



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN LOS CASOS DE GABRIELA BLAS Y DEL
MATRIMONIO IGUALITARIO EN CHILE**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MANUELA TURKIELTAUB DEL FIERRO

PROFESORA GUÍA:

LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

SANTIAGO DE CHILE

2019

INDICE

RESUMEN	5
----------------------	----------

INTRODUCCIÓN	7
---------------------------	----------

CAPITULO I: DAÑO AL PROYECTO DE VIDA	11
---	-----------

I.1. Tratamiento del Daño al Proyecto de Vida por la Corte IDH	11
--	----

I.1.1. La víctima como sujeto en el derecho internacional de los Derechos Humanos	11
---	----

I.1.2. Jurisprudencia sobre el Daño al Proyecto de Vida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Breves reseñas de algunos casos ilustrativos).....	13
---	----

I.1.2.1. “María Elena Loayza Tamayo vs. Perú” (1997)	13
--	----

I.1.2.2. “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala (1999).....	14
--	----

I.1.2.3. “Luis Alberto Cantoral Benavides vs. Perú” (2000)	16
--	----

I.1.2.4. “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica” (2012).....	17
--	----

I.1.2.5. “Zegarra Marín vs. Perú” (2017)	18
--	----

I.1.2.6. “V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua” (2018).....	19
---	----

I.1.3. Cuantificación y reparación.....	20
---	----

I.1.3.1. Revisión de algunas medidas de reparación atinentes de los casos de la Corte IDH examinados	23
--	----

I.1.3.1.1. “María Elena Loayza Tamayo vs. Perú” (1997)	23
--	----

I.1.3.1.2. “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala” (1999)	23
--	----

I.1.3.1.3. “Luis Alberto Cantoral Benavides vs. Perú” (2000)	24
--	----

I.1.3.1.4. “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica” (2012).....	24
--	----

I.1.3.1.5. “Zegarra Marín vs. Perú” (2017)	25
--	----

I.1.3.1.6. “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua” (2018).....	25
---	----

I.2. Tratamiento del Daño al Proyecto de Vida en la Doctrina.....	25
---	----

I.2.1. Definición.....	25
------------------------	----

I.2.2. Elementos del Daño al Proyecto de Vida	27
---	----

I.2.2.1. Sujeto del Proyecto de Vida	27
--	----

I.2.2.2. Daño a la Persona	29
----------------------------------	----

I.2.3. Requisitos para que se configure el Daño al Proyecto de Vida	32
---	----

I.2.3.1. Afectación del sujeto.....	32
I.2.3.2. Daño Cierto	33
I.2.3.3. De mucha entidad	34
I.2.3.4. Reparable.....	34
I.2.3.5. Que el daño causado no sea de carácter material o moral	35
I.2.3.6. Causalidad	35
I.2.3.7. Contexto	36
I.3. Fin del capítulo	36

CAPITULO II: CASO DE GABRIELA BLAS..... 37

II.1. ¿Existe el Daño al Proyecto de Vida en el ordenamiento chileno?	37
II.1.1. Derecho Civil	37
II.1.2. Derecho Constitucional.....	41
II.2. El caso de Gabriela Blas	42
II.2.1. Resumen de los hechos	42
II.2.2. El Derecho.....	45
II.2.2.1. Tramitación Nacional.....	45
II.2.2.1.1. Primer Juicio: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica	45
II.2.2.1.2. Recurso de Nulidad ante la Corte Suprema	48
II.2.2.1.3. Recurso de Nulidad ante la Corte de Apelaciones de Arica	49
II.2.2.1.4. Segundo Juicio: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica	52
II.2.2.1.5. Recurso de queja.....	54
II.2.2.1.6. Indulto	55
II.2.2.2. Tramitación internacional	55
II.2.2.2.1. Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	55
II.2.2.2.2. Acuerdo de Solución Amistosa.....	56
II.2.3. Daño al Proyecto de Vida de Gabriela Blas	59
II.2.3.1. Requisitos para que se configure el Daño al Proyecto de Vida	60
II.2.3.1.1. Afectación del sujeto.....	60
II.2.3.1.2. Daño Cierto	61
II.2.3.2.3. De mucha entidad	61
II.2.3.2.4. Reparable.....	63
II.2.3.2.5. Que el daño causado no sea de carácter material o moral	64

II.2.3.2.6. Causalidad (Acción).....	64
II.2.3.2.7. Contexto	65
II.2.3.2.7.1. Categoría sospechosa	66
II.2.3.2.7.1.1. Mujer	67
II.2.3.2.7.1.2. Indígena	69
II.2.3.2.7.1.2. Interseccionalidad: mujer indígena	70
II.2.3.2.7.2.1. Interseccionalidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	71
II.2.3.2.7.2.2. Interseccionalidad en el feminismo	72
II.3. Fin del Capitulo	73
CAPITULO III: MOVILH – MATRIMONIO IGUALITARIO.....	75
III.1. Caso Movilh: Matrimonio Igualitario	75
III.1.1. Resumen de los hechos	75
III.1.2. El Derecho	76
III.1.2.1. Tramitación Nacional	76
III.1.2.1.1. Recurso de Protección.....	76
III.1.2.1.2. Medida para mejor resolver: Tribunal Constitucional	77
III.1.2.1.3. Recurso de Protección (Continuación)	80
III.1.2.1.4. Recurso de Apelación	81
III.1.2.2. Tramitación Internacional	82
III.1.2.2.1. Denuncia Comisión Interamericana de Derechos Humanos	82
III.1.2.2.2. El Acuerdo de Solución Amistosa	83
III.1.2.2.2.1. Cumplimiento del Acuerdo de Solución Amistosa.....	85
III.1.2.2.2.2. Dictamen Contraloría Respecto del ASA.....	88
III.1.3. Daño al Proyecto de Vida de las parejas del caso Movilh – Matrimonio Igualitario	90
III.1.3.1. Precisiones del Derecho de Familia en Chile para el análisis del Daño al Proyecto de Vida de las parejas del caso Movilh – Matrimonio Igualitario	94
III.1.3.1.1. Matrimonio vs Acuerdo de Unión Civil.....	94
III.1.3.1.2. Filiación de las parejas del mismo sexo.....	98
III.1.3.1.3. Adopción Homoparental	100
III.1.3.1.4. El matrimonio como objetivo.....	100
III.1.3.2. Requisitos para que se configure el Daño al Proyecto de Vida.....	102
III.1.3.2.1. Afectación del sujeto	102

III.1.3.2.2. Daño Cierto	102
III.1.3.2.3. De mucha entidad	103
III.1.3.2.4. Reparable	104
III.1.3.2.5. Que el daño causado no sea de carácter material o moral	105
III.1.3.2.6. Causalidad (Omisión)	105
III.1.2.3.7. Contexto: Orientación Sexual como categoría sospechosa	107
III.2. Fin del Capítulo.....	108
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFIA	113

RESUMEN

El *Daño al Proyecto de Vida* es un concepto frecuentemente utilizado por el sistema Interamericano de Derechos Humanos y que ha ido desarrollándose paulatinamente a través de la doctrina. Sin embargo, éste no se encuentra recogido positivamente tanto a nivel internacional como interno, dificultando por ello su aplicación e interpretación.

En el presente trabajo se busca unificar la información disponible relacionada a la conceptualización de esta categoría de daño para analizar su posible incidencia en el ordenamiento chileno. Lo anterior se realiza mediante la revisión de dos casos nacionales paradigmáticos: el de la pastora aymara Gabriela Blas, condenada penalmente por el abandono de su hijo, y de la iniciativa impulsada por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual para promover la incorporación del matrimonio igualitario en la legislación chilena.

Nace como principal interrogante y desafío de esta investigación analizar el nivel de flexibilidad que permite el concepto de *Daño al Proyecto de Vida* y, a contrario sensu, delimitar adecuadamente su extensión.

La tarea no resulta sencilla. En efecto, se aborda esta labor mediante la aplicación de los requisitos establecidos, fundamentalmente, por la doctrina para la configuración del *Daño al Proyecto de Vida* a situaciones no enfrentadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como es el caso de los derechos colectivos y de la omisión como origen de la transgresión.

Estos objetivos implican necesariamente relacionar nuestro ordenamiento interno, tanto en su faceta pública como privada, con el sistema internacional de los derechos humanos para establecer de qué forma podría incluirse y aplicarse a situaciones amparadas por la normativa chilena.

INTRODUCCIÓN

Es un hecho que la vorágine en la evolución de las estructuras sociales no siempre se ve acompañada de un cambio en el estado de derecho, ya sea en el plano nacional o internacional. Es por esto que existen categorías y conceptos que nacen y se desarrollan jurisprudencial y doctrinariamente sin que se normen positivamente, dejando abierta la posibilidad de que se utilicen e interpreten de diversas formas, incluso arriesgando su efectiva aplicación.

Precisamente en esta situación se encuentra el concepto de *Daño al Proyecto de Vida*, categoría de daño que nace a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ y que posteriormente es desarrollado por diversos autores, llegando a cierta uniformidad sobre su significado y aplicación, sin perjuicio de las interrogantes que al día de hoy plantea este tema.

Por lo anterior, es relevante hacer una compilación del tratamiento que ha recibido este concepto tanto por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH como por la doctrina, e ir de esta manera desarrollando una visión más acabada de lo que ésta busca contemplar.

Por otra parte, si bien vivimos en un mundo sumamente interconectado en el que se ha establecido un aparente orden internacional, no es usual que los Estados sean lo suficientemente permeables a dicha evolución.

Esta problemática se evidencia en que, pese a la ratificación de tratados y convenciones por parte de los Estados y los respectivos mecanismos que éstos contemplan para incorporarlos a la normativa interna, éstos no integran los criterios de los órganos jurisdiccionales establecidos en estos, cayendo en una recepción básica y formalista. Es bastante esclarecedor en relación a esta idea el nulo tratamiento que ha recibido el *Daño al Proyecto de Vida* en Chile pese a su frecuente utilización tanto por la Comisión IDH como por la Corte IDH.

Es menester recordar que la recepción de esta normativa supranacional ocurre a partir del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República² que, no exento de discusión, constituye una cláusula de apertura internacional, haciendo más evidente la influencia que tiene el derecho internacional en nuestro ordenamiento.

Por ello, esta investigación pretende revisar la recepción del concepto de *Daño al Proyecto de Vida* en el ordenamiento interno y determinar si es que podría aplicarse para casos nacionales.

¹ En adelante indistintamente “Corte” o “Corte IDH”

² En adelante indistintamente “Constitución” o “CPR”

Para realizar aquello, este trabajo incorpora tanto la compilación de los diversos estudios y antecedentes vinculados al tema, como su posterior aplicación bajo la premisa de que el *Daño al Proyecto de Vida* puede configurarse a partir ya sea de una acción o de una omisión, siendo el análisis de esta última forma de comisión la tarea más desafiante, por cuanto nunca ha fallado en este sentido la Corte IDH. Se establece de este modo la hipótesis que guía esta investigación, y que constituye la gran interrogante que se debe enfrentar.

Para desarrollar esta investigación, se analizarán dos casos con características sumamente diversas. Por una parte, el de la pastora aymara Gabriela Blas, condenada penalmente por el abandono de su hijo, y el de la iniciativa impulsada por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual para promover la incorporación del matrimonio igualitario en la legislación chilena.

Para ambos casos el estudio se centrará en un análisis multidimensional sobre el *Daño al Proyecto de Vida* a partir de requisitos copulativos establecidos por la doctrina.

La primera similitud de estos casos consiste en que una vez agotadas las instancias internacionales se siguieron como denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³ y, finalmente, se resolvieron mediante Acuerdos de Solución Amistosa⁴ suscritos con el Estado de Chile.

Otra semejanza es que en ambos casos el principal derecho conculcado fue el de la protección a la familia establecido en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estos casos también evidenciarán la problemática asociada a las denominadas categorías sospechosas, es decir, aquellos grupos que son más propensos a ser discriminados arbitrariamente por parte de los Estados. Teniendo presente lo anterior, resulta manifiesto el especial cuidado que deben tener estos últimos al enfrentarse a este tipo de grupos.

Para la estructura de este trabajo, fue relevante las características que comparten estos casos, ya que de esta manera se pudieron establecer parámetros que facilitaron su comparación y que permitieron aislar las diferencias que son de interés para el objetivo de este trabajo.

Respecto a esto último, la diferencia determinante, y donde se encuentra el motivo de su elección, consiste en que el primer caso responde a la idea clásica de *Daño al Proyecto de Vida* utilizada por la Corte IDH, al consistir el hecho dañoso en una acción atribuible al Estado. En cambio, el segundo

³ En adelante indistintamente “Comisión” o “Comisión IDH”

⁴ En adelante indistintamente “Acuerdo” o “ASA”

caso se configura a partir de una omisión de éste último, variando por tanto el método comisivo que genera el daño.

El presente trabajo se estructura en tres capítulos, respondiendo cada uno a un objetivo necesario para la respuesta a la interrogante principal.

El primero consiste en el análisis general y teórico del *Daño al Proyecto de Vida*, a través de la jurisprudencia y de la doctrina atingente, el cual cumplirá el objetivo de compilar el tratamiento que ha recibido dicho concepto y fijarlo para su posterior aplicación.

El segundo capítulo trata acerca del análisis particular del caso de la pastora aymara Gabriela Blas y de la *acción* como origen del daño. Si bien este capítulo es sumamente importante en si por cuanto es la primera aproximación práctica que se hará del *Daño al Proyecto de Vida* en el ordenamiento chileno, es a la vez una antesala para analizar el capítulo que sigue.

El tercer y último capítulo corresponde al análisis de la iniciativa impulsada por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual para promover la incorporación del matrimonio igualitario en la legislación chilena y de cómo se configura, en este caso, el *Daño al Proyecto de Vida* mediante una omisión por parte del Estado de Chile. Será en este capítulo donde se confirmará o rechazará la hipótesis central de este trabajo.

Uno de los principales puntos que se pretende exponer es la necesidad de una visión más integral y compleja del humano como sujeto de derecho y de cómo ciertas instituciones del derecho, principalmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pueden acercarnos a ésta.

Atendiendo a que el contenido de esta investigación versa sobre discusiones sumamente actuales, complejas y que se encuentran permanentemente en disputa, implicando por ende a la imposibilidad de su actualización sucesiva e indeterminada, se establece como fecha de cierre el día 9 de enero de 2019.

CAPITULO I: DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

En el primer capítulo se revisará el concepto de Daño al Proyecto de Vida, partiendo por el análisis del nacimiento y desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Luego se analizará su recepción y crecimiento en la doctrina.

Se estudiarán los requisitos doctrinarios de siguiendo el esquema del Licenciado José Francisco Calderón Gamboa para luego aplicarlos al análisis de dos casos chilenos y poder determinar si se configuran en estos un Daño al Proyecto de Vida de los sujetos pasivos.

Este capítulo contará con varias referencias a Carlos Fernández Sessarego, quien es de los principales autores en avocarse a este concepto y del daño a la persona.

I.1. Tratamiento del Daño al Proyecto de Vida por la Corte IDH

I.1.1. La víctima como sujeto en el derecho internacional de los Derechos Humanos

Es determinante realizar una revisión respecto del tratamiento y enfoque del sujeto pasivo del derecho internacional de los Derechos Humanos⁵ para tener una visión comprensiva de quien sufre el daño a su proyecto de vida y su posterior protección por este ordenamiento, para así también poder comprender los inicios y el desarrollo de esta categoría de daño.

Para obtener una visión omnicomprendiva, es necesario hacer una breve reseña de los orígenes del DIDH ya que evidencia los fines de este y por ende su tendencia respecto de los sujetos bajo su jurisdicción.

El doctor en derecho Claudio Nash Rojas contextualiza, sobre el nacimiento del ordenamiento internacional de los derechos humanos que “(...) es una respuesta ante el fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos, tanto a través de los mecanismos desarrollados en el ámbito nacional, como aquellos establecidos por el derecho internacional público en la primera mitad del siglo XX”⁶.

A mayor abundancia explica su jerarquía al desarrollar que “Frente a los horrores de que fue testigo la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial, surgió la necesidad de establecer un

⁵ En adelante indistintamente “DIDH”

⁶ NASH, C. 2006. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos*. [en línea] <<https://bit.ly/2DNOVzr>> [consulta: 18 julio 2018]. 11p.

orden público internacional por encima de los Estados que previniera la repetición de este tipo de situaciones en el futuro”⁷.

Su origen se basa en proteger a las víctimas de las atrocidades cometidas en el contexto de Guerras y del quebrantamiento de los órdenes políticos establecidos democráticamente. Su objetivo es establecer medidas preventivas para evitar nuevas violaciones masivas de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Con el posterior desarrollo del DIDH se ha mantenido el enfoque en proteger a la víctima de afectaciones de derechos por parte de los estados, ampliándose de esta manera la interpretación y aplicación de medidas, conceptos y garantías para estas, dejando de esta manera en segundo plano al sujeto activo en los aspectos que no atañen directamente como base para la reparación.

De esto se desprende el por qué se ha ido creando, desarrollando y aplicando cada vez en mayor medida, conceptos de daño y de indemnización cada vez más amplios y en miras del sujeto pasivo como humano complejo, íntegro y digno apuntando hacia la concepción humanista del daño a la persona dejando atrás las categorizaciones estrechas.

Indaga en esta perspectiva la doctora en derecho e investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Liliana Galdámez Zelada a través del voto razonado del juez Cançado Trindade del caso Tibi vs. Ecuador *“En este ámbito la víctima efectivamente trasciende a la figura del ‘sujeto pasivo del delito’, ya que asume el rol de auténtico sujeto activo de la acción judicial internacional en defensa de los derechos que le son inherentes como ser humano (...) La protección de los victimados, y las reparaciones por los daños por ellos sufridos, constituyen su raison d’être”⁸.*

Destaca Galdámez en la citada publicación como principales aportes y herramientas para la mejor protección de la víctima los criterios de interpretación, la ampliación del concepto de víctima, el concepto y aplicación de Daño al Proyecto de Vida y las medidas de reparación que imponen a los Estados obligaciones positivas o de hacer.

Dentro de esta naturaleza jurisdiccional es entonces que se inserta el Daño al Proyecto de Vida, atendiendo a la libertad de la persona que se trunca al convertirse en víctima, y la necesidad de resarcirla desde un entendimiento digno y completo de esta misma y de sus circunstancias.

⁷ *Ibíd.* 10p.

⁸ GALDÁMEZ, L. 2007. *Protección de la Víctima, Cuatro Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación Evolutiva, Ampliación del Concepto de Víctima, Daño al Proyecto de Vida y Reparaciones.* Santiago, Revista Chilena de Derecho, 34 n° 3, 442p.

I.1.2. Jurisprudencia sobre el Daño al Proyecto de Vida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Breves reseñas de algunos casos ilustrativos)

Se analizarán casos que transcurren entre el año 1997 y el 2018 para poder revisar la primera aparición del Daño al Proyecto de Vida en una sentencia de la Corte IDH y posteriormente la continuidad de la utilización de este por la misma.

I.1.2.1. “María Elena Loayza Tamayo vs. Perú” (1997)

Dentro del contexto de una época de investigaciones criminales por delitos de traición a la patria y terrorismo que aparejaban prácticas generalizadas de tratos inhumanos y crueles.

María Elena Loayza Tamayo, profesora universitaria, fue detenida en 1993 por la División Nacional contra el Terrorismo en Lima, por su supuesta colaboración con el grupo armado Sendero Luminoso.

Posteriormente se le prohibió cualquier tipo de comunicación y por ende no pudo presentar recurso alguno para enfrentar su detención ilegal, lo cual es un requisito mínimo incluso en casos de suspensión de garantías en los casos de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado Parte.

Además fue tratada como terrorista de manera pública, siendo procesada por el fuero militar, donde resultó absuelta, y posteriormente condenada a 20 años de pena privativa de la libertad en el fuero ordinario por el delito de terrorismo.

Se detallan en la sentencia algunos de los tratos crueles recibidos por María Elena, entre ellos figuran “(...) *La incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (...)*”⁹ entre otros.

El 27 de noviembre de 1998 se dicta la sentencia de Reparaciones y Costas, la cual es de suma importancia en cuanto es la primera en contener el concepto de Daño al Proyecto de Vida, sentando el primer precedente e iniciando el desarrollo jurisprudencial de esta categoría. Los párrafos concernientes se reproducen íntegramente a continuación debido a su inmensurable importancia.

⁹ CIDH. Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú* (1997) párrafo 58.

“El ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”...

“En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el ‘daño al proyecto de vida’, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses”...

“En el caso de la víctima, es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico. Obviamente, este conjunto de circunstancias, directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”¹⁰.

I.1.2.2. “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala (1999)

Durante el año 1990, en la zona llamada Las Casetas de Guatemala, 5 jóvenes fueron asesinados por la policía de dicho país, en dos eventos.

¹⁰ *Ibíd.* párrafo 152.

El primero ocurrido el día 15 de Junio de dicho año, en que Henry Giovanni Contreras (18 años), Federico Clemente Figueroa Túnchez (20 años), Julio Roberto Caal Sandoval (15 años) y Jovito Josué Juárez Cifuentes (17 años) fueron obligados por hombres armados pertenecientes a la policía a subir a una camioneta, luego los mantuvieron retenidos y finalmente los asesinaron.

El segundo fue el día 25 de junio del mismo año en que mediante un disparo en el mismo sector fue asesinado Anstram Aman Villagrán Morales (17 años).

En ninguno de los casos se realizaron las diligencias ni investigaciones necesarias correspondientes por lo que tampoco fueron sancionados los responsables.

Respecto del marco en que se desarrolla el caso se indica que *“Los hechos del presente caso se contextualizan en una época caracterizada por un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los ‘niños de la calle’. Esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil”*¹¹.

Acerca del Daño al Proyecto de Vida, en la sentencia de fecha 19 de noviembre 1999, se aborda no solo desde la perspectiva física e inmediata de esta categoría de daño si no que se analiza también como un derecho de los niños, en que para establecer la violación del artículo 19 (Derechos del niño) expresa que *“Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”*¹².

Se profundiza y detalla esta visión en el voto concurrente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli en que desarrollan *“El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado, referido sólo a la prohibición de la privación arbitraria de la vida física. Creemos que hay diversos modos de privar a una persona arbitrariamente de la vida: cuando es provocada su muerte directamente por el hecho ilícito del*

¹¹ Ficha técnica CIDH Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala (1999)

¹² CIDH. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala (1999) párrafo 191

homicidio, así como cuando no se evitan las circunstancias que igualmente conducen a la muerte de personas como en el cas d'espèce. (...) hay la circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia”¹³.

Luego determinan “*Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana*”¹⁴.

I.1.2.3. “Luis Alberto Cantoral Benavides vs. Perú” (2000)

Este caso es sumamente similar al de María Elena Loayza Tamayo vs. Perú, ya que ocurre bajo el mismo contexto.

El 6 de febrero de 1993 Luis Alberto Cantoral Benavides fue detenido ilegalmente por agentes de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), torturado, expuesto como culpable mediante los medios de comunicación masivos y privado de libertad hasta el día 25 de junio de 1997.

Luego de ser condenado a 20 años de pena privativa de libertad por el delito de terrorismo solicitó un indulto a la Comisión ad hoc creada por la ley No. 26.555, beneficio que le fue concedido.

La sentencia de 3 de diciembre de 2001 de Reparaciones y Costas hace mención al Daño al Proyecto de Vida de la siguiente forma “*Es, por otra parte, evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su ‘proyecto de vida’*”¹⁵.

¹³ *Ibíd.* Voto concurrente conjunto de los jueces A.A. Cañado Trindade y A. Abreu Burelli párrafo 3.

¹⁴ CIDH. Caso “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros*) vs. *Guatemala* (1999) Voto concurrente conjunto de los jueces A.A. Cañado Trindade y A. Abreu Burelli párrafo 8.

¹⁵ CIDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú* (2001) párrafo 60

I.1.2.4. “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica” (2012)

EL 3 de febrero de 1995 se aprobó el Decreto Ejecutivo 24029-S del Ministerio de Salud, el cual autorizaba la fecundación in vitro para parejas conyugales.

Posteriormente, el 15 de marzo de 2000, este decreto fue anulado por inconstitucional a partir de una acción presentada el 7 de abril del año en que fue aprobado, fundándose en diversas conjeturas que apuntaban a que este decreto permitía violaciones contra el derecho a la vida, además de argumentar que la práctica de este tipo de asistencia posee por sobre todo un carácter mercantil, que tanto la regulación como la ejecución eran difícil de normar y que esta técnica tenía un índice más alto de malformaciones que las naturales, entre otros.

Son 9 las parejas que acuden a la Corte debido a que la sentencia del año 2000 al anular el decreto que autorizaba la fecundación in vitro significó la interrupción del tratamiento al cual se estaban sometiendo o la necesidad de viajar al extranjero para poder continuarlo, dependiendo del caso de cada pareja.

Sobre la importancia del procedimiento de fecundación in vitro y su innegable relación con el proyecto de vida de las parejas que lo habían iniciado la sentencia desarrolla que *“respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, como ocurría en los casos del señor Mejías y la señora Calderón Porras”*¹⁶.

Respaldando la idea de que el bien jurídico afectado no es la consecución del proyecto de vida si no que la posibilidad de decidir sobre este se expresa *“En el presente caso, el Tribunal recuerda que el daño en el presente caso no depende de si las parejas pudieron o no tener hijos (...), sino que corresponde al impacto desproporcionado que tuvo en sus vidas el no poder ejercer de manera autónoma sus derechos (...) se han acreditado en este proceso los sentimientos de angustia, ansiedad, incertidumbre y frustración, las secuelas en la posibilidad de decidir un proyecto de vida propio, autónomo e independiente”*¹⁷.

¹⁶ CIDH. *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica* (2012) párrafo 281

¹⁷ *Ibíd.* Párrafo 363.

I.1.2.5. “Zegarra Marín vs. Perú” (2017)

El señor Zegarra, subdirector de pasaportes de la Dirección de Migraciones y Naturalización del Perú, fue acusado de tramitar de manera irregular el pasaporte de Manrique Carreño quien tenía una orden de captura por haber realizado una estafa económica, además de otros supuestos delitos. En 1994 se designó un Fiscal *Ad Hoc* con el fin de conocer e investigar este caso.

Dicha investigación derivó en que se le imputara la firma de aprobación de dicho pasaporte, por lo cual fue detenido, lo cual fue apelado en varias oportunidades y finalmente se revocó la orden que lo autorizaba en 1995 ya que se había demostrado que la firma que se le imputaba era falsa, por lo que cesaban sus cargos, recuperando su libertad el día 30 de junio de dicho año, luego de 8 meses de privación de libertad.

Posteriormente, el 8 de noviembre de 1996, se dictó sentencia condenatoria contra el señor Zegarra por los delitos contra la administración de justicia (encubrimiento personal), contra la fe pública (falsificación de documentos en general) y corrupción de funcionarios, con pena privativa de libertad de 4 años, la cual se suspendió en forma condicional en conjunto al pago de una multa monetaria de reparación civil.

Dicha condena se basó en las declaraciones del resto de los imputados, sin ninguna otra prueba determinante. El propio tribunal indicó que no existía una prueba suficiente que demostrara la inocencia del señor Zegarra, es decir que se le atribuyó al imputado la carga de probar su inocencia y no, como debiese ser, a la parte acusatoria de comprobar la culpabilidad del acusado.

En 1997, luego de que el señor Zegarra presentara un recurso de nulidad, se confirma la sentencia de primera instancia, imponiéndose penas adicionales y en 1998 se declara improcedente el recurso de revisión que intenta.

La sentencia de la Corte es sumamente interesante, por cuanto, si bien no aporta detalles nuevos al concepto de Daño al Proyecto de Vida, hace una breve recopilación de su propia jurisprudencia de la siguiente manera *“Al respecto, la Corte recuerda su jurisprudencia constante que ha especificado que el daño al proyecto de vida corresponde a una noción distinta del lucro cesante y del daño emergente. El daño al proyecto de vida, atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que*

le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. Por tanto, el proyecto de vida se expresa en las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales. Esta Corte ha señalado que el ‘daño al proyecto de vida’ implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Entre otras medidas, la Corte también ha ordenado en casos particulares una compensación relativa a este tipo de daño”¹⁸.

I.1.2.6. “V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua” (2018)

V.R.P., quien en el momento de la denuncia tenía 9 años, fue víctima de abuso sexual repetidas veces durante su infancia, lo cual fue confirmado en el año 2001 por médicos privados a partir del diagnóstico de ruptura del himen y condilomas en la región perianal (indicativo de enfermedad venérea).

Luego de que la niña identificara a su padre como el autor de los abusos, su madre, V.P.C., lo denunció por violación ante el Juzgado de Distrito del Crimen de Jinotega.

Para la investigación del caso, la menor se vio sometida a repetidos exámenes corporales entrevistas invasivas que no solo le causaron una re victimización sino que además fueron deficientes y negligentes.

El día 12 de abril de 2002, luego de la audiencia de vista pública, un abogado de la defensa le entrega a la presidenta del jurado un paquete para que supuestamente su contenido fuera “leído” en la sesión secreta de deliberación. El 13 de abril de 2002 se declara inocente al imputado.

Durante todo el proceso V.P.C. alegó diversas irregularidades, principalmente por el hecho de que los abogados patrocinantes tenían una estrecha relación con el imputado. Presentó diversos recursos y realizó variadas gestiones que fueron contrarrestadas por los acusados, quienes contraatacaron demandando por injurias y calumnias a las víctimas.

¹⁸ CIDH. Caso *Zegarra Marín vs. Perú* (2017) párrafo 223.

Finalmente, atendiendo a la falta de justicia y al hostigamiento del sistema judicial para con la víctima y su madre, ellas decidieron abandonar Nicaragua, junto con la hermana de la menor, ingresando el día 6 de diciembre de 2002 a Estados Unidos bajo asilo.

En relación al Daño al Proyecto de Vida la sentencia expone que *“La Comisión afirmó que los hechos causaron un severo impacto en el proyecto de vida de V.R.P., su madre V.P.C. y sus hermanos y hermana, ya que la grave omisión del Estado en reconocer la condición de víctima de V.R.P. a su corta edad y la severa violencia que sufrió de parte de las autoridades estatales anuló las posibilidades de recuperación y reintegración de la víctima. Consideró que el deber de acompañamiento y protección integral del Estado hacia la víctima sigue pendiente, frente a lo que no se puede permitir que se oponga la salida del país de las víctimas para evadir su obligación de reparación integral, en particular teniendo en cuenta que dicha salida obedeció precisamente a la actuación estatal frente a las denuncias”*¹⁹ Ante lo cual la Corte adhiere y posteriormente determina la indemnización.

I.1.3. Cuantificación y reparación

Para comprender esta sección es necesario hacer dos distinciones, la primera entre daño material e inmaterial y la segunda entre reparación material e inmaterial, ideas que suelen mezclarse y por ende prestarse para confusión.

Respecto del daño material, la Corte se ha referido como aquel tipo de daño que *“supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso sub judice”*²⁰ por lo que incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Como cara contraria, *“El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”*²¹.

¹⁹ CIDH. Caso *V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua* (2018) párrafo 420.

²⁰ CIDH. Caso *Acosta Calderón Vs. Ecuador* (2005) párrafo 157.

²¹ *Ibíd.* párrafo 158.

Es imperante comprender para esta diferenciación el principio de reparación integral que en palabras del doctor Andrés Javier Rousset Siri consiste en *“la premisa de que el pleno restablecimiento de las obligaciones de respeto y garantía requiere un complejo diseño de medidas de reparación que tiendan, no sólo a borrar las huellas que el hecho anti-conventional ha generado, sino también comprensivo de las medidas tendientes a evitar su repetición”*²².

Entonces bajo dicho principio es que *“Las mismas no sólo tendrán como principal objetivo las consecuencias patrimoniales, sino que además se deberá trabajar en las medidas extrapatrimoniales. Especial interés debe revestir en este trabajo la víctima del caso”*²³, configurándose de este modo las reparaciones materiales (o patrimoniales) y las inmateriales (o extrapatrimoniales).

Dentro de las reparaciones inmateriales se pueden encontrar diversas medidas, atendiendo principalmente a que es un tipo de reparación sumamente extensa e incluso creativa, ya que dependerá de las características del caso para alcanzar una reparación integral. Es por esto que existen, entre otras, medidas de satisfacción, garantías de no repetición y, la más directa en caso de ser posible, la restitución del derecho conculcado.

Es altamente complejo establecer estándares comunes de reparación, ya que cada caso es particular y *“El ser humano es único, singular, irrepitible, no estandarizado, impredecible, dinámico, histórico. Todas estas connotaciones obligan al juez, dejando de lado las técnicas para la apreciación y cuantificación de los daños patrimoniales, tratar cada caso de daño al proyecto de vida como ‘el caso’ y no como ‘un caso más’*²⁴.

No solo las características del sujeto y del caso a los que se enfrenta son los engorrosos de enfrentar, sino que además lo será determinar la magnitud de este daño cierto y futuro. Hasta el momento esta ha sido una tarea discrecional de la Corte.

Es categórico al defender esta que en caso alguno podrá considerarse como un argumento esta dificultad para dejar de reparar el daño, el jurista, ex ministro de Justicia de Perú y profesor Carlos Fernández Sessarego, quien indica que *“Las dificultades para su reparación, que pueden presentarse ya sea en el diagnóstico de la existencia de un daño a la persona o a través de los obstáculos que pueden surgir cuando se pretende precisar sus alcances y consecuencias en la vida*

²² ROUSSET, A. 2011. *El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos*. Revista Internacional de Derechos Humanos. Año I N 1. 64Pp.

²³ Ídem.

²⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *El daño al proyecto de vida*. [en línea] < <https://bit.ly/2bhZUCJ> > [consulta: 26 abril 2018] 32p.

*de un determinado ser humano, no pueden justificar, en ningún caso, que la víctima no reciba la equitativa reparación por el daño realmente sufrido*²⁵.

Además de esto y dado que sistemáticamente se ha subsumido el Daño al Proyecto de Vida dentro del daño moral o simplemente dentro del daño inmaterial de manera genérica, no es posible revisar la cuantificación específica que se le ha atribuido por concepto de reparación material.

Dicho fenómeno, se condice en cierto modo con lo establecido por la Corte respecto de las indemnizaciones por daños inmateriales, que de todos modos si ha sido cuantificado económicamente en ciertos casos, pero evidencia un lineamiento principal al determinar que “*no es posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede ser objeto de compensación, en dos formas. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos*”²⁶.

Explicado de otro modo, el concepto de Daño al Proyecto de Vida, se ha utilizado para profundizar, argumentar y finalmente cuantificar indemnizaciones y reparaciones de otros tipos de daño, como una subcategoría.

En dicha línea idea desarrolla el Doctor en Derecho Daniel Castaño Parra que “*Bajo esta consideración, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado, casi de forma tácita, respecto del daño al proyecto de vida, sosteniendo que éste se causa cuando quiera que como consecuencia de la grave conculcación de derechos humanos se cause al curso de la vida de la víctima una alteración que trunque el que habría seguido normalmente, ubicándolo siempre como una tipología del daño inmaterial*”²⁷.

Según lo recién expuesto, se desprende que generalmente, además de resarcir pecuniariamente al Daño al Proyecto de Vida dentro del daño inmaterial, se resarce por vías de reparaciones inmateriales, ya que si bien es sumamente improbable que se logre restablecer en su totalidad el proyecto de vida original, serán estos medios los más propicios para retomararlo dentro de lo posible.

²⁵ Ídem.

²⁶ CIDH. Caso *Acosta Calderón Vs. Ecuador* (2005) párrafo 158.

²⁷ CASTAÑO, D. 2009. *El daño al proyecto de vida como nueva dimensión del daño inmaterial o no patrimonial*. Comentarios a la sentencia del Consejo de Estado del 8 de marzo de 2007. Santiago, Revista Derecho del Estado, 22, 305p.

I.1.3.1. Revisión de algunas medidas de reparación atinentes de los casos de la Corte IDH examinados

Los ejemplos que se muestran a continuación no corresponden a la totalidad de las reparaciones establecidas, se utilizan únicamente como ejemplos para la comprensión del tratamiento que recibe la reparación del Daño al Proyecto de Vida en la Corte IDH.

I.1.3.1.1. “María Elena Loayza Tamayo vs. Perú” (1997)

Un ejemplo de las medidas de restitución que se determinan son que el Estado tome todas las medidas necesarias para reincorporar a la señora Loayza al servicio docente y de otras medidas *“que el Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*²⁸.

I.1.3.1.2. “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala” (1999)

El estado debe designar un centro educativo con los nombres de la víctima del caso y evidenciarlo con una placa conmemorativa. Además debe ayudar a las gestiones y financiar el traslado de los restos de Henry Giovanni Contreras para que este pueda ser inhumado por su familia.

El Juez De Roux Rengifo en su voto razonado sostiene que *“el Tribunal efectuó en bloque, por decirlo así, la operación de ponderar los daños morales. Dedicó un párrafo de sus consideraciones a relacionar las diversas clases de daños morales alegados por los representantes de las víctimas y la Comisión (sufrimientos físicos y psíquicos, pérdida de la vida como valor autónomo, destrucción del proyecto de vida, desprotección de los menores de edad...). Absteniéndose de pronunciarse sobre cada una de esas ‘facetas’ del daño en cuestión, la Corte procedió a señalar que las tendría presentes, ‘en cuanto sea pertinente y responda a las particularidades de cada caso individual’, para fijar el valor de las respectivas compensaciones”*...

²⁸ CIDH. Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú* (1998) puntos resolutivos párrafo 5.

Y en este mismo luego agrega, a modo de crítica, lo siguiente, *“Comparto, igualmente en bloque, los resultados a los que llegó la evaluación de Corte, pero hubiera preferido, conforme a lo expuesto, que se abordaran y estimaran, por separado, las distintas categorías de quebrantos y menoscabos de carácter inmaterial que los hechos del caso le causaron a las víctimas”*²⁹.

I.1.3.1.3. “Luis Alberto Cantoral Benavides vs. Perú” (2000)

Se determina que el Estado le debe proporcionar una beca de estudios superiores en una institución que se elija de común acuerdo entre las partes, cubriendo tanto los costos de los estudios como los de manutención durante la duración de estos. Según el voto razonado de la sentencia de reparaciones del juez a. A. Cançado Trindade *“El énfasis dado por la Corte a su formación, a su educación, sitúa esta forma de reparación (...) en perspectiva adecuada, desde el prisma de la integralidad de la personalidad de la víctima, teniendo presente su realización como ser humano y la reconstrucción de su proyecto de vida”*³⁰.

I.1.3.1.4. “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica” (2012)

La sentencia se considera per se una forma de reparación; El estado debe realizar las gestiones necesarias para eliminar la prohibición de la aplicación de la fecundación in vitro, regulando los aspectos necesarios para su correcta implementación; El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita hasta por cuatro años; Y, *“El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial”*³¹.

²⁹ CIDH. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala (2001) voto razonado del juez de Roux Rengifo

³⁰ CIDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú (2001) Voto razonado de juez A.A. Cançado Trindade párrafo 10.

³¹ CIDH. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica (2012) Dispone párrafo 7

I.1.3.1.5. “Zegarra Marín vs. Perú” (2017)

El Estado debe dejar sin efectos la sentencia condenatoria y eliminar los antecedentes penales de la víctima. Además, debe publicar el resumen oficial de la sentencia de la Corte y mantener la versión íntegra disponible en el sitio web oficial por al menos un año, de forma que sea accesible para el público.

I.1.3.1.6. “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua” (2018)

La Corte reconoce que las violaciones de derechos humanos provocadas contra V.R.P., V.P.C., N.R.P., H.J.R.P. y V.A.R.P. *“produjeron una afectación de su desarrollo personal y de su vida familiar, así como también una alteración de sus relaciones sociales, es decir un daño a su proyecto de vida. No obstante, el Tribunal considera que tales perjuicios se encuentran comprendidos dentro del daño inmaterial, así como dentro de otras medidas de reparación ya ordenadas en la presente Sentencia, como las becas de estudio y las medidas rehabilitación”*...

*“El Estado debe adoptar, implementar, supervisar y fiscalizar de forma apropiada tres protocolos estandarizados, sobre las siguientes materias: i) protocolo de investigación y actuación durante el proceso penal para casos de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual; ii) protocolo sobre abordaje integral y valoración médico legal para casos de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, y iii) protocolo de atención integral para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual”*³².

I.2. Tratamiento del Daño al Proyecto de Vida en la Doctrina

I.2.1. Definición

El Daño al Proyecto de Vida es definido por Sessarego como *“aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación”*³³.

³²CIDH. Caso *V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua* (2018) Dispone párrafo 20.

³³FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. 2010. *El “daño al proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas*. Perú, Foro Jurídico, 10, 3p.

Este daño ha sido caracterizado como *“el más grave que se puede causar a la persona en tanto sus consecuencias inciden en la frustración o menoscabo del destino que se ha trazado, de la manera de vida que ha escogido, de lo que ha decidido ‘ser’ y ‘hacer’ con su existencia. De ahí que sea un daño radical, en cuanto afecta en su raíz la libertad del ser humano”*³⁴.

Apareja un vacío existencial al perder el eje trascendental de la vida del individuo afectado al anular su decisión, que es donde radica su libertad como se verá con mayor profundidad en las precisiones de este concepto.

Este daño no se agota únicamente en la psiquis del afectado, si no que va más allá, alcanzando el sentido que el propio individuo le había otorgado a su vivencia. Por tanto, no debe reducirse a una afectación meramente física y psicológica, que de todos modos existe, dado que la frustración del Proyecto de Vida afecta deliberadamente la libertad esencial del ser humano.

Abunda en ello Sessarego quien describe este daño como uno *“continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única ‘manera de ser’. No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital”*³⁵.

Para la protección del sujeto, en este aspecto, basta tener presente el principio de "non laedere", es decir, de no dañar. De este modo se protege al individuo integralmente, sin caer en el riesgo de dejar fuera ciertos aspectos relacionados a éste al momento de inventariar los daños que deben ser resarcidos. Todo esto bajo la concepción compleja e integra que conforma la dignidad del ser humano que lo consagra como una “unidad existencial” bajo los términos de Sessarego.

³⁴ Ídem

³⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *El daño al proyecto de vida*. [en línea] < <https://bit.ly/2bhZUCJ> > [consulta: 26 abril 2018] 28p.

I.2.2. Elementos del Daño al Proyecto de Vida

I.2.2.1. Sujeto del Proyecto de Vida

Sessarego, indica la importancia de hacer una revisión anterior a la mera definición y aplicación del término Daño al Proyecto de Vida en cuanto se debe analizar al ser humano en su dimensión antropológica jurídica para comprenderlo a cabalidad ya que, si no “*se pudiera pensar que el ‘daño al proyecto de vida’ podría ser tan sólo una mera abstracción, un engañoso juego conceptual, una simple ilusión, algo irreal, en suma. O, en el mejor de los casos, podría recusar el concepto de ‘daño al proyecto de vida’, que integra la genérica noción de ‘daño a la persona’, para intentar reducirlo a los precisos alcances del ‘daño moral’ o del ‘daño psíquico’*”³⁶.

Desde esta perspectiva define al ser humano como temporal, libre y coexistencial, dejando atrás la concepción simplemente racional. Hace especial énfasis en la importancia y necesidad de la inclusión del humanismo en los ordenamientos jurídicos, influenciado por el existencialismo y el relativamente reciente personalismo de autores como Milmaiene, Jaspers, Sartre, Kierkegaard, Zubiri, Ceñal, Heidegger, Ortega y Gasset.

Para determinar al humano como temporal acude fundamentalmente a los planteamientos de Sartre y Heidegger, lo cual converge en que el ser humano “*Constituye un proceso temporal, abierto, donde el pasado condiciona el presente y, desde éste, se proyecta el futuro. El futuro está, por ende, dado en el presente en forma de proyecto*”...

A lo anterior adhiere que “*La libertad en el tiempo, la vida temporal de la libertad, hacen posible que cada ser humano se proyecte, se realice, despliegue su personalidad, tenga una biografía y una identidad*”³⁷.

La proyección del ser humano entonces, es requisito del ser libre en el tiempo, lo cual resulta de un ejercicio sucesivo y no únicamente de un proyecto estático.

Luego, atendiendo al carácter de proyección, es necesario entender que ésta apareja necesariamente una valoración, lo cual concluye en una decisión, reflejando en esta última sus valores.

³⁶ Ibíd. 3p.

³⁷ Ídem.

No todos los proyectos serán elegidos, ya sea por determinaciones personales o por el contexto en que se toman, dependiendo principalmente de las vivencias del individuo que lo determinan en su obrar, lo cual responde a la idea de que las posibilidades de futuro ya están dadas en el presente.

La libertad no emana de la realización del proyecto, dado que ello sería comprenderla como una libertad absoluta, si no que atendiendo a que existen diversos factores que pueden frustrarla o transformarla la libertad en realidad emana de la propia decisión, es decir que *“La realización o la frustración de un proyecto no afecta la libertad en cuanto ser del hombre”*³⁸.

Sigue en el lineamiento anterior al expresar que *“La libertad, en sí misma, se juega entera en la decisión del proyecto. Su actuación, en cambio, significa su expresión fenoménica, cuya realización o frustración depende de las posibilidades de cada cual, condicionadas por los medios o instrumentos con que cuenta para conseguir este fin”*³⁹.

Culmina esta idea apuntando a que *“La libertad es el ser del hombre, el sustento ontológico de su unidad psicosomática, la misma que le sirve para realizar sus decisiones libres concretadas en su ‘proyecto de vida’. Aunque, también, dicha unidad puede volverse contra sus decisiones libres, frustrándolas o menoscabándolas”*⁴⁰.

Es por esto que aquel proyecto escogido comprenderá el denominado Proyecto de Vida. En este punto Sessarego otorga como característica del ser humano el ser estimativo, atendiendo a la potencialidad de los proyectos descritos, y su posterior determinación, lo cual es una consecuencia de que sea libre.

Complementa el Abogado y profesor Matías Tonon *“Ello significa que existe un proyecto de vida fácilmente perceptible por su notoriedad y que es la columna vertebral del destino del sujeto, mientras que el resto de las proyecciones o aspiraciones que el individuo tenga, serán complementos pues no responden al sentido de profunda vocación, sino más bien representan necesidades para su cotidiana existencia. A estos proyectos la doctrina suele denominarlos alternativos”*⁴¹.

Entonces para comprender que el bien jurídico afectado cuando hablamos de un Daño al Proyecto de Vida es en el fondo la libertad, Calderón afina que *“(…) podemos decir que la dimensión del*

³⁸ *Ibíd.* 6p.

³⁹ *Ibíd.* 25p.

⁴⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *El Daño al “Proyecto de Vida” en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. [en línea] < <https://bit.ly/2NgFF63> > [consulta: 20 mayo 2018] 5p.

⁴¹ TONON, M. 2011. *La reparación del daño al proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. AEQUITAS Virtual, 5 no 16, 7p.

*daño al proyecto de vida consiste en que su objeto de afectación es la libertad. Y que a su vez la afectación desencadena una serie de menoscabos al pleno uso de la misma en relación con el desarrollo y desenvolvimiento del ser humano hacia sus objetivos o aspiraciones de vida. Por lo tanto, el bien jurídico tutelado por el Derecho o el objeto a tutelar en esta materia, sería la realización ontológica, desenvolvimiento o proyección de vida de cada individuo que por detrimento de la libertad se ve truncado*⁴².

En efecto, luego de esta proyección y decisión es que podemos diferenciar “el” proyecto de vida de “los” proyectos de vida, siendo el primero el que *“de entre ellos que tiene la característica de su fundamentalidad para la existencia, que es radical, que compromete todo su ser, que es aquel en el que se juega su destino y el que otorga sentido a su vida”*⁴³.

Todos los actos, decisiones y motivaciones accesorios se realizarán en favor del proyecto central, y es por esto que tienen sentido y coherencia. Si bien su relación con el proyecto de vida puede no ser evidentemente estrecho cobran sentido por y para este.

Es complejo determinar hasta qué punto puede atribuirse la interferencia, interrupción y la destrucción total del proyecto de vida como responsabilidad estatal o personal y cuando es una consecuencia normal del cauce de la vida, incluso en el entendido de la idea de destino. Es una discusión pendiente y por el momento ha sido tarea discrecional de los jueces.

Es el sujeto coexistencial por que vive en sociedad siendo determinantes en la persecución de su Proyecto de Vida los otros individuos y el contexto en que se relacionan, éstos individuos en muchos casos serán medios para la búsqueda de la realización del mismo.

1.2.2.2. Daño a la Persona

Este concepto de Daño a la Persona surge en Perú, mediante su regulación en el Código Civil peruano de 1984, y posteriormente se extendió al resto de América como principio doctrinario.

El daño a la persona *“significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal, ‘comprendiéndose dentro de él hasta la frustración del proyecto existencial*

⁴² CALDERÓN, J. 2005. *Reparación del Daño al Proyecto de Vida por Violaciones a Derechos Humanos*. México, Editorial Porrúa. 27p.

⁴³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *El daño al proyecto de vida*. [en línea] <<https://bit.ly/2bhZUCJ>> [consulta: 26 abril 2018] 26p.

de la persona humana. Todo ello, decíamos, ‘es más complejo que el sufrimiento o el dolor’⁴⁴, es decir, “comprende todos los daños que se le puedan causar al ser humano en cualquiera de sus aspectos estructurales (...)”⁴⁵.

Tanto el Daño al Proyecto de Vida como el daño moral corresponden a una modalidad del daño a la persona, por lo que existe entre estos conceptos una relación de especie-genero con el último. A la vez en la Jurisprudencia de la Corte IDH subsume el Daño al Proyecto de Vida dentro del daño moral, lo cual es una simplificación insuficiente.

Por el momento se comparará el daño a la persona con el daño moral atendiendo a que en la práctica el Daño al Proyecto de Vida es utilizado dentro de este último.

En palabras de Sessarego “(...) *el daño moral no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico*”⁴⁶.

Al estar regulada la especie como daño moral, dejando fuera el género de daño a la persona Sessarego critica la lógica conservacionista y arcaica al decir que “*No tiene sentido, por lo tanto y en nuestro concepto, seguir otorgando autonomía jurídica a una voz que se encuentra conceptualmente subsumida dentro de otra que es genérica y comprensiva*”⁴⁷.

La mayoría de las legislaciones mantiene el daño moral como concepto de daño no patrimonial, supliendo las falencias y estrechez del término mediante la ampliación jurisprudencial de categorías que este supone contener.

De todas maneras, esta flexibilización fáctica no puede exceder el respaldo que posee de los derechos subjetivos perfectos, es decir, solo aquellos que se encuentran consagrados positivamente en los ordenamientos, dejando de esta manera, bastos aspectos de la persona desprotegidos.

Es por esto, que si bien existe una discusión actual y un esfuerzo por abarcar el daño en su totalidad, no se cumple el ideal de indemnizarlo en toda su magnitud a quien lo sufre, los cuales sí podrían desprenderse de principios mayores regidos en clausulas genéricas como por ejemplo los contenidos en la CPR.

⁴⁴ *Ibíd.* 9p.

⁴⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *El Daño al “Proyecto de Vida” en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. [en línea] <<https://bit.ly/2NgFF63>> [consulta: 20 mayo 2018] 9p.

⁴⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *El daño al proyecto de vida*. [en línea] <<https://bit.ly/2bhZUCJ>> [consulta: 26 abril 2018] 8p.

⁴⁷ *Ibíd.* 8p.

Se han protegido aisladamente y bajo diversas categorizaciones de daño moral diversas alteraciones o afectaciones, como las estéticas o sexuales, pero aun no existe una sistematización y muchos menos un concepto omnicomprendivo de la persona y sus posibles turbaciones.

Revisándolo a nivel nacional La Corte Suprema Chilena ha señalado que *“debe entenderse que el daño moral existe cuando se ocasiona a alguien un mal, un perjuicio o una aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales, vale decir, cuando se ocasiona a una persona un dolor o aflicción en sus sentimientos”*⁴⁸.

Por otra parte, el doctor Enrique Barros Bourie opta por delimitarlo negativamente como daño extrapatrimonial o no patrimonial, siguiendo la doctrina francesa que es la que se recepciona en nuestro ordenamiento. Determina que *“En rigor, sólo las lesiones a bienes de la personalidad constituyen un daño propiamente moral (entendido como lo concerniente al fuero interno o al respeto humano); no lo son, por el contrario, el dolor corporal, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida, que, sin embargo, se entienden inequívocamente pertenecientes a esa categoría”*⁴⁹.

El doctor Jorge Mosset iturraspe va más allá de la mera subsunción del daño moral dentro del daño a la persona y la importancia de regirse bajo esta última, si no que hace referencia además a que el dolor no es el único motivo para compensar, sino que es tan solo una de las maneras en que se puede expresar el daño, siendo la más evidente. Expresa que *“el centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias”*⁵⁰.

Respecto de la referencia a la concepción del daño moral como daño no patrimonial, y en este caso extensivamente el daño a la persona, es una reducción inexacta en cuanto pueden existir consecuencias tanto patrimoniales como no patrimoniales, y no es este el carácter que lo determina, si no que la afectación al ser humano en sus características que lo determinan como tal.

Si cabe distinguirlo como un daño subjetivo, que afecta la libertad de la persona o su dimensión psicosomática, ya sea un sufrimiento emocional o una patología, del daño objetivo que es aquel que sufren las cosas, y no son lo mismo principalmente debido a la dignidad de la persona.

⁴⁸ Corte Suprema, en sentencia de fecha 10 de agosto de 1971, RDJ, Tomo LXVIII, sec. 4ª, pág. 168

⁴⁹ BARROS, E. 2006. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006. 287p.

⁵⁰ MOSSET, J. 1995. *El daño a la persona en el Código Civil peruano. En: Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*. Tomo I. Lima. W.G Editor. 213p.

I.2.3. Requisitos para que se configure el Daño al Proyecto de Vida

No existe una norma expresa que determine los requisitos que deben cumplirse para que se configure el Daño al Proyecto de Vida pero Calderón realiza una construcción doctrinaria atingente, la cual de manera sintética y con ciertas reestructuraciones corresponde a los criterios que se esbozan a continuación, los cuales serán utilizados como base para la revisión de los casos que se tratarán en los próximos capítulos.

I.2.3.1. Afectación del sujeto

El daño debe afectar la libertad objetiva del sujeto, no permitiéndole desarrollar su proyección como ser humano. La proyección se modela con la vocación, las aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones.

Determina dos tipos de violación que podrían tener como consecuencia esta afectación objetiva.

La primera corresponde a la violación directa a la libertad individual que trunque directamente el proyecto de vida, el autor explica que *“En estos casos es inminente que la persona al estar impedida de ejercer su libertad física y por ende todas las demás libertades, su proyecto de vida se encuentra truncado flagrantemente”*⁵¹.

El segundo tipo de afectación a la libertad objetiva sería la violación a un derecho humano por el cual se impida el normal desarrollo proyectivo del individuo, se refiere a cualquier otro derecho humano que no sea la libertad individual per se.

Aclara Calderón *“Respecto de este criterio, podemos comprender que con la violación se ataca un derecho humano con el cual se está desarrollando un proyecto de vida concreto o bien el ejercicio de un derecho con el cual se pretende alcanzar el proyecto de vida planteado”*⁵².

Fuera de este tipo de violaciones, entrega un segundo tipo de afectación en que el daño se configura por la omisión de los deberes del estado, a diferencia de los dos ya descritos que nacen a partir de

⁵¹ CALDERÓN, J. Op. Cit. 73p.

⁵² *Ibíd.* 74p.

una acción, lo cual termina por no permitir al sujeto ni siquiera la opción de creación o planteamiento de un proyecto de vida.

Indica que *“En este rubro el indicador se da cuando por ese incumplimiento o abstención de la obligación del Estado se impide que la persona construya o desarrolle las bases mínimas para plantearse un proyecto de vida”*⁵³.

Este último criterio no se ha contemplado directamente en fallos de la Corte IDH, dificultando por ende su consideración para la revisión práctica de los casos de los capítulos siguientes.

I.2.3.2. Daño Cierto

Este requisito posee principalmente dos dimensiones, la primera es que el proyecto de vida que se afecta efectivamente haya existido al momento de transgredirlo y que este sea verosímil, es decir que responda a la realidad, contexto y posibilidades del sujeto, sin que quepa la invención de factores que apunten a una mayor indemnización, el proyecto de vida debe ser real y alcanzable.

La segunda dimensión como contraparte de la primera responde a la protección del sujeto frente al estado para que no existan disminuciones en lo que corresponde reparar, atendiendo a que si bien debe ser cierto el daño, y que este estará moldeado por una serie de factores del individuo y el tiempo en que ocurre, seguirá teniendo el carácter de proyección, por lo que no solo responde al proyecto actual que estaba desarrollando la víctima.

Respecto de este punto hace una apreciación relevante, argumentando que *“Es importante precisar que en este particular daño al proyecto de vida, como en el caso del lucro cesante, se está reparando una situación cierta que de haber continuado las cosas en su estado normal se hubieran alcanzado seguramente. Sin embargo, al hablar del daño al proyecto de vida no podemos ser tan pragmáticos como en el caso de un daño de carácter patrimonial, (...), sino que en este caso se trata de una de las razones más sustanciales de la existencia; la proyectividad del ser, por la cual el ser vive y se mueve. Es por ello que se deberá hacer un juicio de valor (...), para así lograr una justicia integral”*⁵⁴.

⁵³ *Ibíd.* 75p.

⁵⁴ *Ibíd.* 76p.

I.2.3.3. De mucha entidad

Es necesario que el daño sea tal que afecte efectivamente el proyecto de vida, debe ser de tal magnitud que llegue a afectar la razón de ser del individuo que lo sufre, es decir que trunque el objetivo por el cual dicha víctima encausaba todas sus acciones y aspiraciones.

No quiere decir que en casos de afectación de derechos humanos, si la magnitud no es de este calibre no se considerará como daño, sino que solo se consideraran en su propia esfera, pero para que se considere Daño al Proyecto de Vida, se deberá trincar la motivación existencial de la persona.

I.2.3.4. Reparable

Según el autor el daño debe ser reparable ya sea a través de la restitución, compensación, indemnización y/o rehabilitación.

Muchas veces la mejor reparación será una combinación de estas formas para lograr reencaminar dentro de lo posible la realidad del sujeto a su proyecto de vida original.

Dice además, que debe ser indemnizado directamente la persona o grupo de personas afectadas y que además este o estos deberán estar vivos.

Se ejemplifica este criterio en el caso *Ortiz Hernández y Otros vs. Venezuela* (2017) en que la Corte determina *“Por otro lado, en relación con el monto solicitado por concepto de daño al proyecto de vida, la Corte sostiene, como lo ha hecho en otro caso, que dicha reparación no procede cuando la víctima falleció, al ser imposible reponer las expectativas de realización que razonablemente toda persona tiene. Por tal razón, el Tribunal se abstiene de realizar mayores consideraciones al respecto”*⁵⁵.

No obsta esta delimitación a que la reparación del Daño al Proyecto de Vida sea extensible a víctimas indirectas de esta categoría de daño, es decir quienes sufren daño al proyecto de su vida a partir de una violación directa al daño del proyecto de vida de otra persona, generalmente familiar o cercana.

⁵⁵ CIDH. Caso *Ortiz Hernández y Otros vs. Venezuela* (2017) párrafo 245

Se evidencia lo anterior en el caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil* (2017) en que la sentencia indica que *“La falta de investigación respecto de las muertes de sus familiares produjo en las personas mencionadas supra una afectación a su integridad psíquica y moral, que incluyó una extrema desprotección y vulnerabilidad en la cual permanecen hoy en día. Además, estas personas han tenido efectos en el desarrollo normal de sus actividades diarias y en su proyecto de vida en general, pues muchos de los miembros de las familias han dedicado estos últimos años a mudarse de domicilio, a cambiar de trabajo, a renunciar a la educación para poder trabajar y asumir la responsabilidad a temprana edad de ayudar en la manutención de la familia”*⁵⁶.

I.2.3.5. Que el daño causado no sea de carácter material o moral

Pone en énfasis en la necesidad de reparar cada rubro separadamente, pero como se revisará más adelante, la Corte al determinar las reparaciones correspondientes, tiende a subsumir el Daño al Proyecto de Vida dentro de otras categorías.

I.2.3.6. Causalidad

Como en toda sanción el daño debe relacionarse directamente con la violación. Es sumamente esclarecedor para este punto lo señalado por Barros *“El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño. Sólo bajo esa condición puede darse por establecido un vínculo personal entre el responsable y la víctima de ese daño”*⁵⁷.

Debido a que en nuestro país es la teoría más utilizada para determinar la causalidad, para efectos de la aplicación de este requisito en los capítulos siguientes se utilizará la teoría de la causa adecuada que en términos de Barros *“Según la formulación más tradicional de la doctrina de la causa adecuada, la imputación de daños consecuentes sólo se justifica si desde la perspectiva de un observador experimentado, que mira retrospectivamente la cadena causal, tales daños no resultan*

⁵⁶ CIDH. Caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil* (2017) párrafo 272

⁵⁷ BARROS, E. 2006. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 373p.

inverosímiles. La adecuación se muestra en que el hecho culpable es apropiado, bajo un curso ordinario y no extravagante de los acontecimientos, para producir las consecuencias dañosas. (...) establece las condiciones negativas para excluir la responsabilidad cuando los acontecimientos se desencadenan en un curso causal anormal o extraordinario, ajeno al impuesto por el hecho negligente”⁵⁸.

Dentro de esta teoría se esgrime que entre el hecho y el daño debe existir una relación necesaria y directa que en la práctica se reflejan en que deben cumplirse tanto el elemento natural como el normativo, los cuales Barros describe como *“El aspecto natural que se expresa en una relación empírica de causa a efecto entre el hecho y el daño; y el aspecto normativo que se expresa en la exigencia de que exista una relación de suficiente proximidad entre ambos, de modo que los efectos dañinos consecuentes del hecho del demandante solo son atribuidos a ese hecho en la medida que exista entre ambos una relación sustancial y no meramente accidental”⁵⁹.*

I.2.3.7. Contexto

No corresponde a un requisito propiamente tal ya que no es planteado por Calderón, pero de todas maneras se incluye ya que siempre es necesario recordar que todos los puntos anteriores deben analizarse dentro del contexto en que el sujeto se desenvuelve. El principal factor en la interpretación y valoración tanto de los hechos como del daño debe considerarse a partir de los elementos sociales, económicos y culturales en que se desenvuelven.

I.3. Fin del capítulo

Habiendo revisado el concepto de Daño al Proyecto de Vida tanto desde su uso jurisprudencial de la Corte IDH como de su tratamiento en la doctrina, se establece la base para el análisis de casos nacionales de los próximos dos capítulos.

Es necesario recordar durante la aplicación de esta categoría, las circunstancias que lo rodean, principalmente respecto de la víctima como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y de la persona como sujeto de derechos a partir de su dignidad para respetar todas sus dimensiones y su complejidad. El sujeto de análisis será la persona temporal, libre y coexistencial.

⁵⁸ *Ibíd.*. 396p.

⁵⁹ BARROS, E. 2017. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 374p.

CAPITULO II: CASO DE GABRIELA BLAS

En este capítulo se analizará el caso de la pastora Aymara Gabriela Blas para poder determinar si se puede aplicar el concepto de Daño al Proyecto de Vida en este.

Para lo anterior se revisará primero si es que existe la institución del Daño al Proyecto de Vida en el ordenamiento chileno para que posteriormente con los requisitos revisados en el capítulo anterior pueda realizarse el análisis planteado, lo cual tendrá asimismo utilidad para el caso del siguiente capítulo.

II.1. ¿Existe el Daño al Proyecto de Vida en el ordenamiento chileno?

II.1.1. Derecho Civil

La consideración del Daño al Proyecto de Vida como una categoría indemnizable dentro del derecho chileno no es un ejercicio sencillo. Más aún, como se verá, si entendemos que es un daño que se ha analizado en este trabajo como uno que es cometido a través de los órganos estatales, lo que complica subsumirlo en un desarrollo doctrinario que más bien ha tratado al daño indemnizable dentro del derecho privado.

Si uno toma como base la manera en la que el Estado de Chile ha indemnizado a víctimas por acciones cometidas o atribuibles a su accionar, y que afectan el desarrollo de la vida del sujeto, uno puede concluir que aquello se ha realizado sin desprenderse de las categorías que el derecho privado ha construido como criterios para reparación del daño.

En este sentido, por ejemplo, vemos que en los diversos procesos en que el Estado de Chile ha sido condenado por crímenes de lesa humanidad debido a los actos cometidos por éste en la dictadura, la acción civil se construye y queda subsumida a los mismos criterios que reinan el derecho civil, como en lo que dice relación con la naturaleza del daño (patrimonial o extrapatrimonial), los principios que gobiernan al mismo (reparación integral del daño) y los requisitos que permiten la indemnización de un determinado daño.

Es un fenómeno que se reproduce en menor medida en la Corte IDH, por cuanto si bien ha extendido las reparaciones comprendiendo tanto materiales como inmateriales, sigue ciñéndose en mayor parte al formato privado, por lo que en muchos casos no logra entregar una reparación

integral y omnicomprendiva, siendo insuficiente la reparación por reducirse en su mayoría a criterios pecuniarios.

Por lo demás, es interesante tener presente que la construcción de un daño inmaterial como el que generalmente se atribuye al Daño al Proyecto de Vida, entra en una categoría casi similar a lo que habitualmente se ha interpretado en nuestro derecho interno como daño extrapatrimonial y más específicamente como daño moral. Así, se ha señalado por la doctrina que “*En el campo de la responsabilidad extracontractual se habla hoy día de daño subjetivo (daño a la persona) y de daño objetivo (daño a las cosas). El primero cubre todos los aspectos de la persona humana en sus múltiples facetas. Entre estos daños se enuncia, por ejemplo, ‘el daño a la vida de relación’, ‘el daño estético’, ‘el daño sexual’, ‘el daño al proyecto de vida’*”⁶⁰.

Por lo tanto, el Daño al Proyecto de Vida compartiría inicialmente gran parte de los mismos problemas que presenta el daño moral como categoría en nuestro ordenamiento, fundamentalmente en lo que dice relación con las herramientas que ofrece nuestro sistema interno para cumplir con la reparación integral que demanda esta construcción doctrinaria.

En efecto, y en relación a lo anterior, un primer punto problemático que presenta este análisis radica en que, de acuerdo con lo que la jurisprudencia ofrece en daños de naturaleza similar al Daño al Proyecto de Vida, resulta imposible no categorizar su naturaleza sin desprenderse de las instituciones de derecho privado. Como lo señala el profesor Enrique Barros, “*En circunstancias que las normas del derecho público se limitan a definir el criterio de imputación que da lugar a la responsabilidad (falta de servicio), aspectos esenciales de la responsabilidad de la Administración forman parte del derecho común de la responsabilidad extracontractual. Ello vale especialmente para los elementos del daño y la causalidad (que son referidos en esta sección) y para la extinción de la acción por prescripción*”⁶¹.

Ello conlleva una limitación excesiva de las posibilidades que podrían estar a la mano de las partes para generar una enriquecida reparación integral del daño cometido, en daños de la naturaleza del Daño al Proyecto de Vida.

En este sentido, vale destacar que, si asimilamos el Daño al Proyecto de Vida como un daño de naturaleza extrapatrimonial, y categorizable dentro del daño moral, comparte con esta última el hecho que la reparación del daño en este tipo de casos es de naturaleza compensatoria y no

⁶⁰ RODRÍGUEZ, P. 2012. *Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile. 250p.

⁶¹ BARROS, E. 2006. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 501p.

reparatoria. Dice el profesor Barros que *“a diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, los daños morales no pueden ser objeto de reparación. El dolor físico, la pérdida de autoestima, por la desfiguración del rostro, la deshonra a consecuencia de una difamación o la imposibilidad de disfrutar las alegrías ordinarias de la vida no son propiamente reparables, pues la indemnización no permite a la víctima volver al estado de cosas anterior al accidente”*⁶².

La indemnización en dinero termina transformándose en una medida de cambio que permite avaluar una estimación del daño con el fin de reparar en justicia los efectos que pudo haber tenido aquel en la persona, pero no vuelve la situación al estado anterior que se encontraba la persona desde que sufrió el daño.

Ello impide entender una concepción de reparación del daño que pudiera obligar al Estado a adoptar actuaciones concretas, no solo de carácter monetario, con el fin de reparar directamente a aquel afectado en su proyecto de vida, entendiendo que las actuaciones del Estado radican su importancia en el común de la sociedad, por lo que la solución no solo se debe restringir al caso concreto, sino de proyectar aquello para que ningún otro individuo de la sociedad pase nuevamente por dicha situación.

Otro gran escollo radica los requisitos que requiere un daño como el de la naturaleza de la afectación al proyecto de vida, para ser indemnizable en nuestro derecho. En este sentido, el principal problema que se aprecia claramente radica en el carácter de certeza del daño para ser indemnizado.

Al respecto, la doctrina ha señalado que el requisito de certidumbre del daño hace referencia a la materialidad del daño, a su realidad. En este sentido, el Daño al Proyecto de Vida tiene naturalmente un componente proyectivo hacia el futuro, lo que lo hace problemático.

En este sentido, de lo cierto o eventual de un daño presente o futuro que se produzca a consecuencia de alguna acción que impida a un sujeto su libre concreción a su proyecto de vida, radicaría, inicialmente, la posibilidad de hacer indemnizable este daño en nuestro derecho a través de la categoría del daño moral. Por lo mismo, es importante tener claro que tan materializado es el daño de una determinada acción en el proyecto de vida de un sujeto para saber si es posible indemnizarlo o no como categoría en nuestro derecho.

Se presenta entonces, el mismo problema analizado en relación a la comparación realizada entre daño a la persona y daño moral, siendo la única solución internar este primer concepto en

⁶² Ibíd. 501p.

reemplazo del segundo, por cuanto se debe superar la visión reducida racional de la persona y pasar a entenderla desde el humanismo como un ser complejo y resultante de todas sus dimensiones en una combinación armónica e integral de esta.

Cabe revisar también el perjuicio de agrado, que en palabras de Barros *“es conceptualmente diferente del dolor físico o mental. Consiste en la privación de agrados normales de la vida; en la pérdida de la oportunidad de disfrutar de aspectos importantes de la existencia”*⁶³ y que indica además *“se incluyen las repercusiones extrapatrimoniales futuras que limitan la capacidad de la víctima para disfrutar de las ventajas de la vida”*⁶⁴.

Es entonces mucho más amplio que el daño moral por cuanto tiene el carácter de proyección asimilable al del Daño al Proyecto de Vida, y porque posee el mismo carácter de amplitud y variedad respecto de las consecuencias que caben en esta categoría de daño.

El gran problema es que acaba por ocurrir lo mismo que en la categoría de daño moral, porque si bien tiene un carácter más extenso, de todos modos termina subsumiéndose en la práctica dentro el primero, sobre todo por la complicación de alcances entre los distintos tipos de sufrimientos y sus consecuencias para evitar una doble indemnización.

Otro análisis que pudiese realizarse es qué características comunes presenta el Daño al Proyecto de Vida con la denominada “perdida de una chance” como tipo de daño indemnizable por nuestro derecho. Como señala la doctrina *“en el caso del daño eventual, la incertidumbre afecta a la materialización misma de daño; en la pérdida de oportunidad, se trata de daños ya incurridos (la muerte o enfermedad de una persona, por ejemplo), pero que no pueden ser atribuidos causalmente con certeza al hecho del demandado, aunque sí con una conocida probabilidad”*⁶⁵.

En este sentido, el problema que presentaría el Daño al Proyecto de Vida si lo consideramos como parte de esta categoría radicaría en si se puede atribuir que una determinada acción del Estado es causal de los daños sufridos a posteriori por el afectado, al no haber tenido, por ejemplo, la oportunidad de haber realizado una determinada actuación o de haber obtenido un determinado provecho.

⁶³ BARROS, E. 2010. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 324p.

⁶⁴ *Ibíd.* 320p.

⁶⁵ BARROS, E. 2006. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 287p.

Por tanto, si uno toma las dos últimas categorías analizadas, ellas muestran algunas luces de lo que preliminarmente podría ser considerado como las bases de una suerte Daño al Proyecto de Vida por parte de nuestro derecho, sin olvidar las limitantes ya consideradas.

En este aspecto, el componente de probabilidad y de atribución de responsabilidad al Estado de un determinado impedimento que sufra el sujeto en su proyecto de vida a futuro, permitirían ir estructurando algunos cimientos que permitieran categorizar a este tipo de daño como uno indemnizable dentro de nuestro ordenamiento interno.

II.1.2. Derecho Constitucional

Dada la dificultad de aplicación de las herramientas del derecho civil para enfrentar esta categorización del daño, queda analizar la recepción que podría tener mediante la Constitución Política de la Republica, como medio de internalizar el derecho internacional en el ordenamiento interno.

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

Es entonces el artículo anterior, nada menos que una cláusula de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y no solo respecto de los derechos que se establecen en dichos catálogos si no que a la vez de la forma en que estos se aplican mediante las cortes y organismos competentes. Se analizará para este punto la relación con la Corte IDH, por ser la que aplica el concepto de Daño al Proyecto de Vida en revisión.

Es partidaria de esta hipótesis Galdámez indicando que *“Quienes propician el reconocimiento de la obligatoriedad de los criterios interpretativos de la Corte invocan los artículos 1, 2 y 62 N° 3 de la Convención; también se invoca el Decreto N° 873 de 5 de enero de 1981 que aprueba la Convención y que señala: “b) El gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los*

*casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62*⁶⁶.

Siguiendo este lineamiento profundiza al decir que *“Según la opinión de la Corte Interamericana, el seguimiento de su doctrina no es una cuestión que los Estados puedan libremente decidir. Se trata de una obligación oponible a todo Estado que haya reconocido su jurisdicción. Según esta tesis, las opiniones de la Corte, sea el Estado directamente condenado o no, deben ser seguidas por los tribunales nacionales y los poderes del Estado para con ello garantizar el respeto y cumplimiento de los compromisos contenidos en la Convención Americana”*⁶⁷.

En el mismo trabajo de la autora analiza la aplicación efectiva que tienen los criterios interpretativos de la Corte IDH, arribando a una conclusión para nada alentadora, de que las veces que se ha invocado por tribunales nacionales ha sido únicamente para destacar la importancia de un determinado derecho, primando incluso para dicha tarea las interpretaciones de otras cortes internacionales, y por otro lado para invocar el principio favor persona. Por lo que plantea que es urgente esclarecer de forma expresa en nuestro ordenamiento el valor que se debe dar a esta jurisprudencia, siguiendo el ejemplo mexicano.

Si bien sigue siendo complejo, controvertido y teniendo poca aplicación, no resulta forzado entender que los criterios tanto de la Comisión IDH como de la Corte IDH deberían irradiar las decisiones del sistema judicial interno mediante la cláusula de apertura, siendo aplicable el concepto de Daño al Proyecto de Vida para indemnizar de manera íntegra a la víctima que lo sufre.

II.2. El caso de Gabriela Blas

II.2.1. Resumen de los hechos

Siguiendo en lo esencial el relato del periodista Gabriel Galaz en su investigación para el Centro de Investigación Periodística (CIPER), los hechos del caso de Gabriela Blas son los que se relatan a continuación.

⁶⁶ GALDÁMEZ, L. 2014. *El valor asignado por la jurisprudencia del tribunal constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Chile, Estudios Constitucionales, Año 12, N 1, 2014. 331p.

⁶⁷ *Ibíd.* 336p.

Gabriela Blas es una mujer aymara de muy escasos recursos que se ha dedicado a pastorear desde los 8 años, quien el día 23 de julio de 2007, mientras arreaba a más de 150 llamas, se dio cuenta que 2 de los animales se habían perdido.

Ante esta situación y considerando que por un lado cada animal tenía un precio aproximado de 15 días de salario que debería restituirle al dueño de estos y por otro la importancia de los animales para su cultura, decidió dejar a su hijo Domingo Eloy de casi 4 años apoyado en su aguayo en las cercanías del rebaño.

Cuando volvió, Gabriela no encontró a su hijo por ninguna parte, y luego de un día de exhaustiva búsqueda volvió a su hogar. Al día siguiente continuó recorriendo el altiplano, hasta donde existían huellas de su recorrido y luego asumió que no tenía más pistas para seguir.

Al cabo de varias horas, al internalizar que le sería imposible seguir por sus propios medios la búsqueda caminó 18 kilómetros hasta el retén de Carabineros de Alcérreca, donde llegó aproximadamente a las 20:00 del día 24 de julio.

Una vez que entregó su declaración, comenzó a ser inmediatamente hostigada y reprochada por haber perdido a su hijo, por no haber dado aviso inmediato de la situación, por no haber acudido a otra instalación policial en la que contarán con radio e incluso por temas de índole personal, como por ejemplo respecto a la ausencia del padre de Domingo. Ante el pánico que le generó la actitud agresiva y condescendiente de los policías, Gabriela cambió su versión de los hechos, por lo cual fue nuevamente criticada.

Durante los tres días siguientes se realizaron diversos interrogatorios a Gabriela y múltiples búsquedas por el sector, con apoyo de la Sección de Investigaciones Policiales (SIP) de Putre. Todos estos días la pastora tuvo que dormir en el retén, sin orden de detención alguna.

Expresa Gabriela, que cambió sus declaraciones en variadas ocasiones, llegando a dejar tres constancias distintas, por la presión que sentía por parte de quienes llevaban la investigación, además de la enorme tristeza y desesperación que acarrea inevitablemente la pérdida de un hijo, la cual no fue en ningún momento contenida ni comprendida.

Denunció Gabriela que en dichos interrogatorios sufrió una serie de malos tratos, que incluso constituían tortura, siendo el primer interrogatorio el más atroz de todos, sobre el cual *“Ella declaró que se identificaron como ‘Águilas Negras’, que le amarraron un cordón al cuello y le preguntaron qué había hecho con su hijo; que como no respondía, la amenazaron con sumergirla en un tambor*

con agua y electrocutarla. Finalmente, dijo que uno de ellos desenfundó un arma y le apuntó. Entonces habló. Dijo que había asesinado a Domingo Eloy y les entregó la ubicación de su cuerpo''⁶⁸.

De dichos eventos se dejó constancia y fueron revisados en un sumario por la Prefectura de Arica, el cual fue definido por los perjuicios sobre la calidad moral de la acusada y no por sustentos jurídicos sobre los hechos denunciados, desechando las alegaciones. En la tramitación judicial posterior no se alegó en ningún momento por parte del defensor de la víctima sobre dicho sumario, tampoco sobre la detención ilegal ni la tortura.

A la mañana siguiente, el 30 de julio, luego de 6 días retenida, Gabriela Blas fue llevada al control de detención en el Juzgado de Garantía de Arica, donde 20 minutos antes de ser trasladada desde el cuartel de la Policía de Investigaciones de Arica, fue nuevamente interrogada, se le preguntó una vez más cómo había matado a su hijo, dejando aquella como la última constancia.

Se le asignó al abogado defensor Ricardo Sanzana, del estudio Defex Limitada, quien como ya se dijo, no realizó las diligencias mínimas que eran necesarias para este caso respecto de las detenciones y torturas a las que se enfrentó Gabriela.

Las investigaciones e indagaciones de policía de investigaciones se realizaron entre agosto de 2007 y octubre de 2008, prologándose por más de un año. Dentro de estas pesquisas, se interrogó a Cecilio, hermano de Gabriela quien confesó que la hija menor de ella era fruto de relaciones sexuales que habían mantenido, ante lo cual se procedió a tomar una muestra de ADN, luego de supuestamente advertirlo que tanto su declaración como la entrega de esta muestra no eran obligatorios y que podían inculparlo tanto a él como a su hermana, pero no existe constancia de dicha advertencia, lo cual es una garantía exigida legalmente.

El 13 de octubre del 2008 se realizó la audiencia de cierre de investigación, en la cual Gabriela fue formalizada por obstrucción a la justicia y abandono de menor; y además, tanto a ella como a su hermano por delito de incesto.

El 2 de diciembre del 2008 el cuerpo de Domingo fue encontrado a 18 kilómetros de distancia del lugar en que fue visto por última vez por su madre. Según declaraciones, para llegar hasta dicho lugar tendría que haber cruzado una quebrada, un río, esquivar socavones y aun así caminar más de seis kilómetros de pampa por donde atraviesa un campo minado.

⁶⁸ GALAZ, G. CIPER: *La historia no contada de la pastora aymara condenada por extraviar a su hijo*. [en línea] <<https://bit.ly/2v184Bj>> [consulta: 6 mayo 2018]

Respecto del cuerpo del menor *“El peritaje del Servicio Médico Legal (SML) señaló que la causa de muerte era ‘indeterminada’. Además, por el estado de preservación del cadáver, era ‘extremadamente difícil definir una fecha exacta de muerte’. Los otros peritajes eran consistentes con este”*⁶⁹.

Desde el primer contacto de la pastora con las autoridades y durante toda la tramitación judicial ocurren diversas violaciones al debido proceso y trasgresiones a la integridad de Gabriela, entre las cuales las más terribles, preocupantes e insólitas son su reclusión en prisión preventiva en espera de la sentencia durante tres años en el Penal de Acha, los apremios ilegítimos para obtener sus declaraciones y la entrega en adopción internacional de la hija mayor de Gabriela por parte de Corporación para la Nutrición Infantil que inicia y concluye sin autorización alguna de Gabriela, ni procedimiento que lo justifique, aun cuando Gabriela había hecho los intentos respectivos para recuperar a su hija.

II.2.2. El Derecho

II.2.2.1. Tramitación Nacional

II.2.2.1.1. Primer Juicio: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica

El primer juicio oral contra Gabriela Blas comenzó el 5 de abril del 2010 y la audiencia de lectura de sentencia respectiva se llevó a cabo el día 15 del mismo mes. En ningún momento del procedimiento su defensa alegó la detención ilegal ni expresa todas las violaciones al debido proceso que ocurrieron con anterioridad, acrecentando la indefensión de la pastora.

La táctica de la acusación consistió en aludir reiteradamente a la incoherencia de las declaraciones de la pastora, para argumentar que con esto configuraba el dolo respecto del abandono del menor, por cuanto Gabriela supuestamente utilizó esta técnica para que las autoridades no pudiesen dar con su paradero. Se desacredita como mujer y como madre mediante argumentos denigrantes.

Ahonda en este punto el periodista Gabriel Galaz exponiendo que *“El Ministerio Público, representado por la fiscal Javiera López, sostuvo en su alegato de apertura que Gabriela Blas no cumplió su obligación de madre ‘garante de la seguridad de su hijo’. Su modo de actuar iba*

⁶⁹ Ídem.

‘incluso contra las leyes de la naturaleza’. Alegó que aquellos son roles transculturales, ‘que van con el contenido genético y biológico de una madre’”⁷⁰.

Esgrime el ministerio público que Gabriela sabía que dejar a su hijo en aquel lugar ocasionaría la muerte del menor y decidió bajo esta premisa supuestamente innegable abandonarlo de todas maneras.

La defensa argumenta que no se configura la acción típica por cuanto para Gabriela no existía peligro inminente en dejar a su hijo en su aguayo, ya que es costumbre tanto que los niños acompañen a sus padres a esta actividad como también dejarlos solos por periodos medianos de tiempo.

Plantea también el defensor Victor Providel, que *“Según los datos de la Policía de Investigaciones se cursan tres mil denuncias por presuntas desgracias, el 20% de ellas nunca son aclaradas. Gabriela Blas es acusada por cuatro delitos y revisados los datos de las presuntas desgracias, nadie ha sido acusado. ¿Por qué?, porque que los padres no han intención de abandonar a sus hijos, y las tragedias ocurren. La pregunta ¿porqué se inició investigación en este caso?, es porque Gabriela no comparte la historia, no se comprende que la estancia es como el patio trasero (haciendo referencia a un caso de gran difusión en que muere un niño en el patio de la casa), que al dejar a su hijo lo hace un instante, somos incapaces de colocarnos en esa situación, y valoramos de una óptica distinta”⁷¹.*

En relación a la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁷² y de la ley 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, estos se utilizan de manera superficial en vez de material, ya que efectivamente expertos declaran durante el procedimiento, pero se opta por ignorar la cosmovisión aymara bajo argumentos básicos e insuficientes.

Respecto a la demora a recurrir a policía y de la incongruencia en las declaraciones se explica que al pertenecer Gabriela a la cultura aymara, ella busca solucionar su problema dentro de la comunidad, por lo que consulta a un conocido antes de iniciar las acciones frente a las autoridades.

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ TOP Arica (2010): Sentencia de 15 de abril de 2010 (RUC 0710014873-5-RIT 221-2009). Considerando cuarto.

⁷² En adelante indistintamente “Convenio 169”

Para los aymaras el hombre es la figura dominante, por lo que además de lo violenta y amenazante que fue su interrogación, existía en ella la necesidad de darle la razón y satisfacer las exigencias de los policías por ser ellos hombres.

No solo afecta esto para las declaraciones que da ante carabineros, sino que, además, afecta en la relación que tiene con su primer defensor, en quien no confía, e incluso muchas veces no logra comprender que es quien llevará su defensa, por lo que se pierden muchas oportunidades estratégicas valiosas.

Ignoran en este punto no solo sus costumbres y su cultura, sino que también los resultados de test psicológicos aplicados por la psicóloga Frances Dinelly Leño Peña quien establece que *“hay ausencia de alteraciones a nivel cognitivo por lo que el juicio de realidad está conservado; su coeficiente intelectual está en el rango normal, pero cualitativamente frente a las exigencias es menor su rendimiento; En cuanto al juicio crítico, hay una disminución, es decir, deficiente uso del sentido común, es rudimentaria en este sentido. Tiene dificultad con los elementos convencionales socioculturales. En cuanto a su personalidad, hay un desarrollo parcialmente integrado, hay un desarrollo mayor del control de su conducta, por lo que hay inhibición de sus demostración; capacidad empática conservada, pero hay dificultades con personas no significativas. Hay alta vulnerabilidad, sugestibilidad. Hay carencias afectivas. Concluyó que entiende las contradicciones por sus susgestionabilidad, bajo desarrollo del sentido común, sus estrategias son rudimentarias, es decir, no suficientes para tomar decisiones”*⁷³.

Se explican estas características por la formación que tuvo Gabriela siendo de especial relevancia que recibió educación solo hasta sexto básico, muchas veces se quedaba sola, su comunidad era sumamente pequeña e incluso durante mucho tiempo vivió aislados, no recibió educación sexual, su primer hijo es resultado de una violación por parte de su tío, entre otros.

Respecto del supuesto abandono, explican que, para los aymaras, existe una cosmovisión integrada de la naturaleza, lo cual se expresa para el caso en dos puntos principales, el primero es que habiendo descartado peligros del sector, Gabriela confió en que la tierra cuidaría a su hijo y en segundo lugar, además del carácter económico que importaban los animales, existe un nivel de cuidado y respeto que lo igualan en importancia a su hijo.

Niega el tribunal estas consideraciones bajo el planteamiento de que el deber de cuidado es innato a la mujer sin importar a su etnia y cosmovisión, ya que supuestamente debería trascender estas

⁷³ Ibíd. Considerando quinto IV n° 3.

concepciones, por lo que esto los lleva a la conclusión de que irremediablemente se configura el dolo de abandono.

Además determinan que no es aplicable el convenio ya que Gabriela participaba de la sociedad de manera activa y que estaba “*en contacto con las patrones culturales de la generalidad de los chilenos*”⁷⁴, ya que había ido a la escuela, trabajo e incluso había realizado una compraventa, reduciendo su calidad de indígena únicamente por haber tenido un contacto necesario y mínimo con la sociedad no indígena, asumiendo erróneamente que sus convicciones y costumbres más íntimas cambiaran radicalmente de sus patrones culturales por un contacto inevitable con el mundo exterior.

Se condena a Gabriela con pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio por su participación en calidad de autora del delito de abandono de un menor de diez años en lugar solitario además de la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas del juicio, sin concedérsele medidas alternativas a penas privativas o restrictivas de libertad.

Se absuelve a Gabriela de las acusaciones del delito de incesto, de obstrucción a la investigación y abandono de menor de diez años simple y a su hermano Cecilio del delito de incesto.

El fallo contiene diversas menciones sumamente básicas y discriminatorias, principalmente por las características de mujer indígena de Gabriela. Además, existen reiteradas violaciones al debido proceso, desde la forma en que se obtuvieron sus declaraciones, hasta faltas aberrantes en la obtención de pruebas.

II.2.2.1.2. Recurso de Nulidad ante la Corte Suprema

La defensa de Gabriela presenta el día 7 de mayo de 2010 un recurso de nulidad ante la Corte Suprema invocando “*como causal principal aquella contemplada en la letra a) del artículo 373 y en subsidio, la del artículo 374 letra e) y luego, la de la letra b) del artículo 373, todas del Código Procesal Penal. La primera se fundó en dos capítulos: infracción al derecho de defensa, parte integrante del debido proceso, en razón de haberse incorporado al juicio y valorado por los jueces, a través de los asertos de los funcionarios policiales, las declaraciones prestadas por la imputada al inicio de la investigación, sin advertirle sus derechos y sin la presencia de un abogado defensor.*

⁷⁴ *Ibíd.* Considerando Noveno letra C.

*Infracción a la presunción de inocencia, producida por la inversión de la carga de la prueba respecto de la acreditación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal y por la transgresión de la duda razonable*⁷⁵.

Sobre la alteración de la carga de la prueba y la presunción de inocencia se funda principalmente en que se le exige explicar y acreditar las circunstancias del extravió del menor, tanto como contrarrestar el elemento de “lugar solitario” y los riesgos concretos, los cuales en momento alguno son acreditados mediante pruebas por la contraparte, quien es en realidad quien tiene la obligación de rendir prueba para llegar a un estándar que venza toda duda razonable.

El fallo del día 19 de julio de 2010 determina sobre la causal principal que *“por referirse dicha alegación a actuaciones previas al juicio oral e incidir a su respecto en normas que regulan el procedimiento, como son los artículos 93, 103 y 276 del Código Procesal Penal, el recurrente debió reclamar oportunamente del vicio o defecto”*⁷⁶ es decir que dado que no se preparó como correspondía, no procede respecto de la causal de la letra a) del artículo 373, declarándose inadmisibile en este punto.

Acerca del otro capítulo de dicha causal y de las demás alegadas subsidiariamente se remiten a la Corte de Apelaciones de Arica para que conozca y falle al respecto.

II.2.2.1.3. Recurso de Nulidad ante la Corte de Apelaciones de Arica

El 30 de agosto de 2010 se acoge el recurso de nulidad respecto de la causal contemplada en el artículo 374 letra e del Código Procesal Penal en relación a los artículos 342 letra c y 297 del mismo cuerpo legal ya que el fallo impugnado no expone de forma clara, lógica y completa los fundamentos que han servido para establecer los hechos que son objeto del juzgamiento.

La primera causal del recurso fue desestimada por la corte suprema por cuanto no se había preparado, y respecto de la tercera causal (subsidiaria a la subsidiaria) la corte de apelaciones de Arica no se pronuncia atendiendo a que es innecesario ya que ha sido acogida la causal esgrimida subsidiariamente a la principal.

⁷⁵ CS (2010): Resolución n° 24989 de 19 de julio de 2010 Causa n° 3295/2010. Considerando Segundo.

⁷⁶ *Ibíd.*. Considerando Cuarto.

Como el pronunciamiento no puede ser ultra petita, solo se anula el juicio en la parte condenatoria de la pastora, dejando plenamente valido aquellos puntos absolutorios.

Sobre las consideraciones pertinentes a la causal acogida es necesario recordar que el Artículo 374 del Código Procesal Penal determina los motivos absolutos de nulidad y que en la letra e) determina que concurre cuando en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e).

Es lo dispuesto la letra c) del artículo aludido la causal que se acoge en este caso, el cual exige que la sentencia definitiva deberá contener la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297.

El artículo 297 en relación se refiere a la valoración de la prueba estableciendo lo siguiente: los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Un ejemplo de que se incumplen estos requisitos en el fallo impugnado es que si bien se le resta toda credibilidad a Gabriela por su comportamiento que supuestamente no es conducente con el de madre, no indica cual es efectivamente el comportamiento que era esperable de una madre que acababa de extraviar a su hijo en labores de pastoreo en el altiplano.

Se comete el mismo error sobre de los peligros concretos que se dan por acreditados respecto de dejar al menor en ese momento en aquel lugar.

La defensa plantea que ahí se encuentra una gran *“inconsistencia y falencia lógica del fallo: atribuyen a Gabriela conocimiento de peligros concretos que asediaban a su hijo al momento de dejarlo, pero no se expresan cuáles eran dichos peligros concretos, en qué se manifestaron, cómo*

*es que Gabriela los conocía y cómo estos elementos tienen relación con la muerte de Domingo. Y lo más grave, que tampoco se menciona qué elementos probatorios sirvieron para arribar a tal conclusión*⁷⁷.

Otro ejemplo es que pese a que las pericias científicas indican que tanto que la causa de la muerte como la data de esta son indeterminadas, de todas maneras el tribunal fija la fecha entre el día 18 y 23 de julio de 2007, es decir, alguna data cercana a la fecha de la denuncia de desaparición. Considera además que la muerte se produce a consecuencia del abandono por las bajas temperaturas que se registran en las noches, determinan entonces sin prueba ni sustento alguno que la muerte se debió a hipotermia. Entonces, respecto de esta información, el tribunal en el primer fallo no solo actúa sin argumentar, si no que a la vez se contradice.

Otro argumento que se esgrime para esta causal es que en el ámbito subjetivo el fallo determina que la acusada habría actuado con dolo eventual, sin tomar en cuenta la aplicación del convenio 169 de la OIT y de la ley 19.253, realizando una evaluación diferenciada de la conducta de la pastora, porque sostuvieron que en este caso no estaba comprometida la conducta aymara, con argumentos y pruebas que ciertamente no alcanzaban el estándar exigido.

Dentro de las consideraciones esenciales en las que se basa la Corte de Apelaciones de Arica para poder fallar este recurso, además de las ya expuestas, se encuentra que dentro de las reglas de lógica formal exigidas para fallar según la sana crítica, existe el principio de razón suficiente. Este principio determina que ninguna enunciación puede ser verdadera sin que una razón sea suficiente para que sea así y no de otro modo.

Es bajo este principio que expone que *“El principio de razón suficiente, como ya se adelantó, exige para la corrección lógica de la conclusión, que ésta sea necesaria, inequívoca, excluyente de toda otra, cualidades de las que carece el razonamiento empleado por los sentenciadores del fondo, pues la conducta de la acusada, por cierto errática, no conduce indefectiblemente a sostener que ella dejó abandonado al menor en forma intencional en ese lugar solitario, pues, dicho comportamiento inusual, también podría obedecer a otras razones, como el temor por la reacción familiar y de la autoridad policial”*⁷⁸.

⁷⁷ CA Arica (2010): Resolución n°6941 de 30 de agosto de 2010 Causa n° 158/2010. Considerando Primero.

⁷⁸ *Ibíd.* Considerando Octavo.

Luego, sobre el mismo principio y su aplicación en el fallo impugnado, continúa diciendo “*En segundo lugar, respecto de la determinación del conocimiento de las consecuencias mortales del ‘abandono’ por parte de la imputada, ella se afirma sin nuevos elementos de apoyo, a través de una argumentación meramente circular, en las mismas impresiones que les dejó la testimonial de los policías, situándose los juzgadores ex post, esto es, cuando el resultado mortal ya se produjo*”⁷⁹.

Estas son a modo de ejemplo algunas de las razones por las cuales se acoge el recurso, reflejan el modo en que se analiza el fallo impugnado, y el criterio que sigue la Corte de Apelaciones para determinar la procedencia del recurso.

Como consecuencia de la respuesta positiva al recurso deducido por la defensa, se invalida tanto la sentencia como el juicio oral que le ha servido de antecedente y se determina que debe realizarse un nuevo juzgamiento ante jueces no inhabilitados del Tribunal Oral en lo Penal de Arica.

II.2.2.1.4. Segundo Juicio: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica

En el segundo juicio de primera instancia, para reemplazar el fallo anulado, tanto la Fiscalía como la Defensa expusieron las mismas hipótesis que en el primer juicio. La policía volvió a enfocarse en la estrategia de desacreditar a Gabriela por las versiones diversas de sus declaraciones.

La gran diferencia con el juicio anterior fue que esta vez Gabriela no prestó declaración, si no que su táctica fue guardar silencio.

La tramitación tardó la mitad del tiempo que el primero. Se esgrimieron los mismos argumentos y se siguió la misma lógica que en el primer fallo para arribar al resultado, esta vez la condena aumentó 12 años, con una sentencia que respecto de la formulación de los hechos utiliza exactamente el mismo texto que el del fallo impugnado.

En la sentencia del 11 de octubre 2010 se utilizan argumentos aún más retrógrados y básicos que en la sentencia anterior, como por ejemplo para determinar que no es aplicable la cosmovisión aymara por el hecho de que Gabriela utilizaba toallas higiénicas y poseía carnet de Fonasa.

Ante esto la abogada de Gabriela, Nancy Yañez, en una entrevista sobre el caso expresa “*Además, esto demuestra no solamente un razonamiento jurídico que redunde en estereotipos que finalmente*

⁷⁹ Ídem.

juzga sobre la base de concepciones discriminatorias desde la perspectiva de igualdad de las culturas, sino que además redundando en estereotipos discriminatorios desde la perspectiva del género”⁸⁰.

El Especialista en Desarrollo Indígena Fernando Quilaleo plantea una crisis respecto de la implementación a nivel general del Convenio 169 por razones mucho más profundas que las dificultades procedimentales y de aplicación, lo cual esgrime de la siguiente manera “*Que el Convenio 169 muestre una orfandad inquietante hace pensar que no tiene solo que ver con el modelo procedimental de su aplicación, que lleva al desencanto de los líderes y organizaciones indígenas. Quizás lo que hay detrás es que, alcanzado cierto nivel de confianza o construcción del propio modelo de vida de los pueblos indígenas, toda la arquitectura jurídica comienza a quedar corta ante la distancia que se manifiesta entre las esperanzas de los pueblos indígenas de seguir viviendo como lo han hecho, y la autoridad de los Estados y sus dispositivos jurídicos internos, que no están dispuestos a aceptar ningún fraccionamiento o dilución de los dogmas sobre los cuales se construyó el Estado, como son la nación única e indivisible, la división de poderes, la democracia liberal, el sistema penal, la titularidad sobre los recursos naturales (...)*”⁸¹.

En el fallo utilizan nuevamente los medios probatorios que habían sido declarados como insuficientes para determinar los hechos y la esfera tanto objetiva como subjetiva del delito. Además vuelve a radicar la carga probatoria en la propia acusada.

Se violan otra vez los principios y las garantías ya recurridas, además de burlar descaradamente el trasfondo de la anulación del fallo anterior, cayendo en los mismos prejuicios, imprecisiones y saltos a conclusiones sin sustento alguno, llegando incluso a una pena más severa. No se siguen los criterios que plantea el superior jerárquico, volviendo a vulnerar los derechos de la pastora de una manera grotesca.

El proceso penal no contempla el recurso de nulidad para la segunda sentencia condenatoria dejando un gran espacio para la arbitrariedad ya que no impide que los errores de la primera sentencia vuelvan a cometerse en la segunda. Dado lo anterior, el único conducto restante que pudo intentar la defensa es el recurso de queja.

⁸⁰ CHÁVEZ SILVA, N. (2018). *Nancy Yañez sobre el caso de Gabriela Blas*. Anuario de Derechos Humanos, (14), 211-221. doi:10.5354/0718-2279.2018.51513. p217.

⁸¹ QUILALEO, F. (2018). *La implementación del convenio 169 de la OIT en Chile: la paradoja de los derechos indígenas*. Anuario de Derechos Humanos, (14), 141-153. doi:10.5354/0718-2279.2018.49199. p150.

II.2.2.1.5. Recurso de queja

La defensa recurre en contra de la segunda sentencia condenatoria el día 16 de octubre de 2010 mediante un recurso de queja argumentando que debido a la arbitrariedad de los jueces que han fallado la segunda sentencia condenatoria de Gabriela Blas del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica. Utilizan esta vía ya que es la única posible.

Tal arbitrariedad se expresa puntualmente respecto “a) *Acreditación y valoración de las circunstancias de abandono; b) Determinación y acreditación de la condición de peligro exigido por el tipo penal; c) Determinación o indeterminación de la causa de muerte como elemento del tipo penal; d) Indeterminación de la identidad del cadáver; e) Infracción a la presunción de inocencia; f) Determinación o acreditación del conocimiento de la acusada de la conducta de abandono; g) Reforma de la sentencia en perjuicio de la acusada; y h) Negativa a la aplicación del Convenio 169 de la OIT*”⁸².

La Corte de Apelaciones de Arica rechaza el 15 de noviembre de 2010 el recurso ya que a su parecer si se cumplen los estándares de estas acciones sin constituir por ende la arbitrariedad expuesta.

En este sentido el fallo indica “*Que, del mérito de los antecedentes allegados al recurso (..), se advierte primeramente que los jueces del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, han interpretado el alcance y aplicación de las disposiciones legales (...), efectuando el análisis jurídico correspondiente, que es en este tópico lo discutido y cuestionado por el quejoso, por estimar que dicha interpretación no se ajusta a derecho, tal motivo no puede constituir una falta grave que consistiría en haber voluntariamente infringido la ley o en abuso utilizando en forma impropia sus atribuciones constatando esta Corte de que al respecto sólo se trata de que aplicaron la ley en un sentido distinto a la apreciación que tiene al efecto el recurrente, pero que en ningún momento resulta abusiva, ya que ha sido suficientemente razonada*”⁸³.

⁸² CA Arica (2010): Resolución n° 9904 de 15 de noviembre de 2010 Causa n° 211/2010. Considerando Primero.

⁸³ *Ibíd.*. Considerando Séptimo.

II.2.2.1.6. Indulto

La petición de indulto presidencial fue aprobada el 14 de octubre de 2010 con 52 votos a favor y una abstención en la Sala de la Cámara de Diputados, luego de ser presentada por el diputado Orlando Vargas, expresando que se había alterado la aplicación de las normas de integración y conciliación cultural y por otra parte atendiendo a que *“a diferencia de lo que ha ocurrido con Gabriela, en ninguno de los casos en los que niños han sufrido accidentes en sus casas o se han extraviado de la custodia de sus padres se ha formalizado, acusado o llevado a juicio a quienes tenían su custodia, patria potestad o guarda”*⁸⁴.

Si bien esta petición contemplaba un indulto total, este solo fue concedido parcialmente por el presidente Sebastián Piñera el 29 de mayo de 2012, el indulto conmutativo de rebaja de pena la disminuyó a 6 años.

Respecto de la resolución del conflicto el defensor Claudio Gálvez indica *“Sería estar engañándonos pretender que las lecciones debidas han sido extraídas del caso por nuestra sociedad, y especialmente por los organismos ligados a la persecución y al juzgamiento penal. La discriminación y la falta de una mirada inclusiva ante la diversidad siguen siendo males endémicos de nuestra sociedad. Falta mucho por hacer aún, pero creo que con ella se ha marcado un antes y un después en la forma en que incluso nosotros mismos nos acercamos a estas problemáticas”*⁸⁵.

II.2.2.2. Tramitación internacional

II.2.2.2.1. Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El Observatorio Ciudadano de los Derechos Indígenas es una organización no gubernamental sin fines de lucro dedicada a la defensa, promoción y documentación de derechos humanos, principalmente acerca de las diferentes procedencias étnicas.

La Corporación Humanas, es un grupo regional de derechos humanos y de justicia de género cuyo objetivo es la profundización de la democracia y la inclusión de las mujeres.

⁸⁴ Cámara de diputados de Chile. Noticias: *diputados solicitan indulto presidencial para pastora aymará* [en línea] <<https://bit.ly/2qsoR35>> [consulta: 10 octubre 2018].

⁸⁵ MÉRIDA C, H. 2012. *Una pastora aymara en el corazón del derecho*. 93 La Revista de la Defensoría Penal Pública, n.7. Chile. 63p.

En conjunto patrocinaron la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile por el caso de Gabriela Blas, la cual se presentó en mayo de 2011 y cuyo contenido aún es reservado por lo que no es posible ahondar en este.

Se conocen los lineamientos generales gracias a un informe recientemente publicado por la Comisión IDH en que detalla que se interpone la denuncia “*por la violación a los derechos y garantías establecidos en el artículo 1.1. (obligación de respetar y garantizar los derechos), artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), artículo 5 (derecho a la integridad física, psíquica y moral), artículo 7 (derecho a la libertad personal), artículo 8.1 (garantías judiciales), artículo 17 (protección a la familia), artículo 19 (derechos del niño), artículo 24 (igualdad ante la ley y no discriminación), artículo 25 (protección judicial) y artículo 26 (desarrollo progresivo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención), y los artículos 7 a) y b) y 9 de la Convención Belém do Pará, artículo 26 (desarrollo progresivo) de Gabriela Blas Blas y de su hija, la niña C.B.B., artículo 7 a) y b), artículo 8 y artículo 9 de la Convención Belém do Pará en perjuicio de Gabriela Blas Blas; y de la violación a los derechos y garantías establecidos en el artículo 1.1. (Obligación de respetar y garantizar los derechos), artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), artículo 5 (derecho a la integridad física, psíquica y moral), artículo 17 (protección a la familia), artículo 19 (derechos del niño), artículo 24 (igualdad ante la ley y no discriminación) y artículo 26 (desarrollo progresivo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la niña C.B.B.*”⁸⁶.

II.2.2.2. Acuerdo de Solución Amistosa

Antes de entrar de lleno en el acuerdo en particular, será necesario analizar genéricamente en qué consiste un acuerdo de solución amistosa.

La Organización de los Estados Americanos expone resumidamente el objetivo y la tramitación de este tipo de acuerdo indicando que “*El mecanismo de Soluciones Amistosas se encuentra previsto en el artículo 48.1.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 40 del Reglamento de la CIDH. En estos artículos se establece que la Comisión, en cualquier etapa del examen de una petición o caso, se pondrá a disposición de las partes, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas, para iniciar un proceso de diálogo que permita a los Estados y a*

⁸⁶ CIDH, Informe No. 138/18, Petición 687-11. Solución Amistosa G.B.B. y C.B.B. 21 de noviembre de 2018. 3p.

las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos entrar en negociaciones con el fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables”⁸⁷.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica que *“El mecanismo de soluciones amistosas permite generar espacios de diálogo entre peticionarios y Estados, donde éstos puedan alcanzar acuerdos que establecen medidas de reparación beneficiosas para las presuntas víctimas directas de la violación y la sociedad en su conjunto*”⁸⁸.

Por su parte, el Comisionado Enrique Gil Botero, Relator para Chile, indicó que *“las soluciones amistosas han probado ser uno de los mejores instrumentos de justicia y paz social, en la resolución de diferencias y conflictos. Las partes así se convierten en los mejores jueces de sus propias causas*”⁸⁹.

Es por tanto, una herramienta precisa para el caso en específico, en cuanto acerca las pretensiones de las partes, en ánimo de colaboración.

El Acuerdo de Solución Amistosa del caso específico de Gabriela Blas contempla (resumidamente) las siguientes medidas⁹⁰:

- Reconocimiento de responsabilidad del Estado de Chile
 - Realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad estatal
- Eliminación de antecedentes penales Gabriela Blas Blas
- Proporcionar medios para la subsistencia de Gabriela Blas Blas: Otorgamiento de una Pensión de Gracia de carácter vitalicia para Gabriela Blas Blas
- Vivienda adecuada para Gabriela Blas Blas: En la ciudad de Arica, cuya ubicación y características sean adecuadas a sus necesidades, debiéndose para ello consultar a Gabriela Blas Blas acerca de sus preferencias.
- Incorporar en el proceso de adopción de la niña C.B.B. los antecedentes relativos al trámite de la petición ante la Comisión, así como información post-adoptiva de la niña y realizar

⁸⁷ OEA. [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/sobre-soluciones-amistosas.asp> [consulta: junio 2018]

⁸⁸ OEA. [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/default.asp> [consulta: junio 2018]

⁸⁹ OEA. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2017/009.asp>> [consulta: junio 2018]

⁹⁰ CIDH, Informe No. 138/18, Petición 687-11. Solución Amistosa G.B.B. y C.B.B. 21 de nov de 2018. 5p.

gestiones para facilitar el restablecimiento del vínculo con la Sra. Gabriela Blas Blas y su familia: considerando siempre el interés superior de la menor y protegiendo su privacidad.

- Garantías de no repetición
 - Desarrollar un programa de capacitación y de cobertura nacional para miembros del Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Corporación de Asistencia Judicial, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería de Chile y el Servicio Nacional de Menores, sobre Derechos Humanos de las Mujeres Indígenas y Acceso a la Justicia.
 - Establecer, en el segundo semestre del 2016, en conjunto con las peticionarias, una mesa de trabajo coordinada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para desarrollar una propuesta de formulación de indicaciones al Proyecto de Ley que modifica la actual Ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, con el objeto de incorporar el principio de interculturalidad en los procesos de adopción.

Cumplimiento Acuerdo de Solución Amistosa

En general, la Comisión IDH considera que se ha desarrollado satisfactoriamente el cumplimiento del Acuerdo, destacando la buena disposición y eficiencia del Estado Chileno.

Considera cumplidos en su totalidad los puntos 1 (reconocimiento responsabilidad Estado de Chile), 3 (medios de subsistencia para Gabriela) y 4 (vivienda adecuada para Gabriela). Considera parcialmente cumplido el punto 5 (inclusión de los antecedentes en el proceso de adopción de la hija). Respecto de los puntos pendientes decide continuar con la supervisión y recuerda a las partes el compromiso de informar periódicamente los avances.

En relación al reconocimiento de la responsabilidad Estado de Chile menciona lo indicado por la propia Comisión en el acto de reparación “*Para la CIDH el reconocimiento de responsabilidad y el pedido de perdón de un Estado constituyen una importante medida de reparación y supone un compromiso para la satisfacción de la víctima de este caso y para la no repetición de las graves violaciones*”⁹¹.

⁹¹ *Ibíd.* 8p.

Camila Maturana, abogada de Corporación Humanas, respecto del acto público reparatorio indica que *“el acto (...) reviste la mayor importancia por cuanto el Estado de Chile asume públicamente la responsabilidad que le cabe en las graves violaciones a los derechos de la Sra. Gabriela Blas, violaciones en que lamentablemente incurrieron diversos agentes del Estado en contra de una mujer aymara, contrariando de esta manera las obligaciones internacionales en materia de igualdad y no discriminación, violencia contra las mujeres y protección de los derechos de los pueblos y personas indígenas”*⁹².

II.2.3. Daño al Proyecto de Vida de Gabriela Blas

El proyecto de vida de Gabriela Blas no era ambicioso ni iluso si no que sumamente simple y acorde a su realidad y contexto, consistía en vivir su vida de pastora junto a sus hijos en paz en zona en la que había habitado casi toda su vida, rodeada de su cultura y acorde a su cosmovisión.

Dados los hechos enunciados y el proceso judicial llevado a cabo, la pastora se vio enfrentada a situaciones sumamente dolorosas y traumáticas, que alteraron su estabilidad y felicidad de forma permanente.

Expresa Nancy Yañez respecto del acuerdo de solución amistosa en relación a los ámbitos afectados de la pastora *“que este acuerdo de solución amistosa ha sido un proceso largo en la perspectiva de buscar mecanismos reparatorios para un hecho grave de vulneración a los derechos de la Sra. Gabriela en distintos ámbitos, como lo son la situación de privación de libertad, la pérdida de su hija menor dada en una adopción internacional, la pérdida de su dignidad cuando fue acusada de un crimen que no cometió en contra de su hijo y luego el ensañamiento de la justicia por medio del cual se le aplicó un sanción totalmente discriminatoria. El acto de reparación reconoce que los hechos constituyen una violación a los derechos humanos de Gabriela Blas”*⁹³.

Dichas situaciones no solo se fueron dando progresivamente con consecuencias momentáneas, si no que fueron gradualmente dañando a Gabriela en su calidad de humano, en su fuero más trascendente e interno, apartándola de su dignidad, de su libertad y por ende de su proyecto de vida.

⁹² Humanas. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado de Chile en el caso “Gabriela Blas Blas” [en línea] <<http://www.humanas.cl/?p=17247>> [consulta: 2 octubre 2018]

⁹³ Ídem.

Al disolver los últimos vínculos familiares de Gabriela Blas el principal derecho dañado es el contenido en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, principalmente respecto de los primeros dos numerales contenidos en este, que determinan que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado y que se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención respectivamente.

II.2.3.1. Requisitos para que se configure el Daño al Proyecto de Vida

A continuación, se analiza la configuración de Daño al Proyecto de Vida en el caso de Gabriela Blas mediante la aplicación de los requisitos establecidos en el primer capítulo bajo el esquema realizado en base al trabajo de Calderón.

II.2.3.1.1. Afectación del sujeto

En este caso se configura la afectación a la libertad objetiva de Gabriela Blas bajo el primer tipo de violación establecido con anterioridad, es decir, que desde el momento en que la pastora denuncia la desaparición de su hijo, pasa a estar privada de libertad, primero por detención ilegal, luego por prisión preventiva y finalmente por la condena a prisión.

Se configura entonces la hipótesis de la violación directa a la libertad individual, lo cual obstaculiza o anula por completo su proyecto de vida al no permitirle su realización personal mediante sus proyecciones como ser humano.

Por estar impedida su libertad física no logra realizar sus otras libertades, evitando de esta manera desarrollar las acciones encaminadas a la obtención de su objetivo central de vida, si no que todo lo contrario, alejándola de su cultura, desarraigándola de su tierra, desintegrando a su familia y acabando con su dignidad.

II.2.3.1.2. Daño Cierto

Los requisitos para que se cumpla este punto es que el proyecto de vida exista y sea verosímil al momento de afectarse y por otro lado contemplarlo y respetarlo como proyección.

Respecto de lo primero es evidente que el proyecto de vida de Gabriela era real y alcanzable al momento en que este se daña, ya que su vida era bastante sencilla y las aspiraciones de ella apuntaban simplemente a continuarla y vivirla sin turbaciones.

A modo conciso, la proyección de Gabriela consistía en criar a sus hijos y seguir pastoreando como medio de subsistencia para seguir con su existencia calma dentro de su comunidad atendiendo a su cultura aymara, es decir que responde a la realidad, contexto y posibilidades del sujeto.

En relación con lo segundo, es necesario indicar que no porque sea un proyecto de vida bastante normal y austero, la reparación deba ser mínima, por cuanto no debemos olvidar que el bien jurídico protegido y afectado es la propia libertad del sujeto, por lo que incluso aunque consista en una proyección, no deberá reducirse ni menguar en medios y cuantías para que efectivamente se retrotraiga dentro de lo posible a su estado anterior, y en lo no recuperable se repare íntegramente.

II.2.3.2.3. De mucha entidad

En este caso la magnitud del daño se expresa en la humillación de Gabriela, en su privación de libertad que en total es de 6 años, en la vulneración de su calidad de indígena y por lo mismo de su cosmovisión y convicciones más íntimas que la hacen ser quien es y por sobre todo en la destrucción de lo que le quedaba de familia al entregar a su hija en adopción internacional, sin opción alguna a recuperarla.

La privación de libertad no solo afecta a la toma de decisiones y realización de acciones si no que a la vez consiste en un agravio en sí, tanto por la prisión preventiva como la definitiva basada en sentencia condenatoria.

Respecto de las consecuencias para la persona privada de libertad el juez y académico Mario Garrido Montt expresa que *“Las penas privativas de libertad de corta duración resultan del todo objetables por cuanto al suspender súbitamente y por breve plazo las actividades del*

*individuo en su plano familiar, social y laboral, psicológica y socialmente queda afectada su personalidad. Sin perjuicio de las naturales secuelas negativas, sobre todo estigmatizantes, que trae aparejado para su vida posterior el cumplimiento de la condena*⁹⁴.

Lo anterior se aprecia en cualquier sistema carcelario, pero es incluso más dañino atendiendo al estándar de cárceles chilenas, en que son problemas clásicos el hacinamiento, la dificultad de acceder a servicios mínimos de salud y en general una precariedad extrema que aleja a los sujetos de su dignidad mínima.

Además, en muchos casos se supone como agravio suficiente para los padres la pérdida de su hijo, por constituir un dolor de inmensa magnitud y una turbación considerable a su vida, constituyendo este un factor decisivo al momento de determinar la pena.

Dicha consideración es la que lleva incluso muchas veces a ni siquiera se inicien los procedimientos en contra de los padres en casos de desgracias similares.

En este sentido *“La abogada Catalina Lagos afirmó que la sola persecución penal de Gabriela Blas por el delito de abandono evidencia ya un acto discriminatorio en el sentido clásico, por cuanto se la trata de manera diferente al resto de la población en su situación, sin que exista una justificación razonable para ello. En Chile se presentan cerca de 3.000 denuncias por pérdida de personas al año, de las cuales alrededor de un 20% nunca son resueltas, sin que existan acusaciones por el delito de abandono en tales casos*⁹⁵.

En Chile no se reconoce positivamente este tipo de consideración pero doctrinariamente se ha tratado una institución que recoge esta idea mediante la llamada pena natural que consiste en palabras del abogado Carlos Bobadilla *“la poena naturalis como aquel mal físico o moral que, por imprudencia o caso fortuito, recae sobre el autor de un delito, como consecuencia directa de la comisión del mismo*⁹⁶”.

⁹⁴ GARRIDO MONTT, M. 2010. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 291p.

⁹⁵ Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. 2012. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales. 192p.

⁹⁶ BOBADILLA, Carlos. 2016. *La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno*. Valparaíso, Polít. crim. Vol. 11, N° 22, Art. 7. 560p.

Entrega además una serie de ejemplos de situaciones en que podría ser aplicable, las cuales son fácilmente comparables con las de Gabriela, “*A saber, el menor que encuentra la muerte cayendo a la piscina, debido a la ausencia de una valla protectora o a su incorrecto cierre; la menor que, durmiendo en casa durante la noche, es dejada allí por su madre mientras esta va a comprar, despertándose la menor en la noche y cayendo por el balcón del edificio hacia el asfalto; el hechor que, saliendo por la ventana del departamento con el botín, cae al suelo quedando parapléjico o con algún problema físico de gravedad; el sujeto que, huyendo en una persecución policial, recibe un disparo de la policía que le provoca severas lesiones*”⁹⁷.

II.2.3.2.4. Reparable

Como se ha analizado sobre los casos de la Corte IDH expuestos en el primer capítulo generalmente la reparación del Daño al Proyecto de Vida queda subsumida dentro del daño inmaterial, pero será en los otros tipos de reparaciones en que se pueda otorgar una de carácter más integro.

La reparación no solo cumple su objetivo primero de “*poner al demandante en la misma situación que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado*”⁹⁸, si no que a la vez es una representación clara de toda la dimensión y expresión del daño, por cuanto debe comprender todas sus aristas.

Pese a que los agravios sufridos por Gabriela son de una magnitud trascendente, de que algunos hechos como el de la adopción internacional de su hija son permanentes e inalterables y de que será sumamente difícil cuantificar los agravios sufridos, el daño es reparable ya que es posible mediante una estructura mixta de reparaciones que se enfoquen en su privación de libertad, en su sufrimiento emocional, en su humillación, en las faltas del procedimiento judicial, etc. y que dada la diversidad de acciones que entrega el derecho internacional para casos como este se puede arribar a una solución adecuada.

Se manifiesta lo anterior en el Acuerdo de Solución Amistosa, en el cual se arriba a distintas formas de resarcimiento de mutuo acuerdo, que, con el listado expuesto anteriormente queda una idea clara del contenido de este.

⁹⁷Ibíd. 552p.

⁹⁸ BARROS, E. Op. Cit. 255p.

Respecto del requisito de que la víctima debe estar viva y que la reparación debe ser directamente para ella, en el caso se cumple a cabalidad.

II.2.3.2.5. Que el daño causado no sea de carácter material o moral

Este criterio aplica más en un análisis posterior para determinar la reparación y la categorización de esta que para determinar si se configura el daño o no.

El daño se produce en el fuero interno de la víctima ya que trasgrede su libertad y su dignidad, por esto de carácter extrapatrimonial-inmaterial.

Siguiendo lo expuesto respecto de la relación entre daño a la persona, daño moral y Daño al Proyecto de Vida, se puede concluir que para este caso se excede y trasciende la esfera moral ya que el daño radica en libertad de decisión de Gabriela para la realización trascendental de su vida. Esta idea implica que la afectación no es solo un pesar o malestar extrapatrimonial, si no que una pérdida de sentido de la vida de la pastora.

Es por todo esto que será posible determinarlo al momento de reparar como uno que no es de carácter material ni moral.

II.2.3.2.6. Causalidad (Acción)

Se revisarán ambos requisitos de la teoría de la causa adecuada. En primer lugar, el elemento denominado naturalístico se cumple ya que, si suprimimos las acciones policiales y judiciales arbitrarias y prejuiciosas en contra de Gabriela Blas, no se configura el maltrato sufrido por ella y mucho menos la privación de libertad resultante de un juicio que no se adhiere el debido proceso, con todas las consecuencias planteadas resultantes de dicha situación. Entonces, sin las acciones estatales no se hubiese configurado el Daño al Proyecto de Vida de la pastora, por lo que es necesaria.

En segundo lugar, el elemento normativo se cumple ya que resulta apropiado o verosímil para generar, objetivamente, las consecuencias dañosas del proyecto de vida de Gabriela el trato de carabineros y el posterior enjuiciamiento y privación de libertad por parte del sistema judicial, por cuanto es consecuencia directa lo primero de lo segundo.

Acción como causa del Daño al Proyecto de Vida

El civilista Hernán Corral Talciani indica que *“Para que haya responsabilidad es menester que se dé un acto humano, es decir, lo que suele denominarse en la nomenclatura civilista un hecho del hombre voluntario. Puede consistir en una conducta positiva (facere) u omisiva (non facere)”*⁹⁹.

En este caso nos enfrentamos a una violación cuya causa es una acción estatal a través de su sistema judicial, es decir que la discriminación se concreta con la aplicación de la coercitividad del Estado y en la forma en que esta se aplica.

La propia Corte IDH ha indicado que este tipo de vulneración se encuentra establecida dentro de la esfera en que el Estado debe responder ante el derecho internacional de los Derechos Humanos al determinar que *“También el Poder Judicial puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad podrá estar basada en denegación de justicia, infracciones al debido proceso, aplicación de normas incompatibles o interpretación incompatible con las obligaciones internacionales del Estado”*¹⁰⁰.

II.2.3.2.7. Contexto

Todos los requisitos anteriores deben analizarse dentro de las características propias de Gabriela, de modo de que la aplicación de los criterios no sea idílica ni poco práctica.

Para esto es necesario recordar que Gabriela es mujer e indígena, características que claramente afectan el caso, ya que es por los prejuicios respecto de estas categorías que el sistema judicial la procesa discriminatoriamente. Es importante para comprender mejor este punto analizar las categorías sospechosas atingentes.

⁹⁹ CORRAL TALCIANI, H. 2011. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 112p.

¹⁰⁰ NASH, C. 2006. Op. Cit. 209p.

II.2.3.2.7.1. Categoría sospechosa

Si bien el concepto de categoría sospechosa no se encuentra normado, ha recibido amplia aplicación en el derecho internacional. Al igual que el concepto de proyecto de vida, se ha ido formando a través de la doctrina.

El Doctor en Derecho José Manuel Díaz de Valdés expone que *“Entendemos por categorías sospechosas aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, el sexo y la religión, y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria”*¹⁰¹.

Luego explica que no es requisito que exista una categoría sospechosa para que exista discriminación, si no que entrega un aviso de que en ciertos casos la probabilidad de que se configure dicha discriminación es más alta.

Continúa diciendo que existen diversos listados de categorías sospechosas que varían según el sistema en el que se sitúen, y pese a que aún no ha habido una unificación de estas, existen algunas que trascienden y se presentan en la mayoría como la raza, el sexo y la religión.

Estas categorías sospechosas que determinan grupos especiales de protección implican que necesariamente se deberá hacer una adecuación a la interpretación y aplicación de las normas del DIDH, sobre todo respecto de los deberes de los Estados para protegerlos.

Además, exige un estándar más alto para justificar una distinción que involucre las categorías señaladas para impedir que las decisiones se basen en prejuicios y visiones estigmatizadas, es decir que sean arbitrarias. La carga de la prueba queda entonces en manos de quien hace la distinción debiendo probar que es objetiva y razonable.

A nivel chileno esta idea se recoge como principio general en la garantía de la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la Republica.

¹⁰¹ DÍAZ DE VALDÉS, J. 2018. *Las categorías sospechosas en el derecho chileno*. Chile, Valparaíso. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.50. 190p.

II.2.3.2.7.1.1. Mujer

Históricamente a nivel mundial las mujeres han sido un grupo discriminado, violentado y excluido. Esto se refleja a la vez en la aplicación normativa tanto nacional como internacional, que si bien tienen formalmente el sustento de la igualdad, dada la realidad fáctica en la que se inserta la mujer, materialmente dicha igualdad se vulnera.

En sentido de lo anterior, sobre de la crítica del feminismo al derecho internacional de los derechos humanos, Natalia Labbé Céspedes y Valeria Jopia Zavala en su tesis ganadora de la quinta versión del concurso Cuenta tu tesis en Derechos Humanos del Instituto Nacional de Derechos Humanos indican que *“Esta corriente de pensamiento encuentra justificación, en el hecho de que el Sistema Internacional de Derechos Humanos fue instaurado por hombres, dentro de un contexto social, político, cultural y económico predeterminado que conlleva su visión del mundo -una visión androcéntrica- y que no representa necesariamente los intereses de otros sujetos diferentes a él”*¹⁰².

Analiza este problema Claudia Iriarte y concluye que *“Desde la teoría del género, en el planteamiento iusfeminista se postula que es necesario estructurar un modelo jurídico institucional específico de no discriminación de género, construido sobre la concepción de discriminación estructural, ya que solo así será posible determinar los requerimientos fundamentales para configurar una institucionalidad capaz de desarrollar herramientas conceptuales que den cuenta de la discriminación que afecta a las mujeres y neutralizar las estructuras de poder y jerarquía. Con la discriminación estructural como punto de partida, las soluciones no se orientan hacia el diseño de herramientas para el logro de la igualdad, sino hacia la determinación y comprensión de los elementos constituyentes de la subordinación y discriminación de las mujeres”*¹⁰³.

Uno de las principales convenciones internacionales para enfrentar esta situación es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem do Para" que establece la violencia a la mujer, la forma más extrema de discriminación de

¹⁰² J OPIA ZAVALA, V; LABBÉ CÉSPEDES, N. 2016. *Discriminaciones Múltiples: Una Perspectiva Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Caso de las Mujeres Migrantes*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. Trabajo ganador del Concurso “Cuenta tu tesis en Derechos Humanos” 2016 Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). 28p.

¹⁰³ IRIARTE RIVAS, C. (2018). *La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos*. Anuario de Derechos Humanos, (14), 55-76. doi:10.5354/0718-2279.2018.49168. p73.

género, como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*¹⁰⁴.

En Chile la discriminación a la mujer se inserta en todos los planos, pero se evidencia principalmente en que es relegada al deber de madre y del cuidado del hogar, es decir se le encierra en la esfera privada, donde además existen altas tasas de violencia intrafamiliar.

Si bien se ha ampliado su participación al área laboral, político y público, siempre es dentro de un marco reducido, con bajas tasas de participación, brecha salarial por razón de su sexo, expuestas a situaciones de acoso y vulnerada reiterativamente únicamente por su condición de mujer.

Para evidenciar a nivel nacional como se expresa y extiende esta categoría sospechosa, son sumamente esclarecedores los resultados expuestos en la nota *“Encuesta revela alta percepción de agresión y discriminación hacia la mujer”* de la undécima versión de la encuesta *“Percepción de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2016”*, de la Corporación Humanas que *“reveló que un alto porcentaje de mujeres (85,8%) considera que son discriminadas en Chile. Entre los ámbitos que reúnen mayor sensación de discriminación están trabajo (89,5%), acceso a la justicia (74,8%) y libertad sexual (73,9%). Así también, un 70,4% cree que la mujer indígena es la que vive mayor discriminación. Así también, la mayoría de las mujeres cree que las oportunidades no son iguales para hombres y mujeres (68,3%)”*¹⁰⁵.

Esto se respalda con el informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que expresa *“La Comisión observa asimismo el vínculo existente entre la desigualdad de las mujeres chilenas en el ámbito de la familia y su participación limitada en la vida pública y laboral del país, debido a concepciones estereotipadas de su rol social como mujeres y como madres. A pesar de la creciente, aunque aún insuficiente, inserción de las mujeres en el ámbito laboral, persiste un*

¹⁰⁴ OEA. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*. Convención de Belém do Pará

¹⁰⁵ GONZALEZ, K. *La Tercera: Encuesta revela alta percepción de agresión y discriminación hacia la mujer*. [en línea] <<https://bit.ly/2AMyyj3>> [consulta: 6 mayo 2018].

desequilibrio en la asignación social de responsabilidades familiares, que limita las opciones de las mujeres de incursionar y progresar en el ámbito laboral y político”¹⁰⁶.

Atendiendo lo anterior la doctora en derecho Claudia Castelletti Font acerca de la relación del rol de la mujer con el principio de igualdad determina que *“El hecho que las mujeres seamos las que soportamos el cuidado de los niños de manera preferente, implica una gran desigualdad en la persecución del delito de abandono de menores. Esta concepción sobre los “deberes” de las mujeres respecto del cuidado de ciertas personas, hace que cuando estemos en presencia de aquellas mujeres que no han seguido ese patrón de conducta por la razón que sea, sean tratadas de manera más desfavorable que aquellas que sí siguen ese modelo”¹⁰⁷.*

Esto a partir de la revisión de considerandos de la sentencia condenatoria que *“Si se observa con cuidado, en estos extractos el estereotipo sobre lo que se espera de una “buena mujer-madre” no sólo es usado por los operadores para atribuir responsabilidad a una persona, en cuanto parte de la prueba de unos de los elementos del delito imputado (el “abandono”), sino también para restarle verosimilitud a los dichos de la imputada, lo que intensifica la infracción al principio de igualdad”¹⁰⁸.*

II.2.3.2.7.1.2. Indígena

En Chile las comunidades indígenas han sido vulneradas desde el colonialismo, pasando por las etapas de asimilacionalismo y actualmente por una marginación social principalmente por problemas territoriales y choques culturales, lo cual se refleja en los altos índices pobreza y de exclusión.

Si bien en nuestro ordenamiento existe la ley 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena y habiéndose ratificado el convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países

¹⁰⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*. [en línea] <<https://bit.ly/2RBCLf1>> [consulta: 20 octubre 2018]. punto 56.

¹⁰⁷ CASTELLETTI FONT, C. 2011. *¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Cometario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5*. Minuta n°2 Departamento de estudios defensoría nacional. Chile. 12p.

¹⁰⁸ *Ibíd.* 10p.

Independientes, de todas maneras, su aplicación sigue siendo conflictiva, por cuanto sigue habiendo discriminación, incluso respecto de la no aplicación en casos en que si corresponde.

A nivel internacional el patrón se repite, la ONU identifica ya en el 2007 que *“Los pueblos indígenas enfrentan muchos desafíos y sus derechos humanos son violados con frecuencia: se les priva de su derecho a controlar su propio desarrollo con base en sus valores, necesidades y prioridades; tienen escasa representación política; y no tienen acceso a los servicios sociales. A menudo se les excluye de los procesos de consulta sobre proyectos que afectan a sus tierras y son con frecuencia víctimas del desplazamiento forzoso como resultado de actividades comerciales como la explotación de los recursos naturales”*¹⁰⁹.

Uno de los principales problemas que se presenta al momento de proteger los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional es que, en palabras de Nash, *“Los derechos humanos se han consagrado como derechos individuales en que el sujeto de derechos es la persona quien puede exigir del Estado una cierta actuación a partir del reconocimiento de la titularidad de derechos en razón de la sola pertenencia a la especie humana. De ahí que la protección de grupos, en tanto colectivos, sólo es posible a través de la elaboración de una argumentación sobre derechos individuales”*¹¹⁰.

II.2.3.2.7.1.2. Interseccionalidad: mujer indígena

Lo anterior se explica para el caso concreto al entender que las afectaciones a Gabriela no corresponden a ser mujer o a ser indígena por separado, y tampoco se puede hacer un simple entrelazamiento de estas, si no que la discriminación de la cual es víctima es por ser mujer indígena.

Otro caso paradigmático que ayuda tanto a comprender este tipo de discriminación como a sustentar que no es un caso aislado en Chile, es el de Lorenza Cayuhan, mujer indígena privada de libertad que fue obligada a parir engrillada.

En el fallo de la Corte Suprema se indica *“Que, así las cosas, se estima que en el caso sub judice hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una*

¹⁰⁹ ONU. *Lucha contra la discriminación de los pueblos indígenas*. [en línea] <<https://bit.ly/2xvNPIY>> [consulta: 10 julio 2018]

¹¹⁰ NASH, C. 2003. *Protección de los derechos humanos indígenas en el sistema interamericano*. Ponencia presentada Seminario “Derechos Indígenas: Tendencias Internacionales y realidad. 9p.

confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche”¹¹¹.

II.2.3.2.7.2.1. Interseccionalidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La interseccionalidad es la idea de que en ciertos casos el sujeto se puede categorizar en más de una categoría sospechosa o grupos especiales de protección y que en este caso se debe entender dicho fenómeno como un nuevo grupo o categoría y no como una mera suma de estas. Se desprende entonces de la interseccionalidad la discriminación interseccional.

También se relaciona con la idea de discriminación múltiple, que determina que la discriminación se origina por una suma de categorías o por una interseccionalidad de estas, y esto se da por la complejidad del humano, porque su vivencia y su identidad se determinan a partir de sus diversas facetas.

La profesora Alejandra de Lama Aymà atribuye la problemática a la que se han visto enfrentados los sistemas de justicia frente a estos casos a que generalmente al hablar de discriminación se inserta a la víctima en una de sus dimensiones, lo cual corresponde a la perspectiva monocausal o unitaria de la discriminación, simplificando la real envergadura de la situación que deberá considerarse globalmente y no por un motivo aislado, en este sentido indica que *“Analizar esa discriminación múltiple bajo el prisma de uno solo de esos motivos, como sucede con la mayor parte de las normas antidiscriminatorias actuales, supone tener una visión parcial del fenómeno discriminatorio*”¹¹².

Ninguno de los conceptos anteriores están normados expresamente pero se utilizan vastamente por el sistema internacional y por ende han tenido los fundamentos de su tratamiento más teórico a través de la doctrina.

Nace, como se revisará a continuación gracias a la profesora Kimberlé Crenshaw y se desarrolla principalmente respecto de las problemáticas relacionadas a género, pero que tiene una recepción

¹¹¹ CS (2016): Resolución n° 700011 de 1 de diciembre de 2016 Causa n° 92795/2016. Considerando 16.

¹¹² DE LAMA AYMÀ, A. 2010. *Discriminación múltiple*. Barcelona. ADC, tomo LXVI, 2013, fasc.1. 274p.

importante en el DIDH y se utiliza expresamente por primera vez en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrada en 2001 en Durban, Sudáfrica.

II.2.3.2.7.2.2. Interseccionalidad en el feminismo

La interseccionalidad es una rama y herramienta del feminismo introducida por Kimberlé Crenshaw, que, no exenta de crítica y complejidades prácticas, busca enfrentar la diversidad de mujeres que existen y a la vez la inmensidad de situaciones particulares en las que se encuentran, sobre todo en relación a los diversos tipos de violencia ante los cuales se ven enfrentadas.

Como indica la doctora en derechos humanos MariaCaterina La Barbera *“Este enfoque revela que las desigualdades son producidas por las interacciones entre los sistemas de subordinación de género, orientación sexual, etnia, religión, origen nacional, (dis)capacidad y situación socio-económica, que se constituyen uno a otro dinámicamente en el tiempo y en el espacio”*¹¹³.

En esta misma línea la Asociación para los Derechos de las Mujeres y el Desarrollo mundial (originalmente AWID en inglés) explica que *“El análisis interseccional tiene como objetivo revelar las variadas identidades, exponer los diferentes tipos de discriminación y desventaja que se dan como consecuencia de la combinación de identidades. Busca abordar las formas en las que el racismo, el patriarcado, la opresión de clase y otros sistemas de discriminación crean desigualdades que estructuran las posiciones relativas de las mujeres. Toma en consideración los contextos históricos, sociales y políticos y también reconoce experiencias individuales únicas que resultan de la conjunción de diferentes tipos de Identidad”*¹¹⁴.

Este entendimiento surge como una respuesta al modelo de feminismo clásico que comenzaba a expandirse por el mundo, ya que, si bien intentaba apelar a la mujer como sujeto de este movimiento, de todas maneras, quedaba reducido por sus orígenes a un estereotipo de mujer blanca europea y de clase media o alta (incluso con la importancia de la mujer obrera en el origen y desarrollo del movimiento).

¹¹³ LA BARBERA, M. 2016. *Interseccionalidad, un “concepto viajero”*: orígenes, desarrollo e implementación en la unión europea. Madrid, España. Interdisciplina 4, n° 8. 106p.

¹¹⁴ AWID. 2004. *Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica*. Derechos de las mujeres y cambio económico No. 9. 2p.

Bajo esta mirada que se debe revisar el caso ya que Gabriela no es solo mujer, no es mujer indígena aymara, no es mujer madre, no es mujer pastora, ni es mujer pobre. Gabriela Blas es mujer indígena, madre, pastora y pobre.

II.3. Fin del Capitulo

Se sostiene luego de la revisión particular de cada requisito que se configura el Daño al Proyecto de Vida en el caso de la pastora aymara Gabriela Blas, y que si bien dado el carácter de reservado de la denuncia ante la Corte IDH, se puede deducir que de la revisión de esta en conjunto al ASA se desprende que el daño que se genera debe repararse íntegramente, estableciendo reparaciones similares a las analizadas respecto del Daño al Proyecto de Vida en los otros casos investigados de la Corte IDH.

En el próximo capítulo se analizará otro caso nacional que llegó a instancias internacionales mediante denuncia ante la Comisión IDH y posteriormente Acuerdo de Solución Amistosa, el cual posee particularidades distintas al recién analizado, por cuanto no contiene las características típicas de los casos en que se considera el Daño al Proyecto de Vida en la Corte, deberán flexibilizarse los requisitos de dicha categoría de daño y determinar a partir de ese ejercicio si logran contenerlo.

CAPITULO III: MOVILH – MATRIMONIO IGUALITARIO

En este capítulo se revisará otro caso nacional que llegó a instancias internacionales para analizar la concurrencia del Daño al Proyecto de Vida, corresponde al de tres parejas del mismo sexo que no pudieron contraer matrimonio o que no pudieron homologarlo y que con el apoyo de Movilh iniciaron un procedimiento tanto en Chile como posteriormente en la Comisión IDH. Este caso posee varias características que lo diferencian del analizado en el capítulo anterior que pueden dificultar el análisis de la configuración de este tipo de daño por lo que plantea la parte más experimental de esta investigación.

III.1. Caso Movilh: Matrimonio Igualitario

III.1.1. Resumen de los hechos

El día 20 de octubre de 2010 tres parejas, representadas por Jaime Alarcón, con el apoyo y guía de Movilh, presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago por negativas al acudir a la oficina de Registro Civil e Identificación de Santiago para intentar contraer o convalidar matrimonio, por parte de la oficial civil de dicha sede doña Juana Soto Silva.

En el caso de César Peralta Wetzel y Hans Arias Montero solicitaron el día 23 de septiembre de 2010 hora para contraer matrimonio, lo cual les fue denegado atendiendo a lo dispuesto en el artículo 102 del Código Civil que determina que el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.

El otro caso es el de Stephane Abran quien solicitó la inscripción de matrimonio celebrado en el Canadá por el requirente Jorge Monardes Godoy, lo cual no fue acogido en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 inciso primero de la Ley N° 19.947, el cual norma que los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

El tercer caso es el de Víctor Arce García quien pidió que se practicara la inscripción del matrimonio celebrado en Argentina por el requirente con José Miguel Lillo Isla, solicitud la cual fue rechazada bajo los mismos fundamentos ya indicados.

III.1.2. El Derecho

III.1.2.1. Tramitación Nacional

III.1.2.1.1. Recurso de Protección

El recurso de protección se interpone a partir de los hechos ya relatados, atendiendo a que dichas acciones constituyen un acto arbitrario que infringe el artículo 19 número 2 de la Constitución que asegura a todas las personas que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley, es decir, que norma el principio de igualdad. Indicando que, pese a existir norma expresa respecto de la materia, debiese primar el principio recién expuesto y una interpretación armónica y orgánica del ordenamiento nacional.

La parte recurrida argumenta que las decisiones realizadas por parte de doña Juana Soto no son ilegales en cuanto fueron dictadas por la autoridad competente en el uso de las atribuciones exclusivas que la ley otorga sobre el particular, enmarcándose en las disposiciones vigentes sobre matrimonio civil contenidas tanto en el Código Civil como en la Ley número 19.947.

En la vista de la causa la Primera Sala decretó como medida para mejor resolver solicitar al Tribunal Constitucional un pronunciamiento relativo al precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, sobre la materia del recurso de protección. Se hace especial énfasis en que la medida corresponde a un pronunciamiento y no a la interposición de una acción de inaplicabilidad.

III.1.2.1.2. Medida para mejor resolver: Tribunal Constitucional

Se revisan los antecedentes de los hechos ya desarrollados y la solicitud de la Corte de Apelaciones del pronunciamiento respecto del precepto en cuestión como medida para mejor resolver.

Se plantea la tensión que expone el recurrente entre el artículo 19 número 2 de la Constitución y el artículo 102 del Código Civil en conjunto al artículo 80 de la ley N°19.947, la que según el recurrido, es inexistente debido a que la actuación se ajusta a la legislación vigente.

Mediante presentación de fecha 7 de enero de 2011, el abogado Jaime Silva Alarcón se hace parte en este procedimiento, argumentando que el artículo 102 del Código Civil es contrario a los siguientes preceptos constitucionales:

Artículo 1 respecto de los siguientes incisos: primero, las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; segundo, La familia es el núcleo fundamental de la sociedad; cuarto, El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece; y, quinto, es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Artículo 5 inciso segundo atendiendo a la cláusula de apertura contenido en este respecto de lo tratados internacionales ratificados por Chile como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principalmente acerca de la dignidad intrínseca, la igualdad ante la ley, la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar.

Artículo 19 (La Constitución asegura a todas las personas) en sus numerales: dos, La igualdad ante la ley; tres, La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; cuatro, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; nueve, El derecho a la

protección de la salud; dieciocho, El derecho a la seguridad social; veinticuatro, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales; y finalmente, veintiséis, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Atendiendo a los preceptos citados determina que al negar el matrimonio a personas únicamente por su orientación sexual el Estado atenta principalmente contra su libertad y al derecho a ser consideradas como iguales por discriminarlas arbitrariamente. Además indica que dicha discusión no puede quedar ajena a la igualdad que proclama la Constitución, ni tampoco al contexto social e histórico nacional, la cual se distancia enormemente del momento en que se dictó el Código Civil.

Ninguna de las otras partes ni órganos constitucionales interesados hizo uso de su derecho a formular observaciones. Sin perjuicio, el Director Nacional Subrogante del Servicio de Registro Civil e Identificación, mediante ordinario, reiteró su postura de que el servicio había dado cabal cumplimiento a la normativa legal que regula el matrimonio civil.

Además expresó que en caso de haber actuado atendiendo las solicitudes se habría incurrido en el delito tipificado en el artículo 388 del Código Penal que determina que el oficial civil que autorice o inscriba un matrimonio prohibido por la ley o en que no se hayan cumplido las formalidades que ella exige para su celebración o inscripción sufrirá las penas de relegación menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Igual multa se aplicará al ministro de culto que autorice un matrimonio prohibido por la ley, destacando la calidad de órgano de la Administración del Estado del Servicio de Registro Civil e Identificación.

Análisis del reproche de autos

Recopila los antecedentes generales de la causa en Corte de Apelaciones y la remisión de esta última al Tribunal Constitucional como medida para mejor resolver.

Indica que el requerimiento no señala de modo explícito el vicio de constitucionalidad que se produciría con la aplicación del artículo 102, si no que solo se remite en términos generales.

Destaca que la disposición objetada determina textualmente que el matrimonio es entre un hombre y una mujer.

Fija la competencia específica en la determinación de si la aplicación del artículo 102 del Código Civil en el recurso de protección en cuestión infringe o no la garantía de igualdad ante la ley, contenida en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, al no autorizar que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio.

Reserva Legal

Atendiendo al artículo 63 de la Constitución se concluye que el matrimonio es objeto de la codificación civil, y que, por ende, es materia de ley. Desarrolla que *“Resulta evidente que la definición de lo que se entenderá por matrimonio con carácter general y obligatorio, por su importancia social, estatuye una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca”*¹¹⁵.

A mayor abundancia indica que *“es así como las características de la institución, referidas a la protección y desarrollo de la misma, han podido mutar en virtud de diversas normas de rango legal”*¹¹⁶.

Falta de Idoneidad de la Inaplicabilidad en el Presente Caso

Expresa que no se puede dictar sentencia estimatoria en cuanto el examen planteado no se condice con el alcance de la acción de inaplicabilidad.

Expone que no se impugna un precepto constitucional si no que la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, el cual se regula esencialmente en el Código Civil y en la ley 19.947 de Matrimonio Civil, quedando fuera de la esfera de acción de este tribunal, en cuanto no puede modificar y regular las instituciones comprendidas en el ordenamiento mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad.

Determina que no puede considerarse bien formulado el requerimiento en cuanto se aplica el artículo 80 del Código Civil respecto de las parejas extranjeras y establece que el reproche al artículo 102 del código Civil no resulta decisivo en la resolución en relación a dichas parejas.

Atendiendo a los argumentos expuestos, finalmente se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad.

¹¹⁵ TC (2011): Sentencia de 3 de noviembre de 2011 (1881-10), considerando sexto

¹¹⁶ *Ibíd.* considerando séptimo

III.1.2.1.3. Recurso de Protección (Continuación)

Si bien la Corte de Apelaciones expresa que hubo una errónea interpretación por parte del Tribunal Constitucional por cuanto se solicitaba un pronunciamiento y no una acción de inaplicabilidad, a su vez, estima que a través de los votos particulares los Ministros de dicha Magistratura presentaron sus pronunciamientos. Por esto considera como cumplida la medida para mejor resolver indirectamente.

En cuanto a la legalidad del origen del acto de la autoridad (oficial del Registro Civil) determina que se ejerce dentro de su ámbito de competencia descartando la ilegalidad de origen atendiendo a lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de ley N°1 del Ministerio de Justicia del año 2000 (facultades Registro Civil), en la Ley N°19.947 (matrimonio civil) especialmente en sus artículos 9 y 17, y finalmente, en los artículos 6 y 7 de la Constitución.

Sobre la legalidad en el ejercicio de las facultades determina que el recurrido para realizar su actuación se ha amparado tanto en un cumplimiento formal de las normas, las cuales al ser de orden público no admiten discrecionalidad en su aplicación, como en el espíritu de la legislación.

Respecto de dicho planteamiento desarrolla *“Que, en ese orden de materias, cabe señalar que un estudio armónico de la legislación que regula la materia conduce necesariamente a concluir que el espíritu del legislador al dictar las leyes sobre el matrimonio, siempre consideró que tal vínculo solo podía contraerse entre un hombre y una mujer”*¹¹⁷.

Hace especial énfasis en la claridad y precisión de los artículos 102 y 134 del Código Civil y en el inciso segundo del artículo 18 de la Ley N°19.947, en que la voz establece un hombre y una mujer y el marido y la mujer, respectivamente.

Finaliza el punto determinando *“Tan claro, es a juicio de estos sentenciadores que la actual legislación chilena solo acepta el matrimonio entre un hombre y una mujer, que la Ley sobre Matrimonio Civil tantas veces citada, norma de reciente data, consagra en el numeral 4° del artículo 54 – es decir, entre las causales de divorcio – la conducta homosexual”*¹¹⁸.

Por esto la Corte determina que no existe en la especie ilegalidad de ninguna naturaleza.

¹¹⁷ CA (2010): Sentencia de 9 de diciembre de 2011 (Protección-Ant-6787-2010), Considerando 17.

¹¹⁸ Ídem.

En relación a la presunta arbitrariedad de las medidas adoptadas por la recurrida, la Corte determina que no puede entenderse el principio de igualdad como un concepto absoluto por lo que es lícito que se establezcan diferencias adecuadas y racionales. Lo anterior se cumple a su parecer ya que considera que esta es diferencia objetiva, razonablemente justificada, que persigue un fin legítimo y es proporcionada. Pone especial énfasis en que no obedeció a un capricho irracional de la recurrida si no que se limitó a cumplir lo que la ley establece.

Por todo lo desarrollado la Corte de Apelaciones Rechaza el recurso deducido.

Opinión del Ministro Alejandro Solís

Concorre al rechazo del recurso en cuanto los jueces trabajan en pos de que se corresponda el Derecho con la Justicia, pero expresa que dicho trabajo se encuentra restringido por los materiales jurídicos, por lo que no puede crear Derecho si no que solo interpretarlos.

Expresa que es importante revisar la realidad actual, para lo cual hace una breve reseña de los avances tanto jurídicos como culturales respecto de la familia en Chile, indicando que debe interpretarse desde la idea de proyecto de vida en común más allá que de las definiciones tradicionales conservadoras y destaca la idea de que *“la ley debe estar al servicio de la persona humana y debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”*¹¹⁹.

Por lo expuesto adhiere al voto disidente del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en cuanto *“A los poderes colegisladores les compete resolver las cuestiones que atañen a los conflictos sociales y morales de nuestro tiempo, terminando con el déficit de regulación existente y respetando las normas y principios constitucionales”*¹²⁰.

III.1.2.1.4. Recurso de Apelación

Según indica el fallo, el recurso de apelación deducido se funda en que si bien la legislación determina que el matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer, esta norma es contraria al

¹¹⁹ *Ibíd.* 120p

¹²⁰ *Ibíd.* Fundamento 29 voto particular concurrente ministro Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García. 117p.

principio de igualdad del artículo 19 número 2 de la Constitución que contiene el mandato de no discriminar arbitrariamente.

Sobre este mismo argumento la Corte Suprema indica que el propio recurrente acepta que el artículo 102 del Código Civil precisa la situación, por lo que es a este precepto legal al cual la Corte debe dar aplicación, concluyendo de este modo que no se configura la ilegalidad del acto, en cuanto el sentido y alcance de la legislación es clara al determinar que no existe en el ordenamiento el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Es por lo anterior que la medida cautelar, según de la Corte Suprema, al estar regulada por ley la materia de esta, no es la adecuada si lo que se intenta es que se autorice o reconozca el matrimonio de personas del mismo sexo, dicha tarea corresponde al Tribunal Constitucional desentrañando si el artículo 102 del Código Civil se encuentra conforme o no con las normas constitucionales.

Expresa a la vez, que adhiere al voto de prevención de don Raul Repetto en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la materia, en el cual determina que *“al reservar la celebración del matrimonio a personas de distintos sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer (...) razón por la cual se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto no resulta contraria a la Constitución”*¹²¹.

Por lo expuesto, la Corte Suprema confirma la sentencia apelada.

III.1.2.2. Tramitación Internacional

III.1.2.2.1. Denuncia Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Luego de agotar los recursos nacionales Movilh presenta una denuncia en contra del Estado de Chile ante la Comisión IDH, con especial atención a las secretarías Ejecutivas de la Sección Regional Cono Sur y de la Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays y las Personas Trans, Bisexuales e Intersexo.

La denuncia se basa en la infracción de los siguientes artículos de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos: Primero, Obligación de Respetar los Derechos; segundo, Deber de

¹²¹ CS (2011): Sentencia de 4 de abril de 2012 (Apelación Civil-12635-2011). 4p.

Adoptar Disposiciones de Derecho Interno; doceavo, Libertad de Conciencia y de Religión; decimoséptimo, Protección a la Familia; y, vigésimo cuarto, Igualdad ante la Ley.

Las peticiones de la denuncia son que se acoja a tramitación, se declare al Estado de Chile en violación de los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 12 (Libertad de conciencia y de religión), 17 (Protección a la familia) y 24 (Igualdad ante la ley) de la Convención Americana, que El Estado de Chile realice un acto público de reparación y pida disculpas a todas las víctimas, y que se decreten como medidas de no repetición las que se exponen resumidamente a continuación:

- Adecuación del ordenamiento interno a los estándares internacionales estableciendo el matrimonio igualitario.
- Que toda legislación futura se haga tomando en consideración la igualdad en dignidad que gozan todas las personas.
- Implementación de las medidas de educación y capacitación, principalmente para los funcionarios públicos, respecto de la normalidad y necesidad del matrimonio igualitario en y para una sociedad democrática.
- Pago de los costos asociados a la tramitación de la causa.
- que la Comisión se sirva realizar una audiencia pública, con asistencia de los representantes del Estado de Chile y de quienes patrocinan este caso, en la próxima Sesión Ordinaria de la Corte Internacional de Derechos Humanos, con el objeto de aportar antecedentes sobre la admisibilidad de la presente denuncia.

El estado de Chile rechaza esta denuncia pero procede sobre la tramitación del Acuerdo de Solución Amistosa.

III.1.2.2.2. El Acuerdo de Solución Amistosa

Atendiendo a que el Estado de Chile reconoce los hechos que fundan la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que está de acuerdo con la necesidad de trabajar en el perfeccionamiento de las bases institucionales para evitar la discriminación contra la población LGBTIQ+ mejorando de esta manera el goce efectivo de los derechos de dicho grupo en pos de

promover la dignidad de todas las personas mediante políticas públicas y la legislación futura , este se compromete, a realizar las medidas que se exponen de forma resumida a continuación¹²².

- Impulsar en conjunto a Movilh un proceso de discusión pública en torno al matrimonio igualitario. Dicho proceso se iniciará con un acto público donde estarán invitados representantes de los tres poderes del estado y del Tribunal Constitucional.
- Ingresar dentro del primer semestre del 2017 un proyecto de ley de matrimonio igualitario.
- Adoptar las medidas necesarias para impulsar la iniciativa del matrimonio igualitario.
- Incluir dentro de las políticas de salud orientadas a la mujer a las personas lesbianas, bisexuales y transexuales, rediseñando para estos fines el Programa de Salud Sexual y Salud Reproductiva.
- Promover, en el marco de las atribuciones del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, políticas y programas que reconozcan la diversidad de las mujeres que habitan en el país, considerando como criterios relevantes la orientación sexual y la identidad de género.
- Resguardar que el Plan de Formación Ciudadana y el Programa de Sexualidad, Afectividad y Género, con los protocolos y cartillas correspondientes sobre inclusión y no discriminación, incluyan contenidos que aborden la diversidad sexual.
- Realizar una revisión y preferentemente una actualización del Decreto Supremo 924 del 12 de Septiembre de 1983 del Ministerio de Educación que reglamenta las clases de religión atendiendo a las categorías de protección de la ley 20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación.
- Establecer, en conjunto a los peticionarios, una mesa de trabajo amplia para impulsar las siguientes medidas:
 - Modificación ley 19.620 sobre Adopción de Menores incorporando a las personas que se encuentran unidas mediante un Acuerdo de Unión Civil¹²³.
 - Modificación ley 20.830 para que el conviviente (AUC) que ha criado al niño o niña sea reconocido como padre o madre, tenga o no lazos de consanguinidad.
 - Reforma ley 20.609 para superar las barreras que impidan prevenir y sancionar eficazmente la discriminación.
 - Fortalecimiento de la institucionalidad existente en materia de derechos humanos, con especial atención a temas de orientación e identidad de género.

¹²² Comisión IDH. Acuerdo de Solución Amistosa Movilh-Estado de Chile pactado el 11 de junio de 2016.

¹²³ En adelante indistintamente “AUC”

- Incorporación en los estudios y estadísticas oficiales sobre protección social datos acerca de la población LGTBI, principalmente respecto de parejas del mismo sexo y de las familias homoparentales.
- Incorporación en los estudios o estadísticas oficiales sobre discriminación, datos desagregados por orientación sexual e identidad de género.
- Revisión para eventual reforma o derogación de los artículos 373 y 365 del Código Penal, con el fin de erradicar toda forma de discriminación por orientación sexual e identidad de género.
- Dar seguimiento y asegurar continuidad en la tramitación del proyecto de Ley sobre Identidad de Género.

Además, se establece una Comisión de Seguimiento, integrada por representantes del Ministerio Secretaria General de Gobierno y la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y un representante de los peticionarios, quienes invitaran a formar parte de ella a la Comisión IDH y se le informara periódicamente de los avances y observaciones de esta.

El incumplimiento de uno o varios de los compromisos contenidos en el acuerdo dará derecho a cualquiera de las partes a ponerle término y deberá informarse a la Comisión IDH para proseguir en la tramitación de la petición.

III.1.2.2.2.1. Cumplimiento del Acuerdo de Solución Amistosa

El acuerdo se firmó durante la administración de la ex presidenta Michelle Bachelet y posteriormente el Gobierno actual confirmó el cumplimiento del Acuerdo mediante una ceremonia realizada el día 17 de mayo del 2018 donde la vocera de Gobierno, Cecilia Pérez, traspasó la coordinación de la Comisión de Seguimiento del ASA a Lorena Recabarren, la subsecretaria de Derechos Humanos.

Si bien se mostraba dicha acción como un buen indicio, posteriormente el Gobierno se desligó de su obligación pendiente de impulsar el matrimonio igualitario expresando que *“El Ejecutivo no puede, a través de un acuerdo de solución amistosa, comprometer al Congreso a aprobar un proyecto de ley. (...) Por otro lado, la Presidenta Michelle Bachelet no podría haber obligado a su sucesor, a través un acuerdo de solución amistosa, a promover activamente y obtener la aprobación por parte del Congreso de un proyecto de ley sobre materias en la que existen naturales diferencias de opinión. Asumir lo contrario podría plantear un problema de constitucionalidad, puesto que ello*

implicaría aceptar que decisiones adoptadas por administraciones pasadas puedan limitar el ejercicio actual y soberano de las atribuciones constitucionales que son propias del Presidente de la República en relación al artículo 32 de la Constitución”¹²⁴.

Los argumentos esgrimidos para desligarse de las obligaciones pendientes corresponden a una errada concepción sujeto que se somete a la jurisdicción de la Comisión IDH reduciéndolo a Gobierno cuando en realidad es el Estado.

La menesterosa explicación de que no puede obligarse internacionalmente al Gobierno entrante es evidentemente poco lógica por cuanto siempre deberán existir ciertos puntos de continuidad sobre todo respecto de obligaciones establecidas en democracia ante una corte competente mediante el procedimiento acordado y ratificado, sobre todo mediante un acuerdo que ha sido declarado legal y vinculante por la Contraloría General de la República.

Respecto del argumento de que la separación de poderes no permite exigir la tramitación de dicha ley, efectivamente el Ejecutivo no podrá pasar por sobre el Judicial, pero si utilizar todas las herramientas que posee para promover la ley en cuestión. Un ejemplo de lo anterior es la urgencia que le puede conferir el Presidente a un proyecto de ley en específico. Además, el Acuerdo no solo contempla la promoción de la ley de matrimonio igualitario, por lo que deben promoverse todos los puntos establecidos.

Ante esto, el Movilh sacó una declaración en la que expresa su repudio tanto por las falsas declaraciones que ha prestado el ejecutivo sobre el estado de cumplimiento del acuerdo ante la Comisión IDH, como por las filtraciones gubernamentales de informaciones falsas respecto de este y genéricamente por tergiversar lo acordado.

Resume Movilh el incumplimiento Estatal en los siguientes puntos “a) *el no impulso del matrimonio igualitario; b) declaraciones públicas de funcionarios públicos contra el matrimonio igualitario; c) presentación de indicaciones a la Ley de Identidad de Género que no fueron trabajadas con la sociedad civil y que excluyeron a los menores de 14 años; d) presentación de reformas a la Ley de Adopciones que no fueron trabajadas con la sociedad civil, que excluyeron a*

¹²⁴ La Tercera. Gobierno: Estado nunca se obligó a aprobar matrimonio igualitario [en línea] <https://www.latercera.com/politica/noticia/gobierno-estado-nunca-se-obligo-aprobar-matrimonio-igualitario/361958/> [consulta: 10 noviembre 2018]

*los convivientes civiles y que priorizan a parejas heterosexuales para criar niños en desmedro de las homosexuales, entre otros*¹²⁵.

En atención a esto el Movilh solicitó junto a otros 6 grupos LGBTI del continente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se realizara una Audiencia Pública sobre el Matrimonio Igualitario.

La petición particular del Movilh correspondía a la solicitud del cumplimiento del Acuerdo de Solución Amistosa suscrito y la petición general de todos los grupos correspondía al cumplimiento de la Opinión Consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre del 2017 la cual se solicita a los Estados parte de la OEA que *“garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación”*¹²⁶.

El día 5 de diciembre de 2018, se realizó Primera Audiencia en Washington, donde la presidenta de la Comisión Margarete May Macaulay expresó que *“hay una sola raza en el mundo y es la raza humana. Y todos los seres humanos deben tener los mismos derechos. Es un asunto fácil, pero el sentido común no es muy común. Lógicamente todas las parejas tienen el derecho a casarse”*¹²⁷.

Recientemente, el día 7 de enero del presente año, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados oficiará a la Contraloría General de la República por los sistemáticos incumplimientos del Gobierno respecto de los compromisos establecidos en el Acuerdo.

Durante las exposiciones realizadas en dicha sesión la Subsecretaria de Derechos Humanos Lorena Recabaren mantuvo que el Gobierno ya había cumplido con el impulso del matrimonio igualitario,

¹²⁵ MOVILH. *Comisión Interamericana de DDHH aclara al Gobierno que cumplimiento de acuerdo con el MOVILH pasa por impulsar el matrimonio igualitario*. [en línea] < <http://www.movilh.cl/comision-interamericana-de-ddhh-aclara-al-gobierno-que-cumplimiento-de-acuerdo-con-el-movilh-pasa-por-impulsar-el-matrimonio-igualitario/> > [consulta: 14 noviembre 2018]

¹²⁶ MOVILH. *Presidenta de la CIDH en histórica audiencia sobre matrimonio igualitario: todos los seres humanos tienen derecho a casarse* [en línea] <<http://www.movilh.cl/presidenta-de-la-cidh-en-historica-audiencia-sobre-el-matrimonio-igualitario-todos-los-seres-humanos-tienen-derecho-a-casarse/>> [consulta: 6 diciembre 2018]

¹²⁷ MOVILH. *Presidenta de la CIDH en histórica audiencia sobre matrimonio igualitario: todos los seres humanos tienen derecho a casarse* [en línea] <<http://www.movilh.cl/presidenta-de-la-cidh-en-historica-audiencia-sobre-el-matrimonio-igualitario-todos-los-seres-humanos-tienen-derecho-a-casarse/>> [consulta: 6 diciembre 2018]

además “*fue consultada por el diputado Gabriel Boric (RD) respecto a si el Gobierno apoyaba o no el impulso del matrimonio igualitario, contestando que no y entrando así en segundos en abierta contradicción con la postura previa de haber cumplido con el ASA*”¹²⁸.

Recién este miércoles 9 de enero se retomó la discusión sobre el matrimonio igualitario en la comisión de constitución del Senado, presidida por Francisco Huenchumilla. La única sesión que se había realizado anteriormente fue en noviembre de 2017.

III.1.2.2.2. Dictamen Contraloría Respecto del ASA

Los diputados José Antonio Kast Rist, Arturo Squella Ovalle y Juan Antonio Coloma Álamos, solicitaron pronunciamiento sobre la legalidad del Acuerdo de Solución Amistosa revisado anteriormente, atendiendo a la naturaleza jurídica de dicho acuerdo y a la supuesta falta de competencia para suscribirlo de quienes lo celebraron.

Respecto de la naturaleza jurídica del pacto el Ministerio de Relaciones Exteriores determina que constituye un medio de solución pacífica de controversias internacionales, por lo cual son aplicables las normas establecidas en el derecho internacional que han sido recepcionadas por el derecho interno, principalmente aquellas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En relación a las competencias para suscribir el acuerdo se indica que los Estados deben contar con órganos que les permitan ejercer los derechos y obligaciones que del derecho internacional emanan.

Manifiesta que el acuerdo en cuestión no contraviene el ordenamiento jurídico, precisando que no infringe el principio de probidad ni el de legalidad ya que no apunta a perseguir y proteger intereses particulares de los funcionarios públicos en cuestión y dado a que se ha sido suscrito de acuerdo con normas incorporadas a nuestro ordenamiento nacional.

Hace especial énfasis acerca de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 1, 2 y 63; y en los artículos 33, 48 n°1 letra A, 49, 50 y 51 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹²⁸ MOVILH. *Cámara oficiará a la Contraloría por incumplimientos del Gobierno con el matrimonio igualitario* [en línea] < <http://www.movilh.cl/camara-oficiara-a-la-contraloria-por-incumplimientos-del-gobierno-con-el-matrimonio-igualitario/>> [consulta: 8 enero 2019]

Indica que esta interpretación es armónica con la jurisprudencia administrativa nacional contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 9.353 y 19.426, ambos de 1991; 13.695 de 1997; 14.231 y 24.433, ambos del año 2000; 44.622 de 2003, y 61.817 de 2006, los tratados internacionales debidamente promulgados y publicados son instrumentos que de acuerdo con la Constitución Política integran el ordenamiento jurídico interno de la República.

Siguiendo lo anterior determina que *“En cuanto al contenido del Acuerdo, se advierte que, en virtud del mismo, Chile se compromete a realizar una serie de acciones, tales como promover políticas y programas de gobierno relativas a medidas contra la discriminación por orientación sexual en el ámbito educacional, de salud, entre otros, inclusión de la diversidad sexual e identidad de género, así como también, promover una serie de iniciativas legales que busquen incorporar a la legislación interna derechos para las minorías sexuales -lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales-, como el matrimonio igualitario, todas las cuales se enmarcan dentro del ámbito de los derechos que reconoce esa Convención, como también propenden al cumplimiento de los compromisos asumidos por Chile al promulgar la CADH”*¹²⁹.

Respecto de la legitimación de quienes suscriben el acuerdo, firma el Ministro de Relaciones Exteriores quien es *“el Jefe Superior del Ministerio y el colaborador inmediato del Presidente de la República en el ejercicio de las atribuciones conferidas a éste por la Constitución Política del Estado para la dirección, conducción y mantenimiento de las relaciones internacionales del país”*¹³⁰ y acerca de los demás suscriptores se indica que *“el acuerdo en cuestión incide en asuntos que no son ajenos a los campos específicos en que ejercen sus tareas los demás ministros que lo firman”*¹³¹.

La Resolución determina que no se advierte ilegalidad en la suscripción del acuerdo de solución amistosa caso P-946-12, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por los ministros de Estado que en ese pacto se consignan.

¹²⁹ CGR (2018): pronunciamiento sobre la legalidad del "Acuerdo de Solución Amistosa Caso P-946-12", Dictamen 006823N18 del 9 de marzo de 2018. 5p.

¹³⁰ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores (1978). Decreto con Fuerza de Ley 161: Fija el Estatuto Orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores, 31 de marzo de 1978. Artículo 3.

¹³¹ CGR. Op. Cit. 5p.

III.1.3. Daño al Proyecto de Vida de las parejas del caso Movilh – Matrimonio Igualitario

Por una parte, se puede esgrimir que la expectativa de toda persona podría tener de casarse y formar familia surgiría de la dignidad propia que es inherente a cada humano y que apareja la igualdad y la prohibición de discriminación. Bajo esta visión quien cumpla con los requisitos de edad y voluntariedad debiese poder casarse y por esto mismo se genera una proyección que podría ser el eje de las demás acciones del individuo, es decir, constituir su proyecto de vida.

De no ser suficiente el argumento anterior en caso de considerarse que la distinción existente se encuentra fundamentada por el Estado bajo los estándares mínimos para configurarse como una discriminación no arbitraria, en base al acuerdo suscrito por este, y sumando las múltiples recomendaciones que le han hecho tanto la Corte IDH como otras organizaciones internacionales a Chile, se podría indicar que la inacción del Estado frente a su deber asumido genera por una parte la expectativa suficiente para configurar una proyección justificada y por la otra, dañar este proyecto de vida en su demora y negación en la tarea de promover la legislación correspondiente mediante la omisión de su obligación adjudicada.

El Daño al Proyecto de Vida de cada pareja, consiste en la imposibilidad de formar familia menoscabando su realización personal, por cuanto se le reconoce a la familia como un eje central tanto para la vida de la persona como para la sociedad en general.

En este punto se asimila al caso de Gabriela Blas, salvo que debemos se hace necesario revisar más a fondo la voz familia ya que nos encontramos en un caso que presenta más polémica respecto de lo que se entiende por esta.

Aunque la Constitución Política de la República determine en su artículo 1º inciso 2º que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, ante la falta de una definición legal de familia, el tratamiento tanto del término como de su debida protección ha sido principalmente doctrinario.

No es simple este punto por cuanto es un concepto muy marcado por la creencia del autor que lo enuncie, muchas veces con fuertes sesgos religiosos, y es por esto mismo que existen definiciones que solo prevén el vínculo matrimonial heterosexual como el origen de la familia como define Fernando Fueyo Laneri *“La familia es una institución basada en el matrimonio, que vincula a*

*cónyuges y descendientes, bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida”*¹³².

En este sentido “*para algunos, como Hernán Corral y Hugo Rosende, el concepto constitucional de familia no puede ser otro que aquel fundado en el matrimonio. Sostienen que, si la CPR no lo precisó, fue por su obviedad, y que los textos internacionales coinciden en considerar a la familia como una institución íntimamente relacionada con el derecho a contraer matrimonio*”¹³³.

Complementa lo anterior respecto de su protección la profesora María Sara Rodríguez Pinto quien indica que “*Solo la familia matrimonial es la comunidad de personas que ofrece una estabilidad proporcionada a su función de núcleo o elemento fundamental de la sociedad. Por esto es que merece la protección del Estado por derecho propio y es obligación de este y de la entera sociedad civil el propender a su fortalecimiento*”¹³⁴.

Otros autores e instituciones tienen una visión más moderna y que buscar salir del conservadurismo, es el caso de Arturo Alessandri Rodríguez quien “*sostuvo desde un inicio que el concepto de familia era un concepto difícil de definir, y si bien la familia correspondería a una necesidad natural de conservación, no por ello era de derecho natural pues es una de las instituciones que más ha variado a través de la historia*”¹³⁵.

Autores como Gonzalo Figueroa, Jorge Ovalle y Carlos Peña indican que como la Constitución no distingue entre distintos tipos de familia quedarían consideradas tanto la matrimonial como la no matrimonial, sobre todo al mantener una visión de bloque constitucional atendiendo a tratados internacionales que no permiten diferenciar entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio.

Esta última línea argumentativa se cristaliza con la promulgación de la Ley de Acuerdo de Unión Civil, la Ley de Violencia Intrafamiliar y la Ley de Matrimonio Civil, ya que estas demuestran la tendencia del legislador de ampliar el concepto de familia y de grupo familiar.

El mensaje de la Ley de Acuerdo de Unión Civil es bastante esclarecedor en este sentido pues, si bien no libre de sesgos conservadores, expresamente afirma esta ampliación al decir lo siguiente “*Pero además, existen otros grupos familiares, como los monoparentales, los de familias extendidas, los formados por las parejas de convivientes y aquellos formados por parientes*

¹³² BENITEZ, D. 2018. *Filiación y Mujeres Lesbianas*. Santiago, Chile. Rubicon Ediciones. 136p.

¹³³ TRUFFELLO, P. 2018. *Boletín 9119-18 Biblioteca del Congreso Nacional: Aproximación al concepto de familia*. 6p.

¹³⁴ BENITEZ, Op. Cit. 137p.

¹³⁵ *Ibíd.* 136p.

consanguíneos. Cada uno de ellos, incluso los que no den ni puedan dar lugar a la procreación, son dignos de respeto y consideración por el Estado pues todos en mayor o menor medida, significan un beneficio para quienes los integran y la sociedad en su conjunto, en la medida que permiten compartir amor, afectos y vivir en la intimidad, confieren un apoyo emocional fundamental para desarrollarse en la vida y, en el plano material, permiten apoyarse económicamente y amortiguar las oscilaciones cíclicas en los ingresos de cada uno de sus miembros”¹³⁶.

Para el caso particular en el plano internacional nos enfrentamos a una contravención del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que si bien es directa y restrictivamente se ha interpretado como la concepción de familia conyugal conformada por hombre y mujer, haciendo una interpretación armónica de la convención y guiándose por el principio de igualdad y no discriminación, no resulta forzado comprender ampliamente el concepto de familia.

Sigue esta línea Santiago Julián García Mele al plantear que *“Es posible argumentar que al proclamar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges, lo hace refiriéndose solo a las discriminaciones habituales en las que incurren las legislaciones internas entre el hombre y la mujer”¹³⁷.*

En este sentido, argumenta que *“Si bien el artículo reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, no especifica que necesariamente deba ser entre sí. Además, y reforzando esta postura, en los incisos 3 y 4 no aparecen consideraciones de género debido a la utilización de las palabras ‘contrayentes’ y ‘cónyuges’”¹³⁸.*

Unicef en su publicación “Nuevas formas de familia: Perspectivas nacionales e internacionales” realizada en conjunto con la Universidad de la República de Uruguay indica que *“La Convención sobre los derechos del Niño otorga a la familia el carácter de medio natural y la define como un grupo fundamental de la sociedad para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. Asimismo, aboga por el reconocimiento y la aceptación de las diversas*

¹³⁶ Ley N° 20.830, *Ley que Crea el Acuerdo de Unión Civil. Mensaje N° 156-359*

¹³⁷ GARCIA MELE, S. 2013. *Artículo 17 protección a la familia*. En: *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Enrique Alonso Regueira. Facultad de Derecho de Buenos Aires. 285p.

¹³⁸ Ídem.

*configuraciones y estructuras familiares asumiéndolas como aptas y capacitadas para la crianza y constitución de la identidad de los niños*¹³⁹.

Se evidencia esta postura en la denuncia ante la Comisión IDH en que Movilh indica que *“El rol del Estado es abstenerse de tener una creencia oficial o de generar una matriz de valores que no tiene fundamento en razones de interés general. El Estado debe posibilitar a todo ciudadano, homosexual o heterosexual, seguir su propio proyecto de vida y ejercer legítimamente los derechos que la Convención Americana, la Constitución y las leyes le otorgan*¹⁴⁰.

En este sentido *“La Corte Interamericana reiteró que la Convención Americana no protege un determinado modelo de familia. Debido a que la definición misma de familia no es exclusiva de aquella integrada por parejas heterosexuales, el Tribunal consideró que el vínculo familiar que puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo se encuentra protegido por la Convención Americana. Por tanto, estimó que todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar de parejas del mismo sexo deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales. La Corte consideró que esta obligación internacional de los Estados trasciende a la protección de las cuestiones únicamente patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos, reconocidos a parejas heterosexuales, tanto internacionalmente como en el derecho interno de cada Estado*¹⁴¹.

Respecto del derecho a contraer matrimonio si bien este no ha sido consagrado expresamente en la CPR la propia Corte Suprema ha determinado que puede desprenderse de una comprensión orgánica del ordenamiento interno mediante la internación del DIDH, es decir, lo declara como un derecho humano.

Acerca de esto en un fallo reciente declaró *“Que ya esta Corte Suprema ha sostenido antes la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental y, entre ellos, está el derecho a contraer matrimonio. Ello se deduce del texto del artículo 1º de la Constitución Política de la República y del reconocimiento expreso de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17”*¹⁴².

¹³⁹ UNICEF-UDELAR. 2003. *Nuevas formas de familia: Perspectivas nacionales e internacionales*. Montevideo, Uruguay. 9p.

¹⁴⁰ CADH (2012): *Denuncia Movilh-Estado de Chile*, presentada el 15 de mayo de 2012. numeral 236.

¹⁴¹ CORTE IDH. 2018. *Comunicado sobre Opinión Consultiva sobre identidad de género, y no discriminación a parejas del mismo sexo del 24 de noviembre de 2017*. San José, Costa Rica. 2p.

¹⁴² CS (2018): Sentencia de 26 de noviembre de 2018 (Apelación Protección Causa N° 6109-2018). Considerando Tercero.

III.1.3.1. Precisiones del Derecho de Familia en Chile para el análisis del Daño al Proyecto de Vida de las parejas del caso Movilh – Matrimonio Igualitario

III.1.3.1.1. Matrimonio vs Acuerdo de Unión Civil

La ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil como propuesta estatal tiene como eje central normar las relaciones de hecho pero a la vez las de aquellas parejas del mismo sexo que no pueden unirse bajo el contrato de matrimonio.

Respecto de la situación de quienes solo pueden elegir entre mantener una situación de hecho o unirse bajo el acuerdo de unión civil, cabe preguntarse si puede considerarse como suficiente esta opción. Para lo anterior la mejor forma es revisar las principales diferencias entre AUC y Matrimonio Civil, evidenciando las falencias del primero en relación al segundo.

Resumiendo y simplificando el esquema de análisis que utiliza la Licenciada en Ciencias Jurídicas y licenciada en Filosofía y Educación por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso María Soledad Quintana Villar para revisar paralelamente ambas instituciones, obtenemos principalmente las siguientes comparaciones.

En términos generales la primera gran diferencia y la más evidente es que el matrimonio será entre hombre y mujer con el carácter de indisoluble (se le da este carácter pese a que en realidad puede terminar mediante divorcio, pero se explica porque solo procederá ante causales establecidas) en cambio el AUC solo habla de los contrayentes como personas, pudiendo ser parejas de distinto o del mismo sexo y no se hace referencia a esta indisolubilidad ya que si bien se le caracteriza como de carácter estable y permanente, es sumamente fácil y simple ponerle termino. El ultimo establece varias causales, entre las cuales figura la decisión unilateral de uno de los convivientes civiles sin mayor trámite que la declaración mediante instrumentos específicos y la notificación respectiva.

Respecto de la naturaleza jurídica el matrimonio se define como contrato solemne y el AUC simplemente como contrato, lo cual, aunque no obste que pueda comprenderse como un mero contrato consensual dado que reviste de ciertas formalidades, de todas maneras expresa en su tenor una diferenciación de categoría.

El matrimonio origina el estado civil de casado y el AUC el de conviviente civil.

Ni el matrimonio ni el acuerdo aceptan modalidades en su celebración, pero el primero permite los esponsales, es decir la promesa mutua de su celebración. Existen diversas diferencias formales en la celebración de uno y de otro, pero no se revisarán por cuanto escapan al fin de esta revisión.

Ambos generan parentesco por afinidad con los parientes consanguíneos del cónyuge y del conviviente civil, respectivamente. Pero los del matrimonio se mantienen con posterioridad a la terminación de este, con todas las consecuencias correspondientes, en cambio, en el caso del acuerdo el parentesco se extingue una vez que este se termina.

En el matrimonio, respecto de las incapacidades norma seis absolutas y tres relativas, mientras que el AUC solo consta de cuatro en total. Ahonda Quintana *“El artículo 9 de la Ley N° 20.830 incorpora como requisitos de validez los impedimentos de parentesco y de ligamen. Aquel idéntico al consagrado en la ley de matrimonio civil, empero, debemos tener presente lo ya comentado: terminado el acuerdo de unión civil, se extingue el parentesco por afinidad con los parientes consanguíneos de los que fueron convivientes civiles. El impedimento de ligamen en ambas leyes es similar: No cabe la celebración del matrimonio ni del acuerdo de unión civil, si hay un matrimonio anterior no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente”*¹⁴³, y en esta línea comenta la disminución de requisitos y cuidados en el caso del AUC, principalmente respecto de la privación de uso de razón, homicidio y sobre la incapacidad relativa para contraer matrimonio.

Sobre la edad mínima para contraer uno y otro, la autora es crítica, por cuanto expresa *“Entonces y respecto de la edad mínima exigida para celebrar ambos contratos, mientras se adquiere el ius conubii a los 16 años, para contraer el acuerdo de unión civil es necesario haber cumplido los 18. Ello podría deberse a que el acuerdo de unión civil está dedicado especialmente –aunque no únicamente– a responder las pretensiones de las parejas homosexuales y el artículo 365 CP tipifica como delito el acceso carnal con una persona del mismo sexo menor de 18 años”*¹⁴⁴ dejando entreverse de esta manera, que nuestro ordenamiento sigue conteniendo en todo su ancho normas sumamente discriminatorias.

De las tres prohibiciones contenidas en la ley de matrimonio civil, la de acuerdo de unión civil recoge únicamente la de la de segundas nupcias y reconduce en dicho caso a los efectos de la normativa del matrimonio.

¹⁴³ QUINTANA VILLAR, M.S. 2015. *El acuerdo de unión civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno*. Valparaíso, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLIV, 127p.

¹⁴⁴ *Ibíd.* 127p.

Sobre matrimonios y Acuerdos de Unión Civil celebrados en el extranjero, sobre el aplica el artículo 80 de su propia ley en que determina que los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

Los matrimonios de personas del mismo sexo y acuerdos similares al de unión civil celebrados en el extranjero según la ley 20.830 serán reconocidos *“siempre que estén sujetos a registro en el país de celebración, se hayan celebrado válidamente, dando cumplimiento tanto a los requisitos de forma como de fondo de la legislación extranjera, y que se inscriban en el registro especial de acuerdo de unión civil. No obstante, agrega que podrán declararse nulos si transgreden los requisitos de validez del acuerdo de unión civil”*¹⁴⁵.

Sobre de los efectos del AUC versus los del matrimonio nuevamente vemos una regulación mucho más escueta, solo se refiere a la ayuda mutua y a la solvencia de los gastos ocasionados por la vida en común, sin considerar el derecho de alimentos recíproco, no habla sobre guardarse fe ni tampoco sobre respetarse ni protegerse mutuamente; no existe el deber de fidelidad, pero sorprendentemente sí existe, para los convivientes de diferente sexo, la misma presunción de paternidad que en el matrimonio; y, en cuanto al dolo, se sigue la misma línea que sobre los vicios del consentimiento que se aplican al matrimonio pero respecto del error sólo considera el error en la identidad de la persona, omitiendo expresamente el error en las cualidades de la persona.

Respecto de los efectos patrimoniales los cónyuges pueden optar por los regímenes de separación total de bienes, sociedad conyugal o participación en los gananciales, en cambio los convivientes civiles podrán elegir formar una comunidad o separación total de bienes.

Acerca de los bienes familiares existe el problema de que al hacer únicamente referencia a los cónyuges se ha entendido que aplica únicamente para ellos.

En materia sucesoria el conviviente civil se equipara en los derechos sucesorios al cónyuge sobreviviente tanto en la sucesión testada como en la abintestato y se le aplican las causales de desheredamiento del cónyuge contenidas en el artículo 1208 regla 1ª del Código Civil, se le reconoce derecho de adjudicación preferente al igual que al cónyuge sobreviviente, y finalmente, *“Por lo que atañe a la indemnización, si uno de los convivientes civiles haya ocasionado perjuicios*

¹⁴⁵ *Ibíd.* 128p.

por un hecho ilícito de un tercero que hubiere causado el fallecimiento del otro conviviente o que lo haya imposibilitado para ejercer por sí mismo las acciones legales correspondientes, tendrá legitimación activa para reclamar estas indemnizaciones y todas aquellas a que el ordenamiento jurídico le reconozca derecho”¹⁴⁶.

Si bien pareciera ser suficiente la regulación en esta materia se revisará más adelante que en realidad existe una gran desprotección a los hijos que no pueden establecer su filiación en los casos de reproducción asistida o adopción integral.

Se considera para ambos el derecho a ser oído en los casos que las leyes se refiera a parientes y los deja en situaciones bastantes parecidas sobre la compensación económica.

Otra gran falencia que plantea la profesora Fabiola Lathrop, además de los problemas de aplicación que no soluciona la ley respecto del término del acuerdo de unión civil por voluntad unilateral de una de las partes, compensación económica, prueba de estado civil y presunción de paternidad, es la regulación de la seguridad social, puesto que los convivientes civiles quedan en una situación sumamente desmejorada en relación a la de los cónyuges.

Sobre esto profundiza *“Los convivientes civiles no son causantes de asignación familiar y, como tales, no pueden ser carga de familia, salvo en los sistemas de salud de FONASA e ISAPRES, que están expresamente incluidos en la Ley”*¹⁴⁷.

Además *“Los convivientes civiles quedan excluidos de los beneficios de salud de la Previsión de la Defensa Nacional -CAPREDENA- y de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile -DIPRECA”*¹⁴⁸ y respecto de estas mismas instituciones *“quedan excluidos de beneficios de pensiones de supervivencia que provengan del seguro de social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”*¹⁴⁹.

¹⁴⁶ *Ibíd.* 131p.

¹⁴⁷ LATHROP, F. Acuerdo de Unión Civil: Regulación y problemas prácticos [en línea] <http://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/Ley_20830_Introd.pdf> [consulta: 10 noviembre 2018] 11p.

¹⁴⁸ *Ibíd.* 12p.

¹⁴⁹ *Ídem.*

III.1.3.1.2. Filiación de las parejas del mismo sexo

A partir de las diferencias entre matrimonio y AUC estudiadas y atendiendo a que Chile ha ratificado tratados internacionales que consagran la igualdad y no discriminación como principios rectores, es claro que de todas maneras con la legislación actual cae el Estado en una discriminación indirecta.

La discriminación indirecta corresponde al efecto de menoscabar determinados derechos y libertades en contraposición de la directa que tiene el propósito de hacerlo. El Comité de Derechos Humanos la establece como “(...) una regla o medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, da lugar a discriminación por su efecto adverso exclusivo o desmedido para una categoría de personas”¹⁵⁰.

Sobre la filiación en Chile se establece que no existirá distinción alguna entre hijos habiéndose erradicado hace 20 años la distinción que existía entre hijos legítimos e hijos ilegítimos atendiendo a si nacían dentro o fuera del matrimonio respectivamente.

Cabe preguntarse entonces si entramando la Ley de Filiación promulgada en 1998 en conjunto con la Ley de Acuerdo de Unión Civil y de la Ley de Matrimonio Civil y haciendo frente a una insuficiente regulación de los métodos de reproducción asistida efectivamente se establece la igualdad material de todos los hijos.

La licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos Dinka Benítez Peirano postula que actualmente se sigue discriminando entre hijos legítimos e ilegítimos por la orientación sexual de sus padres, lo cual atenta burdamente contra el principio de igualdad y no discriminación.

Lo anterior ocurre a su parecer más bien por falta de regulación y no por norma expresa discriminatoria, es decir que se reafirma la idea de discriminación indirecta que se evidencia en que habrán hijos que no tendrán filiación alguna con respecto de uno de sus padres viéndose menoscabadas sus garantías tanto personales como patrimoniales.

Hace especial énfasis en dos puntos, el primero sobre la normativa aplicable para parejas lesbianas y el segundo consiste en la crítica a la presunción legal de paternidad del Acuerdo de Unión Civil.

¹⁵⁰ BENITEZ, D. Op. Cit. 36p.

Hablando específicamente de parejas de mujeres, indica que no hay norma alguna que prohíba que ambas sean madres, el problema es que no entrega el ordenamiento las herramientas normativas para que la filiación se realice en ese sentido, entonces debería deberá fallarse por el principio de equidad haciendo una interpretación extensiva de las normas existentes.

Lo anterior ha sido de poca y difícil aplicación jurisprudencial, principalmente en los casos de reproducción asistida por cuanto indica el Código Civil en su artículo número 182 que el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.

Acerca de la presunción legal de paternidad del AUC hace una fuerte crítica por cuanto si bien la institución contempla tanto parejas de distinto sexo como para parejas del mismo sexo, solo se establece la presunción acerca de los primeros, sin ni siquiera exigir deber de fidelidad, *“Por tanto, esta presunción legal, si bien admite prueba en contrario, significa que aquellos hijos(as) nacidos(as) en la unión civil de sus padres heterosexuales tienen la certeza de tener padre y madre desde el nacimiento, lo que se les niega a los hijos(as) nacidos(as) en la unión civil de convivientes civiles del mismo sexo”*¹⁵¹.

Se argumenta que esto se norma de este modo por cuanto las parejas del mismo sexo no podrán engendrar un hijo, pero este es un argumento sumamente retrogrado ya que al día de hoy existen avanzados métodos de reproducción asistida, el problema que se presenta de nuevo es la mezcla de falta de norma con la falta de orientación de derechos humanos.

Se evidencia entonces la discriminación indirecta principalmente acerca de lo consagrado en el numeral quinto del artículo 17 de la Convención Americana respecto de la protección a la familia que determina que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Es necesario destacar en este punto que el Acuerdo de Solución Amistosa incluye la petición de que se modifique la ley 20.830 para que el conviviente (AUC) que ha criado al niño o niña sea reconocido como padre o madre, tenga o no lazos de consanguinidad.

¹⁵¹ *Ibíd.* 166p.

III.1.3.1.3. Adopción Homoparental

Otro punto sumamente importante para comprender de una forma íntegra la imposibilidad de formar familia para las parejas del mismo sexo en Chile es que actualmente no se permite la adopción de menores por parte de estas parejas.

La ley de Adopción de Menores no se modifica desde el año 1999 y el debate respectivo estaba paralizado desde el 2016 en la Comisión Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados, reiniciándose recién en abril del 2018 sin que hayan existido hasta el momento indicios de resolución del tema.

El día 12 de diciembre de 2018 en dicha comisión se aprobó la indicación de que no se podrá discriminar por ningún motivo a quienes inicien procedimientos de adopción, incluyendo en esta prohibición la discriminación por orientación sexual e identidad de género, lo cual constituye un gigantesco avance pero aún quedan varias etapas para la aprobación del proyecto por lo que es menester ver como evoluciona.

La Adopción Homoparental también es un punto que se refleja en las peticiones del Acuerdo de Solución Amistosa mediante la modificación ley 19.620 sobre Adopción de Menores incorporando a las personas que se encuentran unidas mediante un Acuerdo de Unión Civil.

III.1.3.1.4. El matrimonio como objetivo

Queda en evidencia con lo revisado que no es posible equiparar el AUC con el matrimonio, por lo que si bien es una gran iniciativa, no se puede determinar que ciertas instituciones son para todos y otras únicamente para parejas de distinto sexo por razones que constituyen una discriminación arbitraria.

Se deben mirar ambas instituciones como opciones separadas a las que no se puede restringir su elección por razones de orientación sexual. Quienes optan entre AUC y matrimonio debiesen poder hacerlo atendiendo a sus preferencias y convicciones internas y no porque infundadamente se estableció una restricción.

Habiendo establecido esto es innegable que urge el matrimonio igualitario pero no por esto podemos dejar exenta de criticar dicha entidad por cuanto ha sido históricamente una de las principales instituciones patriarcales.

No se puede dejar de lado que el matrimonio recoge la concepción del hombre como fuerza de trabajo y autoridad dentro del núcleo de la familia, teniendo espacio tanto dentro de la esfera pública como de la privada, relegando a la mujer solo a esta última, reduciéndola a roles hogareños y de cuidado, sin voz alguna en la toma de decisiones.

Si bien esta concepción ha ido mutando y modernizándose, muchos de los cambios han sido más formales que materiales por cuanto la jerarquía de poder no ha logrado equilibrarse al tener fundamentos estructurales sumamente arraigados.

Respecto de esta discusión la Corte IDH determinó que *“crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación”*¹⁵².

Sobre esto profundizó estableciendo que no era admisible la opción de establecer dos clases de uniones solemnes por distinción de orientación sexual, lo cual ocurre actualmente en Chile respecto del matrimonio y el AUC.

En este mismo sentido la Fundación Iguales (cuya misión consiste en trabajar para conseguir la plena inclusión de la diversidad sexual en la sociedad chilena) declara que *“En rigor, aunque la Unión Civil, consagrara eventualmente los mismos derechos regulados por el contrato del matrimonio, y este último se mantuviera exclusivamente para las parejas de distinto sexo, el Estado seguiría perpetuando la discriminación estructural que hay hacia las personas de la diversidad sexual, ya que el matrimonio no solo tiene efectos jurídicos, sino que además, tiene un valor social y simbólico”*¹⁵³

Queda entonces este punto como una invitación a la reflexión crítica sobre la duda de si la mejor opción es la del matrimonio igualitario o si deberíamos buscar nuevas instituciones que dejen en

¹⁵² CORTE IDH. 2017. *opinión consultiva oc-24/17 identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. 2p.

¹⁵³ Fundación Iguales. 2019. *Minuta Sobre Proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario*, Boletín 11422-07. 9 de enero de 2019.

igual de condiciones a las parejas sin subsumirlas dentro de estructuras discriminatoras y paternalistas.

III.1.3.2. Requisitos para que se configure el Daño al Proyecto de Vida

Ya habiendo revisado en términos generales en que consiste el Daño al Proyecto de Vida que se produciría en el caso, es necesario revisar particularmente cada uno de los requisitos establecidos en el primer capítulo.

III.1.3.2.1. Afectación del sujeto

El análisis para este caso es bastante más complejo que el realizado para el de Gabriela Blas, por cuanto el origen de las contravenciones que realiza el Estado es una omisión y no una acción como en el caso anterior.

Para el caso es identificable el Daño al Proyecto de Vida de cada una de las parejas en específico que son parte del procedimiento, incluso es más evidente en aquellas que ya habían contraído matrimonio bajo el amparo de otras legislación pero no fue validado en nuestro país, pero resulta dificultoso el extender este daño a todas las otras parejas que no han iniciado procesos judiciales al enfrentarse a situaciones similares e incluso más respecto de aquellas que ni siquiera intentan contraer matrimonio civil mediante los procedimientos del registro civil por cuanto si bien lo desearían, asumen que las acciones encaminadas a satisfacer sus anhelos serán rechazadas.

III.1.3.2.2. Daño Cierto

Para la primera revisión necesaria de este requisito es necesario que el proyecto de vida sea existente, para el caso existe una primera instancia en que este se gesta en el fuero interno, pero que a luego pasa a verse externamente al momento de concurrir al registro civil.

A la vez se exige que sea verosímil. Si bien respecto del derecho interno se expresa que el matrimonio deberá ser entre hombre y mujer y sin olvidar la ley se entiende conocida por todos, existe una expectativa valida si atendemos a los estándares internacionales a los cuales debiese estar

sujeto el ordenamiento interno, sobre todo al verse estos reflejados en tratados e instrumentos ratificados por Chile.

Además el Acuerdo de Solución Amistosa sienta un precedente que le da más peso a dichas pretensiones y proyecciones, ya que representa el respaldo por parte del Estado a que dicha argumentación del derecho internacional primariamente basada en el principio igualdad es efectivamente la que debería adoptarse internamente.

Es importante para determinar la realidad, contexto y posibilidades del sujeto comprender que nos encontramos en un mundo altamente globalizado y que ya no es posible analizar el derecho interno de manera abstracta e inconexa con el resto de la realidad mundial, sobre todo cuando el propio país ha otorgado jurisdicción a varios órganos del sistema internacional.

En relación al segundo punto de exigencia de este requisito, es decir, respecto del carácter proyectivo del daño sufrido, sobre todo atendiendo a la protección de quienes lo sufren ante la cuantificación de la indemnización, resulta claro que el formar familia, entendiendo el concepto en su más vasta acepción, es uno de los deseos más esenciales del humano por cuanto es sujeto coexistencial.

III.1.3.2.3. De mucha entidad

La dimensión del daño debe ser de tal calibre que no permita la realización de quien no logra llevarlo a cabo, lo cual para este caso se puede argumentar que si bien la vida en pareja y la familia no son la única forma en que el humano se realiza, generalmente quienes buscan casarse siguen desarrollándose en todas las otras áreas dirigiendo sus esfuerzos siempre en pos de poder mantener y gozar su matrimonio y su familia.

Entonces, si bien la persona puede realizar otros aspectos de su vida, muchas veces este carece del sentido que le pretendía dar, por lo que concurre la medida de ser de tal magnitud que llegue a afectar la razón de ser del individuo que lo sufre.

La propia Corte IDH se refiere a la elección de pareja y de la forma de unión que prefieran como sentido del proyecto de vida en el siguiente sentido *“El Tribunal entendió que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener*

un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Observó la Corte que esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida. Añadió que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes”¹⁵⁴.

Se establece entonces la magnitud del daño al entender que este daño afecta directamente a la dignidad humana, principio que irradia los derechos humanos.

III.1.3.2.4. Reparable

La situación a la que se han visto enfrentadas las parejas que ha impedido alcanzar su proyecto de vida es sumamente injusta y a la vez humillante. Para este caso es mucho más difícil establecer claramente los daños que para el caso de Gabriela, porque si bien existe un truncamiento de los proyectos de vida de dichas parejas, la falta de matrimonio igualitario y de una normativa no discriminatoria transversal afecta a todas aquellas parejas que se encuentran en una situación homologable.

Es esclarecedor para este punto analizar las peticiones tanto de la denuncia como del Acuerdo, por cuanto apuntan hacia un bienestar colectivo, más que una reparación personal de cada daño de vida truncado que fue llevado hasta estas instancias.

Entonces, si bien son los sujetos que acuden a dichas instancias quienes buscan reparación, en este caso se deja entrever que la búsqueda de esta es para un sector de la sociedad chilena y que correspondería de cierta forma al cumplimiento del Acuerdo de Solución Amistosa.

La reparación consistiría un cambio legal aplicable a toda la nación para el cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos y en este punto dista entonces de los estándares tradicionales de resarcimiento respecto del Daño al Proyecto de Vida. Lo anterior se evidencia al comparar las medidas que contempla este Acuerdo en contraposición del de Gabriela.

¹⁵⁴ CORTE IDH. Op. Cit 3p.

Esto lleva a la complicación también del análisis del segundo punto de este requisito que tiene que ver con que la víctima debe estar viva y que la reparación debe ser directamente para ella, pues nuevamente se enfrentaría el carácter personal de la acción con el colectivo que se busca para este caso.

III.1.3.2.5. Que el daño causado no sea de carácter material o moral

El daño no es de carácter material por cuanto el malestar se gesta y radica en el aspecto subjetivo de la persona que consiste en su capacidad de decidir sobre sus acciones y proyectarlas según sus fines ulteriores propios, expresándose todas estas acciones y anhelos de forma que si bien puede ser evidente y tener consecuencias materiales siempre radicará en su esencia inmaterial.

Como ha sido expuesto en esta investigación se podría concebir básicamente este daño como daño moral por cuanto no es patrimonial per sería una acción reduccionista ya que carecería de la proyectividad y trascendencia propia del formar una familia.

Nuevamente la situación corresponde el enfrentamiento de la concepción del daño moral versus el daño a la persona siendo necesario acudir a este último para comprender al ser humano en todo su esplendor y complejidad por lo que es la única forma de comprender el daño de forma completa y posteriormente resarcirlo integralmente.

III.1.3.2.6. Causalidad (Omisión)

Como se planteó en el primer punto del análisis el daño para este caso se configuraría desde la omisión y para comprender este carácter del origen del daño producido por el Estado debemos centrarnos en el origen, sentido y fin del Acuerdo de Solución Amistosa para de esta manera explicar por qué el Estado lo firmó.

El trasfondo de este acuerdo revela que el Estado asume que está faltando al tratado ratificado y que a la vez es el que le otorga jurisdicción a la Corte IDH por lo que se compromete a realizar las gestiones necesarias dentro de facultades para dejar de contravenirlo y de esta manera lograr garantizar las normas contenidas en este.

Desde que se asumen las obligaciones contenidas en el acuerdo el Estado pasa a establecerse como un garante de esta obligación de hacer, lo cual ante la falta de promoción y cumplimiento que denuncia el Movilh, constituiría una omisión que configuraría el segundo tipo de afectación en que el daño se conforma por la omisión de los deberes del estado.

En primer lugar, resulta dudoso determinar que el elemento naturalístico se cumpla ya que si se suprime la suscripción del tratado por parte del estado este no se configura como garante. Si posteriormente suprimimos la omisión respecto de las acciones necesarias para el cumplimiento mínimo de esta obligación de hacer e incluso la realización de acciones contradictorias a este, no nos enfrentaríamos a esta expectativa incumplida por parte del Estado chileno. Pero de todas maneras es difícil determinar en qué momento se establece la trasgresión y hasta qué punto.

Por otro lado se podría argumentar que es una etapa intermedia, y que una vez que se apruebe el matrimonio igualitario, quienes buscan casarse bajo esta figura podrán retomar su proyecto de vida sin que este se haya trasgredido a tal punto que se haya evitado para siempre.

En segundo lugar, el elemento normativo también es complejo de analizar ya que resulta apropiado o verosímil para generar objetivamente las consecuencias dañosas de la expectativa de la ratificación del acuerdo versus los acuerdos incumplidos, es decir el menoscabo mantenido de la situación de las parejas, pero de todas maneras sigue siendo un derecho expectatio por lo que resulta discutible.

Omisión como causa del Daño al Proyecto de Vida

Barros indica esta necesidad de posición de garante respecto de las omisiones por cuanto *“La condición, sin embargo, es que la omisión sea culpable, lo que resulta más excepcional que en el caso de la acción, porque supone que haya existido un deber positivo de actuar, cuyo ámbito es más restringido que el principio negativo que nos prohíbe dañar a otros”*¹⁵⁵. Lo anterior es necesario ya que no se puede establecer un régimen general por omisiones.

Es por esto que resulta incluso más dificultoso establecer que esta categoría de daño se configura, pues no solo es débil el análisis sobre el elemento naturalístico y del normativo, sino que además es

¹⁵⁵ BARROS, E. Op. Cit. 378p.

difícil establecer el estándar de omisión que se castiga pese a ser claro que el Estado se ha posicionado como garante.

III.1.2.3.7. Contexto: Orientación Sexual como categoría sospechosa

Para no aplicar de manera mecánica y no representativa los requisitos anteriores se reitera la necesidad de atender al contexto en que estos se configuran, lo cual al igual que en el capítulo anterior se realizará a partir del concepto de categoría sospechosa.

Históricamente la orientación sexual ha sido una de las causas de discriminación y opresión más recurrentes, desde su manifestación mediante estereotipos y prejuicios hasta homicidios por odio y casos de campos de concentración como los de Rusia.

Uno de los fallos más notorios en relación a esta categoría sospechosa fue el de "Atala Riffo y niñas v. Chile" el cual llega a la Corte IDH tras la entrega de la tuición de las hijas de Karen Atala a su padre por que ella había iniciado una convivencia con otra persona de su mismo sexo.

Se plantea esto de igual manera en el voto disidente de los ministros Carmona, Viera-Gallo, Fernández y García en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de noviembre de 2011, la cual fue revisada respecto de la tramitación nacional del caso Movilh, que expresa que *“debe tenerse en consideración que las categorías ‘sexo’ y ‘orientación sexual’ corresponde a las denominadas categorías sospechosas de discriminación que inciden en el juicio de razonabilidad. Cuando se recurre a ellas, se invierte la presunción de constitucionalidad de que goza el legislador en virtud del principio de deferencia, ya que pueden afectar a personas integrantes de colectivos minoritarios más vulnerables en razón de una trayectoria de discriminación. Lo anterior exige un examen más estricto de razonabilidad”*¹⁵⁶.

En la sentencia de la Corte IDH se señala que *“la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido’ (consid.92°). A esto se debe agregar que en el caso de la ‘prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de*

¹⁵⁶ ÍÑIGUEZ MANSO, A. 2014. "La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Revista de Derecho (Valparaíso) (XLIII): 511p.

mucho peso, invirtiéndose además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio' (consid.125°)''¹⁵⁷.

Resulta evidente entonces que la orientación es una condición que configura discriminación social pero a la vez en estructuras normativas e institucionales como indica Amnistía Internacional *“La discriminación y la violencia omnipresentes contra personas por su orientación sexual, identidad o expresión de género se produce en todos los ámbitos de la sociedad, y puede ser justificada o incluso perpetrada por leyes y políticas locales o nacionales”¹⁵⁸.*

Es por lo anterior que debe considerarse categoría sospechosa y efectuar un análisis y justificación mucho más acuciosa, sin caer en conservadurismos que tienen principalmente un carácter religioso incluso aun cuando el Estado se califica como laico. Es inminente a partir de lo analizado que Chile no está cumpliendo los estándares internacionales respecto de esta categoría.

III.2. Fin del Capítulo

En este capítulo se ha expuesto la discriminación que importa la legislación chilena acerca de las parejas del mismo sexo no solo en relación al matrimonio si no que en variadas más instituciones y disposiciones. Lo anterior ocurre pese a regirse por el principio de igualdad y de haber ratificado importantes tratados internacionales de derechos humanos.

Respecto del Daño al Proyecto de Vida se hace más difícil su análisis, en cuanto varias características del caso escapan a los requisitos establecidos para su revisión.

A continuación se revisarán las conclusiones de la presente investigación.

¹⁵⁷ *Ibíd.* 503p.

¹⁵⁸ AMNISTIA INTERNACIONAL. [en línea] Violencia basada en la orientación sexual y en la identidad de género. <<http://www.midecision.org/modulo/violencia-basada-la-orientacion-sexual-la-identidad-genero/>> [consulta: 06 noviembre 2018]

CONCLUSIONES

En relación a la revisión de los casos particulares, el de Gabriela Blas no resultó mayormente problemático ya que sigue en gran medida las características de aquellos de la Corte IDH revisados, por lo cual es un caso sumamente esclarecedor respecto de la esencia del *Daño al Proyecto de Vida*.

En cambio, respecto del caso del Movilh sobre el matrimonio igualitario resulta que si bien el trato indigno y discriminatorio constituye una grave falta y ocasiona daños de gran magnitud a las parejas del caso resulta dificultoso ampliar el concepto de *Daño al Proyecto de Vida* a tal que logre contenerlos. Lo anterior ocurre por el hecho de que si bien en este caso concurren tres parejas, en realidad el sujeto que se expresa en una demanda y posteriormente en el acuerdo de solución amistosa corresponde a uno colectivo por cuanto es una discriminación sistemática legislativa. Por esto resulta demasiado forzada la extensión del término a toda la población chilena que se vea en este mismo caso.

Sobre la omisión como fundante de la responsabilidad nos encontramos nuevamente en la situación de necesidad de ampliación de los requisitos hasta un punto que desnaturaliza la institución revisada.

Por esto se puede entender que el *Daño al Proyecto de Vida* actúa como categoría de daño para la reparación de afectaciones de derechos individuales ocasionados por acciones atribuibles a los estados.

En definitiva, se pudo determinar que si se configuraba en el caso de Gabriela Blas pero no en el del matrimonio igualitario por lo cual se rechaza la hipótesis central de la investigación y queda como tarea futura analizar cual será la forma de proteger los derechos quebrantados en dichas circunstancias.

Incluso para el primer caso en que si se configura el Daño al Proyecto de Vida es problemático considerar esta categoría de daño es aplicable en el ordenamiento chileno, tanto por la falta de recepción positiva como de los criterios de interpretación.

Aun en el caso de que llegase a ser aplicable, sería de esperar que quedara subsumido bajo el daño moral por las problemáticas que apareja la determinación tanto del daño como de su reparación.

Queda como tarea pendiente de suma urgencia la regulación expresa del concepto de *Daño al Proyecto de Vida* en el Sistema Interamericano para así posteriormente ser recepcionado por los ordenamientos internos. De esta manera será más claro su alcance y por ende su interpretación, dejando de existir a la sombra del daño moral.

Es recomendable por esto mismo, superar la concepción de daño moral e incorporar la de daño a la persona en los ordenamientos internos para poder de este modo amparar todas las categorías que en esta se incluye.

Para lo anterior es necesario dejar la visión puramente racional del humano, entendiéndolo como un ser complejo, sobre todo atendiendo a sus diversas dimensiones con especial atención en su temporalidad, partiendo siempre desde la dignidad de la persona como principio rector.

Respecto de Chile, no solo es apremiante la recepción normativa del *Daño al Proyecto de Vida* y de otros conceptos afines, si no que pasa a ser determinante una revisión estructural anterior que corresponde a la aclaración de la jerarquía de los Tratados Internacionales ratificados. Lo anterior se plantea atendiendo a que si bien he optado en este trabajo por seguir la corriente que entiende el artículo 5 inciso 2 de la Constitución como una cláusula de apertura constitucional, esto no está exento de discusión habiendo multiplicidad de formas de aplicación al respecto.

Con esto se podrá aclarar que rol cumplen los tratados en el bloque constitucional y a la vez podrá aportar para que la recepción de estos sea más completa, incluyendo tanto los aspectos formales como los materiales.

Acerca de las categorías sospechosas y su inminente tendencia a relacionarse de forma interseccional es apremiante cumplir con los estándares mínimos de justificación por parte del Estado para evitar dañar derechos y garantías esenciales, incluyendo la perspectiva de género para esta tarea.

En ese sentido es urgente seguir trabajando en la aplicación correcta y significativa del Convenio 169, para de este modo no solo evitar conflictos si no que a la vez valorar las culturas diversas que conforman y enriquecen nuestro país.

Es menester incorporar un concepto de familia más amplio privilegiando a la familia real y funcional por sobre las instituciones conservadoras e inmutables. Urge un derecho de familia completo y comprensivo para que no sigan ocurriendo discriminaciones, ya sean directas o indirectas. En Chile y en el mundo no pueden seguir existiendo hijos legítimos y otros ilegítimos.

Es aceptable, incluso recomendable, la existencia de múltiples y variadas instituciones que regulen las relaciones afectivas por cuanto cada pareja debe optar a la que más le acomode según sus valores e ideales. Dicho lo anterior, jamás podrá determinarse mediante discriminaciones arbitrarias quienes tendrán acceso a estas y quiénes no.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS/ARTICULOS/VARIOS:

1. AMNISTIA INTERNACIONAL. *Violencia basada en la orientación sexual y en la identidad de género*. [en línea] <<http://www.midecision.org/modulo/violencia-basada-la-orientacion-sexual-la-identidad-genero/>> [consulta: 06 noviembre 2018]
2. AWID. 2004. *Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica*. Derechos de las mujeres y cambio económico No. 9
3. BARROS, E. 2006. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
4. BARROS, E. 2010. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
5. BARROS, E. 2017. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
6. BENITEZ, D. 2018. *Filiación y Mujeres Lesbianas*. Santiago, Chile. Rubicon Ediciones.
7. BOBADILLA, Carlos. 2016. *La "pena natural": fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno*. Valparaiso, Polít. crim. Vol. 11, N° 22, Art. 7. 548-619p.
8. CALDERÓN, J. 2005. *Reparación del Daño al Proyecto de Vida por Violaciones a Derechos Humanos*. México, Editorial Porrúa.
9. Cámara de diputados de Chile. *Noticias: diputados solicitan indulto presidencial para pastora aymarú* [en línea] <<https://bit.ly/2qsoR35>> [consulta: 10 octubre 2018].
10. CHÁVEZ SILVA, N. (2018). *Nancy Yañez sobre el caso de Gabriela Blas*. Anuario de Derechos Humanos, (14), 211-221. doi:10.5354/0718-2279.2018.51513
11. Comisión IDH. *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*. [en línea] <<https://bit.ly/2RBCLf1>> [consulta: 20 octubre 2018].
12. Comisión IDH. 2018. *Informe No. 138/18 sobre Petición 687-11 de Solución Amistosa: Gabriela Blas Blas y su hija C.B.B. Chile*.
13. CORRAL TALCIANI, H. 2011. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
14. CORTE IDH. 2017. *opinión consultiva oc-24/17 identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*.

15. CIDH, *Informe No. 138/18, Petición 687-11. Solución Amistosa G.B.B. y C.B.B.* 21 de noviembre de 2018.
16. CASTAÑO, D. 2009. *El daño al proyecto de vida como nueva dimensión del daño inmaterial o no patrimonial. Comentarios a la sentencia del Consejo de Estado del 8 de marzo de 2007.* Santiago, Revista Derecho del Estado, 22, 301-308p.
17. CASTELLETTI FONT, C. 2011. *¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Cometario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5.* Santiago: Minuta Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, 2, 1 – 13p.
18. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. 2012. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile.* Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales
19. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. 2018. *concluding observations on the seventh periodic report of Chile.* CEDAW, 7, 1-14p.
20. DE LAMA AYMÀ, A. 2010. *Discriminación múltiple.* Barcelona. ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. I
21. DÍAZ DE VALDÉS, J. 2018. *Las categorías sospechosas en el derecho chileno.* Chile, Valparaíso. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.50
22. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. 1999. *El Daño al "Proyecto de Vida" en una Reciente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Perú, Themis, 39, 453-464p.
23. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. 2007. *¿Existe un Daño al Proyecto de Vida?* [en línea] <<https://bit.ly/2P3bUYm>> [consulta: 06 mayo 2018]
24. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. 2010. *El "daño al proyecto de vida" en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas.* Perú, Foro Jurídico, 10, 76-104p.
25. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *El daño al proyecto de vida.* [en línea] <<https://bit.ly/2bhZUCJ>> [consulta: 26 abril 2018]
26. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *El Daño al "Proyecto de Vida" en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* [en línea] <<https://bit.ly/2NgFF63>> [consulta: 20 mayo 2018]
27. Fundación Iguales. 2019. *Minuta Sobre Proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario, Boletín 11422-07.* 9 de enero de 2019.
28. GALAZ, G. CIPER: *La historia no contada de la pastora aymara condenada por extraviar a su hijo.* [en línea] <<https://bit.ly/2vl84Bj>> [consulta: 6 mayo 2018].
29. GALDÁMEZ, L. 2007. *Protección de la Víctima, Cuatro Criterios de la Corte*

- Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación Evolutiva, Ampliación del Concepto de Víctima, Daño al Proyecto de Vida y Reparaciones*. Santiago, Revista Chilena de Derecho, 34 n° 3, 439-455p.
30. GALDÁMEZ, L. 2014. *El valor asignado por la jurisprudencia del tribunal constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Chile, Estudios Constitucionales, Año 12, N° 1, 2014, 329-364p.
 31. GARCIA MELE, S. 2013. *Artículo 17 protección a la familia*. En: La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, Enrique Alonso Regueira. Facultad de Derecho de Buenos Aires.
 32. GARCÍA RAMÍREZ, S. 1998. *Dos Temas de la Jurisprudencia Interamericana: "Proyecto de Vida" Y Amnistía*. Santiago, Gaceta de los tribunales, XCV, núm. 2, 61-75p.
 33. GARRIDO MONTT, M. 2010. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
 34. HERNÁNDEZ, G. 2007. *Uniones afectivo-sexuales y matrimoniales entre personas del mismo sexo en el estado democrático de derecho*". Santiago: *Estudios de derecho civil III: Jornadas nacionales de derecho civil*, 177-211p.
 35. Humanas. *Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado de Chile en el caso "Gabriela Blas Blas"* [en línea] <<http://www.humanas.cl/?p=17247>> [consulta: 2 octubre 2018]
 36. ÍÑIGUEZ MANSO, A. 2014. *"La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*. Revista de Derecho (Valparaíso) (XLIII): 495-516.
 37. IRIARTE RIVAS, C. (2018). *La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos*. Anuario de Derechos Humanos, (14), 55-76. doi:10.5354/0718-2279.2018.49168.
 38. JOPIA ZAVALA, V; LABBÉ CÉSPEDES, N. 2016. *Discriminaciones Múltiples: Una Perspectiva Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Caso de las Mujeres Migrantes*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. Trabajo ganador del Concurso "Cuenta tu tesis en Derechos Humanos" 2016 Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)
 39. LA BARBERA, M. 2016. *Interseccionalidad, un "concepto viajero": orígenes, desarrollo e implementación en la unión europea*. Madrid, España. Interdisciplina 4, n° 8: 105-122.
 40. La Tercera. *Gobierno: Estado nunca se obligó a aprobar matrimonio igualitario* [en línea]

- <<https://www.latercera.com/politica/noticia/gobierno-estado-nunca-se-obligo-aprobar-matrimonio-igualitario/361958/>> [consulta: 10 noviembre 2018]
41. LATHROP, F. *Acuerdo de Unión Civil: Regulación y problemas prácticos* [en línea] <http://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/Ley_20830_Introd.pdf> [consulta: 10 noviembre 2018]
 42. MÉRIDA C, H. 2012. *Una pastora aymara en el corazón del derecho*. 93 La Revista de la Defensoría Penal Pública, n.7. Chile. 59-63p.
 43. MOSSET, J. 1995. “*El daño a la persona en el Código Civil peruano*. En: Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas. Tomo I. Lima. W.G Editor. 213p.
 44. MOVILH. *Comisión Interamericana de DDHH aclara al Gobierno que cumplimiento de acuerdo con el MOVILH pasa por impulsar el matrimonio igualitario*. [en línea] <<http://www.movilh.cl/comision-interamericana-de-ddhh-aclara-al-gobierno-que-cumplimiento-de-acuerdo-con-el-movilh-pasa-por-impulsar-el-matrimonio-igualitario/>> [consulta: 14 noviembre 2018]
 45. MOVILH. *Presidenta de la CIDH en histórica audiencia sobre matrimonio igualitario: todos los seres humanos tienen derecho a casarse* [en línea] <<http://www.movilh.cl/presidenta-de-la-cidh-en-historica-audiencia-sobre-el-matrimonio-igualitario-todos-los-seres-humanos-tienen-derecho-a-casarse/>> [consulta: 6 diciembre 2018]
 46. MOVILH. *Cámara oficiará a la Contraloría por incumplimientos del Gobierno con el matrimonio igualitario* [en línea] < <http://www.movilh.cl/camara-oficiara-a-la-contraloria-por-incumplimientos-del-gobierno-con-el-matrimonio-igualitario/>> [consulta: 8 enero 2019]
 47. NASH, C. 2006. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos*. [en línea] <<https://bit.ly/2DNOVzr>> [consulta: 18 julio 2018]
 48. NASH, C. 2003. *Protección de los derechos humanos indígenas en el sistema interamericano*. Ponencia presentada Seminario “Derechos Indígenas: Tendencias Internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile”, Universidad Arturo Prat, Iquique-Chile
 49. ONU. *Lucha contra la discriminación de los pueblos indígenas*. [en línea] <<https://bit.ly/2xvNPIY>> [consulta: 10 julio 2018]
 50. QUILALEO, F. (2018). *La implementación del convenio 169 de la OIT en Chile: la paradoja de los derechos indígenas*. Anuario de Derechos Humanos, (14), 141-153. doi:10.5354/0718-2279.2018.49199

51. QUINTANA VILLAR, M.S. 2015. *El acuerdo de unión civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno*. Valparaíso, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLIV, 121 – 140p.
52. RODRÍGUEZ, P. 2012. *Responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile.
53. ROUSSET, A. 2011. *El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos*. Revista Internacional de Derechos Humanos. Año I N 1. 59-79p.
54. TONON, M. 2011. *La reparación del daño al proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. AEQUITAS Virtual, 5 no 16, 1-11P.
55. TRUFFELLO, P. 2018. *Boletín 9119-18 Biblioteca del Congreso Nacional: Aproximación al concepto de familia*.
56. UNICEF-UDELAR. 2003. *Nuevas formas de familia: Perspectivas nacionales e internacionales*. Montevideo, Uruguay.
57. VALDÉS ECHENIQUE, T. 2013. *La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género*. Santiago, Anuario de Derechos Humanos, 9, 171-181p.

JURISPRUDENCIA NACIONAL:

1. CA (2010): Sentencia de 9 de diciembre de 2011 (Protección-Ant-6787-2010).
2. TC (2011): Sentencia de 3 de noviembre de 2011 (1881-10)
3. CS (2011): Sentencia de 4 de abril de 2012 (Apelación Civil-12635-2011).
4. CS (2018): Sentencia de 26 de noviembre de 2018 (Apelación Protección Causa N° 6109-2018).
5. TOP Arica (2010): Sentencia de 15 de abril de 2010 (RUC 0710014873-5-RIT 221-2009).
6. CS (2010): Resolución n° 24989 de 19 de julio de 2010 Causa n° 3295/2010.
7. CS (2016): Resolución n° 700011 de 1 de diciembre de 2016 Causa n° 92795/2016.
8. CA Arica (2010): Resolución n°6941 de 30 de agosto de 2010 Causa n° 158/2010.
9. TOP Arica (2010): Sentencia de 11 de octubre de 2010 (RUC 0710014873-5- RIT 221-2009).
10. CA Arica (2010): Resolución n° 9904 de 15 de noviembre de 2010 Causa n° 211/2010.
11. CGR (2018): pronunciamiento sobre la legalidad del "Acuerdo de Solución Amistosa Caso P-946-12", Dictamen 006823N18 del 9 de marzo de 2018.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL:

1. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
2. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.
3. Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
4. Ficha técnica: Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
5. Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
6. Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.
7. Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
8. Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 febrero de 2008.
9. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.
10. Comisión IDH. Denuncia Movilh-Estado de Chile, presentada el 15 de mayo de 2012.
11. Comisión IDH. Acuerdo de Solución Amistosa Movilh-Estado de Chile pactado el 11 de junio de 2016.
12. Corte IDH. Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 338.
13. Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333.
14. Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331.
15. Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

- 16.** Resumen Oficial: Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.