

DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

Leonor Etcheberry Court
Profesora de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

FILIACIÓN

ENTREGA INMEDIATA. (CORTE SUPREMA, 24 DE ENERO 2002, ROL N° 4614.01)

Don B.M. en representación del Estado de Chile, junto a don ... padre de las menores ... y ... de 3 y 2 años, respectivamente, solicita la entrega inmediata de sus hijas para viajar a Suecia, lugar de su residencia habitual, desde donde viajaron a Chile en compañía de su madre, sin autorización. La solicitud se funda en lo señalado en la Convención sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños (en adelante Convención de La Haya). En efecto, el demandante y la demandada contrajeron matrimonio en Suecia, sus hijas nacieron y vivieron en este país, y luego de la separación, la madre solicitó autorización para viajar a Chile, a lo cual el padre se opuso, demandando la tuición de las menores. Sin embargo, la madre, sin esperar resolución alguna y sin mediar autorización del padre, viajó a Chile con las menores.

El tribunal de primera instancia determinó que el traslado de las menores era ilícito por no ajustarse a la Convención de La Haya. Sin pronunciarse

sobre la tuición de las menores, por no corresponder en conformidad a la Convención de La Haya, ordenó el regreso de las menores a Vaxjo, ciudad de residencia habitual de las menores. Por su parte la Corte de Apelaciones confirma la sentencia apelada.

La demandada recurre de queja a la Corte Suprema, la cual casa de oficio la sentencia dictando al efecto la sentencia de reemplazo.

La sentencia de la Corte Suprema alude a una problemática de importante actualidad, siendo su opinión criticable, según las siguientes consideraciones.

La Convención de la Haya suscrita por Chile, es clara en señalar que los jueces no deben pronunciarse sobre la tuición de los menores, ya que ella debe ser resuelta por el tribunal del lugar de origen de los menores, por lo cual sólo se debe constatar si el traslado de los niños es ilícito o no.

En conformidad a la legislación sueca, en caso de separación de los padres, la patria potestad corresponde a ambos padres, siendo necesaria la autorización del padre para que las menores puedan viajar al extranjero, cuestión que no ocurrió. En consecuencia, la madre, en defecto de la autorización del padre, de-

bía obtener la autorización judicial, cosa que no ocurrió, por lo cual el traslado en sí es ilícito.

La misma Convención autoriza en casos excepcionales que el tribunal del país donde se han radicado los menores, deniegue el regreso de éstos. Así, por ejemplo, cuando

“existe un grave riesgo de que el regreso del niño lo exponga a un peligro físico o psicológico, o de otro modo lo ponga en una situación intolerable...”.

Este mismo aspecto regula el auto acordado dictado por la Corte Suprema sobre este tema.

La Corte en su considerando sexto señala que dicho riesgo se configura debido al apego que tienen las menores con su madre, con sus abuelos paternos y con su actual entorno social. Por consiguiente, el máximo tribunal ordena que las menores permanezcan en el país sobre la base del principio del interés superior del niño.

Si bien es cierto, y nadie duda de la importancia de la figura materna, es sorprendente que el fallo no se refiera al significado para las menores de la figura paterna y, por su parte, las consecuencias para el padre de vivir separado de sus hijas. Es cierto que el interés superior del niño debe orientar la solución judicial en el sentido que cause el menor daño posible a los menores. Sin embargo, la madre contrajo matrimonio en Suecia, sus hijas nacieron en este país y vivieron ahí los primeros años de sus vidas, por lo cual llama la atención que no se mencione ni

se evalúe la posibilidad de que la madre vuelva a vivir a Suecia con sus hijas, donde las menores tendrán contacto con el padre y con la familia de éste.

Cabe tener presente que la madre decidió de manera voluntaria contraer matrimonio y radicarse en el país nórdico. Así, entonces, quedó sometida a la jurisdicción de los tribunales suecos; sin embargo, al no obtener una decisión favorable procedió mediante la autotutela tomando la justicia en sus propias manos al viajar sin autorización alguna y sin considerar la opinión del padre de las menores.

Me parece que la Corte Suprema al fallar en el sentido señalado, atentó contra el interés superior del menor, el que creyó defender, ya que al ordenar la permanencia de las menores en Chile conculcó el derecho deber que tiene el padre de mantener una relación directa y regular con sus hijas. La Corte no se pronuncia sobre este aspecto, pero cabe suponer que la madre no permitiría que las menores viajaran a Suecia con su padre, pues éste procedería de la misma forma amparándose, esta vez, en su jurisdicción.

En este caso preciso no se configura la causal de la Convención en cuanto a peligro físico o psicológico, ya que el padre no pretende separarlas de su madre, sino que regresen al país donde siempre han vivido y que la solución del conflicto sea fallada por la jurisdicción sueca, a fin de discutir la tuición.

Cabe destacar que Chile, con sus reiterados fallos, a favor de las madres que trasladan ilícitamente a los menores de su lugar habitual de residencia, ha violado reiteradamente la Conven-

ción de La Haya, sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños; teniendo una cierta desconfianza en que los tribunales extranjeros, sabrán aplicar el principio del interés superior del menor y otorgar debidamente la tuición.

En definitiva, la Corte al ordenar que las menores permanezcan en nuestro país, miró preferentemente el interés de la madre, olvidó el derecho de las menores de tener un padre y los derechos de éste, infringiendo la citada Convención de La Haya.

TUICIÓN. INCIDENCIA DE LA HOMOSEXUALIDAD. (JUZGADO DE VILLARRICA, 29 DE OCTUBRE DE 2003; CORTE SUPREMA, 4ª SALA, 31 DE MAYO DE 2004, ROL 1.193-2003)

El demandante J.L.A. entabla demanda para obtener la tuición de sus hijas menores de 8, 4 y 3 años; en contra de la madre de éstas K.A.R., funda su petición en la opción sexual de la madre, quien ha declarado abiertamente su lesbianismo, conviviendo con una pareja femenina, en la misma casa que vivía con sus hijas. En la actualidad el demandante también tiene una nueva pareja.

El Juzgado de Villarrica en primera instancia no acoge la demanda del padre radicando la tuición en la madre; lo cual es ratificado por la Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha 30 de marzo de 2004.

De este fallo queremos relevar los siguientes puntos:

1. En sus considerandos vigésimo y vigésimo primero, la jueza realiza

una interpretación del artículo 225, que a nuestro juicio es errada, al sostener

“que en el artículo 225 la ley presume la idoneidad de toda madre... y que en consecuencia para privar a la madre de la tuición de las menores deberá acreditarse la inhabilidad de ésta de acuerdo a los artículos 225 y 226 del Código Civil”.

El artículo 225 al entregarle la tuición a la madre cuando los padres viven separados, no hace sino considerar que en Chile ello constituye un hecho natural, que la madre es más idónea; pero en ningún caso presume que “todas las madres son idóneas”; si así lo fuera como concluye la jueza; sería casi imposible inhabilitar a cualquier madre.

Respecto de una correcta interpretación de esta norma podemos señalar lo siguiente:

- a) Claramente estamos frente a una norma inconstitucional por ser discriminatoria respecto de los padres, a los cuales a priori considera menos aptos para ejercer la tuición de sus hijos.
- b) La norma del artículo 225 consagra una regla general a favor de la madre, norma que no es absoluta, ni es una presunción de derecho, por lo tanto no es necesario inhabilitar a la madre para poder otorgarle la tuición al otro de los padres.
- c) El principio del interés superior del menor tiene preeminencia por