

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil cuatro.

VISTOS Y TENIENDO UNICAMENTE PRESENTE:

PRIMERO.- Que don XXXX ha recurrido de queja en contra de los Ministros y la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco don Fernando Carreño Ortega, don Héctor Toro Carrasco y doña Tatiana Román Beltramin, por estimar que procediendo arbitraria e injustamente y actuando contra derecho, confirmaron la sentencia de primera instancia que otorgó la tuición de sus hijas XXXX, XXXX y XXXX a su madre doña XXXX;

SEGUNDO.- Que en el escrito respectivo se imputan a los magistrados recurridos las siguientes faltas o abusos graves, que fundamentan el recurso:

a) Haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas;

b) Haber faltado a su deber legal de proteger la vulnerabilidad de las menores, contrariando lo ordenado en normas constitucionales y legales relativas a la materia;

c) Haber transgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia;

TERCERO.- Que la resolución objetada por el recurso se dictó en los autos sobre tuición definitiva de las menores antes individualizadas, hijas matrimoniales del demandante don XXXX y de la demandada doña XXXX;

CUARTO.- Que del examen de los antecedentes reunidos en dichos autos, que se tuvieron a la vista, es posible tener por acreditados los hechos que se reseñan a continuación:

1° Que el demandante y la demandada contrajeron matrimonio el día 29 de marzo de 1993 y sus hijas nacieron en agosto de 1994, enero de 1998 y diciembre de 1999, de modo que en la actualidad cuentan con diez, seis y cuatro años, respectivamente;

2° Que la vida conyugal y familiar de matrimonio se alteró por problemas de convivencia que condujeron a la separación de hecho de los cónyuges en febrero del año 2002, quedando de común acuerdo a cargo de la madre la tuición y cuidado personal de las menores;

3° Que, con posterioridad, doña XXXX, asumiendo

explícitamente su condición homosexual, llevó a vivir con sus hijas a una pareja de sexo femenino;

QUINTO.- Que, en las circunstancias descritas, el padre de las menores dedujo su demanda dirigida a obtener la tuición de sus hijas, sobre la base de argumentar que la decisión adoptada por la madre siguiendo su tendencia homosexual, provoca daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social de las tres menores; que el interés de sus hijas hace necesario precaver las consecuencias perniciosas que les provocará criarse bajo el cuidado de una pareja homosexual y que, en cambio, la vida junto al actor, les brindará un ambiente en el que psicológica y emocionalmente tendrán mayores seguridades en su desarrollo personal;

SEXTO.- Que para resolver sobre el recurso de queja entablado en contra de los jueces que se pronunciaron en segundo grado sobre la tuición de las menores antes individualizadas, es preciso tener en cuenta que las normas que rigen la materia se contienen básicamente en el Título IX de Libro I del Código Civil y han sido aplicadas en la sentencia que motiva el presente recurso disciplinario;

SEPTIMO.- Que entre esas disposiciones, que tratan “De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos”, los incisos primeros de los artículos 224 y 225 versan sobre el “cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”, el que radican de consuno en los dos padres o únicamente en la madre, si ellos viven separados, estableciendo en ambos casos lo que se denomina un derecho-deber para los progenitores, tal como lo reconoce expresamente el artículo 236 del mismo Título al referirse a la educación de los hijos;

OCTAVO.- Que, en efecto, la tuición que ellos pueden ejercer en conjunto o únicamente la madre, en caso de separación, no sólo importa el ejercicio de facultades, como las señaladas en el artículo 234 del mismo Código Civil o la de “escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”, que contempla el inciso cuarto del N°11° del artículo 19 de la Constitución Política, sino especialmente obligaciones y responsabilidades para quienes tienen a su cargo el cuidado personal de los hijos;

NOVENO.- Que el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en

el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del artículo 222 del mismo Código Civil al declarar que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo...” y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3° y 9° de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño” ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres;

DECIMO.- Que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador al establecer, en el inciso segundo del artículo 242 del Código citado, que “en todo caso, para adoptar sus resoluciones, el juez, atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo...”;

UNDECIMO.- Que la mencionada regla del inciso primero del artículo 225 del Código Civil, que previene que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos toca a la madre, no es una norma absoluta y definitiva. El inciso segundo del mismo artículo prescribe que, “no obstante, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre” y su inciso tercero dispone que “en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal a otro de los padres...”;

DUODECIMO.- Que, en consecuencia, el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo;

DECIMO TERCERO.- Que la situación planteada en los autos en que se ha entablado el presente recurso de queja, revela

que los jueces recurridos no consideraron debidamente los efectos que ella puede acarrear en el cabal resguardo de los intereses de las hijas y cometieron falta o abuso grave tanto al aplicar las normas legales que rigen la materia, como al apreciar los antecedentes de la causa en que pronunciaron la sentencia que ha originado el recurso;

DECIMO CUARTO.- Que, en ese sentido, cabe anotar que en el campo de los asuntos de familia o que afectan a menores, las decisiones que la ley comete al tribunal también son y deben ser de resorte y responsabilidad propia e indelegable de los jueces respectivos, de suerte que los informes o dictámenes de psicólogos o asistentes sociales u otros profesionales que se alleguen por las partes a la causa o que ordene el tribunal, son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los medios de prueba;

DECIMO QUINTO.- Que en el juicio de tuición de las menores XXXX se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja;

DECIMO SEXTO.- Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el

ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, 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;

DECIMO SEPTIMO.- Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas;

DECIMO OCTAVO.- Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores XXXX a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal;

DECIMO NOVENO.- Que las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia;

VIGESIMO.- Que al no haberlo estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, han incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja; y

EN CONFORMIDAD, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, **SE ACOGE** el recurso de queja deducido a fojas 24 y, por ello, SE INVALIDAN, tanto la sentencia de treinta de marzo de dos mil cuatro, escrita a fojas 768, como el fallo de primer grado de fecha veintinueve de octubre de dos mil tres, que se lee a fojas 659 y SE DECLARA que se concede a don XXXX la tuición de sus hijas menores XXXX, XXXX y XXXX, haciéndose lugar a la demanda de lo principal de fojas 18.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores José Benquis C. y Orlando Álvarez H., quienes estuvieron por rechazar el recurso de queja de que trata, en virtud de las reflexiones que siguen:

1º) Que este Tribunal debe decidir el recurso de queja interpuesto por don XXXX en contra de los Jueces de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Temuco, por haber confirmado la sentencia de primer grado que otorgó a la madre la tuición de sus tres hijas menores de edad.

2º) Que antes que nada se hace indispensable precisar que el recurso sublite no es un recurso procesal que habilite a este Tribunal para resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes en el pleito. Es plenamente sabido, ya que así lo dispone el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, que el recurso de queja es un **recurso disciplinario**, cuya **exclusiva** finalidad es la corrección de las faltas o abusos **graves** cometidos en la dictación de una resolución jurisdiccional, a través, **a)** de la invalidación de ella y **b)** de la aplicación de medidas disciplinarias a los jueces que incurrieron en la grave falta o abuso contenida en la resolución anulada.

3º) Que, entonces, y descartando por imperativo legal que el recurso de queja pueda significar en esta Corte Suprema la apertura de una tercera instancia –que nuestro sistema procesal no acepta- o que fuese un medio apto para imponer opiniones o interpretaciones discutibles, corresponde examinar si los jueces impugnados han incurrido en alguna falta o abuso grave al entregar a su madre, doña XXXX el cuidado de sus tres hijas menores, XXXX, XXXX y XXXX, de 10, 8 y 4 años.

4º) Que la materia en cuestión se encuentra regida por el artículo 225 del Código Civil que en lo pertinente dispone: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de

los hijos”.

“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de sus padres.”

Como se advierte, el legislador hizo primar por sobre las pretensiones de los padres el interés superior del niño, dando de esta forma aplicación a la Convención sobre los Derechos del Niño. En cuanto a la redacción que los legisladores dieron al artículo 225 aludido, la doctrina ha interpretado que al establecer una preferencia legal respecto de la madre en la tuición de sus hijos menores no se ha hecho otra cosa que hacer primar el principio del interés superior del niño por sobre el principio de igualdad (Claudia Schmidt, “Relaciones filiales personales y patrimoniales”; Claudia Schmidt y Paulina Veloso, “La filiación en el nuevo derecho de familia”, Conosur, 2001).

5º) Que para una más acabada interpretación de la normativa, si se recurre a la historia fidedigna de la ley que modificó en el Código Civil el estatuto de la filiación, se advierte que primó en los legisladores la idea de privilegiar, cuando los padres estuvieren separados, la opción de la madre en el cuidado de los hijos menores, por estimar que ello constituye un hecho natural.

En efecto, de acuerdo con lo que aparece en las actas respectivas de la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, “la mayoría de la Comisión -integrada por los HH Senadores Sres. Fernández, Larraín y Otero- estimó que, en principio, el cuidado personal de los hijos pertenece naturalmente a la madre, por ser más idónea, y las indicaciones sólo consagran esa realidad al darle el carácter de regla general”. La minoría –los HH Senadores Sres. Hamilton y Sule- hizo presente que, aunque mantenía sus prevenciones, como creía que en esta materia, por ser tan delicada, era conveniente que la Comisión tuviere un criterio unánime, se sumaría a la idea de establecer que si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos. Ello motivó que la citada indicación fuera aprobada por unanimidad en la Comisión.

En el Informe emanado de la Comisión aparece que “La radicación legal del cuidado de los hijos... evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres

no viven juntos” (Anexo Documentos, sesión 12).

6º) Que, como ya se vió, esta regla general admite modificaciones “cuando el interés del niño lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada”, en cuyo caso el juez **podrá** (no es imperativo) entregar su cuidado personal al otro de los padres.

Por consiguiente, el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un “indispensable” interés del niño.

7º) Que no aparecen de los autos tenidos a la vista que existan antecedentes de los que pudiera especularse que la madre (de profesión Abogado y que se desempeña como Jueza) hubiese maltratado o descuidado a sus hijas.

Ya se mencionó que puede originar la alteración de la citada regla general la existencia de una “causa justificada”. Lo cual lleva a asentar que la calificación de la justificación no puede estar regida por el mero capricho o arbitrio del juez.

El padre de las menores imputa a la madre una supuesta inhabilidad moral para ejercer el cuidado de sus hijas porque ésta, luego de la ruptura matrimonial, manifestó una opción homosexual y se encuentra conviviendo con una pareja femenina.

8º) Que para armonizar las diferentes disposiciones legales aplicables en la especie e interpretar debidamente a qué tipo de causa se refiere el ya referido artículo 225, conviene examinar el artículo siguiente (art. 226, inc.1º), el cual previene que “podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.”

El concepto de inhabilidad física o moral se encuentra expresamente definido en el artículo 42 de la Ley de Menores, que señala : “Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1º) cuando estuvieren incapacitados legalmente; 2º) cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3º) cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4º) cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad...; 5º)

cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6°) cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7°) cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.

9°) Que, al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como Jueza, cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad.

En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad –como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas- involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria.

10°) Que, en síntesis, de lo reflexionado –a lo que cabe añadir que en este tipo de materias los jueces tienen la facultad de apreciar la prueba en conciencia- corresponde concluir que, en opinión de estos disidentes, los Jueces recurridos al dictar sentencia confirmando el fallo de primera instancia que entregaba la tuición de sus hijas a la madre, no sólo no han cometido ninguna falta o abuso grave, que los haga merecedores de ser castigados disciplinariamente, sino que por el contrario han dado correcta aplicación a la normativa vigente.

Pasen estos antecedentes al Tribunal Pleno, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese, agréguese copia autorizada de esta resolución a los autos originales tenidos a la vista, los que serán devueltos en su oportunidad, hecho, archívese.

Nº XXXX-03.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores José Benquis C., José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C.