⁵.

- Evidencia del daño y de que ese daño está relacionado con la conducta de la madre o del padre.
- Garantías de procedimiento en cuanto a qué clase de evidencia será relevante para determinar el daño¹⁶.

Ninguna de estas exigencias se cumplió en el caso Atala. Durante el proceso no se presentó información alguna que demostrara que la orientación sexual de Karen Atala o la expresión de la misma en su proyecto de vida, constituía un riesgo para sus hijas. Bastó una prueba testimonial para determinar que las hijas habían mermado su actividad social, en cuanto ya no veían a sus amigas, sin que se haya especificado la causa de esa supuesta aislación. La Corte Suprema chilena falló sobre la base de riesgos potenciales y no de daños actuales.

2.2 La conculcación del interés superior

En el caso en cuestión, la Corte Suprema chilena vulneró también, a mi juicio, el interés superior de las hijas, en cuanto la interpretación que efectuó de la legislación nacional encubrió un prejuicio: el que el mundo social de las hijas las discriminaría y rechazaría por vivir con una madre lesbiana. Recordemos que, para la norma chilena del Código Civil (en adelante C.C.), no basta la aplicación del interés superior sino la **indispensabilidad** de su aplicación, es decir,

15. En un caso similar al caso Atala, la Corte de Apelaciones de Florida, en Estados Unidos (*Jacoby v. Jacoby*, 763 So. 2d 410 Fl. Ct. App., 2nd Dist. 2000), se pronunció a favor de una madre lesbiana que había reclamado el cuidado de sus hijos, dejando sin efecto la decisión de primera instancia que se lo había denegado. Para ello señaló que "la conexión entre la conducta y el daño para las niñas debe tener un fundamento evidente, no puede suponerse". El tribunal de primera instancia había considerado, especialmente, los ataques del padre contra la orientación sexual de su madre, y lo expresado por el psicólogo en cuanto a que "un fuerte estigma se adjunta a la homosexualidad y que mientras el ser criado en un ambiente homosexual no parece alterar las preferencias sexuales, sí repercute sobre la interacción social ya que, probablemente, los pares de las niñas y sus parientes tendrán palabras o pensamientos negativos acerca de esto".

16. Cfr. Shapiro J., "Custody and Conduct: How the Law Fails Lesbian and Gay Parents and Their Children", en *Indiana Law Journal*, 71:623, p. 625.

que solo cuando el interés superior lo haga "indispensable" puede alterarse la atribución que del cuidado personal hacen la ley o las partes. En la mayoría de los pronunciamientos judiciales chilenos, este examen de indispensabilidad se invoca, frecuentemente, para confirmar la regla del artículo 225 inciso primero del C.C., es decir, otorgar a la madre el cuidado personal, señalando que no se logró acreditar el maltrato, descuido u otra causa calificada (artículo 225 inciso tercero C.C.). En este caso, sin embargo, se morigeró la aplicación de la indispensabilidad, observándose un "doble estándar" en la ponderación de los hechos y aplicación del Derecho vigente, de que viene a evidenciar la interpretación antojadiza que los tribunales pueden llegar a efectuar al alero de la abstracción del "interés superior".

En este sentido, en este caso, si bien el máximo tribunal chileno no fundó, expresamente, en la orientación sexual la privación del cuidado personal de sus hijas a Karen Atala, alejándolas del entorno en que habían desarrollado sus vidas, sancionó, indirectamente, un modelo de familia diverso del tradicional nuclear heterosexual, modelo, por cierto, cada vez menos hegemónico dentro de la sociedad chilena¹⁷. Desde este punto de vista, la Corte Suprema chilena no se ajusta a la concepción de un Estado democrático de Derecho.

Concretamente, en este caso, el interés superior de las hijas de Karen Atala ha sido invocado formalmente como un criterio de atribución judicial, sin que se haya efectuado un examen ponderado de qué era lo efectivamente más conveniente para ellas. Es más, el antecedente de que la preferencia legal materna en la asignación del cuidado personal sea un criterio tan potente en el texto de la norma

17. Sobre el desplazamiento de este modelo tradicional de familia y su reemplazo por otras formas de organización familiar, Vid. Valdés Subercaseaux, X., "Familias en Chile: rasgos históricos y significados actuales de los cambios", en CEPAL *Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de políticas públicas eficaces*, Serie Seminarios y conferencias, núm. 42, 2004, pp. 346 y ss. El aumento de la monoparentalidad en las familias nucleares y extendidas, por una parte, y el abandono del modelo tradicional de familia basado en la existencia de un padre proveedor, madre dueña de casa e hijas -que sólo se encontraba en el 36% de las familias de la región- por otra, son fenómenos generalizados en América Latina. En este sentido, Bárcena, A., "Sesión inaugural", en CEPAL, *Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de políticas públicas eficaces*, Serie Seminarios y conferencias, núm. 42, 2004, p.12.

(es la primera alternativa de atribución en el artículo 225 C.C.) como al momento de fallar (los jueces escasamente lo entregan a los padres varones), es un elemento a considerar. En efecto, la regla de atribución legal preferente perdió la fuerza y convicción judicial asentados en la jurisprudencia chilena, porque, precisamente, la verdadera razón que subyace en los considerandos de la sentencia de la Corte Suprema es la sospecha del daño que causaría a las hijas crecer en un hogar homoparental; ese temor solo podía fundarse en una remisión formal a la satisfacción del interés superior del niño¹⁸ y no en un análisis puramente jurídico y razonado de los antecedentes probatorios hechos valer en el juicio.

En este sentido, la decisión de la Corte Suprema ha vulnerado el artículo 17 inciso cuarto de la CA, que preceptúa que 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; agregando que, en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, **sobre la base única del interés y conveniencia de ellos**. Esta norma, complementada con la contenida en el artículo 29 de la misma CA, nos llevan a la conclusión de que el criterio único y base para la decisión sobre el cuidado personal de los hijos debe ser el interés superior y que, interpretando y aplicando la normativa nacional e, incluso, invocando este principio rector, no puede suprimirse el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CA o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

A mayor abundamiento, en enero de 2009, la Corte ha señalado "el artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general

18. Al respecto, comentando la tendencia jurisprudencial sobre estos aspectos, el profesor Rodrigo Barcia señala "sin embargo, al analizar la jurisprudencia, hasta mediados del 2010, se podía concluir que los jueces no aceptaban el interés superior como criterio de asignación del cuidado personal, ya que muy pocas sentencias se basaban sólo en dicho parámetro como asignador del cuidado personal, salvo el caso Atala (...). De este modo hasta hace poco existía una nutrida jurisprudencia que sólo alteraba la preferencia materna en los casos de inhabilidad física o moral de la madre". Barcia Lehmann, R., *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, en prensa.

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 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". Agregando que "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.

3. Orientación sexual y responsabilidad parental en el Derecho Comparado

La orientación sexual de los padres no se encuentra desarrollada mayormente dentro del régimen de responsabilidad parental en las legislaciones internas.

El Parlamento europeo, en sesión de 8 de febrero de 1994, aprobó una "Resolución sobre la igualdad de derechos para los homosexuales en la Comunidad", en que requiere a los Estados propender a hacer desaparecer los obstáculos establecidos al matrimonio de parejas homosexuales o a un instituto jurídico equivalente, garantizando plenamente los derechos y ventajas del matrimonio y consintiendo la registración de las uniones; y cualquier limitación del derecho de los homosexuales de ser padres/madres o bien de adoptar o tener en guarda a niños.

19. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Casa Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C Nº 194, párr. 348. Énfasis añadido.

Ante esta Resolución, diversos países europeos han adaptado sus legislaciones a los estándares internacionales de derechos humanos. Entre las legislaciones que prohíben la discriminación por razón de sexo en Europa están Dinamarca, Eslovenia, España, Francia, Holanda, Noruega, Polonia y Suecia²⁰. Sin embargo, son escasas las legislaciones que han desarrollado esta proscripción en materia de relaciones parentales y, más específicamente, en familias conformadas por padres (biológicos y/o sociales) homosexuales.

En este contexto, la legislación holandesa es excepcional, en cuanto ha regulado las uniones civiles entre homosexuales, haciéndoles aplicables las reglas relativas a la responsabilidad parental²¹. La regla general, en este país, es que la responsabilidad parental es ejercida de forma compartida por los progenitores que están casados entre sí, respecto de los hijos nacidos durante su matrimonio. La nueva

20. Cfr. Wagmaister, A., y Bekerman, J.: "Niños criados por parejas homosexuales: caracterización socio-jurídica de ese contexto. Hacia una construcción de la relación coparento-filial para que el derecho adopte a los niños", en *X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Volumen IV, Mendoza, 1998, p. 147. Los autores mencionan también, en el contexto mundial, a Canadá, Sudáfrica y Nueva Zelanda. Puede consultarse también, Merin, Y.: *Equality for same-sex couples. The legal recognition of gay partnerships in Europe and The United States*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2002.

21. Conforme a la traducción al inglés, el Derecho holandés establece que los menores de dieciocho años están sujetos a *authority*, la cual es ejercida usualmente de forma compartida por ambos progenitores. Esta es la denominada *parental responsibility*, es decir, responsabilidad parental o patria potestad conforme al Derecho español. Por otra parte, esta autoridad también puede ser ejercida conjuntamente por un padre y un no-padre (es decir, un tercero); es la llamada *joint responsibility*, esto es, responsabilidad conjunta, y otorga los mismos derechos y obligaciones al no-padre y al padre. Además, si alguien, aparte del padre o los padres, ejerce la autoridad sobre el menor estamos frente a la *guardianship* (tutela), la cual puede ser ejercitada conjuntamente por el tutor y su pareja a través de la *joint guardianship* (tutela conjunta) que involucra prácticamente los mismos derechos y obligaciones que otorga la responsabilidad conjunta. Para la descripción de la legislación holandesa hemos tomado como base la información proporcionada por el Ministerio de Justicia holandés: Ministry of Justice, Holland, *Responsibility, access and information*, august, 2000, 25 pp.; Ministry of Justice, Holland, *Marriage, registered partnership and cohabitation*, AVTD2/JUG6666, 21 pp.; y el artículo de Doek, J., "Separazione, divorzio, affidamento dei minori: l'esperienza olandese", en Sesta, M., *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale Diritto per l'Europa?*, Milano, Giuffrè editore, 2000, pp. 167-186.

legislación holandesa introducida el 1 enero de 2002 ha ampliado esta situación a otras hipótesis²². Así, las parejas registradas –que es la institución permitida en Holanda para quienes no desean contraer matrimonio– ejercen de forma conjunta y automática la responsabilidad parental respecto de cualquier niño nacido después de la fecha del registro, siempre que el progenitor varón haya reconocido al hijo. Asimismo, dos mujeres que conforman una unión civil homosexual o una pareja registrada tienen, automáticamente, la responsabilidad conjunta de cualquier niño nacido durante su matrimonio o sociedad registrada, siempre que no tenga legalmente ningún otro progenitor. Si uno de los integrantes de la pareja es un hombre, debe reconocer la paternidad para poder ser padre legal²³.

La generalidad de los países que han regulado expresamente las uniones homosexuales, sea como uniones de hecho o como matrimonio– se encuentran en proceso de adaptar su legislación interna frente a la existencia de hogares homoparentales. Sin embargo, la jurisprudencia de algunos países se ha adelantado a este cambio legislativo en casos como el de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en España –previo, incluso, al reconocimiento del matrimonio sexual por medio de la ley 13/2005 del año 2005–. Esta sentencia, fundándose en la igualdad de derechos de todas las personas y en la no

22. Nos referimos a la Ley de 4 octubre 2001 que modificó el Libro I del Código Civil holandés en cuanto a la custodia conjunta automática en caso de nacimiento durante la sociedad registrada. Esta ley entró en vigor el 1 de enero de 2002.

23. En España, en cambio, al haberse reconocido directamente el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005 de 1 de julio), el legislador no ha modificado la normativa referida a la filiación natural y a la patria potestad, limitándose a añadir al artículo 44 del C.C. el siguiente párrafo: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, así como a establecer en la Disposición Adicional Primera de dicha Ley que “las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 de 1 de julio, asumiendo las diferencias propias que se producirán en cuanto a la presunción de paternidad, establece que “subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”.

discriminación de las opciones sexuales, atribuyó a la madre la guarda y custodia, dada la irrelevancia de que ésta fuese homosexual y conviviera con otra mujer, ya que es posible, se dijo, que el hijo encuentre en un hogar homosexual un entorno de educación y desarrollo personal adecuado²⁴.

En Estados Unidos, por su parte, desde la década de los ochenta, se han conocido y fallado casos como el que nos ocupa, de la siguiente forma. En *Doe v. Doe*, de 1981, la Suprema Corte de Virginia rechazó una demanda promovida por la esposa del padre para adoptar a los hijos de éste. El Tribunal se negó a aceptar que la condición de lesbiana de la madre biológica la tornara inapta para ser madre. Por su parte, la suprema Corte Judicial de Massachusetts, en el caso *Bezio v. Patenaude* de 1980, revocó una sentencia de primera instancia que había privado del cuidado personal a la madre lesbiana en razón de esa condición. En este caso, la Corte dijo: “el Estado no puede privar a los padres/madres de la tenencia de sus hijos simplemente porque sus hogares no responden a los ideales aprobados por la comunidad [...] o simplemente porque abrazan ideología o tienen estilos de vida que confrontan con los de la mayoría [...] La preferencia sexual *per se* es irrelevante para considerar a un padre/madre apto para proveer el necesario amor, cuidado y atención de un niño”²⁵.

Por último, la Corte de Nueva Jersey ha señalado: “Si [la madre lesbiana] retiene la tuición, es posible que, como la comunidad es intolerante frente a sus diferencias, estas niñas **algunas veces tengan que tener una fortaleza mayor que la corriente**. Pero esto no necesariamente significa que su bienestar moral o su seguridad estén amenazados. Es igualmente razonable esperar que ellas resulten mejor preparadas para buscar sus propios estándares de lo bueno y lo malo, más hábiles para percibir que la mayoría no siempre está en lo correcto en sus juicios morales, y más capacitadas para comprender la importancia de adecuar sus creencias a los requerimientos de la razón y el conocimiento empírico y no a las estrecheces propias de los

24. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de abril de 2004 (JUR 2004\152673).

25. Estos casos son citados por Wagmaister, A. y Bekerman, J., “Niños...”, *op. cit.*, pp. 170-171.

sentimientos o prejuicios populares vigentes. Separar a las niñas [de su madre] sólo puede hacerse con el costo de sacrificar aquellas cualidades que ellas encontrarán más provechosas para los desafíos que necesariamente vendrán. En lugar de fortaleza y sentimientos de protección, va a producir en ellas un sentimiento de vergüenza hacia su madre. **En lugar de coraje y el mensaje de que las personas no se amilanan frente a los intolerantes, favorece la opción simple de evadir los problemas difíciles y escoger una salida fácil.** Por último, debilita el respeto que ellas puedan tener por la norma de conducta humana, en todas partes aceptada, de que no abandonar a aquellos con los que tenemos una deuda de amor y cuidado solamente porque ellos no son estimados por los demás. Concluimos que el interés superior de las niñas no estaría siendo respetado, erosionando de esta manera su desarrollo como adultas maduras y con principios²⁶.

4. Conclusiones

Considerando: a) que durante el proceso no se presentó información suficiente que demostrara que la orientación sexual de Karen Atala o la expresión de la misma en su proyecto de vida, constituía un riesgo para sus hijas; b) que bastó la prueba testimonial para determinar que las hijas habían mermado su actividad social, en cuanto ya no veían a sus amigas, sin que se haya especificado la causa de esa supuesta aislación; c) que la Corte Suprema chilena falló sobre la base de riesgos potenciales y no de daños actuales; d) existía prueba que indicaba que las niñas querían seguir viviendo con su madre, que el ambiente familiar era adecuado para ellas, que la señora Atala velaba por sus intereses y que la convivencia con la pareja de su madre no estaba generando efectos adversos en las niñas; puede concluirse que la decisión de la Corte Suprema constituye un incumplimiento del Estado chileno frente a sus obligaciones internacionales. En primer término, en cuanto evidencia la escasa adecuación material de su

26. Nos referimos a M.P. v S.P., 404 A.2d 1256, 1263 (N.J. Super. Ct.App.Div.1979), citada por Undurraga Valdés, V.: "Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual", en *Revista de Derechos del Niño*, Números tres y cuatro 2006, UNICEF, pp. 331-332. Énfasis añadidos.

Derecho interno al Derecho Internacional y la ausencia de medidas positivas que garanticen derechos fundamentales como los que aquí se encuentran involucrados y, en segundo término, en cuanto su órgano jurisdiccional no aplica las directrices superiores en materia de Derecho de la Infancia y de la Adolescencia. En efecto, no solo el legislador chileno está llamado a adecuar su normativa nacional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las tres funciones del Estado -legislativa, ejecutiva y judicial- están obligadas a impulsar las medidas necesarias para hacer realidad los principios y disposiciones contenidos en Tratados Internacionales vigentes en Chile. Así, en cuanto al principio del favor filii, el artículo 2 de la CDN obliga a los Estados a adoptar **"todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, de las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares"**²⁷ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que **"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"**²⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- BÁRCENA, A.: "Sesión inaugural", en CEPAL, *Cambia de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de políticas públicas eficaces*, Serie Seminarios y conferencias, núm. 42, 2004, pp. 9-13.
- BARCIA LEHMANN, R.: *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, en prensa.
- CORTÉS MORALES, J.: "Lesbianismo, tuición e interés superior del niño: comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Chile", en *Justicia y Derechos del Niño*, Número 6, Unicef, pp.191-205.

27. Énfasis añadido.

28. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n° 17, par. 59, p. 62. Énfasis añadido.

- DOEK, J.: "Separazione, divorzio, affidamento dei minori: l'esperienza olandese", en Sesta, M., *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale Diritto per l'Europa?*, Milano, Giuffrè editore, 2000, pp. 167-186.
- MERIN, Y.: *Equality for some-sex couples. The legal recognition of gay partnerships in Europe and The United States*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2002.
- ____ Ministry of Justice, Holland, *Marriage, registered partnership and cohabitation*, AVT02/JU66666.
- ____ Ministry of Justice, Holland, *Responsibility, access and information*, august, 2000.
- ____ Ministry of Justice, Sweden, "Custody of Children", en *Foet Sheet*, Ju 00.05, may, 2000.
- RUBID LLORENTE, F.: "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N. 31, Año 11, Enero-Abril 1991, pp. 9-36.
- SARMIENTO RAMÍREZ, C.: "La orientación sexual y la discriminación en el caso Atala: un paso ante la Corte Interamericana", en [<http://www.programamujerescdh.cl/columnas/detalle.tpl?id=20110110172040>] [consultado el 25 de abril de 2011].
- SHAPIRO, J.: "Custody and Conduct: How the Law Fails Lesbian and Gay Parents and Their Children", en *Indiana Law Journal*, 71:623.
- UNDURRAGA VALDÉS, V.: "Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual", en *Revista de Derechos del Niño*, Números tres y cuatro 2006, UNICEF, pp.317-342.
- VALDÉS SUBERCASEAUX, X.: "Familias en Chile: rasgos históricos y significados actuales de los cambios", en CEPAL *Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de políticas públicas eficaces*, Serie Seminarios y conferencias, núm. 42, 2004, pp. 333-352.
- WAGMAISTER, A. y BEKERMAN, J.: "Niños criados por parejas homosexuales: caracterización socio-jurídica de ese contexto. Hacia una construcción de la relación coparento-filial para que el derecho adopte a los niños", en *X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Volumen IV, Mendoza, 1998.

INFLUENCIA DEL DERECHO ALEMÁN EN LAS TRATATIVAS PRELIMINARES Y SU ACOGIDA EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

MARCELO BARRIENTOS ZAMDRANO*

Resumen

El presente trabajo evidencia la clara influencia del derecho alemán y de Jhering en la ampliación del *iter* contractual, como asimismo, la acogida de estas ideas en la jurisprudencia chilena.

Conceptos clave

Culpa in contrahendo, daños, buena fe.

Introducción

El tema de los tratos preliminares de un contrato está íntimamente ligado a la figura del jurista alemán Jhering. Lamentablemente, los aportes de Jhering no han sido valorados en su

* Abogado, Doctor en Derecho con mención "Doctor Europeus", Universidad de Salamanca, España. Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Alameda 340, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, oficina 5D5, correo electrónico: mhbz@uc.cl, Pontificia Universidad Católica de Chile.

N: Representa en lo personal motivo de singular orgullo poder ser parte de este merecido homenaje a los 100 años de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.