

# Recurso de Queja

## “López contra Atala”

### Sentencia pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, de 31 de mayo de 2004.

#### Doctrina:

- 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.
- La eventual confusión de roles sexuales que puede producirse 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.

#### Minoría:

- Restarle a la madre, solo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad --como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones meramente subjetivas-- involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción inopinada y al margen de la ley, amén de discriminatoria.

#### Normas invocadas:

- Constitución Política: art. 19 No 11 inc. 4
- Código Civil: arts. 222, 224, 225, 226 inc. 1, 234, 236 y 242
- Ley de Menores: art. 42
- Convención internacional sobre derechos del niño: arts. 3 y 9

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

#### Visos y Teniendo Únicamente Presente:

PRIMERO. - Que don Jaime López Allende 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 Beltramián, por estimar que procediendo arbitraria e injus-

tamente y actuando contra derecho, confirmaron la sentencia de primera instancia que otorgó la tuición de sus hijas Marilide, Victoria y Regina a su madre doña Jaqueline Karen Arala Riffó.

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 fallado 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 materia de los hechos sobre quienes recae la carga de la prueba.

**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 Jaime López Allende y de la demandada doña Jacqueline Karen Ayala Riffó;

**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:

1º 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;

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

3º Que, con posterioridad, dona Jacqueline Karen Ayala Riffó, 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 preservar las consecuencias permitidas que les provocará crecer 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 radica en comuna 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 "recoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos", que contempla el inciso cuarto del N°1º 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 deberamiento familiar, o sea, que se debe tener como 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 3º y 9º de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño" ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le concernan, 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;

**DÉCIMO.** 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...";

**UNDÉCIMO.** 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, subscrípta 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...";

**DUODÉCIMO.** 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;

**DECIMOTERCERO.** 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 canal reguardado de los intereses de las hijas y cometieron falta o abuso grave 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;

**DECIMOCUARTO.** Que, en consecuencia, cabe alegar 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 indelégable 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 ordena el tribunal, son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los medios de prueba;

**DECIMOQUINTO.** Que en el juicio de tuición de las menores López Ayala 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 producir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja;

**DECIMOSEXTO.** 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 reproche 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;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, acentuada sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la cercanía en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, conlleva una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual debían ser protegidas;

**DECIMOCUARTO.** Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Ayala 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 colegio y relaciones de la realidad en que habitarán, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal;

**DECIMONOVENO.** 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;

**VIGÉSIMO.** Que al no haberlo estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber

pretendido 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 543 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, SE ACORDA el recurso de queja deducido a fojas 24 y, por dho. SE INVALIDAN, tanto la sentencia de tercia de marzo de dos mil cuatro, escrita a fojas 708, como el fallo de primer grado de fecha veintinueve de octubre de dos mil tres, que se lee a fojas 679 y SE DECLARA que se concede a don JAIMÉ LÓPEZ ALLENDE la tución de sus hijas menores Matilde, Victoria y Regina López Aiala, haciéndose lugar a la demanda de lo principal de fojas 18.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores José Benquís 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 Jaime López Allende en contra de los jueces de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Temuco, por haber confirmado la sentencia de primer grado que otorga a la madre la tución de sus hijas menores de edad.

2º) Que antes que nada se hace indispensable precisar que el recurso subite 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 falas 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 apuro 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 Jacqueline Karen Aiala Rífo, el cuidado de sus tres hijas menores, Matilde, Victoria y Regina López Aiala, 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 preferencias 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 tución 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", Consur, 2001).

5º) Que para una más acuciosa interpretación de la normativa, si se recurre a la historia fidejguera 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 conviven 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 Constitucion, Legistación, Justicia y Reglamento, "la mayoría de la Comisión -integrada por los HH. Senadores Srtes. 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 Srtes. Hamilton y Suid- hizo presente que, aunque mantenía sus preferencias, como creía que en esta materia por ser tan delicada, era conveniente que la Comisión tuviese 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 redacción legal del cuidado de los hijos... era 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 Documento, sesión 12).

6º) Que, como ya se vio, 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 fallos de justificación, hechos o ambigüos, 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 temidos a la vista que existan antecedentes de los que pudiera esperarse 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 aseverar que la calificación de la justificación no puede estar regida por el mero capricho o arbitrio del juez.

El padre de las menores impugna a la madre una supuesta inhabilidad moral para ejercer el cuidado de sus hijas por que esta, 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 referidas en la especie, conviene definitivamente aclarar que 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 comincieren 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; 6º) cuando maltrataran o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7º) cuando ca-

lquiera otras causas conlucen al menor en peligro moral o material".

9º) Que, al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, indican que la homosexualidad de la madre no viola meros derechos de las niñas, ni priva a aquellas de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o subjetiva, a juzo 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 tución de sus hijas menores de edad -como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones meramente subjetivas- involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción inmotivada y al margen de la ley, aren de discriminatoria.

10º) Que, en síntesis, de la 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 tución 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 venidos a la vista, los que serán devueltos en su oportunidad, hecho, archívese.

Nº 1.193.03.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema intergrada por los Ministros señores José Benquís C., José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Melina C., Santiago, 31 de Mayo de 2004.

Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos Meneses Pizarro.

# Un caso de tuición a la luz del Derecho Constitucional

Comentario de Enrique Navarro Beltrán  
Profesor de Derecho Constitucional  
Director Depto. Derecho Público  
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

1. Bastante revuelto se produjo en medios periodísticos con motivo del fallo dictado por la Corte Suprema en relación a un juicio de tuición de tres menores cuya madre asumió explícitamente su condición homosexual, llevando a vivir con sus hijas a una pareja del mismo sexo.
2. No nos detendremos en analizar aspectos de carácter procesal, como es la procedencia del recurso de queja en materia de menores, sino que solamente en el respaldo constitucional que pudiera tener la decisión de nuestro máximo tribunal.
3. Como se sabe la legislación nacional y las convenciones internacionales suscritas sobre la materia establecen que, como regla general, la tuición corresponde a la madre, salvo la existencia de causa calificada, en cuyo caso se le confiará al otro padre, reñendo siempre en consideración el "interés superior del hijo".
4. Parece relevante, entonces, analizar que elementos constitucionales podrían tenerse en consideración al momento de resolver un asunto tan complejo que el que motiva el presente comentario.
5. Sobre el punto, como se sabe, el artículo 1 inciso 2° de la Constitución Política de la República señala que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" y en su inciso 5° se establece como deber fundamental del Estado "dar protección a la población y a la familia" y "promover al fortalecimiento de ésta". A su vez, el artículo 22 impone como deber fundamental de los chilenos el de preservar "los valores esenciales de la tradición chilena".
6. Un análisis hermenéutico de la ley fundamental nos permite concluir que la familia que se protege es aquella que descansa en el matrimonio, cuya base es la concurrencia de individuos de sexo distinto, esto es, hombre y mujer.
7. En efecto, una detenida lectura de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en particular en su sesión N° 191, de 19 de marzo de 1976, lleva a la irrefutable conclusión que la familia que se protege es aquella cuyo origen descansa en el matrimonio indisoluble que define el artículo 102 del Código Civil, aún vigente.
8. Así, por lo demás lo piensa la doctrina nacional autorizada, pudiendo citarse al jurista don Alejandro Silva Bascuñán quien ha precisado al efecto que "dentro del espíritu y de la letra de la

Constitución, la familia a la que en primer término el ordenamiento jurídico debe proteger y propender a su fortalecimiento es aquellas que se basa en el matrimonio indisoluble, debiendo, por lo tanto, discutirse todos los medios que se encaminen a objetivo tan trascendental" (Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, 1997, p. 42).

9. Tal opinión es confirmada por otros constitucionalistas. Así, Jorge Precht Pizarro consigna que "el concepto de familia del artículo 1º de nuestra Constitución es el de la familia matrimonial y en este punto la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil coincide con la concepción humanista cristiana, que invoca el constituyente de 1980" (Constitución y Divorcio, RDP 53/54, 1993, p. 148). En el mismo sentido, Sergio Carrasco Delgado sostiene que "los poderes públicos y sus integrantes deberán tener presente la inconstitucionalidad de una eventual ley de divorcio con disolución de vínculo y que podrán así, dentro de sus competencias y obligaciones, ejercer todas las iniciativas y todos los derechos que resguarden el respeto y protección de la familia y el matrimonio" (El Divorcio ¿Inconstitucional?, RDP 53/54, 1993, p. 153). Eduardo Soto Kloss, por su lado, puntualiza que "siendo la familia el fruto de la decisión libre y soberana de un hombre y de una mujer unidos en matrimonio, y cuya unión engendra hijos, es una comunidad anterior al estado y cuyo conjunto lo configura a éste y, en consecuencia, a éste (el Estado) sólo cabe reconocerla, protegerla y fortalecerla, desde que la familia es el núcleo material que la sustenta y vivifica. Debilitarla y comprometerla en su base esencial -el matrimonio- es propiciar la propia destrucción del Estado" (La familia en la Constitución Política, RCHD 21 N° 2, 1994, p. 225). Por último, Fernando Jiménez Larrain concluye que "la estricta concepción de familia referida en las bases de la institucionalidad supone la existencia del matrimonio como expresión contractual, respecto de la cual el Estado tiene el deber de protegerla y propender a su engrandecimiento debiendo cuidar por consiguiente que la legislación en torno de ella se estructure e implique una real y efectiva protección eliminando toda posibilidad legal o social que tienda a debilitarla" (El concepto de familia en la Constitución Política de Chile, XXV Jornadas de Derecho Público, Valparaíso, 1994, p. 168).

10. Demostrativo de lo anterior es la circunstancia que la propia Corte Suprema ha sentenciado que "el matrimonio es la base de la familia y su resguardo es de interés público" (Corte Suprema, 14 de diciembre de 1982, Fallos del Mes 289, 1982, p. 568).

11. Por último, confirmando la circunstancia de que el legislador ha mantenido inalterable el criterio señalado, es del caso citar que la recientemente promulgada Ley sobre Matrimonio señala dentro de las causales que habilitan el solicitar el divorcio la "conducta homosexual" del cónyuge. (Artículo 54 N° 4 de la Ley N° 19.947).

12. En síntesis, nos parece que la decisión judicial que sustrae la tuición a la madre que ha hecho pública su condición homosexual, que incluso convive con otra persona de igual sexo en el mismo hogar en que habitan sus hijas, se encuadra correctamente en la protección que la Constitución otorga a la familia matrimonial, preservando adecuadamente un bien jurídico tan relevante como es el interés superior de los menores. Así pues, la libertad de uno de los padres de explicitar su opción sexual no puede arrastrar a los hijos generados en un matrimonio a tener que convivir con un modelo de familia que se aparta del que caucela nuestro ordenamiento jurídico vigente, en armonía con los principios constitucionales citados.

## El mismo caso de tuición a la luz de otro Derecho Constitucional

Comentario de Pablo Ruiz-Tagle Vial  
Profesor de Derecho Constitucional  
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

1. Con la idea de dar continuidad a la práctica de Derecho Público de ofrecer a sus lectores dos o más puntos de vista sobre las sentencias de los casos judiciales más relevantes me refiero a la sentencia dictada en el caso "López vs. Arala". Como cuestión previa a hacerme cargo de la invitación que se me ha hecho a expresar mis ideas sobre el particular, advierto que tuve la ventaja de conocer el comentario que me antecede y que se trata de un caso de muy difícil resolución, que se reflejó en el voto dividido de una mayoría de tres de los integrantes de una sala de la Corte Suprema. La decisión fue meditada atendido el mérito del caso. Sin embargo, es justo reconocer que a esa votación los ministros concurrieron con la mayor disposición de hacer justicia. Que incluso de una manera un tanto impredecible su decisión tuvo un carácter sorpresivo, atendidas las convicciones que algunos de ellos habían expresado en decisiones anteriores.

2. Por eso, sin desconocer la dificultad del caso "López vs. Arala", debo aclarar que la idea que subyace al comentario que me antecede se basa en una serie de aseveraciones que no puedo compartir. Se afirma por ejemplo que la Constitución Política protege la familia como núcleo de la sociedad lo que es cierto, pero de allí se concluye que nuestra tradición chilena identifica familia con matrimonio lo que no me parece efectivo. Y de este primer error, a mi juicio, se pasa a concluir al parecer, que el interés del menor es mantener la tuición con su padre por su estado matrimonial a diferencia de su madre que se ha declarado homosexual y que vive con su pareja. Los artículos que se citan para fundar esta posición son el artículo 1 inciso 2 e inciso 5 y 22 de la Constitución Política que se refieren a la familia en relación con el artículo 102 del Código Civil que define matrimonio y el artículo 54 No. de la Ley 19.947 que establece como causal de divorcio la homosexualidad del cónyuge. También se citan opiniones de los distinguidos tratadistas Alejandro Silva Bascunán, Jorge Precht Pizarro, Sergio Carrasco Delgado, Eduardo Soto Kloss y Fernando Jiménez Larrain en apoyo de esta tesis y un caso resuelto por la Corte Suprema en el año 1982 que parece identificar familia con matrimonio.

3. Es necesario hacerse cargo entonces de la afirmación, que no comparto, en el sentido que la protección de la familia está íntimamente vinculada a la protección del matrimonio y que el interés de los menores supone dar una prioridad a la relación jurídica matrimonial por sobre otras

formas de convivencia entre las personas. Desde luego estas afirmaciones no tienen asidero en los términos de la sentencia de la Corte Suprema que comentamos que por cierto entrega la tuición al padre y no al matrimonio que ha formado el mismo. Tampoco puede estar presente esta consideración en un juicio de tuición en que ya se ha producido la separación de los conyuges y en que su matrimonio se ha disuelto. Y esto porque la Corte Suprema ha querido resolver el caso "Lopez vs. Aiala" teniendo presente el mejor interés de los menores de acuerdo al artículo 225 del Código Civil y por eso su razonamiento no puede coincidir con el que ha señalado el profesor Navarro que propone tener presente el mejor interés del matrimonio o que se satisficiera el mejor interés de los menores, en la medida que viven dentro del matrimonio. Por lo demás estas afirmaciones contrastan con la nutrida jurisprudencia de los tribunales chilenos que han aceptado innumeras veces entregar el cuidado de los menores a personas que no tienen un estado matrimonial. Por eso, esta forma reiterada de resolver estos casos no se deforma con la cita de un caso aislado de jurisprudencia que por lo demás corresponde a un fallo del periodo preconstitucional de 1982. Tampoco las referencias a doctrinas de derecho constitucional que reflejan un punto de vista originalista, pueden desmentir, como si pudiese taparse el sol con unos pocos dedos, una forma de resolución que es en verdad reiterada y uniforme en los tribunales chilenos. Porque el concepto de familia de nuestra Constitución en su artículo 1, es en mi opinión un concepto amplio que coincide por lo demás con el mismo concepto extendido que está reconocido en el lenguaje habitual y que recoge en sus innumerables posibilidades el Diccionario de Real Academia Española en todas sus ediciones: La familia se define de un modo más amplio que el de la simple identificación con el matrimonio.

4. Adicionalmente, la alegación en el sentido que el artículo 54 No. 4 de la Ley 19.947 sobre matrimonio civil acepta como causal de disolución la «conducta homosexual» de los conyuges no me parece pertinente para este caso, porque en él lo que verdaderamente se discute es el mejor interés del menor. Podrá la conducta homosexual de uno de los conyuges ser motivo de la disolución del matrimonio en la misma medida que sigamos definiendo como lo hace la Ley chilena la institución matrimonial como una relación caracterizada por la diferenciación de roles masculinos y femeninos. Pero con todo lo discutible que es esta definición que recoge nuestro derecho positivo, en ningún caso esta noción en el tema del mejor interés del menor. Y esto porque al concepto constitucional de familia al que se debe protección en los términos del artículo 1 de la carta fundamental comprende un campo de relaciones interpersonales mucho más amplio que el matrimonial y que por cierto incluye, familias uniparentales y familias y relaciones de filiación y parentesco no matrimoniales. Es, por tanto, la familia en sus múltiples formas la que goza de protección constitucional en los términos del artículo 1 de nuestra Constitución y no el matrimonio.

5. Y digo que no puedo compartir el voto de mayoría de la sentencia de la Corte Suprema porque particularmente me parece que no se ha tenido en cuenta el interés del menor al discriminar a su propia madre por razón de su homosexualidad en la sentencia que determina su tuición. La sentencia de la Corte Suprema constituye por sí misma una discriminación arbitraria al decir en sus considerandos décimo sexto al décimo noveno que: «...no es posible desconocer que la madre de los menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual... ha antepuesto sus

propios intereses, postergando los de sus hijos, aparentemente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijos separadamente del padre de estos... Que aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de los hijos, atendidas sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su remplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de los menores respecto de la cual deben ser protegidos. Que por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a los menores, Lopez Aiala 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 colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolos a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal... 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 de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daño los que podrían tornarse irreversibles para los intereses de los menores, cuya consideración debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia». La arbitrariedad de la discriminación de la sentencia consiste en que no está bien fundadas las siguientes afirmaciones: 1) Que la causa de la separación y de la ausencia del padre es la declarada homosexualidad de la madre, que constituye un razonamiento arbitrario que se desmiente por el hecho probado en autos que dicha separación es anterior al reconocimiento de la nueva identidad sexual de la madre. 2) Que la exteriorización de la conducta homosexual de la madre y la vida en pareja de la misma afecta los intereses de los menores, lo que también es un argumento arbitrario, toda vez que la han desmentido los peritos y testigos que figuran en el caso junto con la declaración de los propios menores; 3) Que la convivencia homosexual de la madre con su pareja induce a los menores a tener una eventual confusión de roles que pone en riesgo el interés de estos, lo que es un juicio arbitrario toda vez que los mismo expertos que han informado en estos autos (incluido un informe de la Escuela de Psicología de la Universidad Católica) han desmentido efectos mas nocivos que los de cualquier separación en los menores que viven con parejas homosexuales; 4) Que los menores al vivir con la madre y su pareja homosexual estarán en un estado de vulnerabilidad social, aislamiento y discriminación que afectará su desarrollo personal, y que esto se evitará si en cambio viven con el padre, juicio que también nos parece arbitrario y caprichoso, porque de los antecedentes aportados en el expediente no ha quedado demostrado que al vivir los menores con el padre esa falta de discriminación, aislamiento y vulnerabilidad social se haya producido en el pasado o vaya a producirse en el futuro.

6. Que también parece errónea la afirmación de la sentencia de la Corte Suprema en el considerando décimo quinto que dice que en la sentencia de primera instancia: «...se ha prescindido de la prueba testimonial producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se ha tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de los menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual...». Esta afirmación contrasta con la sentencia recurrida que en todo su número cuarto, en los considerandos décimo segundo a décimo sexto inclu-

sive y particularmente en el considerando vigésimo octavo hace referencias explícitas a toda la prueba testimonial, documental y a las confesiones rendidas en autos y que a mayor abundamiento trata de manera directa el tema de la prueba de la potencial discriminación que puede afectar a los menores. Es de justicia reconocer que la sentencia de la jueza subrogante de Villarrica doña Viviana Cárdenas Beltrán, es una de las resoluciones judiciales mejor fundadas y argumentadas de la jurisprudencia chilena. Por eso resulta especialmente inquietante que haya sido revocada en la Corte Suprema por la vía del recurso de queja, cuando en verdad no parece haber en ella ninguna falta o abuso grave.

7. Finalmente, no me parece justo omitir un reconocimiento a la discreción y la generosidad que ha tenido la madre y jueza doña Karen Aiala y también al trabajo de los abogados Juan Pablo Olmedo, Julián López y Verónica Undurraga que han colaborado con ella junto con todos los que resfirman e informaron en este caso. La Corte Suprema ha fallado en una decisión que no puede revocarse. Sólo el paso el tiempo cuando las menores dejen de serlo, permitirá sopesar su verdadero sentido. El consueño es que esta sentencia puede llegar a tener un carácter provisorio, sobre todo si es que los afectos ayudan a morigerar algunas de sus peores consecuencias. Mas temprano que tarde, las hijas de Karen Aiala llegarán a su mayoría de edad y esperamos que entonces todos los efectos nocivos puedan moderarse. Queda pendiente entonces desde el punto de vista del derecho el capítulo de la responsabilidad internacional del Estado de Chile por haber resuelto este caso un órgano del Estado chileno en contravención a sus obligaciones internacionales. Esta tarea actualmente consiste en el estudio de una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Indisputable que sea el destino de esa presentación, manifestamos que en respeto por los tribunales de justicia y sus resoluciones nos llevan a acatar lo que en definitiva resuelven, pero no nos impide ejercer la crítica. De esta manera entendemos la verdadera contribución de la academia a la mejora del derecho. Porque sabemos que esta tarea también ocupa actualmente a nuestra Corte Suprema.