



El caso Atala y el principio del interés superior del niño

Hace pocos días la prensa informó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) había demandado a Chile ante la Corte Interamericana por el caso Atala¹. La demanda obedecería a que el Estado chileno no habría cumplido con las recomendaciones del organismo internacional, que pedían reparar el daño causado a la afectada. Por tal motivo la comisión concluyó que el Estado de Chile es responsable de discriminación por motivos de orientación sexual.

Un breve recuento de los hechos

El caso Atala nace como efecto de una sentencia de 31 de mayo de 2004 de la Corte Suprema que decidió privar a la jueza Karen Atala de la tuición de sus tres hijas menores de edad (5,6 y 10 años a la fecha de la demanda). El recurso fue interpuesto por el padre de las menores, y marido de la jueza, en

RESUMEN EJECUTIVO

El estado de Chile ha sido demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la responsabilidad que le cabría en una supuesta discriminación por motivos de orientación sexual. Lo que se discute es si la convivencia homosexual de una madre podría, o no, ser perjudicial para el desarrollo psicológico y social de sus hijos. Para abordar correctamente la cuestión es imprescindible tener en consideración, dándole un contenido preciso, al principio jurídico internacional del interés superior del niño.

razón de que la señora Atala había comenzado una convivencia lésbica en su hogar, lo que le estaba causando daños psicológicos y sociales a sus hijas.

Durante todo el proceso de tuición, el recurrente había obtenido una sentencia del Juzgado de Letras de Menores de Villarrica que le concedió provisionalmente la tuición de las niñas. Sin embargo, y pese a haber perdido en primera y en segunda instancia, logró mantener la tuición mediante sendas órdenes de no innovar, dictadas, primero, por la Corte de Apelaciones de Temuco y, luego, por la Corte Suprema.

En el recurso de queja se imputan a los magistrados recurridos las siguientes faltas o abusos graves que fundamentan el recurso: haber privilegiado el derecho de la madres por sobre el de las niñas; haber faltado a su deber legal de proteger la vulnerabilidad de las menores, contrariando lo ordenado en normas constitucionales y legales respectivas a la materia; y haber transgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia².

La Corte Suprema acogió la queja, pues estimó que efectivamente en el proceso había pruebas—informes sociales, psicológicos y testimonios— que aseguraban que las niñas estaban teniendo problemas de personalidad y de relación social por estar conviviendo con su madre y su pareja lesbiana. Es decir, la madre habría iniciado una convivencia con una pareja del mismo sexo, sin atender adecuadamente al efecto que esto podría causar en sus hijas. La Corte Suprema no se basó en la orientación sexual de la madre, sino en el efecto que dicha convivencia había causado en sus hijas menores, por no adoptar los debidos resguardos a favor de las niñas. Además, estimó que este daño causado en las hijas justificaba entregarle la tuición de ellas al padre de las menores, que la reclamaba para sí.

La jueza Atala, personalmente y apoyada por varios organismos de DDHH, recurrió ante la Comisión Interamericana de DDHH de la OEA en contra del Estado de Chile. Esgrimió violación de su derecho a ser tratada como igual y por lo tanto a no ser discriminada por motivos de opción sexual y por el ejercicio de su derecho a configurar libremente su orientación sexual. La Comisión Interamericana, el 18 de diciembre pasado, resolvió que el Estado de Chile había incurrido en discriminación por orientación sexual, violación de la intimidad y de las reglas del debido proceso, en el caso de la jueza Atala.

Normativa aplicable

Las normas que rigen la materia se contienen básicamente en el Título IX de Libro I del Código Civil —“De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” — y han sido aplicadas en la sentencia que motivó el recurso disciplinario. En efecto, nuestra legislación consagra, en materia de tuición, que el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos corresponde de consuno a los padres, o

1. Se refiere al caso de la jueza chilena Karen Atala, a la que le fue negada la custodia de sus hijas —en beneficio de su marido— por mantener una convivencia homosexual después de la ruptura de su matrimonio.

2. Fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile. Considerando segundo. 31 de mayo de 2004.

únicamente en la madre, si ellos viven separados. No obstante, con ciertos requisitos, ambos padres, de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Además, 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 padres³.

Nuestro derecho, además, estipula que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de sus derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades⁴. Y agrega que el juez, para adoptar sus decisiones, deberá tener como consideración primordial el interés superior del hijo⁵.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 –y suscrita por Chile el 26 de enero de 1990– consigna en su artículo 3 que “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”⁶.

En cinco artículos de la Convención se repite el mismo principio. A saber: en el artículo 9, a propósito de la separación de que el niño puede ser objeto, respecto de sus padres, o del derecho a mantenerse en contacto con ellos cuando sea el caso; en el artículo 18, cuando se les reconoce a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño; en el artículo 21, cuando se establecen los principios fundamentales de los regímenes de adopción; el artículo 37 que se refiere a la humanidad y respeto con que deben ser tratados los niños privados de libertad; y el artículo 40 que establece las garantías jurisdiccionales mínimas para los niños infractores de las leyes penales.

Definición y contenido del Concepto del “interés superior del niño”

El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra interés, como: 1. Provecho, utilidad, ganancia. 2. Valor de algo. 3. Lucro producido por el capital. 4. Inclinação del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc. Por su parte la voz superior es un adjetivo que indica que algo está más alto y en lugar preeminente respecto de otra cosa. Luego, una interpretación gramatical de la expresión en comento debiese indicar que, en virtud de este principio, existiría una preocupación especial y general hacia el bienestar integral de los niños, y que ese bienestar tendría primacía frente a cualquier pretensión que se le oponga o lo haga peligrar.

Como ya se ha señalado, nuestra ley civil es la que recoge y da contenido al principio en comento.

3. C.C. Art. 224 y 225.

4. C.C. Art. 222 Inciso 2°.

5. C.C. Art. 242 inciso 2°

6. Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Por él, los padres se obligan a procurar para sus hijos los mayores niveles posibles de bienestar físico, psicológico y emocional, según sea la edad del niño y su desarrollo evolutivo.

No obstante lo anterior, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han desarrollado definiciones más sistémicas. Así, se lo ha entendido como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”⁷. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del caso Yean y Bosico, ha sistematizado este principio, señalando que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiere a menores de edad”⁸.

Finalmente, algunos señalan que el principio en cuestión más que una norma es un principio moral⁹ o una norma consuetudinaria¹⁰ que ha sido elevada a la categoría de norma jurídica para otorgarle mayor eficacia y seguridad.

Conviene destacar que el peligro de este tipo de conceptos, llamados indeterminados, es que esa falta de concreción devenga en relativización y manipulación de su contenido según los intereses que estén jurídica o culturalmente de moda. La prudencia indica que un principio de esta magnitud no puede determinarse sólo en base a las circunstancias de hecho que se den en los conflictos en los que se requiera su aplicación. En efecto, si bien las circunstancias subyacentes a cada conflicto pueden ser muchas y muy variadas, los intereses de los niños suelen tener cierta estabilidad y permanencia, precisamente por su condición de niño. Eso es lo que, en definitiva, justifica una enumeración precisa de derechos fundamentales de los menores.

Por lo mismo, se hace necesario establecer una determinación mínimamente objetiva de lo que debiera considerarse como interés del niño. Así, por ejemplo, debieran quedar comprendidos dentro del término *interés* todos los bienes materiales o patrimoniales, como los espirituales o ideales, pues todos ellos corresponden a la persona humana, y son percibidos como valiosos por ésta¹¹.

Sin embargo, hay algo aún más fundamental: no existiría niño sin familia. En efecto, la familia es para

7. Gloria Baeza Concha. “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N°2, pp. 355-362 (2001) Selección estudios.

8. CORTE I.D.H.: Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130, par. 134, p. 59; Cfr. CORTE I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, pars. 56, 57 y 60. Citado en Gonzalo Aguilar Carballo. “El Principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales, Año 6, N°1 2008. P. 223-247. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca.

9. Véase Baeza, p. 357.

10. Véase Aguilar, p. 228.

11. Iván Jiménez-Aybar. Diálogo sobre el principio del interés superior del menor. Publicado en Comisión Organizadora del congreso General de la Familia (ed.) La Familia protagonista. Pamplona 2003, p. 489.

él el lugar natural más idóneo para el normal desarrollo físico, psicológico y espiritual del menor. Esta realidad, por ser natural, es inseparable del menor, y siempre debe ser tenida en cuenta cuando se trate de velar por el bienestar del niño. Se señala lo anterior, porque es frecuentemente que los derechos humanos se interpreten de manera individualista, es decir, considerando al niño –en este caso– como sujeto autónomo e independiente de su entorno.

A nuestro juicio, eso es lo que ha ocurrido en el caso que motiva este trabajo. Pareciera que lo que está en juego es, solamente, la autonomía moral de la Sra. Atala para definir su proyecto de vida afectiva y sexual. Si tal fuere el caso, evidentemente, el interés de la madre sería incompatible, no sólo con el del padre que demanda, sino también con el de las hijas y, en consecuencia, lo que habría que decidir es cuál se superpone a los otros. Sin embargo, la realidad es más compleja, pues el tribunal también ponderó el daño que la convivencia homosexual de la madre –no su orientación sexual– generaba al interés superior de los hijos. Y, como ya se ha señalado, esa ponderación se ajusta estrictamente a nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, aunque la complejidad del presente caso –conducta homosexual de la progenitora y fuerte connotación ideológica subyacente a los hechos– amerite otras consideraciones ello no implica que la definición del interés superior del niño –a nivel general y en toda situación– deba concebirse como un juego de suma cero, dónde unos pierden y otros ganan. Eso es incompatible con el bien común familiar.

Para definir adecuadamente el interés superior del niño, en cuanto miembro de una familia, es necesario determinar primero qué es familia y cuál es el bien del ethos familiar que, en cuanto bien común, es superior y abarcante de los bienes de los miembros individualmente considerados¹².

Lo anterior es importante, porque si los derechos del niño se interpretan individualmente, sin considerar su posición dentro de una familia, los eventuales conflictos podrían resolverse, como ya se ha visto, contraponiendo los intereses del menor y los de sus padres, lo cual es peligroso. En efecto, entre un padre y su hijo los intereses son, o debieran ser, absolutamente compartidos, pues todo padre siempre quiere lo mejor para su hijo. Sin embargo, a veces ocurre que ciertos derechos –o preferencias subjetivas consideradas derechos, como en el caso de marras– colisionan con verdaderas pretensiones jurídicas que deben ser resguardadas.

Se comenta lo anterior, porque no necesariamente las preferencias personales, deseos o gustos pueden considerarse derechos. Para que lo sean, esas pretensiones deben resguardar bienes jurídicamente exigibles en función de la posición de los individuos dentro de un contexto objetivo. Así las cosas, aunque los primeros llamados definir el interés superior de los hijos sean sus padres, ellos deben determinarlo, teniendo en cuenta el bien común de la familia a la que pertenecen. Por ejemplo, los padres procuran un bienestar físico, psicológico, moral y espiritual de los hijos, pero no sólo porque sea

12. Véase Alfredo Cruz Prados. *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*. Edit. Eunsa. P. 130 y ss.

un interés exclusivo y específico de éstos, sino porque que es un interés de toda la familia. A todos les interesa el bienestar de cada uno, pues eso supone y significa el bienestar familiar.

Por eso, en estos casos, el concepto de *interés* no pueda ser, necesariamente, identificado con la mera voluntad o deseo subjetivo del menor o de alguno de los padres. Es más, muchas veces el interés real de la familia no se identificará con el deseo subjetivo de alguno de sus miembros. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el bien común de la familia exige renunciaciones y sacrificios ante eventuales conflictos. Por lo demás, es un hecho que el principio del interés superior del niño deberá tenerse en cuenta ante situaciones lamentables –como rupturas familiares– y bienes esenciales como la salud, educación, tuición, etc. Entonces, para custodiar de verdad el bienestar de toda la familia, y especialmente el de los hijos, debe tenerse muy presente la vinculación esencial entre la persona y su familia¹³.

No por nada en nuestra Constitución Política se consagra a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y al estado se le encarga velar por su fortalecimiento¹⁴. Podemos concluir, por tanto, que el interés superior del niño, presupone un interés familiar, que consiste, precisamente, en el bienestar de sus integrantes, individualmente considerados, pero en cuanto miembros de una familia. Dicho de otra forma, el interés de los padres más el de los hijos, constituye el interés de la familia¹⁵.

Orientación sexual e interés superior del niño.

¿Qué es, entonces, la familia y cuál es el bien propio del grupo familiar? Debe señalarse, en primer lugar, que la familia siempre ha existido. De diversas maneras, aparece continuamente en las diferentes sociedades humanas, pero no como una creación social o política para asegurar la perpetuidad de la especie, sino porque la atracción natural entre el hombre y la mujer los lleva a convivir juntos, antes de reunirse en la comunidad política. Por eso la familia es una institución natural anterior al estado¹⁶.

Ahora bien, es posible hablar de familia cuando existen tres elementos de manera simultánea: una sociedad conyugal, que es la unión estable de un hombre con una mujer abierta a la vida; una sociedad paterno filial que es el vínculo biológico y/o afectivo jurídico que une a padre e hijos¹⁷; y una identidad común y pertenencia recíproca entre los miembros de esas sociedades¹⁸.

Dada esta estructura, la familia cumple importantísimas funciones dentro de la sociedad. Es la encargada de producir, tanto el recambio generacional, como la cohesión social entre las sucesivas generaciones; es la responsable preferente de la crianza y educación de los hijos; es la encargada de

13. Jiménez-Aybar. Op. Cit. P. 495.

14. Véase C.P.R. Art. 1° inciso 5°.

15. Jiménez-Aybar. Op. Cit. P. 498.

16. Corral, Hernán. Familia y Derecho. Estudio sobre la realidad jurídica de la familia. Universidad de los Andes, colección jurídica. 1994, p. 20-21.

17. Véase José Joaquín Ugarte. Curso de Filosofía del Derecho. Ediciones U. Católica p. 665.

18. Véase Carolina Montoro y Guillermo Barrios. Políticas Familiares. Editorial Eunsa, Pamplona. P. 32.

transmitir y custodiar valores y tradiciones que determinarán la socialización de los ciudadanos; cumple un importantísimo papel económico, pues es la encargada, en primera instancia, de la protección social de sus miembros; finalmente, es insustituible en el acogimiento y sustento emotivo y psicológico de sus miembros.

Surge, entonces, la pregunta ¿Es importante para el desarrollo del niño considerar y reconocer a la familia en los términos ya señalados? La respuesta es, obviamente, afirmativa. Sin sociedad conyugal (hombre-mujer) que sustente las relaciones paterno-filiales, es imposible el adecuado cumplimiento de los fines familiares, pues ellos vienen requeridos por la propia naturaleza humana. Lo anterior es, todavía más radical, tratándose de las responsabilidades de crianza, educación y socialización de los hijos. En efecto, el pleno desarrollo físico, psicológico y espiritual de un niño, en el seno de un grupo familiar, exige la posibilidad de ser formado por un padre y una madre, y de recibir los aportes educadores y afectivos diferenciados que, por sus especiales características, solo ellos pueden darle.

La investigación científica (médica, psicológica, pedagógica y sociológica) confirma lo anterior. Un informe de la Universidad Austral de Argentina, a propósito de la aprobación del matrimonio homosexual en dicho país recopiló los principales estudios científicos que han dado respuesta a la siguiente pregunta: *si consideramos el bienestar físico, psicológico y social de los niños y niñas, ¿es lo mismo ser adoptado por una pareja heterosexual que por una pareja homosexual?*¹⁹ Las principales conclusiones de todas las investigaciones²⁰ son las siguientes:

1. Los hogares de parejas de distinto sexo tienen, por el sólo hecho de tener una figura paterna y una figura materna, una aptitud exponencialmente mayor para la formación y la educación afectiva de las futuras generaciones.
2. Las uniones heterosexuales son, en general, mucho más estables y duraderas por la complementariedad propia de los sexos masculino y femenino.
3. Esas uniones heterosexuales estables son el entorno educativo más idóneo frente a cualquier otra alternativa existente en la actualidad.

Como puede verse, no sería posible hablar de satisfacción del interés superior del niño –si se entiende

19. Informe: Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo. Informe de estudios científicos y jurídicos y experiencia en otros países. Universidad Austral. Buenos Aires, junio de 2010.

20. Se citan más de veinte investigaciones de las cuales sólo se mencionarán algunas.

BYRD, Dean, y OLSEN, Stony, “Homosexuality: Innate and Immutable?”, Regent University Law Review, Vol. 14.

GOLOMBOK, Susan y TASKER, Fiona, “Do Parents Influence the Sexual Orientation of Their Children? Findings From a Longitudinal Study of Lesbian Families”, *Developmental Psychology* 32, No. 1, 3-11, City University (1996).

Findings From a Longitudinal Study of Lesbian Families”, *Developmental Psychology* 32, No. 1, 3- 11, City University (1996).

D. M. FERGUSSON, L. J. HORWOOD, & A. L. BEAUTRAIS, “Is sexual orientation related to mental health problems and suicidality in young people?” *Archives of General Psychiatry*, 1999, Volume 56, pages 876-880. “Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families”, en *Journal of Children Psychology and Psychiatry* 45, (2004), 755-64.

Jokin DE IRALA, Cristina LÓPEZ DEL BURGO, “Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias”, *Cuad. Bioét.* XVII, 2006/3ª. 377.

John SHEA, M.D., John WILSON, M.D. et. al., “Gay marriage’ and homosexuality: some medical comments”, *Lifesite*. February, 2005, (http://www.lifesitenews.com/features/marriage_defence/SSM_MD_evidence.pdf)

como los bienes y derechos que buscan su mayor bienestar— con cualquier tipo de familia. Los estudios demuestran que, para un adecuado desarrollo integral de los hijos, la estructura familiar que ayuda a los niños de un mejor modo es la fundada en la unión estable de un hombre con una mujer.

Conclusiones

La familia matrimonial merece una protección especial del derecho, porque cumple objetivos sociales que van más allá de las relaciones afectivas o genitales de una pareja. El derecho la reconoce como una realidad de vinculación entre los seres humanos que es anterior y superior al Estado, con efectos, objetivos y fines generales, que favorecen, no sólo a sus miembros, sino también a toda la sociedad.

La regla del interés superior del niño no debe interpretarse de manera individual, como sujeto de derechos aislado de la familia. Si el niño existe es gracias a una familia, que además, es insustituible para formarlo como persona y ciudadano. Por lo mismo, el interés del niño presupone el interés de sus padres y del grupo familiar en su integridad.

Los primeros llamados a observar y determinar los requerimientos de este interés superior, en las circunstancias concretas de la vida, son los padres, por ser quienes tienen la responsabilidad natural y primaria, de criar y educar a la prole. Sólo en segunda instancia, y de manera subsidiaria, son las instituciones públicas y privadas que deben intervenir en la protección y regulación de las relaciones familiares. Sin embargo, esa determinación no está librada absolutamente a la voluntad de los padres o de las instituciones, pues está fundada en pautas objetivas (los elementos constitutivos de una familia para el adecuado cumplimiento de sus fines) que se deben seguir y aplicar para proteger efectivamente el bienestar de los hijos y las familias.

En el caso concreto de la jueza Karen Atala la Corte Suprema estimó que la convivencia que asumió con su pareja en el hogar que habitaba con sus hijas, había causado efectos perjudiciales en sus hijas menores, y por lo tanto debía adoptarse los debidos resguardos a favor de las niñas. La Corte estimó, a nuestro juicio de manera correcta, que este daño causado en las hijas justificaba entregarle la tuición de ellas al padre de las menores.

En este caso, por lo tanto, más que los intereses y deseos particulares de la Sra. Atala lo que hay que custodiar es el bien familiar, que supone el bien de la madre y de sus hijas. Después de todo, como dice un pensador liberal, “la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente”²¹.

21. Véase John Stuart Mill. Sobre la libertad. Editorial Aguilar. P. 26.