

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

sobre esta norma de carácter general; lo que olvidó la jueza, es que las nuevas normas de tuición tienen como centro a los niños y no a los padres; no se trata de castigar a la madre quitándole la tuición, se trata a través de la noción “causa calificada” del artículo 225, determinar dónde las menores del caso tendrán un mejor desarrollo integral, psicológico, afectivo, material, etc. Si lo obtienen con la madre es ahí donde las menores deben permanecer; por el contrario, si este desarrollo se obtendrá de mejor forma con el padre; la jueza sin tener que inhabilitar a la madre, sino que simplemente concluyendo que el interés superior de los menores estará más protegido con el padre, podrá radicar la tuición este último.

2. Debido a la errónea interpretación del artículo 225, la jueza en los considerandos vigésimo segundo a vigésimo sexto; se concentra en determinar si las causales de inhabilitación en contra de la madre se encuentran debidamente probadas, para determinar si puede perder la tuición:

a) En el primer punto se refiere al hecho de ser lesbiana la madre de las menores; en este aspecto la jueza se apoya en diversos estudios que se han realizado en la materia y en los informes de peritos, entre los cuales el informe psicológico concluye que “la condición homosexual lesbica de la madre, no constituye por sí, una causal de inhabilitación”; se tiene por acreditado que la homose-

xualidad de la madre es una conducta normal y que no es manifestación de ninguna patología que la inhabilite. Respecto de este punto, debemos recordar que los jueces no son psicólogos y al no existir en Chile otro caso que se hubiera fallado respecto de este problema, parece lógico que la jueza se apoye en los estudios nacionales y extranjeros que se han realizado y en las opiniones de los psicólogos que han actuado como peritos en este proceso.

b) El segundo punto, tiene relación con la circunstancia de mantener la madre de las menores una convivencia con su pareja mujer en la casa en que la demandada vivía con sus hijas; para esto se toman en cuenta nuevamente diversos estudios desarrollados en torno al tema y el informe psicológico de las menores, donde sí se puede advertir cierta confusión en cuanto a los roles de padre y madre; esto no se atribuye a la presencia de la pareja de la madre en su casa; sino debido a la situación de hecho que están viviendo, ya que ellas perciben que el tema trae desacuerdos y problemas entre sus padres. La jueza toma como punto de referencia para desestimar esta situación como causal de inhabilitación, el informe del departamento de Psicología de la Universidad de Chile, que señala que

“los resultados han sido concluyentes en términos de demostrar que los niños y niñas que viven

con parejas homosexuales o lesbianas no presentan diferencias con los niños y niñas que viven con parejas heterosexuales. Agrega que los estudios que se han realizado en parejas homosexuales señalan que éstas tienen una relación de afecto y respeto hacia sus hijos, suelen implementar modelos de crianza democráticos y valores respecto a los demás y tolerancia”.

3. Estimamos que el fallo, es criticable en la poca importancia que se le otorga al interés superior del menor, que debió ser, a nuestro juicio, el eje central sobre el que se desarrollara el fallo; sin embargo, la jueza estima que este principio no debe aplicarse en forma directa sino sólo debe ser tomado como un principio orientador y para interpretar determinadas normas. Esta visión de este principio es inaceptable, el principio superior del menor va mucho más allá, debe ser establecido para el caso concreto y esto es obligatorio para los jueces, no una simple norma de referencia que ellos puedan decidir si quieren o no aplicarla; eso sería ir en contra, directamente de las normas del *Código Civil*, en especial el inciso segundo del artículo 242: “En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo...” y a los artículos que se refieren a este principio en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La jueza en este caso evita pronunciarse respecto a

cual sería este interés, al señalar que hay principios que son superiores, como el derecho a la vida, a la integridad física o síquica, a la identidad, a no ser separado de sus padres, etc., y que el principio del interés superior del menor sólo entraría en juego cuando entre en colisión con alguno de ellos; al no haberse probado en el juicio que los referidos derechos de las menores hayan sido puestos en peligro, entonces concluye que se entiende que el principio del interés superior de los menores no ha sido vulnerado. Creemos que esta argumentación es muy pobre y que debió determinar claramente dónde las menores tendrían una mayor realización espiritual y material posible.

4. Por último, creemos que es ingenua la conclusión a que llega la jueza en el considerando vigésimo octavo, donde concluye que las menores no serán discriminadas por los niños y primordialmente por los padres de los otros menores, para esta conclusión sólo toma en cuenta la declaración de un testigo de la parte demandante y, además, concluye que en nuestro país se encuentra prohibida toda forma de discriminación, lo cual es cierto, pero debió haber constatado que en nuestro país es casi seguro que las menores serán discriminadas, lo cual no es fundamento para quitarle la tuición a una madre, ya que se trata de conductas de terceros, que lamentablemente afectarán a las menores.

Creemos que es un fallo que avanza en cuanto a poner en discusión el

problema de que los hijos se eduquen con madres o padres homosexuales, pero que vuelve atrás en cuanto a determinar que el quitarle la tuición a la madre es una especie de castigo hacia ella y no una medida a favor de los hijos; por lo tanto, presume que si la madre es hábil los niños deben necesariamente estar mejor con ella; y el evitar determinar cual sería en este caso concreto el interés superior de las menores no ayuda a la jurisprudencia futura.

El demandante recurrió de queja a la Corte Suprema, por considerar que se cometió falta o abuso de parte de los ministros de la Segunda Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco.

La Corte Suprema con fecha 31 de mayo de 2004 se pronunció sobre este recurso, dictando una nueva sentencia, que entrega, esta vez, la tuición de las menores al padre.

Respecto de este fallo debemos destacar lo siguiente:

1. Nos parece acertada la interpretación que hace la Corte del artículo 225 del *Código Civil*, en el sentido de establecer en su considerando undécimo, que ésta no sería una norma absoluta y definitiva, ya que valiéndose de la expresión “causa calificada”, es posible hacer cambiar esta regla teniendo en cuenta el interés superior del niño.
2. Sin embargo creemos que la Corte equivoca su camino en la búsqueda del interés superior de las menores, al establecer en forma general lo que debe entenderse por interés superior del menor, lo cual no aparece, por los demás, aplicado al caso concreto,

“una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos; esto no sólo considerando el número de derechos afectados sino, también, su importancia relativa”

(CILLERO Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, noviembre 1999);

en este caso se trata de tres menores cuya madre es lesbiana, por lo tanto ésa es la realidad de ella; en un proceso largo y difícil ellas tendrán que aprender a convivir con su realidad y aceptarla; si la Corte entiende que es lejos de ella donde las menores podrán asimilar mejor esta realidad, entonces el interés superior de las menores estará protegido; si lo que se pretende es que las menores en la medida de lo posible olviden este hecho y se lo hagan olvidar a las personas con las cuales comparten, las menores no podrán asumir su realidad sanamente. El interés superior del menor, además, obliga a los jueces a tener en consideración la opinión de los menores involucrados, lo señala el inciso segundo del artículo 242

“en todo caso para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”;

en ninguna parte del fallo los jueces toman en cuenta la opinión de las menores involucradas (en especial respecto a la mayor que ya tiene 10 años de edad), ni siquiera refiriéndose a lo que ellas habían señalado en el expediente de primera instancia; por eso no debemos olvidar que el principio del interés superior del niño, tan aludido en estos días, entrega directrices claras en cuanto a tener en cuenta los derechos fundamentales del niño, directrices que son obligatorias para los jueces; pero, además, es necesario recordar que dichas directrices deben ser adaptadas al caso particular, cosa que no hace la Corte; ¿qué es menos dañino para las menores vivir lejos de su madre o enfrentar la realidad de que su madre tiene una opción sexual diferente a lo que hoy se considera normal?, parece ser la respuesta que habría que buscar.

3. Particularmente peligroso nos parece lo que señala el considerando decimocuarto, en cuanto estima que los informes de psicólogos u otros profesionales son sólo elementos de convicción, para el juez; es cierto que no son vinculantes para ellos, pero está claro que respecto de situaciones que no son jurídicas (como es el efecto que puede tener en las

menores en su futuro desarrollo el vivir con una pareja constituida por personas del mismo sexo; todos los jueces como personas humanas que son, tendrán una idea a priori respecto de esta situación; de ahí la relevancia que deba reconocerse a los informes periciales; ¿dónde si no, los jueces, podrán formarse una opinión más profesional del tema; ¿tendrán que dejar de lado los diferentes estudios que se han realizado para analizar este difícil tema y fallar únicamente de acuerdo a lo que ellos creen?

4. Los jueces se empeñan en dejar en claro que su decisión no es discriminatoria en cuanto a la opción sexual de la madre; sino en cuanto a que las menores sufrirán por esta opción; y porque la madre

“ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas” (considerando decimosexto).

Es cierto que en una situación ideal, donde mejor se desarrollan los hijos es con sus padres; dado que esta situación muchas veces es imposible; tendremos que pensar de acuerdo al fallo, que si éste no pretende ser discriminatorio en cuanto a la opción sexual de la madre, podríamos concluir que ¿cualquier mujer que empiece una nueva con-

vivencia heterosexual, en el mismo hogar donde educa a sus hijos podría perder la tuición de sus hijos, por anteponer sus propios intereses, postergando los de sus hijos?

5. El fallo, a continuación, se hace cargo de la discriminación de que serán objeto las menores desde un punto de vista social ya que estarán expuestas “a ser discriminadas por sus compañeros de colegio y vecinos” (considerando decimooctavo); no me cabe la menor duda que esto será así, en un país como Chile, las discriminaciones siempre han existido hasta que la sociedad toma conciencia de que diferentes situaciones no son peligrosas de por sí, es así como en este país se han discriminado a los menores con síndrome de Down, a los menores con SIDA, y ahora será el turno de los menores hijos de padres con opciones sexuales diferentes; lamentablemente eso es un hecho que ningún fallo puede cambiar; pero por el hecho de vivir en un país que discrimina frente a situaciones desconocidas, ¿esa madre no tiene derecho a criar a sus hijas?; para estos efectos quiero citar la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, respecto de una madre de raza blanca que teniendo la custodia de su hija, rehizo su vida con un hombre de raza negra; frente a lo cual el padre de la menor pidió se modificara la tuición por la discriminación que sufriría su hija, por vivir en un hogar mixto; la Corte señaló

“que si bien la Constitución de los Estados Unidos no puede evitar esos prejuicios, tampoco puede tolerarlos, y que a pesar de que las discriminaciones entre particulares pueden estar fuera del alcance de la ley, la propia ley no puede, directa o indirectamente validarlas... La realidad de esos prejuicios y los posibles daños que las discriminaciones entre particulares podrían causarle a un niño no pueden ser, consideraciones para separar a un niño de su madre”

(Corte Suprema de los Estados Unidos de América, “*Palmore v. Sidoti*”, 466 U.S.429, año 1984).

6. En su considerando vigésimo la Corte habla de una “familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social”; con esto desconoce el Informe de la Comisión Nacional de la Familia, donde se reconocen como “familias” muchas más situaciones que las que son apreciadas por el medio social o que son consideradas como normalmente estructuradas.
7. Por último, creo que es necesario señalar, que la situación que tuvo que decidir nuestra Corte Suprema, no era fácil, por ser la primera que se dictaba en Chile, pero, además, porque todo fallo que incide en el futuro de unos menores lo es; creo que es rescatable la interpretación que se hace del artículo 225, y que estamos frente a un caso en que ambos padres son hábiles para ejer-

cer la tuición de sus hijas; pero creo que por mucho que la Corte señale lo contrario, la única razón de no haberle dado la tuición a la madre, es por su opción sexual y que en lugar de buscar claramente dónde las menores estarían mejor (recordar que ni siquiera se tomó en cuenta la opinión de las menores),

se estableció sólo que era imposible que esa opción de la madre no fuera perjudicial para las menores, sin ningún apoyo en estudios al respecto o en la opinión de expertos en la materia, sino solo dándole un gran valor a la prueba testimonial y haciéndose eco de los prejuicios del país al respecto.