

CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
EN EL CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE:
RAZONES PARA AFIRMAR LA NULIDAD
DEL PROCESO Y LA SENTENCIA

INTERAMERICAN COURT
OF HUMAN RIGHTS
IN THE ATALA RIFFO AND GIRLS VS. CHILE:
REASONS FOR ASSERTING THE INVALIDITY
OF THE PROCESS AND VERDICT

Álvaro Ferrer del Valle
Carmen Domínguez H.
Alejandro Romero S.
*Reynaldo Bustamante**

201

Resumen

Con fecha 24 de febrero de 2012 fue publicada y notificada la sentencia emitida por la CIDH en el conocido caso Atala. Siendo un caso ampliamente conocido y difundido en nuestro país, conviene hacer presente

* Álvaro Ferrer del Valle, profesor de Filosofía del Derecho y Litigación, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo postal: avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aferrerd@uc.cl.

Carmen Domínguez Hidalgo. Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo postal: avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: cadoming@uc.cl.

Alejandro Romero Seguel. Doctor en Derecho Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Los Andes. Correo postal: avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aromero@uandes.cl.

Reynaldo Bustamante Alarcón. Doctor en Derecho Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del departamento de Derecho de la Escuela de Posgrado y del Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Universidad del Perú. Correo postal: avenida Universitaria 1801, San Miguel, Lima, 32, Perú. Correo electrónico: reynaldo.bustamante@pucp.edu.pe.

Ensayo recibido el 31 de julio de 2012 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2012.

los gravísimos vicios ocurridos durante su tramitación. En concreto, pensamos que se trata de un proceso nulo, pues vulnera el debido proceso. Asimismo, afirmamos que es lógicamente insostenible, en razón de sus abundantes contradicciones.

Palabras clave: notificación, emplazamiento, representación, debido proceso, nulidad, menores

Abstract

On February 24, 2012, was published and notified the judgment delivered by the Interamerican Court of Human Rights in the popular Atala Case. Being a widely known and publicized case in our country, it is a duty to relate the serious defects that occur during the process. Specifically, we think this is a null process, because it violates due process. Furthermore, we argue that a process is logically untenable, because of its abundant contradictions.

Key words: Notify, emplacement, representation, due process, nullity, juvenile.

202

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos existe, como es sabido, para tutelar el efectivo respeto de los derechos fundamentales de cada uno de los habitantes de los países miembros de la CADH. Resulta paradójal que la Comisión y la Corte puedan llegar a violar los derechos humanos de algunas personas con el fin de proteger las reivindicaciones de otras. Puesto que entre verdaderos bienes –como son los derechos subjetivos– no existe oposición, la protección de unos derechos a costa de la vulneración de otros constituye un falso dilema, pues no es posible que una acción justa sea a la vez injusta. Más bien, en tal evento lo que en realidad ocurre es que pretensiones revestidas de la apariencia de derechos se superponen a los auténticos, relegándolos a un segundo orden, manifestando una aplicación del conocido principio “el fin justifica los medios”. En realidad, lo anterior es posible cuando se confunden deseos con derechos o ejercicios ilegítimos de un verdadero derecho con el Derecho en sí mismo.

El bullado caso Atala es una expresión de lo recién expuesto: en él, tanto la Comisión Interamericana como la CIDH vulneraron de manera severa los derechos de tres niñas menores de edad, so pretexto de proteger sus derechos y los de su madre. Es una obligación de justicia dar a conocer lo ocurrido y mostrar hasta qué punto se violó gravemente el derecho humano fundamental al debido proceso que asiste a todas las

personas y que ambos órganos jurisdiccionales están llamados a respetar, promover y tutelar.

Sobre los vicios de procedimiento

LA FALTA DE EMPLAZAMIENTO Y DE REPRESENTACIÓN DE LAS MENORES

Éste fue un proceso iniciado por la Comisión IDH para que la CIDH determinara si el Estado chileno había o no violado los derechos humanos de Karen Atala Riffo, y de sus tres menores hijas: M., V. y R., en un proceso judicial que terminó con una sentencia definitiva que concedió la tuición o custodia de las tres hijas al padre, Jaime López Allendes y, por tanto, también su representación legal de manera exclusiva.

La Comisión IDH argumentó que Karen Atala perdió la custodia de sus hijas por razones vinculadas con su orientación homosexual, manifestada después de la separación conyugal. Estimó que con ello se vulneró su derecho a no ser discriminada, así como el derecho de ella y sus hijas a la vida privada y familiar, entre otros derechos humanos mencionados en su demanda. La Comisión IDH calificó, de manera reiterada y expresa, a Karen Atala y a las tres menores como “presuntas víctimas” en este caso. Lo hizo a lo largo de sus actuaciones, como ocurrió en su informe de admisibilidad, en su informe de fondo y en su demanda, la misma que dio origen a este proceso. Pues bien, nunca notificó a las menores (que desde hace varios años vivían con el padre), y mucho menos a éste, con las actuaciones tramitadas ante ella. Tampoco lo hizo con sus informes o decisiones. Jamás, en ningún momento, dio a las menores la oportunidad de ser oídas, de alegar, de probar y, en general, de ejercer su defensa, ello a pesar de que la propia Comisión IDH consideró a las menores como presuntas víctimas, y a sabiendas de que el padre era el único representante legal y, también, estando al tanto, como es obvio, de que lo que se resolvería en este caso incidiría necesariamente en la esfera jurídica y familiar de Jaime López y sus hijas.

Esta omisión de ninguna manera podía ser subsanada por el hecho de que la Comisión IDH –por razón de sus funciones– actuara a favor de los intereses de las víctimas en este tipo de procesos, pues ello, precisamente de ser cierto, obliga a que cada una de las partes del juicio sea notificada y cuente con todas y cada una de las oportunidades procesales para ejercer su defensa. Como no se procedió así, se vulneró el derecho a un debido proceso que, entre otros tratados, se encuentra consagrado en el artículo

8° de la CADH, además de resultar violatoria del propio reglamento de la Comisión IDH.

Tal situación afectó la validez de ese procedimiento, pero también la validez del proceso seguido ante la CIDH. No sólo porque aquel procedimiento previo ante la Comisión IDH ha sido tramitado con vulneración del aludido derecho fundamental, sino porque tampoco ante la CIDH, a causa de los vicios procesales cometidos por la Comisión IDH, ni las menores ni el padre, como su representante legal, fueron notificados de la demanda; y, por tanto, en el proceso seguido ante la CIDH no tuvieron la oportunidad otorgada a la Comisión IDH y a Karen Atala para alegar, probar, contraprobar y, en general, para su defensa.

*LA LEGITIMACIÓN DE LAS MENORES PARA ACTUAR
A TRAVÉS DE SU PADRE COMO ÚNICO REPRESENTANTE LEGAL*

204

En la causa iniciada ante la Comisión IDH la peticionaria fue Karen Atala (representada a través de las ONGs y demás instituciones que la patrocinaron) y las presuntas víctimas fueron tanto ella como sus tres menores hijas: M., V. y R., de 17, 13 y 11 años de edad, respectivamente. La Comisión IDH las calificó como presuntas víctimas a lo largo de sus actuaciones, como ocurre en su informe de admisibilidad, en su informe de fondo y en la demanda que dio origen al proceso seguido luego ante la CIDH –sirva como ejemplo, entre otras, las pp. 1, 39, 42 y 43 de su demanda–. La CIDH también las admitió como presuntas víctimas al aceptar a trámite la demanda de la Comisión IDH. Existía, pues, una pluralidad de presuntas víctimas y no había identidad entre éstas y la peticionaria.

Esta falta de identidad entre las presuntas víctimas y la peticionaria se veía reflejada en el conflicto de intereses que existía entre ellas: mientras Karen Atala –junto con la Comisión IDH– pretendía convertir un caso de custodia de menores en uno de supuesta discriminación por su orientación homosexual, las menores querían seguir viviendo con el padre, en ejercicio de su derecho a continuar educándose en un ambiente familiar y cultural similar al que tuvieron antes de que su madre optara por aquella orientación sexual (artículos 20, al final, y 27 de la Convención de los Derechos del Niño). Tal conflicto de intereses ponía de manifiesto la imposibilidad de que la Comisión IDH –a pesar de sus funciones– pudiera proteger o representar, al mismo tiempo, los intereses de Karen Atala y los de sus menores hijas en el caso concreto. Una situación de suma relevancia, teniendo en cuenta que las niñas tenían a la fecha 17, 13 y 11 años de edad, es decir, tenían edad suficiente para formarse un juicio objetivo, a pesar de lo cual nunca fueron consultadas por la peticionaria ni por la Comisión IDH.

Por otro lado, tanto su reglamento como el de la CIDH contienen normas que otorgan a las presuntas víctimas legitimación procesal para actuar ante ellas y garantiza, como es obvio, su derecho a ser oídas, a alegar, probar y, en general, a ejercer su defensa a lo largo de sus respectivos procedimientos, porque nadie mejor que las presuntas víctimas puede exponer lo pertinente a la defensa de sus derechos e intereses.

A nivel del reglamento de la Comisión IDH –tanto el anterior como el vigente– existe una serie de normas que garantizan la participación de las partes y, por tanto, de las presuntas víctimas, en la etapa de apertura o admisibilidad (arts. 30.5 y 37.3), de solución amistosa (arts. 37.4, 40.1-2), de alegatos y pruebas (arts. 43.1, 64 y 65); y, algo muy importante: su participación en la decisión de someter el caso a la CIDH (art. 44.3, literal ‘a’). Este último artículo consagra el derecho de las presuntas víctimas a ser consultadas por la Comisión IDH para que se conozca su posición respecto de someter el caso a la competencia de la CIDH, sobre todo cuando no son las mismas personas que actúan como peticionarios, tal como ocurre en el presente caso.

Por su parte, el reglamento de la CIDH contiene también normas que otorgan legitimación procesal a las presuntas víctimas para actuar ante ella. Así, por ejemplo, se garantiza su derecho a ser notificadas con la demanda de la Comisión IDH (art. 39.1, literal ‘d’), a participar en el proceso de manera directa o a través de sus representantes (art. 25), a presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas (art. 40), a ser oídas en cualquier estado de la causa y participar en las diligencias probatorias (art. 58) y, en general, a participar ampliamente en el procedimiento escrito (art. 43) y en el oral (art. 46 y ss.).

Para lo que aquí respecta, resulta relevante el artículo 25 del reglamento de la CIDH. Su primer numeral consagra el derecho de las presuntas víctimas a participar, directamente o por medio de sus representantes, en el proceso seguido ante la CIDH, por ejemplo, para presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Sus otros dos numerales regulan las situaciones que se pueden presentar cuando, existiendo una pluralidad de presuntas víctimas (como ocurrió en el presente caso), se requiere la designación de uno o varios representantes para que actúen como “intervinientes comunes”. De no existir acuerdo –concluye el artículo–, resuelve la CIDH, asegurando –claro está– la adecuada representación de los derechos e intereses de las presuntas víctimas y la correcta tramitación del procedimiento¹.

¹ Artículo 25 del reglamento de la CIDH, “Participación de las presuntas víctimas o sus representantes:

Pues bien, de conformidad con el artículo 25 del reglamento de la CIDH, las hijas menores de Karen Atala y Jaime López tenían derecho a participar en el proceso a través de su representante, por tener la calidad de presuntas víctimas y ser menores de edad.

Esta conclusión resulta armoniosa con la Convención de los Derechos del Niño, aplicable a este proceso por integrar el sistema de protección de los derechos humanos (como lo ha reconocido la Comisión IDH en su demanda y lo ha invocado varias veces la CIDH). Por un lado, su artículo 1°

“entiende por niño [a] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”,

lo cual hace que las hijas sean consideradas niñas para la protección que brinda esta Convención y, por otro, según el mandato de su artículo 12.2,

“se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento [...] que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante”,

206

con lo cual las hijas tienen derecho a participar en cualquier proceso o procedimiento que les concierna, incluso, a través de su representante, incluyendo los seguidos ante la CIDH y la Comisión IDH.

Esta consecuencia es, además, expresión del derecho a un debido proceso que asiste a los menores. No sólo porque les protege especialmente por su condición de menores de edad sino porque los hace protagonistas de los procesos que les pudieran afectar y no simples destinatarios de los mismos. En palabras de las CIDH:

1. Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso.

2. De existir pluralidad de presuntas víctimas o representantes, deberán designar un interviniente común, quien será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. De no haber acuerdo en la designación de un interviniente común en un caso, la Corte o su Presidencia podrá, de considerarlo pertinente, otorgar plazo a las partes para la designación de un máximo de tres representantes que actúen como intervinientes comunes. En esta última circunstancia, los plazos para la contestación del Estado demandado, así como los plazos de participación del Estado demandado, de las presuntas víctimas o sus representantes y, en su caso, del Estado demandante en las audiencias públicas, serán determinados por la Presidencia.

3. En caso de eventual desacuerdo entre las presuntas víctimas en lo que atañe a lo señalado en el numeral anterior, la Corte resolverá lo conducente”.

“Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”².

“Del artículo 8° de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”³.

Tras comprobar que los menores tienen derecho a actuar procesalmente a través de su representante, el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño indica que la representación procesal de ellos se determina “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”⁴. Es decir, aplicando esta norma internacional al presente caso, la ley procesal chilena era la única competente para determinar quién podía representar válidamente a las menores en el proceso seguido ante la CIDH y anteriormente ante la Comisión IDH (pues tanto ellas como sus padres son de nacionalidad chilena y viven en Chile).

Con esa remisión normativa, el artículo 4° del *Código de Procedimiento Civil* de Chile reconoce la capacidad de representar procesalmente a una persona a quien ostenta su “representación legal”; y el artículo 264 de su *Código Civil*, al regular la representación legal de los hijos menores de edad, establece:

“El hijo no puede comparecer en juicio [...] sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta”.

Tratándose de padres separados (como ocurre en el presente caso) el artículo 245 del mismo *Código* añade:

“Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225”;

² CIDH, “Condición jurídica y derechos del niño”, párrafo 98.

³ CIDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’”, párrafo 227.

⁴ Artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño.- “[...] 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”.

artículo este último según el cual “el juez podrá entregar su cuidado personal” a uno de los padres cuando el interés de los hijos lo haga indispensable.

En el presente caso, la sentencia definitiva de la Corte Suprema de Justicia de Chile (que dio origen al procedimiento ante la Comisión IDH y luego al proceso ante la CIDH), emitida el 31 de mayo de 2004, entregó la tuición o cuidado personal de las tres menores a su padre y, por tanto, conforme a la precitada legislación chilena, le otorgó el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre ellas. Al ejercerla en exclusividad, el padre era y es el único que ostenta la representación legal de las tres menores y, por tanto, el único que podía representarlas válidamente ante la CIDH o la Comisión IDH, de conformidad con las normas internacionales y nacionales ya citadas.

En síntesis, según el artículo 25 del reglamento de la CIDH, concordado con el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, las tres menores tenían derecho a comparecer ante la CIDH a través de su representante, en su calidad de presuntas víctimas, según la calidad procesal que les había otorgado previamente la CIDH y la Comisión IDH.

208 Sobre la base de lo expuesto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 25° del reglamento de la CIDH, concordado con el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, con fecha 16 de agosto de 2011 se solicitó que la CIDH admitiera la participación en el proceso de las tres menores en su calidad de presuntas víctimas, siendo representadas por su padre, en vista de que él ostentaba su representación legal de manera exclusiva. Junto a ello, se solicitó que, en atención a la grave violación del derecho fundamental a un debido proceso, la CIDH declarara la nulidad de todo lo obrado.

LA CIDH TIENE COMPETENCIA PARA EFECTUAR UN CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE LA COMISIÓN IDH

El desarrollo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha alcanzado hasta la fecha permite sostener que los tratados concernientes a este tipo de derechos están orientados a garantizar el goce de los derechos y libertades del ser humano, más que a establecer normas de relación entre los Estados. Esto se debe a que los derechos humanos se inspiran en valores comunes superiores, orientados a la protección del ser humano, y se aplican como una garantía colectiva, consagrando obligaciones de carácter objetivo y previendo mecanismos de tutela específicos⁵. No extraña, por tanto, que la CIDH y la Comisión IDH deban también respetarlos, dada

⁵ Cfr. CIDH, “Caso Baena Ricardo y otros. Competencia”, parágrafo 96.

la función protectora que cumplen a favor de estos derechos, en avenencia con sus instrumentos de constitución (Convención Americana y demás documentos internacionales conexos).

En armonía con ello, y a fin de asegurar que las actuaciones de la Comisión IDH sean conformes con la observancia y el respeto de los derechos humanos, el 28 de noviembre de 2005 la CIDH emitió la OC-19/05, sobre el “Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En dicho instrumento internacional la CIDH recordó lo siguiente:

1) que:

“[l]os tratados, convenciones y declaraciones del sistema interamericano en materia de derechos humanos [...] determinan, a su vez, los parámetros de legalidad a los que debe sujetarse la Comisión”⁶;

2) que:

“[c]ualquier facultad de examen acerca de las actividades desarrolladas por la Comisión se halla presidida y acotada por el objeto y fin del sistema interamericano: promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos”⁷;

3) que:

“la Corte tiene la facultad de revisar si se han cumplido, por parte de la Comisión, las disposiciones contenidas en la Convención Americana y en los diversos instrumentos interamericanos de derechos humanos”⁸;

4) que:

“[e]l trámite de las peticiones individuales se encuentra regido por garantías que aseguran a las partes el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento”⁹;

y 5) que cuando el caso llega a la Corte es ante ésta donde el interesado deberá alegar

⁶ CIDH, “Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, párrafo 22.

⁷ *Op. cit.*, párrafo 23.

⁸ *Op. cit.*, párrafo 25.

⁹ *Op. cit.*, párrafo 27.

“lo que estime pertinente para la defensa de sus derechos y la cabal observancia de la legalidad en la tramitación y solución de la controversia, ajustándose para ello a las estipulaciones contenidas en la Convención y en otros ordenamientos que integran el corpus juris del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, particularmente el Estatuto y el Reglamento de la Corte. Por este medio, el Tribunal ejerce la función controladora que explícitamente le confieren esos instrumentos”¹⁰.

Como síntesis de estos preceptos, concluye:

“[L]a Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de sus funciones, efectúa el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en lo que se refiere al trámite de los asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia Corte, conforme a la competencia que le confiere a ésta la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos”¹¹.

210 Por lo expuesto, según el desarrollo efectuado por la propia CIDH, tiene competencia para efectuar el control de la legalidad de las actuaciones de la Comisión IDH y, por lo tanto, para declarar la nulidad de todo lo actuado en los procedimientos seguidos ante ella. En el caso en comento, la CIDH sí tenía la facultad para controlar la legalidad del procedimiento seguido ante la Comisión IDH, así como de todo lo actuado ante ella hasta el momento en que la declaración de nulidad fue solicitada por el representante de las presuntas víctimas, debido a las severas vulneraciones al debido proceso que se produjeron.

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO

El proceso, en consideración de la CIDH, “es un medio para asegurar, en la medida de lo posible, la solución justa de una controversia”, a lo cual contribuyen “el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”¹². Éste es un derecho humano que se encuentra recogido –entre otros instrumentos internacionales– en el artículo 8° de la Convención Americana, y es llamado también “proceso justo”, “derecho de defensa procesal”, “derecho de audiencia en juicio” o simplemente “debido proceso”¹³. Se trata de una garantía com-

¹⁰ CIDH, “Control de legalidad...”, *op. cit.*, párrafo 28.

¹¹ *Op. cit.*, OC, N° 3.

¹² CIDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, párrafo 117.

¹³ CIDH, “Caso Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1977, párrafo 74.

pleja, porque está conformada por un conjunto de derechos que tienen por finalidad asegurar que el acceso, inicio, tramitación y resultado de un proceso, incluyendo su ejecución, sean justos. En palabras de la CIDH:

“abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración”¹⁴.

En armonía con lo previsto en el artículo 8° de la Convención y el desarrollo que ha obtenido en las decisiones de la CIDH, el debido proceso comprende –entre otros– las siguientes garantías mínimas¹⁵:

- El derecho a ser oído, que implica la posibilidad de todo sujeto de acceder a un proceso con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión o defensa.

Artículo 8 de la Convención Americana. “Garantías judiciales:

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

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

¹⁴ CIDH, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, párrafo 28.

¹⁵ Entre la abundante jurisprudencia de la CIDH sobre el debido proceso, pueden citarse las sentencias emitidas en: caso *Genie Lacayo*, *op. cit.*; caso *Loayza Tamayo*, del 17 de setiembre de 1997; caso *Suárez Rosero*, del 12 de noviembre de 1997; caso *Paniagua Morales*, del 8 de marzo de 1998; caso *Castillo Petruzzi*, del 30 de mayo de 1999; caso *Villagrán Morales* y otros, del 19 de noviembre de 1999; caso *Cantoral Benavides*, del 18 de agosto de 2000; Caso Tribunal Constitucional, del 31 de enero de 2001; CIDH, “Caso *Baena Ricardo* y otros”, del 2 de febrero de 2001; CIDH, “Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*”, del 6 de febrero de 2001 y caso *Barrios Altos*, del 14 de marzo de 2001.

- El derecho de contradicción o de defensa, que exige que nadie sea sorprendido o afectado con los resultados de un proceso que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer; e implica que el interesado sea notificado de manera oportuna garantizándose su participación y otorgándosele la posibilidad real de ejercer su defensa.
- El derecho a la publicidad del proceso.
- El derecho a ser asistido y defendido por un abogado técnicamente capacitado.
- El derecho a probar o a producir prueba.
- El derecho a que las decisiones se emitan en un plazo razonable y a que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas.
- El derecho a que las resoluciones se encuentren motivadas de forma adecuada, etcétera.

Uno de los elementos más importantes del debido proceso es el derecho de defensa. A propósito de la importante relación que existe entre ambos, la CIDH ha llegado a señalar:

212 “[P]ara que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”¹⁶.

La CIDH también ha dejado establecido que, a pesar de que el texto del segundo inciso del artículo 8° de la Convención se refiere a las garantías mínimas del referido derecho en materia penal, eso no significa que esas mismas garantías no sean aplicables a cualquier proceso, sea de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; ya que, como insiste la CIDH:

“el elenco de garantías mínimas (previstas en el artículo 8.2 de la Convención) se aplica también a esos órdenes y, por ende, en este tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”¹⁷.

¹⁶ CIDH, “El derecho a la información...”, *op. cit.*

¹⁷ CIDH, “Caso Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, párrafo 70. Criterio reiterado en: caso Paniagua Morales, *op. cit.*, párrafo 149 y caso Baena Ricardo..., *op. cit.*, párrafo 125.

Además, con relación al término “garantías mínimas”, la CIDH ha precisado:

“Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal”¹⁸.

Si bien el artículo 8° de la Convención se titula “Garantías judiciales”, la CIDH ha señalado que ello no debe llevarnos a pensar que el debido proceso se aplica sólo al ámbito judicial. Por el contrario, sobre la base de una interpretación *pro hominis* y a la función que dicho derecho cumple en el ordenamiento jurídico, la CIDH ha señalado que el ámbito de aplicación del debido proceso no puede limitarse a los procesos judiciales, sino que comprende “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”, sin importar que el proceso sea de tipo judicial o de cualquier otro tipo, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante todo acto de poder que pueda afectar sus derechos¹⁹. Esto lleva a la CIDH a establecer –con razón– que el debido proceso no sólo resulta aplicable a los procesos que técnicamente puedan considerarse *judiciales* (de orden civil, penal, laboral o de cualquier otro carácter) sino que, también, resulta aplicable a cualquier otro tipo de proceso o de procedimiento donde un órgano resuelva una controversia, imponga una sanción o levante una incertidumbre jurídica, ya sea que corresponda al ámbito nacional o al internacional, como el que se tramita ante los órganos internacionales que tutelan los derechos humanos, como es el caso de la CIDH y la Comisión IDH²⁰. En palabras de la CIDH:

213

“Tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de

¹⁸ CIDH, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, párrafo 24.

¹⁹ CIDH, “Garantías judiciales...”, *op. cit.* (artículos 27.2, 25 y 8 CADH), párrafo 27.

Como se sabe, tal interpretación consiste en interpretar el derecho o la norma internacional de la manera más favorable al ser humano, tratando de incrementar en lo posible el contenido, virtualidad o eficacia de sus derechos. En palabras de Cecilia Medina: “La interpretación *pro hominis* es una primera característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento”. Cecilia MEDINA “La interpretación de los Tratados de Derechos Humanos”, p. 80.

²⁰ Sobre la aplicabilidad del derecho en comentario a todo tipo de procesos, véase: CIDH, “Garantías judiciales...”, *op. cit.* (arts. 27.2, 25 y 8 CADH), párrafo 27; CIDH, “Excepciones...”, *op. cit.*; Caso Paniagua Morales, *op. cit.*, párrafo 149; CIDH “Caso Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, párrafos 69-70; caso Baena Ricardo..., *op. cit.*, párrafo 125 y CIDH, “Caso Ivcher...”, *op. cit.*, párrafo 103.

adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8° de la Convención Americana”²¹.

En el caso específico de la Comisión IDH, la CIDH ha sido particularmente explícita al señalar que también en su seno el debido proceso resulta aplicable. Así, ha explicado:

“El trámite de las peticiones individuales [ante la Comisión] se encuentra regido por garantías que aseguran a las partes el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento. Tales garantías son: a) las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (artículos 44 a 46 de la Convención), y b) las relativas a los principios de contradicción (artículo 48 de la Convención) y equidad procesal. Igualmente es preciso invocar aquí el principio de seguridad jurídica (artículo 39 del Reglamento de la Comisión)”²².

214

“[En armonía con ello] se debe garantizar la capacidad procesal de todas las partes de conformidad con los imperativos y necesidades del debido proceso. Por ende, [...] en el contexto de casos contenciosos originados en peticiones individuales, en los cuales las partes son el Estado demandado y la presunta víctima y, sólo procesalmente, la Comisión, la reapertura de cuestiones procesales y argumentos del mérito del asunto sin la presencia de cualquiera de las partes afecta la realización de los principios del contradictorio, la igualdad y la seguridad jurídica procesales. En consecuencia, no corresponde a una Corte recibir informaciones de hecho o de derecho sin la presencia de todas las partes en el proceso”²³.

Que el debido proceso resulte aplicable, incluso, en los procesos seguidos ante la CIDH o la Comisión IDH, no es más que la resultante obligada de su calidad de derecho humano. Como tal, constituye un límite frente a las actuaciones del poder, lo cual vale para todo órgano o persona, sea nacional o internacional, que ejerza autoridad en razón de su carácter oficial respecto de otras personas. Por lo tanto, será ilícita toda forma de ejercicio del poder que vulnere el derecho humano a un debido proceso, o los demás derechos reconocidos en la Convención.

De no ser así llegaríamos al absurdo de sostener que la CIDH o la Comisión IDH pueden vulnerar o desconocer el derecho humano a un debido proceso, a pesar de que por mandato de sus instrumentos de

²¹ CIDH, “Caso Ivcher..”, *op. cit.*, párrafo 104. También CIDH, “Caso Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, párrafo 71.

²² CIDH, “Control de legalidad...”, *op. cit.*, (arts. 41 y 44 a 51 de la CADH), párrafo 27.

²³ CIDH, “Artículo 55 de la CADH”, párrafo 62.

constitución –especialmente la Convención Americana– están obligados a protegerlo. Para evitar ese absurdo hay que desechar la hipótesis que le da origen y reafirmar –como lo hace la CIDH– que el debido proceso resulta aplicable también en esos ámbitos.

En el presente caso, como se ha dicho, el debido proceso fue vulnerado en agravio de las tres menores. Así, a pesar de que ellas fueron calificadas como presuntas víctimas por la Comisión IDH y la CIDH, y de que tenían derecho a ser representadas por su padre como su único representante legal (conforme a las normas internacionales y nacionales precedentemente citadas), la Comisión IDH nunca las notificó, y mucho menos a su padre, de las actuaciones tramitadas ante ella. Tampoco lo hizo con sus informes o decisiones. Jamás, en ningún momento, les dio la oportunidad de ser oídas, de alegar, de probar y, en general, de ejercer su defensa. Así por ejemplo, en contravención al reglamento de la Comisión IDH:

- No fueron notificadas en la etapa de apertura o admisibilidad ante la Comisión IDH (arts. 30.5 y 37.3).
- Tampoco en la etapa de solución amistosa (arts. 37.4, 40.1-2).
- Menos aún en la de alegatos y pruebas (art. 43.1, 64 y 65) y
- Lo que es más grave, tampoco fueron consultadas por la Comisión sobre su decisión de someter el caso a la CIDH, a pesar de que no existía identidad entre la peticionaria y las presuntas víctimas, pues no eran las mismas personas (artículo 44.3, literal ‘a’).

215

Los vicios cometidos en el procedimiento ante la Comisión afectaron la validez del mismo, pero también la validez del proceso que se siguió ante la CIDH. No sólo porque aquél es un procedimiento previo y condicionante de éste, sino porque tampoco ante la CIDH, a causa de los vicios procesales cometidos por la Comisión IDH, las menores o su padre fueron notificados con la demanda y, por tanto, tampoco aquí tuvieron la oportunidad otorgada a la Comisión IDH y a Karen Atala para alegar, probar, contraprobar y, en general, para ejercer su defensa.

La única manera justa de reparar la vulneración al debido proceso que se había producido en perjuicio de las menores, era que la CIDH declarara la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento seguido en la Comisión IDH que dio origen al proceso ante ella, así como la nulidad de todo lo actuado hasta el momento en el proceso seguido ante la misma CIDH, ordenando la reposición de las cosas al estado anterior a la vulneración del debido proceso, tal como fue solicitado.

*NULIDAD INSUBSANABLE:
IMPOSIBILIDAD JURÍDICA Y LÓGICA*

Con fecha 22 de agosto de 2011, el Pleno de la CIDH acusó recibo del escrito de apersonamiento y pedidos varios de fecha 16 de agosto de 2011 presentado por el padre de las menores, y lo transmitió a las partes del proceso para que éstas hicieran al respecto las observaciones que estimaren necesarias. El día 24 de septiembre de 2011 venció el plazo para que dichas partes hicieran sus observaciones a dicho escrito. En éste, según se ha explicado, se pidió a la CIDH que efectuando un control de legalidad sobre las actuaciones de la Comisión IDH, a la que se refiere la OC-19/05, emitida por la CIDH el 28 de noviembre de 2005, declarara la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento seguido en la Comisión IDH que dio origen al proceso, así como de todo lo actuado hasta el momento en el mismo proceso seguido ante la CIDH, en razón de la falta de emplazamiento de las tres menores, quienes era partes del proceso en calidad de presuntas víctimas y que hasta entonces no habían sido oídas.

A fin de evitar la declaración de nulidad, era posible que la CIDH considerara otras opciones que corrigieran el vicio ya denunciado, a saber:

216

- a) notificar y oír a las menores López Atala a través de su representante legal, señalando al efecto alguna audiencia complementaria;
- b) no notificar ni oír a las menores López Atala a través de su representante, y no referirse a las menores como presuntas víctimas o víctimas en la sentencia, acotando la decisión de autos a Karen Atala, exclusivamente.

Pues bien, a juicio nuestro, ninguna de dichas opciones permitían corregir el vicio de nulidad. Al contrario, estimamos que lo confirmaban por completo.

Como ya es sabido, la sentencia de la Corte Suprema de Chile, emitida en el proceso de tuición, incidió sobre la esfera jurídica y familiar de las menores (y también de su padre y madre). En el proceso ante la Corte IDH se determinaría si dicha sentencia (y aquel proceso) violaron o no determinados derechos humanos. Indudablemente, lo que resolviera la Corte IDH podía afectar la esfera jurídica y familiar de las menores. Por tal razón, según la Convención de los Derechos del Niño, la CADH y las propias decisiones de la Corte IDH, esa sola circunstancia, es decir, la posibilidad de su afectación, hacía que las menores tuvieran el derecho a ser oídas y, en general, a ejercer su defensa, como manifestación de su derecho humano a un debido proceso²⁴. En otras palabras, eran partes

²⁴ Artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño. “[...] se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo

materiales del proceso, por lo que su condición de partes procesales (con legitimación para alegar, probar y defenderse) tenía que ser reconocida por la Corte IDH y, como consecuencia de ello, sus medios de defensa debían ser valorados y oportunamente resueltos. De no ser así, se vulneraría su derecho humano a un debido proceso.

Sin perjuicio de ello, resulta que, tanto la Comisión IDH como la CIDH calificaron a las niñas como presuntas víctimas. Esto significa que, conforme a lo previsto en los reglamentos de ambas instituciones, las niñas tenían total derecho a participar y a defenderse a lo largo de sus respectivos procedimientos. En el caso particular de los procedimientos ante la Comisión IDH, la CIDH ha señalado que se trata de un derecho inexorable que la Comisión IDH no puede desconocer²⁵. Luego, tanto por el propio contenido del derecho humano a un debido proceso (configurado en la Convención de los Derechos del Niño, la CADH y la jurisprudencia de la CIDH), así como por los reglamentos de la Comisión y de la CIDH, las niñas tenían derecho a participar en el proceso ante la CIDH, como lo tuvieron en el procedimiento ante la Comisión IDH.

Al no haberse respetado ese derecho, se les causó una vulneración que debía ser reparada. La única manera de hacerlo era restituyendo las cosas al estado anterior al momento en que se produjo la violación; esto es, declarando la nulidad de todo lo actuado desde el procedimiento ante la Comisión IDH. Así se desprende de la siguiente jurisprudencia de la CIDH:

217

que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado [...].”

“Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”. CIDH, “Condición jurídica...”, *op. cit.*, párrafo 98.

“[P]ara que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”. CIDH, “El derecho a la información...”, *op. cit.*, párrafo 117.

²⁵ “El trámite de las peticiones individuales [ante la Comisión IDH] se encuentra regido por garantías que aseguran a las partes el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento. Tales garantías son: a) las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (artículos 44 a 46 de la Convención), y b) las relativas a los principios de contradicción (artículo 48 de la Convención) y equidad procesal. Igualmente es preciso invocar aquí el principio de seguridad jurídica (artículo 39 del Reglamento de la Comisión)”. CIDH, “Control de legalidad...”, *op. cit.*, arts. 41 y 44 a 51 de la CADH, párrafo 27). “[En armonía con ello] se debe garantizar la capacidad procesal de todas las partes de conformidad con los imperativos y necesidades del debido proceso. Por ende, [...] no corresponde a una Corte recibir informaciones de hecho o de derecho sin la presencia de todas las partes en el proceso”. CIDH, “Artículo 55...”, *op. cit.*, párrafo 62.

“[C]uando un proceso se ha realizado en contravención de la ley, también deben considerarse ilegales las consecuencias jurídicas que se pretenda derivar de aquél”²⁶.

“El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que [c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. [...] Este Tribunal ha reiterado en su jurisprudencia constante que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”²⁷.

218 La nulidad es un vicio que, por violar derechos humanos de las me-
nores reconocidos en un tratado internacional, no puede ser disponible
para las partes, ni siquiera para la CIDH. Alguna jurisprudencia para
fundarlo puede ser el asunto Viviana Gallardo y otras, el primer caso de
la CIDH. Allí ha dicho que el trámite en la Comisión IDH es un requisito
obligatorio. En Viviana Gallardo, el gobierno renunció al trámite ante la
CIDH, y la Corte no lo deja. Es más, la Corte ni siquiera resuelve el caso:

25. Estas consideraciones bastan para ilustrar cómo el procedimiento
ante la Comisión IDH no ha sido concebido en interés exclusivo
del Estado, sino que permite el ejercicio de importantes derechos
individuales, en especial a las víctimas.

Sin poner en duda la buena intención del gobierno, al someter
este asunto a la CIDH, lo expuesto lleva a concluir que la omisión
del procedimiento ante la Comisión IDH, en casos del presente
género, no puede cumplirse sin menoscabar la integridad insti-
tucional del sistema de protección consagrado en la Convención.

Dicho procedimiento no es renunciable o excusable, a menos
que quede claramente establecido que su omisión, en una especie
determinada, no compromete las funciones que la Convención
asigna a la Comisión IDH, como podría ocurrir en algunos casos

²⁶ CIDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, párr. 130.

²⁷ *Op. cit.*, párrs. 175-178

en que el asunto se planteara *ab initio* entre Estados y no entre individuo y Estado. En el presente caso está lejos de ser demostrada esa situación excepcional, por lo cual la manifestación del gobierno de renunciar a la aplicación de la regla contenida en el artículo 61.2, carece de fuerza necesaria para obviar el procedimiento ante la Comisión IDH, lo cual basta, por sí solo, para no admitir la presente demanda.

También se funda el carácter insubsanable de la nulidad en el “orden público procesal”. En el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, la sentencia de fondo, párr. 28 al final:

28. La naturaleza del proceso ante un tribunal de derechos humanos hace que las partes no puedan separarse de determinadas reglas procesales, aun de común acuerdo, pues tienen el carácter de orden público procesal.

Y otra fuente de ese carácter insubsanable son, obviamente, los tratados, como, en este caso, la Convención de Derechos del Niño, donde la presencia de menores en general debería tornar las nulidades insalvables como medio de dar a la parte más débil una adecuada protección de sus derechos, aun tratándose de cuestiones formales o adjetivas.

Pero en concreto también se funda, pretendiendo una interpretación armónica, en la evaluación de la solución amistosa que hace la Comisión IDH (según su reglamento, art. 40.5). En efecto, dispone que si se logra una solución amistosa, la Comisión IDH aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, lo transmitirá a las partes y lo publicará. Antes de aprobar dicho informe, verificará si la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa. En todos los casos, la solución amistosa deberá fundarse en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la CADH, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables. La última oración da la pauta de que ni aun por acuerdo de partes se puede obviar lo dispuesto por los tratados. Luego, ni el Estado ni la CIDH, ni aun la Corte tampoco podrían subsanar un procedimiento viciado.

Como sea, en la especie se trataba de nulidad por falta de emplazamiento a una de las partes en el proceso. Así, no existía posibilidad de reparar la omisión y afectación de los derechos de dichas partes sin retrotraer los hechos al estado anterior al acto que determinó el vicio procesal: no se logra restituir por completo a las afectadas simplemente dándoles oportunidad para hacer su defensa, sea en forma oral o escrita, sino entregándoles todas y cada una de las oportunidades procesales que según el reglamento de la Comisión IDH y de la CIDH les corresponde,

tal como ocurrió con las demás partes. Luego, la solución por la vía de oír a las menores no bastaba en este estado del juicio; de hecho, se las estaría discriminando sin razón suficiente al darles menores oportunidades procesales para ejercer su defensa, afectando su derecho humano a un debido proceso, según establece el artículo 8° de la Convención.

Por su parte, tampoco se subsanaba el vicio de nulidad omitiendo cualquier referencia a las menores López Atala en la sentencia, acotándola exclusivamente a la peticionaria. La justificación a lo anterior es múltiple, y se puede reducir a lo siguiente:

- 1° el principio de la bilateralidad de la audiencia;
- 2° la protección de los derechos de terceros por extensión de los efectos de cosa juzgada;
- 3° una posible inutilidad de la sentencia y
- 4° la legitimación procesal.

El principio de bilateralidad o de audiencia

220 El respeto al principio de audiencia (o de audiencia bilateral), busca asegurar que nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio. En iguales términos, que nadie pueda ser condenado sin haber gozado de la oportunidad de ser oído en juicio (*nemo debet inaudita damnari*) según las mismas oportunidades otorgadas a otras partes dentro del mismo proceso. Con lo anterior, se pretende conseguir que los efectos de la sentencia no alcancen a aquellas personas que por no haber sido demandadas, no han tenido ocasión de comparecer en el proceso para alegar lo que les convenga en defensa de sus derechos. Por ejemplo, la Corte Suprema en Chile ha resuelto:

“pugnaría con los principios básicos del procedimiento el que alguien, dueño de un derecho, sin ser oído, pudiera ser privado de él y debiera recurrir al juicio ordinario para recuperarlo, al mismo tiempo que su contrainterésado, aun de buena fe, le hubiera sido dado operar la privación sin forma de juicio”²⁸.

Con mayor razón, tratándose de partes del proceso –como lo son las menores en calidad de presuntas víctimas–, necesario es que la sentencia del juicio en que participan las refiera según el mérito de lo obrado, y no que simplemente se desentienda de ellas como pretexto para ignorar el vicio grave de no haberlas oído a lo largo del proceso.

²⁸ Corte Suprema de Chile, 8 de junio de 1933, pp. 401-402.

La protección de los derechos de terceros por extensión de los efectos de cosa juzgada

La necesidad de emplazar a las víctimas omitidas también se explica como una medida que evite que alguien pueda ser perturbado en sus derechos a causa de una decisión judicial. Por ejemplo, la jurisprudencia chilena ha establecido:

“la Constitución asegura a todas las personas que la sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo, y no se configura un proceso sin que exista previo emplazamiento de aquellos a quienes se considere partes, con las cuales y sólo con ellas se seguirá el negocio. Por ello, el imperio de lo juzgado no podrá, en caso alguno, hacerse extensivo a quienes no han tenido parte en el asunto”. // “La pretensión de hacer soportar el imperio jurisdiccional en quien no ha sido parte en el pleito constituye un proceder ilegal que significa una perturbación en el ejercicio legítimo del derecho de propiedad de quien aparece como cesionario de créditos y derechos afectados por una decisión judicial dictada en proceso en el que no ha sido emplazado ni es parte.”

Medida de protección:

“Se declara que resoluciones judiciales dictadas en proceso civil indicado, no producen efecto ni empecen a recurrentes mientras en esa instancia procesal no se declare otra cosa”²⁹.

221

Siendo las menores López Atala partes de este proceso, y estando sus derechos e intereses involucrados en la decisión jurisdiccional, es obligatorio el que la sentencia de la CIDH las considere para que esta decisión judicial no afecte sus derechos sin haberlas oído como es debido, cualquiera sea el contenido de dicha sentencia. Dicho de otro modo, y dado que se trata de la revisión de un proceso de tuición nacional, el contenido de la sentencia de la CIDH, aun refiriéndose de modo exclusivo a la madre de las menores, en el mismo acto afectará, para bien o para mal, la esfera jurídico-familiar de las menores, por lo cual es necesario que la sentencia contenga y pondere los elementos fácticos y jurídicos que las menores, debidamente representadas, estimen del caso hacer presente.

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 1994, p. 144 (confirmada por la Corte Suprema el 17 de julio de 1994).

Una posible inutilidad de la sentencia

Otro de los criterios teóricos para fundamentar la necesidad de emplazar obligatoriamente a cierto tipo de terceros se vincula con la eficacia o utilidad de la sentencia. Con esta regla se condiciona el posible cumplimiento de un fallo a la correcta configuración del proceso. Si no fueron demandados u oídos todos los que debían serlo, se debe aplicar la sanción de declarar el juicio como inútil, impidiendo el cumplimiento de la sentencia. Por ejemplo, en la jurisprudencia chilena esta línea se aprecia en los siguientes casos:

222

a) “No vale una sentencia contra el que no fue parte en el juicio³⁰; b) Si en un juicio sobre cobro de contribuciones de bienes raíces, no fue notificada la propietaria del inmueble sino una persona distinta, seguramente inexistente, en contra de la cual se dirigió la acción al persistirse en el error de nombre en que se incurrió en la nómina de deudores morosos presentada por el Tesorero Comunal (...), debe concluirse que no hubo requerimiento judicial respecto de la deudora y, por ende, que tampoco existió el embargo ficto... // En consecuencia, procede desechar la demanda de nulidad del contrato de compraventa basada en la existencia de aquel embargo ficto y que habría afectado al inmueble al momento de celebrarse dicha convención. // En la especie, en ningún caso habría podido prosperar la demanda en atención que la acción se dirigió sólo contra el comprador, con lo cual el fallo que hubiera podido dictarse acogiendo la demanda habría resultado inoperante con relación a la vendedora y no empecerle, por consiguiente su resultado”³¹.

Lo anterior aplica con mayor fuerza tratándose no de terceros, sino de partes formales del proceso ya iniciado, respecto de las cuales una eventual sentencia que las declare no víctimas en nada evita la afectación de sus derechos ni elimina la posibilidad de que la sentencia, respecto de ellas, resulte inútil, precisamente por haberse dictado refiriéndolas –en calidad de lo que sea–, pero sin elementos de juicio aportados por ellas, pues no habrán sido oídas.

La legitimación procesal

Por último, la denominada “legitimación conjunta” es otra razón jurídica que justifica la necesidad de oír a las menores López Atala en este caso. En general, esta categoría se da cuando varias personas, en forma activa

³⁰ Corte Suprema de Chile 13 de junio de 1912, p. 571.

³¹ Corte Suprema de Chile 16 de julio de 1957, p. 33.

o pasiva, concurren para demandar o ser demandadas. La existencia de la legitimación conjunta determina que se deba pronunciar una resolución única para todos los litisconsortes, pues todos son parte del mismo proceso (no obstante, en la especie, las menores López Atala lo sean por la indebida representación que sin derecho asumió respecto de ellas su madre y, luego, la Comisión IDH). Sólo si se procede de esa forma el juicio podrá concluir con el pronunciamiento de una única sentencia, que sea eficaz frente a todos. Por ejemplo, en el plano jurisprudencial chileno, son tributarias de esta corriente las siguientes sentencias:

- a) "...hay imposibilidad absoluta de que un heredero del vendedor pueda ejercer tal acción [la acción rescisoria de la compraventa] sin la concurrencia de sus demás coherederos, puesto que, admitiendo el ejercicio singular de ella, habría que concluir que el heredero sólo podría accionar por su cuota lo que llevaría al resultado de la rescisión accionada, es decir, el vendedor lograría la restitución de una parte del precio, conservando el comprador el resto. // En razón de tal imposibilidad es improcedente la acción rescisoria ejercida por uno solo de los herederos del vendedor"³²;
- b) "No procede declarar la nulidad de un contrato si no se demanda a todas las partes del contrato"³³.

Según ya se ha explicado, en este caso las menores López Atala han sido consideradas partes en el proceso por la indebida e ilegítima representación que de ellas asumió su madre y, luego, la Comisión IDH. Y ocurre que respecto a parte importante de las alegaciones de la peticionaria y la Comisión, en particular aquéllas construidas sobre la presunta afectación de sus derechos a la vida privada, aparecen unidas y vinculadas de modo inseparable: es decir, la eventual afectación del derecho a la vida privada e intimidad de la madre es, a la vez, la afectación del mismo derecho de sus hijas menores. Luego, en la especie la sentencia de esta CIDH necesariamente ha de considerar a dichas menores, ya no en abstracto, sino según sus alegaciones correctamente hechas valer en el proceso con su previa notificación.

Y hay razones adicionales para insistir en que el vicio que afectaba a este proceso no era posible de sanear con la simple omisión de las menores en la sentencia. La entidad del defecto superaba el esquema de un simple defecto formal, resultando arbitrario y sin fundamento jurídico alguno sostener que bastaría que la CIDH no considerara a las menores como víctimas, para entender subsanado el defecto. La explicación de

³² Corte de Apelaciones de Valparaíso, 31 de julio 1935, p. 65.

³³ Corte Suprema de Chile, 23 de mayo de 1990, p. 51.

esta situación proviene de la eficacia de la sentencia judicial, que en muchos casos supera el esquema de una simple resolución de un conflicto “inter partes” (*Atala vs. Estado*). Demuestra el error jurídico de pretender subsanar el vicio cometido en el caso *Atala*, con la simple omisión de las menores como víctimas, una breve consideración sobre los efectos que tiene la sentencia como acto procesal.

En términos generales, la sentencia firme y ejecutoriada conforma una realidad jurídica y material que puede servir para acreditar un hecho en un proceso posterior, a lo menos en los siguientes sentidos:

- i Cuando se alega la función negativa de la cosa juzgada.
- ii Cuando se hace valer la denominada eficacia positiva o prejudicial, para impedir que en un juicio posterior se decida una nueva acción en contradicción con la declaración del derecho que consta en un fallo que se encuentra firme y ejecutoriado, atendido que la decisión anterior actúa como un antecedente lógico la nueva acción deducida en juicio.
- iii Cuando la sentencia judicial es invocada por un acreedor como un título ejecutivo.
- iv Cuando la sentencia contiene una condena genérica acerca de la existencia de un determinado hecho jurídico, que permite a una de las partes o, incluso, a terceros solicitar el derecho a ser indemnizado de los perjuicios en un nuevo juicio. En el caso de los terceros, como se explicará, se trata de ciertas hipótesis donde la eficacia de la sentencia hace excepción a la regla tradicional, en virtud de la cual se ha entendido que la cosa juzgada, al tercero, ni le perjudica ni le aprovecha³⁴, al manifestarse la denominada eficacia refleja de la sentencia o, en su caso, el efecto “ultra partes” de la misma.
- v Cuando la sentencia firme y ejecutoriada por su contenido queda vinculada al mecanismo de producción de precedentes judiciales. Esta manifestación puede surgir porque el fallo sienta una doctrina sobre una materia o entra en contradicción con otras decisiones anteriores, al contener distintas interpretaciones sobre un determinado tema jurídico.

Cualquiera sea el caso, el no oír formalmente a las menores López *Atala* como partes en el juicio provocaría en su situación jurídica situacio-

³⁴ La Corte Suprema de Chile ha resuelto en decenas de sentencias que el efecto de cosa juzgada no puede hacerse extensivo a personas que no tomaron parte en la relación procesal por no haber sido legalmente emplazadas. Corte Suprema, 24 de agosto de 1939, p. 229; Corte Suprema, 29 de mayo de 1951, p. 139; Corte Suprema, 31 de agosto de 1992, p. 136.

nes de menoscabo en sus derechos, sobre todo en relación con las hipótesis (iv) y (v) anteriores, pues si la CIDH dictaminaba que la Corte Suprema de Chile había incurrido en discriminación basada en orientación sexual al conceder la tuición de ellas a su padre, ello significaba, por tanto, que estos años en que las menores habían estado bajo el cuidado personal de Jaime López habrían obedecido a una injusticia o capricho irracional; por su parte, bajo el mismo supuesto cabría eventualmente utilizar tal dictamen como precedente judicial en sede interna.

Por todo lo anterior, la falta de emplazamiento de las menores López Atala era un vicio insubsanable, que sólo se podía reparar con la nulidad de todo lo obrado, pero adoptando todas las medidas para que puedan ejercer sus derechos procesales como partes en esa relación procesal.

En síntesis, no era una solución ajustada a derecho el no referirse a ellas en la sentencia, para evitar, de ese modo, la nulidad por falta de emplazamiento. En rigor, la sentencia judicial es un acto jurídico que produce una serie de efectos, que hacen obligatoria la intervención de los terceros que necesariamente han debido participar en el juicio; más todavía si dichos terceros ya han sido considerados como partes en el proceso.

Sobre esto último, cabe hacer presente algunas consideraciones lógicas para, a partir de ellas, concluir que las alternativas en comento en realidad conducían, cada una, a reconocer el vicio que era causa de la nulidad y, por tanto, a confirmarlo.

225

No es lo mismo que la sentencia de la CIDH omita referirse a las menores como presuntas víctimas que como víctimas. A ello debe sumarse la posibilidad de que las menores sean o no notificadas y escuchadas. De aquí surgían las siguientes opciones:

- La primera era que la sentencia de la CIDH no se refiriera a las menores como presuntas víctimas, y que no las notificara ni escuchara previamente: pero ocurre que la CIDH ya había aceptado y dado trámite a la demanda en que las menores López Atala eran consideradas e incluidas como partes en tanto presuntas víctimas. Así, el que la sentencia de esta CIDH omitiera referirse a las menores en tal calidad importaba una evidente contradicción: la CIDH desconocería a partes del proceso la misma calidad de partes que ya le había reconocido. Y ello sin notificarlas ni escucharlas. No se veía, entonces, modo para que esta CIDH deshiciera lo que al efecto ella misma había hecho al dar curso a la demanda, al menos sin violar las normas que confieren legitimación procesal a las presuntas víctimas según su reglamento. Al proceder de este modo la CIDH violaría el debido proceso.

En la misma línea, se habría estado obligada a reconstruir la argumentación de la peticionaria en todas aquellas alegaciones en que la presunta vulneración de sus derechos pretendía ser, a la vez, la afectación del mismo derecho de sus hijas menores, como ocurría en relación con el derecho a la vida privada e intimidad familiar. Pero la CIDH carecía de competencia para, unilateralmente, reescribir los argumentos de cualquiera de las partes en el proceso.

Y si procediera que la CIDH excluyera a las menores a pesar de ya ser partes, persistía el problema de que lo hiciera sin notificar ni oír a esas partes. Como es obvio, en razón de ello la CIDH nada sabría sobre las alegaciones de éstas en relación con sus derechos. No obstante, procedería de este modo para evitar una eventual nulidad precisamente porque estas partes no fueron emplazadas. Pero la solución confirmaría la causa –la falta de emplazamiento– y, así, la misma nulidad. Luego, las menores no podían ser omitidas en la sentencia sin ser notificadas y oídas previamente. Si ello ocurriera, se ratificaría el vicio de nulidad.

226

- La segunda era que la sentencia de la CIDH no se refiriera a las menores como presuntas víctimas, y sí las notificara y escuchara previamente: pero ello resultaba absurdo, pues si la CIDH notificaba y escuchaba a las menores López Atala lo haría, precisamente, por reconocerles su calidad de presuntas víctimas y su derecho a un debido proceso. Luego, para la CIDH sólo quedaría como alternativa evitar referirse a las menores como víctimas en la sentencia.
- La tercera era que la sentencia de la CIDH no se refiriera a las menores como víctimas, y que no las notificara ni escuchara previamente: a decir verdad, existía un solo modo por el cual la CIDH podía no referirse a las menores como víctimas, distinto del excluirlas como partes del proceso, y éste era afirmando en la sentencia que no sufrieron violación de sus derechos (*ergo*, absolviendo al demandado de los cargos respecto de ellas). Pero si la sentencia declaraba que por no existir violación a sus derechos ellas no eran víctimas, estaría en dicho acto confirmando su calidad de partes de modo indiscutible. Así, el fallo confirmaría el vicio alegado: pues afirmar que determinadas partes del proceso no sufrieron daño, pero sin haberlas oído durante el juicio, lo cual es evidentemente contrario al debido proceso garantizado en el artículo 8° de la CADH.

A lo anterior añadimos que si la Comisión IDH ya las había calificado como presuntas víctimas es porque estimó que existían antecedentes plausibles para ello. Salvo que tanto la peticionaria como la Comisión IDH negaran esos fundamentos –imposible a esas alturas del proceso–, no existía modo para que la CIDH afirmara que no existió daño respecto de partes que no habían sido oídas ni representadas conforme a derecho. Si lo hiciera, confirmaría el vicio de nulidad por no emplazar a partes del juicio y, no obstante, referirse a las mismas en la sentencia del proceso.

Contra lo expuesto, la CIDH sólo podía declarar en la sentencia que las menores no eran víctimas sin previamente notificarlas y oírlas si asumía que habían sido representadas debidamente por la Comisión IDH, lo cual presupone aceptar, a su vez, que la peticionaria las habría representado conforme a derecho cuando demandó por sí y por ellas al Estado de Chile ante la Comisión IDH. Pero entonces la CIDH habría creado una novedosa teoría sobre la representación en el sistema interamericano, contrariando el artículo 25° de su reglamento sobre pluralidad de presuntas víctimas, atentando, a la vez, contra lo dispuesto en el artículo 12.2 de la CDN. Y tal proceder importaba el error de raciocinio conocido como falacia de ignorancia, pues al antecedente dudoso sobre la coherencia o complementariedad de los intereses de las presuntas víctimas, la CIDH le habría dado, sin justa causa, la calidad de certeza.

227

- La cuarta era que la sentencia de la CIDH no se refiriera a las menores como víctimas, y sí las notificara y escuchara previamente: en este escenario la CIDH habría reconocido la calidad de presuntas víctimas y partes a las menores López Atala, y en razón de ello las habría emplazado tardíamente. Pero la solución habría confirmado la causa –falta de emplazamiento– y, así, la misma nulidad.

Como puede apreciarse, las opciones distintas de la declaración de la nulidad de todo lo obrado consistirían en aquéllas en que las menores no fueran notificadas ni oídas: pues de ser notificadas y oídas se habría reconocido el vicio de nulidad denunciado, y sería esa la precisa razón del emplazamiento tardío. Pero en ese escenario, y a pesar que con ello se pretendiera subsanar la nulidad existente, la CIDH violaría su reglamento y el de la Comisión IDH al incorporar a las menores al proceso sin darles todas y cada una de las oportunidades procesales que corresponden a las presuntas víctimas. Es decir, incurriría en nuevos vicios procesales. Esto es lo que en definitiva ocurrió.

Pero sucede que en todas las opciones en que en la sentencia de la CIDH se omitiera referencia a las menores sin notificarlas y oír las se confirmaba igualmente el vicio de nulidad, como se explicó. Por lo tanto, la situación era verdaderamente la de una nulidad insubsanable: cualquiera fuera el modo en que la sentencia (no) se refiriera a las menores, mientras la CIDH no determinara la notificación del padre como representante legal de ellas, confirmaba el vicio de nulidad. Y así pasaba también si se resolvía notificar al padre en representación de sus hijas, pues en ese acto se reconocía el vicio de nulidad, que era causa de tal emplazamiento tardío.

Por fin, el eventual emplazamiento tardío obligaba, asimismo, a declarar la nulidad de todo lo obrado y restituir el estado de las cosas al momento anterior al acaecimiento del vicio procesal ya denunciado, pues no era posible dar a una parte menores oportunidades procesales que a otras sin incurrir, por eso mismo, en vicios procesales que, a su vez, podrían acarrear la nulidad (piénsese, por ejemplo, en lo dispuesto en los artículos 44.3a del reglamento de la Comisión IDH o 46 y ss. y 58 del reglamento de la CIDH).

228

A partir del análisis y comentarios anteriores, puede verse que las alternativas consistentes en emplazar tardíamente a las menores López Atala en tanto presuntas víctimas, o el omitir referirse a ellas en la sentencia definitiva del proceso, no lograban evitar el reconocimiento y confirmación del vicio que acarrearía la nulidad de todo lo obrado. Al contrario, tales caminos de hecho conducían a la misma nulidad e importaban una grave afectación de los derechos de las menores López Atala. Todo lo anterior fue debidamente expuesto a la CIDH.

LA RATIFICACIÓN DEL VICIO DE NULIDAD MEDIANTE EMPLAZAMIENTO TARDÍO

Con fecha 29 de noviembre de 2011 la CIDH emitió una resolución en que rechazó el pedido de nulidad presentado por el padre de las presuntas víctimas en su calidad de representante legal de ellas. Sostuvo lo siguiente:

8. La CIDH observa que la señora Atala allegó al inicio del trámite ante este tribunal un escrito, mediante el cual informó que “en representación (suya) y de (sus) tres hijas” actuarían los representantes de las presuntas víctimas en el presente caso. Por su parte, en el escrito presentado por el señor López Allendes manifestó que actuaba “por derecho propio y en representación de (sus) tres menores hijas”. Al respecto, la CIDH toma nota que en ninguna parte del expediente hay una manifestación precisa por parte de las niñas M., V., y R. respecto a si están de acuerdo con la repre-

sentación que ejerce cualquiera de sus padres y de si deseaban ser consideradas como presuntas víctimas en este caso (...).

9. En este sentido, el tribunal considera que así como el señor López Allendes señala que la señora Atala Riffo puede no estar representando efectivamente los intereses de las tres niñas en el proceso ante esta CIDH, tampoco puede establecerse que él representa dichos intereses por el sólo hecho de tener su representación legal de acuerdo con la normativa chilena. Mucho menos cuando el acto que le otorgó dicha representación legal de las niñas (la sentencia de la Corte Suprema que decidió la tuición) es precisamente el acto del Estado que se encuentra bajo análisis en el presente caso (...).
11. Teniendo en cuenta la controversia entre la madre y el padre, y el alcance del derecho de las niñas a participar y ser oídas, la CIDH considera útil, en el marco específico del presente caso, ordenar, como prueba para mejor resolver, que las niñas M., V. y R. sean informadas sobre su derecho a ser oídas ante la CIDH y las consecuencias que el ejercicio de ese derecho implica, con el objetivo de que las tres niñas manifiesten lo que desean al respecto (...).
12. Por último (...) la CIDH considera que el derecho de las niñas a ser oídas puede ser ejercido directamente por ellas, sin necesidad de un representante legal, a menos que ellas así lo manifiesten.

229

El 30 de noviembre de 2011, el secretario de la CIDH envió una comunicación al padre de las menores, afirmando lo siguiente:

“Respecto a la solicitud concerniente a que el proceso que se ha llevado a cabo hasta el momento ante este Tribunal sea declarado nulo, la Corte observa que, mediante Nota de Secretaría de 19 de Octubre de 2012 y de conformidad con el artículo 39.1.d del Reglamento de la Corte, se notificó a los representantes de las presuntas víctimas de la demanda que presentó la Comisión Interamericana contra el Estado de Chile, en relación con el caso Karen Atala e hijas. por tanto, la Corte no encuentra irregularidades en la forma en que se realizó la notificación en el presente caso”.

Como puede verse, la CIDH:

- a) reconoció que no constaba que la madre representara válidamente a sus hijas;
- b) negó la representación legal del padre;
- c) dispuso, como medida para mejor resolver, que las menores fueran oídas directamente, sin necesidad de un representante legal, en una audiencia especial al efecto y

- d) consideró que las menores estaban bien emplazadas, pues se habría notificado la demanda a los representantes de las presuntas víctimas. Sobre lo anterior cabe decir:
- a) La resolución de la CIDH constituye un agravio, pues al negar la representación legal de Jaime López sobre sus hijas menores desconoció el efecto de una sentencia judicial dictada por los tribunales nacionales: en realidad lo que hizo la CIDH fue suspender el efecto de una sentencia judicial de la Corte Suprema de Chile, que se encuentra firme y sin tener facultades para ello. Ocurre que la CIDH no es “instancia” y, por tanto, no puede “revisar” las decisiones de los tribunales chilenos y menos aun declararlos sin valor o suspenderlos. En esta línea, tanto la Comisión IDH como la CIDH sostuvieron que no revisarán la tuición de las menores; por tanto, tampoco podían revisar los efectos que necesariamente se siguen del cuidado personal, como son la patria potestad y la representación legal de las menores.
- b) Pero la CIDH cuestionó en sede internacional la representación legal de las menores a partir de la duda, pues dijo que no era claro que los intereses del padre fueran los mismos que los de las hijas. Con todo, la CIDH confunde “conurrencia de intereses” con representación legal, ignorando lo que al efecto establece la Convención de Derechos del Niño, que refiere la representación legal, en sede internacional, al Derecho interno. Aun cuando en este procedimiento los intereses de las menores no fueran coincidentes con los del padre, ello no niega que éste sea su representante legal y, por tanto, el único habilitado para representarlas en el proceso.
- c) A mayor abundamiento, la representación es una institución de Derecho Común. No puede comportarse en forma distinta ante la CIDH. Además, se vulneró, en su esencia, una garantía básica del debido proceso: la defensa en juicio. Es absurdo asignarles a las menores una suerte de capacidad procesal, para que actúen por sí mismas, cuando su situación de ser menores de edad exige que sus representantes legales las representen en la elección de sus apoderados, para ejercer su derecho de defensa.
- e) Desde el punto de vista teórico, la resolución vulneró la existencia del presupuesto procesal de la postulación, el que se explica por varias razones que claramente la CIDH no consideró:
- 1) porque la defensa de los derechos en juicio requiere la intervención de personas que, por su formación profesional, están dotadas de los conocimientos técnicos y el criterio jurídico

para asegurar el derecho de defensa que garantiza todo pacto de derechos humanos;

2) porque en el desenvolvimiento de la relación procesal se debe realizar una serie de actos, cuyos efectos o consecuencias no pueden ser cuantificadas habitualmente por un no letrado.

No se entiende cómo podrían las menores de edad ponderar de manera adecuada el correcto ejercicio de sus derechos ante esta instancia internacional, sin la asistencia en el juicio de su representante legal, quien es el único que podría, legítimamente designar un apoderado. Aunque en el plano teórico y de Derecho Comparado no existe un modelo único acerca de la forma en que se debe cumplir con el presupuesto de la postulación procesal, lo que sí no se puede cuestionar es que unas menores de edad nunca podrán actuar por sí mismas en la defensa de sus derechos en una corte internacional de derechos humanos.

f) Sobre el mismo punto, la resolución de la CIDH dijo que no se podía tener al padre como representante de las menores, pues ostenta dicha representación en virtud de la sentencia de la Corte Suprema, la que estaba siendo sometida a revisión en el proceso. Pero negar la representación legal en virtud de esta revisión implica prejuzgar: pues al momento de la resolución en comento aún no se había fallado que tal decisión fuera arbitraria o discriminadora. Luego, no corresponde partir de la base de ese adjetivo para negar la representación legal. Hubo evidente petición de principio. Y, aunque –como en definitiva ocurrió– se fallara que la decisión de la Corte Suprema de Chile fue arbitraria, ello no tiene como efecto la anulación de dicha sentencia. Por tanto, de ningún modo se niega ni se podía negar la representación legal del padre.

g) En el mejor de los casos podría considerarse que el oír a las menores constituye una medida “cautelar”, pero no fue solicitada así por la Comisión IDH ni dictada por la CIDH con esa naturaleza. Ambas dijeron reiteradamente que no eran una instancia adicional y que no revisarían la tuición, pero esta resolución en la práctica lo hizo, pues negó la representación derivada de la patria potestad que otorga el cuidado personal. Decir que sólo lo hizo a efectos “internacionales” es falaz: pues contradice lo que al efecto dispone la Convención de Derechos del Niño, y lo hace asumiendo que existe conflicto de intereses entre las niñas y el padre (cuando debería probar ello y, probado, disponer una medida cautelar en favor de las menores).

h) Si el derecho de las niñas a ser oídas es tan fundamental, no se puede pretender subsanar este vicio, en el contexto de un largo proceso que tomó años, simplemente por el hecho de escucharlas al final, y sólo como una medida para mejor resolver. Por ejemplo, especialmente grave es el vicio en el procedimiento ante la Comisión IDH, cuando se negociaron con el Estado las posibles medidas compensatorias para llegar a un acuerdo extrajudicial, en el cual las menores no tuvieron ninguna participación, como, asimismo, el vicio insubsanable relativo a la consulta a las presuntas víctimas sobre su decisión de someter el asunto a conocimiento de la CIDH. La Comisión IDH había vulnerado derechos fundamentales de las menores, y en esta resolución la CIDH sencillamente omitió toda referencia a tales vicios.

i) La CIDH resolvió pasando por alto todos los vicios ocurridos durante la tramitación ante la Comisión IDH, y denunciados debidamente. Decir que no hay nulidad porque el procedimiento ante la CIDH se inició con la notificación a los representantes de las presuntas víctimas, y a la vez decir que no consta que la madre represente a sus hijas dentro del proceso es evidentemente contradictorio. Y vergonzoso. En efecto: la resolución de la CIDH negó la nulidad en razón de que los representantes de las presuntas víctimas fueron notificados con fecha 19 de octubre de 2010 de conformidad al reglamento de la CIDH, art. 39.1.d. Pero en el numeral 8 de la resolución en comento reiteró que Karen Atala inició el procedimiento estableciendo que los representantes actuarían en representación suya y de sus tres hijas menores. Y no obstante, en el mismo número dijo que no hay en el expediente constancia alguna de que las menores hayan manifestado su aceptación a ser representadas por su madre, ni de si deseaban ser consideradas presuntas víctimas en el caso, agregando que la posición de la madre no necesariamente representaba los intereses de las menores. No es posible, entonces, tener por notificadas conforme a derecho a presuntas víctimas que no han declarado ni aceptado ser consideradas como tales, menos si la misma CIDH reconoce este hecho. Pero, al parecer, para la CIDH es lo mismo decir que las partes de un proceso no han sido representadas, y que sí han sido representadas a efectos de su emplazamiento original.

j) La CIDH dio opción a las menores a ser oídas porque las consideró parte del proceso (salvo que las quisiera oír en calidad de testigos, pero nada permite concluir esto). Pero en el mismo

acto puso en duda su calidad de presuntas víctimas, pues afirmó que no constaba que la madre hubiera actuado en su representación. Luego, si no existía certeza de que las menores fueran representadas por su madre, sumado al hecho evidente de que ellas no iniciaron a título personal el proceso en la Comisión IDH, lógicamente tampoco existía certeza de que fueran parte en el juicio. Esto lleva al absurdo de que las niñas no tenían a nadie que las representase al momento de plantearse el conflicto ante la Comisión IDH y seguirse ante la CIDH y, sin embargo, se las tuvo por notificadas en los representantes de las presuntas víctimas.

k) El razonamiento de la CIDH es, insistimos, contradictorio: pues si las menores eran presuntas víctimas –y en su calidad de tales se dispuso una audiencia especial para oírlas *ad portas* de dictar sentencia–, lo eran, pues, la madre las había representado hasta entonces en ambas instancias internacionales. Sólo así es lógicamente sostenible la declaración de la CIDH según la cual no habría irregularidad en la forma en que se realizó la notificación en el presente caso. Y si lo obrado en ambas instancias no adolecía de vicio procesal alguno en relación con la representación legal de las partes, resulta insostenible resolver que las tres menores no eran representadas por su madre. Asimismo, si todas las presuntas víctimas habían gozado de un debido proceso ante la Comisión IDH y la CIDH, no es coherente resolver que algunas de ellas requieren de una audiencia especial para ser informadas sobre su derecho a ser oídas ante la CIDH. Vale la pena insistir en este punto: la audiencia pretende informar a las menores sobre su derecho a ser oídas; luego reconoce que aún no lo han sido.

l) Aun concediendo que la disposición de una audiencia especial para informar a las menores de su derecho a ser oídas no constituye un acto irregular, ello no permite negar que todas y cada una de las partes de un proceso deben tener las mismas garantías procesales. Pero en el presente caso la resolución de la CIDH dispone para algunas de las partes una simple audiencia para informarles sobre su derecho a ser oídas, y no les da oportunidad de participar, con igualdad, en las demás instancias procesales ya concluidas, como sí ocurrió con las demás partes.

Como puede apreciarse, la resolución de la CIDH no hizo sino ratificar y confirmar el vicio de nulidad denunciado por el padre de las menores, pues, más allá de toda consideración jurídica, el hecho innegable y declarado expresamente por la misma CIDH era que las menores

no había sido representadas y, por tanto, era necesario oírlas. Esto es, no habían sido emplazadas.

*LA AUDIENCIA PARA INFORMAR A LAS MENORES SOBRE SU DERECHO
A SER OÍDAS, COMO MEDIDA PARA MEJOR RESOLVER*

El 20 de diciembre de 2011 la CIDH informó al padre de las menores que la secretaría tenía planeado realizar la diligencia ordenada entre el 16 y el 24 de enero de 2012, solicitándole por ello que, a más tardar, el 9 de enero le indicara en qué lugar se encontrarían las niñas en esas fechas, con el fin de coordinar la logística de la audiencia.

El 9 de enero de 2012, el padre solicitó a la CIDH que completara la resolución de fecha 29 de noviembre de 2011 (aquella que había omitido pronunciarse sobre el pedido de nulidad del procedimiento ante la Comisión IDH) y precisara, a su vez, las condiciones y demás detalles de la manera cómo se realizaría la diligencia de toma de declaración de las tres menores.

234

El 3 de febrero de 2012, luego de casi un mes, la secretaría respondió al padre que la diligencia se llevaría a cabo el 8 de febrero, es decir, dentro de tres días hábiles, en Santiago de Chile y no en Temuco, lugar donde las menores tenían y tienen su domicilio legal, y que se encuentra a setecientos kilómetros de distancia aproximada. Es decir, un plazo no razonable y un lugar distante que no corresponde al domicilio legal de las menores, con la agravante ambos de que el padre no fue consultado al respecto para poder organizarse y cumplir con esa diligencia. Cabe señalar, además, que, coincidentemente, en tales fechas las menores M. y R. se encontraban en período de visita junto a su madre.

La CIDH informó, a su vez, que el lugar preciso donde se desarrollaría la diligencia sería “posteriormente informado”; es decir, no sólo no consultó al padre sino que, además, se pretendía que viajara a Santiago de Chile, a un lugar que, conforme se sucedieron los hechos, no conocería sino hasta el mismo día de la diligencia, y horas después de iniciada ésta.

Adicionalmente la CIDH dispuso que las hijas de Jaime López, a pesar de ser menores de edad, participaran en esa diligencia sin la presencia de su representante legal, sin asistencia jurídica y de manera no pública, bajo el argumento de que se trataría de una “conversación informal”, en evidente vulneración de su condición de menores, que tienen derecho a ser oídas y contar con las debidas garantías de un debido proceso, como son el declarar en presencia de su representante legal, contar con una asesoría jurídica y que la diligencia sea pública para evitar la arbitrariedad, garantías todas ellas que conforman un debido proceso y están recogidas

en el artículo 40° de la CDN, debidamente concordado con el artículo 12° y demás pertinentes del mismo tratado, además de estar recogidas en el artículo 8° de la CADH.

Señaló también la CIDH que dicha diligencia sería realizada por la delegación de la secretaria de la CIDH, conformada al efecto por la secretaria adjunta y por dos funcionarios del área legal de la secretaria, precisándose que durante dicha diligencia “no se llevará a cabo ningún tipo de interrogatorio y no estarán presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes”.

El 6 de febrero de 2012, en forma oportuna y ante la falta de las garantías señaladas, el padre formuló oposición a la realización de la diligencia en mención y solicitó que se realizara en una nueva fecha y con las debidas garantías.

Sin embargo, el mismo 8 de febrero, y más de una hora después de la citada para la diligencia de toma de declaración de las menores (12:04 hora de Chile), se comunicó al padre la hora y el lugar de realización de la mencionada diligencia (10:30 hora de Chile), refiriéndose adicional, y contrariamente a lo señalado por la propia secretaria en su comunicación de fecha 3 de febrero antes mencionada, que

“la delegación designada por la Corte estará acompañada en caso de ser necesario por la psicóloga María Alicia Espinoza Arbazúa”,

235

es decir, se admitió la presencia de una profesional que no era otra que la misma perita ofrecida por la peticionante Karen Atala ante la CIDH, situación del todo irregular, pues, al ser una perita de parte, dicha profesional evidentemente no aseguraba las condiciones de imparcialidad que debe cumplir un profesional designado por cualquier tribunal. Si a ello se aúna el hecho de que la CIDH decidió no admitir la presencia de los padres, sus abogados o demás partes en este proceso, la irregularidad simplemente se acrecienta y se vuelve impresentable.

En la resolución mediante la cual la CIDH dispuso que se escuchara a las menores como prueba para mejor resolver (confirmando el vicio de nulidad según lo ya desarrollado), se señaló que el derecho de los niños y niñas a ser oídos en los procesos en que se determinen sus derechos, debía ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN,

“el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado del niño, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”.

Asimismo, el artículo 8.1 de la CADH señala que este derecho debe contar “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”.

Esto armoniza con lo que la CIDH señaló en la OC-17/2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, según la cual

“en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelvan derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal”.

Las actuaciones que garantizan el debido proceso legal consisten en declarar en presencia de su representante legal, contar con una asesoría jurídica y que la diligencia sea pública para evitar la arbitrariedad. Sin embargo, en el caso de la menor V., que para entonces no se encontraba con su madre, el avisarle la hora y lugar de la audiencia aproximadamente una hora y media después de la misma, impidió que pudiese concurrir.

La inobservancia de los principios y normas de proceso legal, en este caso, es más grave aún, pues la calificación que se le había dado a las menores era, como se ha reiterado, de “presuntas víctimas”, por lo que correspondía que se cumpliera lo previsto en el artículo 50° del reglamento de la CIDH, que recoge principios como el de contradictorio, audiencia, defensa y el de publicidad, situación que a razón de lo anteriormente expuesto no se había verificado en modo alguno.

Además de las innegables irregularidades y vulneraciones al debido proceso ya descritas, cabe hacer presente una nueva y absurda contradicción: pues contra lo señalado por la CIDH en su resolución de fecha 29 de noviembre de 2011 –que el padre tampoco representaba a las menores, no obstante ser su representante legal–, todas las notificaciones mencionadas en este apartado fueron enviadas por la CIDH precisamente a Jaime López, a través de su representante *ad litis*, para que por su intermedio las menores quedaran en conocimiento de la audiencia dispuesta para informarles sobre su derecho a ser oídas, su día, lugar y hora.

LA DELIBERADA OMISIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA MENOR V. LÓPEZ ATALA

Con fecha 22 de febrero, la menor V., en razón de no haber sido oída por la delegación dispuesta al efecto por la CIDH, según ya se explicó, envió a la Corte una comunicación escrita manifestando con claridad su posición sobre el asunto controvertido, pidiendo, asimismo, ser oída y representada por su padre. Este escrito fue expresamente firmado por la menor a título personal, con la aquiescencia de su padre.

El secretario de la CIDH, Pablo Saavedra Alessandri, acusó recibo de dicha comunicación con fecha 23 de febrero. El día 2 de marzo, el mismo secretario, siguiendo instrucciones del Pleno de la Corte, informó al padre de las menores que sus anteriores solicitudes no serían tramitadas, pues, según la Corte había resuelto el 29 de noviembre de 2011, él no las representaba en este proceso. Otro tanto dijo la Corte sobre cualquier comunicación futura que fuera enviada por el padre.

Además del gravísimo error jurídico reiterado en la resolución recién mencionada, es necesario hacer notar que la negligencia de la CIDH llegó al extremo de no comprender debidamente lo que leía: pues la comunicación de fecha 22 de febrero fue enviada por la menor V., quien era indiscutidamente parte del proceso. Así, al resolver no tramitar dicha comunicación en los hechos se denegó a dicha menor su derecho a ser oída. Además, este proceder estuvo en directa contradicción con el numeral 12 de la resolución de la CIDH de fecha 29 de noviembre de 2011, en que expresamente sostuvo que las menores serían oídas directamente, sin la necesidad de sus representantes legales, salvo si ellas así lo manifestaran. Y así fue en este caso. Pero la CIDH hizo oídos sordos.

Con fecha 7 de marzo la menor V. López Atala envió nuevamente una comunicación a la CIDH, reiterando su posición y su deseo de ser oída y representada por su padre. Esta vez, para evitar que la mención del nombre de su padre fuera mal interpretada por la CIDH, envió tal comunicación por intermedio de su abogada, Sonia Vargas Etcheberry. El secretario de la CIDH acusó recibo de la comunicación el mismo día. Sin embargo, la comunicación, una vez más, no fue tramitada.

237

Conclusiones

Es claro, a la luz de lo expuesto, que la CIDH deliberadamente eligió no escuchar a una de las partes del proceso; que notificó tardíamente a las menores, ratificando así la falta de emplazamiento respecto de ellas; que designó un perito de parte para la realización de una instancia jurisdiccional; que deliberadamente omitió pronunciarse sobre los vicios procesales ocurridos durante la tramitación del proceso ante la Comisión IDH; que resolvió no declarar la nulidad del proceso seguido ante ella de un modo tan absurdo que, por medio del mismo, la confirmó.

Éstos son los hechos. El proceso estuvo viciado y es nulo. La CIDH dictó sentencia en un juicio en el que primaron reivindicaciones ideológicas muy por sobre el interés superior del niño, el respeto a la verdad y el imperio del Derecho.

Bibliografía

- Caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 2 de febrero de 2001.
- Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001.
- Caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000.
- Caso Castillo Petruzzi, sentencia del 30 de mayo de 1999.
- Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997.
- Caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de setiembre de 1997.
- Caso Paniagua Morales, sentencia del 8 de marzo de 1998.
- Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.
- Caso Villagrán Morales y otros, sentencia del 19 de noviembre de 1999.
- CIDH, “Artículo 55 de la CADH”, OC-20/09, de 29 de septiembre de 2009.
- CIDH, “Caso Baena Ricardo y otros. Competencia”, sentencia de 28 de noviembre de 2003.
- CIDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’”, sentencia del 19 de noviembre de 1999.
- CIDH, “Caso Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1977.
- CIDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia de 6 de febrero de 2011.
- CIDH, “Caso Tribunal Constitucional”, sentencia del 31 de enero de 2001.
- CIDH, “Condición jurídica y derechos del niño”, OC-17/02, del 28 de agosto de 2002.
- 238 CIDH, “Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, OC-19/05, del 28 de noviembre de 2005.
- CIDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, OC-16/99, del 1 de octubre de 1999.
- CIDH, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, OC-11/90, del 10 de agosto de 1990.
- CIDH, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, OC-9/87, del 6 de octubre de 1987.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 1994, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCI, sec. 6ª, Santiago, 1994.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 31 de julio de 1935, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXXIII, sec. 2ª, Santiago, 1936.
- Corte Suprema de Chile 23 de mayo de 1990, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXVII, sec. 1ª, Santiago, 1990.
- Corte Suprema, 29 de mayo de 1951, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 48, sec. 1ª, Santiago, 1951.
- Corte Suprema de Chile, 8 de junio de 1933, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXX, sec. 1ª, Santiago, 1933.
- Corte Suprema de Chile, 13 de junio de 1912, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. X, sec 1ª, Santiago, 1913.

Corte Suprema de Chile 16 de julio de 1957, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LIV, sec. 2^a, Santiago, 1957.

Corte Suprema, 24 de agosto de 1939, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 37, sec. 1^a, Santiago, 1940.

Corte Suprema, 31 de agosto de 1992, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 89, sec. 1^a, Santiago, 1992.

MEDINA, Cecilia, “La interpretación de los Tratados de Derechos Humanos”, en AA.VV., *Materiales de enseñanza del Seminario de Derechos Fundamentales*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, 2002.