

FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DEL 31 DE MAYO DE 2004

Recurso de Queja interpuesto en causa por Tuición de menores

MATERIA: Recurso de Queja –Tuición de menores– Obligaciones y responsabilidades de los padres - Principio del interés superior del niño - Correcta interpretación art. 225 del Código Civil - Causales de inhabilidad para ejercer la tuición de un menor - Derecho a explicitar la condición sexual - Facultad de apreciar la prueba en conciencia - Ponderación de los informes de peritos en conjunto con otros elementos probatorios - Derecho de los menores a vivir en una familia normalmente constituida - Concepto de familia en la legislación chilena.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES: Art. 545 del Código Orgánico de Tribunales, artículos 102, 222, 225, 226, 229 y 242 del Código Civil; art. 1° de la Nueva Ley de Matrimonio Civil; art. 428 del Código de Proce-

dimiento Civil; artículos 26, 34, 36, 37, 42 y 48 inciso segundo de la Ley 16.618; art 1° de la Constitución Política de la República; artículos 2, 3, 5, 9, 12 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 17 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

DOCTRINA: En un juicio de Tuición de menores, debe atenderse al interés superior del niño, para decidir cuál de los padres es el más apto para ejercer el cuidado de los hijos. El art. 225 del Código Civil, que establece que a falta de acuerdo de los progenitores la tuición de los hijos menores, corresponderá a la madre, no es una norma absoluta y debe interpretarse en el

Comentario:

DERECHO DE LOS MENORES A VIVIR EN UNA FAMILIA NORMALMENTE CONSTITUIDA¹

GLORIA BAEZA CONCHA*
MARCO ANTONIO NAVARRO GALAZ**

Este juicio se inició en enero de 2003, cuando don Jaime López Allende demanda la tuición de sus tres hijas menores, después de haber estado separado de su cónyuge, doña Karen Atala Riffo durante dos años. La causa por la cual reclama la tuición de las menores, a pesar de haber estado en un comienzo de acuerdo en que se quedarán con la madre, es que esta última, siguiendo su tendencia homosexual, ha llevado a vivir al hogar familiar a su actual pareja lesbiana.

* Directora. Centro de Estudios de la Familia. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile.

** Profesor de Derecho Natural. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ Los autores agradecen la colaboración y los comentarios ilustrados de las profesoras Carmen Domínguez Hidalgo y Ana María Celis, ambas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

contexto de la legislación que regula la materia. En el hecho que un padre lleve a vivir al hogar familiar a su pareja del mismo sexo —a pesar de constituir un ejercicio de un derecho personalísimo, en el ámbito del género sexual—, significa un daño y un riesgo para los hijos menores, quienes se encontrarían privados de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio. Este modelo que le es propio se refiere al matrimonio heterosexual definido en el art. 102 del Código Civil, según lo señala el art. 1 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil. Modelo que según nuestra Constitución Política y diversos instrumentos internacionales debe ser protegido y fortalecido. Por tanto el concepto de familia no es vacío o indiferente y el sentenciador debe privilegiarlo, teniendo en cuenta siempre el bienestar físico, psicológico y espiritual de los menores. Así, un padre que no desarrolla la conducta homosexual está en mejores condiciones para acceder a la tuición de sus hi-

jos menores, por cuanto está más cerca de conformar una familia en los términos que nuestra legislación señala.

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil cuatro.- VISTOS 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 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 Matilde, Victoria y Regina a su madre doña Jacqueline Karen Atala Riffo;

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

El Tribunal de Villarrica, en un comienzo, concede provisionalmente la tuición al padre, para después, con fecha 29 de octubre de 2003, en un fallo dictado por la Secretaria del tribunal que actúa como Juez subrogante, resolver en definitiva la tuición a favor de la madre de las menores. Apelada esta sentencia, la Corte de Temuco, simplemente confirma la sentencia de primera instancia por unanimidad. En contra de esta última resolución se interpone recurso de queja ante la Excma. Corte Suprema, siendo acogida, primero la orden de no innovar y fallado el fondo del asunto el 31 de mayo de 2004.

El fallo de la Corte Suprema se estructura en base a los siguientes hechos fundamentales acreditados en el proceso y señalados en el considerando 4º de la sentencia:

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 del 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;

3º Que, con posterioridad, la demandada, asumiendo explícitamente su condición homosexual, llevó a vivir con sus hijas a una pareja de sexo femenino.

A continuación nos proponemos revisar los principios jurídicos considerados por los sentenciadores para resolver este caso concreto:

damentan 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 Jaime López Allende y de la demandada doña Jacqueline Karen Atala Riffo;

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 Jacqueline Karen Atala Riffo, 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 cui-

1. El interés superior del niño como principio fundamental que permite analizar un caso de tuición. Un caso de tuición de menores debe ser abordado desde el principio general de cautelar siempre el interés superior del niño por sobre toda otra consideración. En esto existe unanimidad en la Doctrina y tanto la legislación nacional como los instrumentos internacionales lo establecen claramente. El fallo que comentamos lo menciona al comienzo de sus razonamientos.

Este principio hace ya varias décadas ha comenzado a ser desarrollado por nuestros tribunales de justicia. En efecto, este ha sido un tema de extrema preocupación del máximo Tribunal, pues ya el año 1956 lo abordó en un fallo que sienta esta doctrina del interés superior del niño, conocida en aquella época como "doctrina de la providencia", esto es, la disposición anticipada o prevención que mira o conduce al logro de un fin, que no es otro que el ulterior bienestar del niño.

Del mismo modo, y antes de la ratificación por Chile de la Convención de los Derechos del Niño, ya la Excma. Corte Suprema había recogido este principio del interés superior del niño, mediante sentencia del 25 de agosto de 1989, recaída en un recurso de queja interpuesto a propósito de un juicio de tuición, en cuyo texto la señala: "...la demandante no está inhabilitada psicológicamente para ejercer la tuición, pero desarraigar a la niña de todo el entorno familiar y afectivo que tiene con su padre natural demandado, la mujer de este y sus hijos, sería altamente perturbador para su equilibrio emocional". (Revista *Fallos del Mes* N° 370, 1989). Por su parte, el 19 de marzo de 1990, nuevamente

dado 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;

SÉPTIMO.- 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 solo 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 Ci-

por la vía del recurso de queja nuestra Excma. Corte Suprema adopta semejante criterio al señalar que "...la concepción del artículo 223 del Código Civil es mucho más amplia que la que se le atribuye, ya que la Ley N° 16. 618 de Menores es más amplia conceptualmente que el marco rígido de las reglas que rigen respecto de la tuición de menores del Código Civil"; y continúa más adelante: "...en efecto, la Ley de Menores está inspirada en principios de previsión, ya que los menores tienen derecho a que se les asista ampliamente cuando se encuentren en una situación que aparente los caracteres de alguna irregularidad"; y finalmente agrega que "...al determinarse la persona a quien se deba entregar la tuición de un menor debe tenerse como buena razón el que el menor quede en un ambiente de hogar en el cual ojalá haya vivido, o del cual haya estado cerca para que no sufra ninguna molestia en su personalidad afectiva ni padezca alteraciones emocionales posteriores". (*Revista Fallos del Mes* N° 376, 1990).

Chile firmó y suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgándola como Ley de la República mediante Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 27 de septiembre de 1990, entrando en vigencia a partir de esa fecha.

La Convención señala en su art. 3° inciso primero: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

vil 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;

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, 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;

DUODÉCIMO.- Que, en consecuencia, el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la

El sentido de esta norma no puede ser otro que proteger al menor de edad frente a todo tipo de situaciones adversas en las que este se vea involucrado, cualquiera sea su naturaleza, tomando todas las medidas necesarias y pertinentes para asegurar su bienestar. Lo anterior incluye la protección de todos los elementos necesarios para su completo desarrollo físico, psíquico y espiritual, como señala el art. 27° de la misma Convención. No se trata de un interés circunstancial e inmediato, sino de uno permanente y con proyección de futuro, que no debe necesariamente recoger las aspiraciones personales y subjetivas de los padres muchas veces opuestas entre sí y que actúan como contrapartes en un juicio de tuición de menores.

Por esto es deber del Estado asegurarle al niño una adecuada protección y cuidado, cuando el padre, la madre o la persona responsable de él ante la Ley, no tenga capacidad para hacerlo. Sin duda este es el sentido del art. 9° inciso primero de la Convención: "Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

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 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;

DECIMOCUARTO.- 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 solo 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 Atala 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

El mismo principio se recoge en la legislación nacional que regula el Derecho de Familia. Específicamente el art 222 inciso segundo del Código Civil, señala: "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades" y en el art 242 del mismo Código: "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".

También en el art. 225 del Código Civil se reconoce expresamente este principio general y en la Ley 16. 618, Ley de Menores se establece que prima siempre el interés superior del niño para resolver sobre estas cuestiones.

Todo lo anterior está recogido en el considerando 9° del fallo de la Corte Suprema, materia de este estudio: "...en todas las medidas que le conciernan (a los menores) es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores...". A continuación, en el considerando 10°, se establece el carácter vinculante de este principio general y de las normas específicas para el sentenciador: "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 en el inciso segundo del art 242 del Código citado (Civil), que en

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;

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 reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al ini-

ciar 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 estas;

DECIMOSÉPTIMO.- 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 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;

DECIMOCTAVO.- Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala 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

todo caso para adoptar sus resoluciones, el juez, atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo”.

2. La norma que establece que en caso de separación de los progenitores, la tuición de los menores corresponde a la madre, no es absoluta y admite excepciones. Señala el considerando 8º: “Que, en efecto, la tuición que ellos (los padres) pueden ejercer en conjunto o únicamente la madre, en caso de separación, no solo importa el ejercicio de facultades... sino especialmente obligaciones y responsabilidades para quienes tienen a su cargo el cuidado personal de los hijos”.

Según vimos en el punto anterior, los menores de edad son titulares de un verdadero derecho a tener todas las condiciones adecuadas para su completo desarrollo físico y moral. Este derecho está por sobre la patria potestad, la cual ya no puede ser entendida como un conjunto de prerrogativas del padre sobre el hijo, sino como una función establecida en beneficio y conveniencia de los niños.

Por tanto, el Tribunal no puede limitarse simplemente a dilucidar una posible causal de inhabilidad de la madre de las menores, sino que debe considerar cuál es la mejor manera de resguardar los derechos de las menores en el caso concreto. El fin de un juicio de esta naturaleza debe ser el entregar un buen tutor al niño y no el entregar el niño a un tutor.

relaciones de la vecindad en que habitan, 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

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 JAIME LÓPEZ ALLENDE la tuición de sus hijas menores Matilde, Victoria y Regina López Atala, haciéndose lugar a la demanda de lo principal de fojas 18.

Estimamos que en los considerandos 11° y 12°, se hace un correcto análisis del artículo 225 del Código Civil, dándole su verdadero alcance en concordancia con el resto de las disposiciones que tienen a la vista el interés superior del menor.

Señala el considerando 11°: "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".

Y a continuación el considerando 12°: "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".

Así, el sentenciador se encuentra vinculado absolutamente solo al principio del interés superior del niño y las demás normas que se refieran a la materia deberán

VOTO DE MINORÍA

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 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 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 Tribuna-

les, 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 Jacqueline Karen Atala Riffo el cuidado de sus tres hijas menores, Matilde, Victoria y Regina López Atala, de 10, 8 y 4 años.

4º) Que la materia en cuestión se encuentra regida por el artículo 225 del Código

interpretarse en aquel sentido en el que permitan realizar este principio en el caso concreto.

3. *Las niñas tienen "derecho" a vivir en una familia normalmente constituida y a los bienes propiamente familiares.* Dejando en claro el marco de las atribuciones legales del sentenciador, se procede a resolver el tema de fondo: si corresponde o no, en este caso, hacer excepción al inciso primero del art 225 del Código Civil.

El argumento fundamental se encuentra señalado al final del fallo, sin un desarrollo mayor, lo que a nuestro juicio constituye el punto más débil de la sentencia que comentamos. Señala el considerando 20º que los jueces recurridos han incurrido en falta o abuso grave por: "...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...".

Obviamente el interés superior del niño se vincula directamente con la familia que lo ampara y cobija.

Sin intenciones de profundizar en este punto, materia de diversos estudios que no es del caso citar ahora, podemos recordar someramente que la familia como célula básica de la sociedad es la instancia de socialización primaria donde la persona humana inicia su relación con sus semejantes y debe ser tratado con la misma dignidad que ellos. Es, además, el lugar principal de la educación y de los afectos, donde se desarrolla la

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 solo 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 con-

identidad, a través de la cual se forman las convicciones que generalmente perdurarán para toda la vida sobre la felicidad y la infelicidad, solo por mencionar algunos de los bienes que los especialistas atribuyen a la realidad familiar.

En definitiva, el promover el desarrollo integral de sus miembros significa un conjunto de condiciones mínimas necesarias que permiten el normal desarrollo de la personalidad y se traduce en bienes concretos, materiales y espirituales.

Por esto es que todos los niños tienen derecho a vivir en una familia, para obtener lo que podríamos denominar "bienes familiares", entendidos como las condiciones que permiten el desarrollo integral del menor.

Volviendo a nuestro caso, el punto más importante en discusión en un juicio de tuición es discernir cuál de las partes está en mejores condiciones para otorgar estos bienes familiares y por tanto constituirse en la familia del menor.

En el fallo que comentamos, el sentenciador considera que existe un modelo de familia "normalmente estructurada" y que además esta corresponde a un "modelo tradicional que le es propio". Agrega también que esta es "apreciada en el medio social".

El último elemento mencionado, a diferencia de los dos primeros, tiene solo una importancia relativa, porque los derechos de las personas no pueden depender del menor o mayor aprecio social que posean. Lo importante será dilucidar si es posible dentro de nuestro ordenamiento jurídico, privilegiar un modelo tradicional de familia por sobre otros y a eso dedicaremos el punto siguiente.

veniente 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 (...) ² 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 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 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 Abogada 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 esta, luego de la ruptura matrimonial, manifestó una opción homosexual y se encuentra conviviendo con una pareja femenina.

4. *El concepto de familia no es vacío o indiferente en nuestra legislación. Está basado principalmente en el matrimonio entre un hombre y una mujer.* Las consideraciones anteriores sobre la importancia de la familia, explican la especial relevancia que tiene la determinación de su naturaleza para el ordenamiento jurídico. Así, la Constitución Política expresa en su artículo 1º, inciso segundo: "La familia es núcleo fundamental de la sociedad" (...) Y más adelante, en el inciso quinto: "Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, 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".

De inmediato surge la duda sobre cuál es el alcance de esta declaración del constituyente. Si el concepto al que la Constitución se refiere no se encontrara determinado, dicha declaración y los deberes del Estado que se fundan en ella pierden toda operatividad e importancia práctica. No tendría sentido la intención de "privilegio" y "preferencia" que claramente persigue el texto constitucional. Sería una fórmula vacía y decorativa.

Pero sabemos que una de las primeras reglas de interpretación jurídica es darle un sentido útil a las normas vigentes, porque el legislador, en este caso el Constituyente, han buscado proteger algún derecho con estos preceptos.

En el mismo sentido se explica el lugar relevante que ha ocupado la protección de la familia en los convenios internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Econó-

² Nota del editor: Así consta en el original (sic).

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 con-

denados por secuestro o abandono de menores; 6º) cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de este en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7º) cuando cualesquiera otras causas coloquen 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, 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, solo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad como lo ha requerido el padre

micos, Sociales y Culturales, en su Artículo 10 señala: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges".

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), tiene un artículo especialmente dedicado a la protección de la familia, el art. 17: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. 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 estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".

Siguiendo los lineamientos recién expuestos, el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, expresa la absoluta convicción de concebir a la familia como "grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños", debiendo para tal finalidad "recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad", de acuerdo a "las tradiciones y a los valores culturales de cada pueblo" en la medida que permitan garantizar "la protección y el desarrollo armonioso del niño".

—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.

10º) 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 solo 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. N° 1.193-04. 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. Santiago, 31 de mayo de 2004. Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos Meneses Pizarro.

Si la familia pudiera formarse de cualquier manera, admitiendo múltiples alternativas asociativas, bastando la simple comunión de afectos para constituirla, no sería posible ninguna protección "para su constitución". Además, los textos internacionales coinciden con el texto constitucional en que la familia es el elemento natural y fundamental, siempre relacionada íntimamente con el derecho a contraer matrimonio.

Por tanto, en perfecta concordancia con los instrumentos internacionales indicados, la familia en nuestro ordenamiento jurídico interno no es un concepto vacío o indiferente. Si bien es cierto puede ser considerado un concepto análogo que se aplica a realidades similares pero no iguales, esto no implica desconocer un referente principal: la familia en su sentido primordial es la constituida por el matrimonio. Así lo señala el recién promulgado artículo 1º de la nueva Ley de Matrimonio Civil: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia".

A su vez, el concepto de matrimonio incluye esencialmente la heterosexualidad, según lo define el art. 102 del Código Civil: "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".

Frente a lo anterior, no puede argumentarse que el Derecho de Familia está en constante evolución y que el artículo citado del Código Civil aparentemente entra en contradicción con las normas de la nueva Ley de Matrimonio Civil, porque expresamente se discutió, en el debate legislativo, la posibilidad de cambiar esa disposición, considerando el legislador que debía mantenerse la definición transcrita como paradigma y modelo para los matrimonios que se celebren, a pesar de no reconocerse ahora efectivamente la indisolubilidad del vínculo.

También una abrumadora mayoría de la Doctrina señala al matrimonio como la base o fundamento de la institución familiar, a modo de ejemplo, podemos señalar:

a) Rossel Arnaldo "Derecho de Familia" Apuntes de estudio. Santiago, Imprenta Universitaria, 1915.

- b) Somarriva Manuel "Derecho de Familia" Apuntes de clases. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1936.
- c) Lira Urquieta Pedro "El Código Civil y el Nuevo Derecho" Imprenta Nascimento, Santiago de Chile, 1944.
- d) Claro Solar Luis "Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado" Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- e) Rozas Vial; Barros Freire "Derecho Civil. Derecho de Familia. El Matrimonio Tomo I. Ediciones Albatros Chilena. Santiago, 198-.
- f) Hernán Corral en "Familia y Derecho" Universidad de los Andes, colección jurídica, Santiago, 1994, p. 30.

La idea de familia legítima, como lo han sostenido entre otros el tratadista español Rams Albesa, "es el paradigma teórico de la construcción de nuestro ordenamiento civil" ... y, en el sentido de que, como precisa "este tiene como eje central de su estructura el propio matrimonio y rechaza fuera de sí las situaciones que favorecen la provisionalidad. (Notas provisionales sobre la economía de las "nuevas familias" en *Revista ICADE*, 1995, N° 34, pp 71 y 77).

Reiteramos que este sentido primordial de la familia no excluye que otras realidades puedan ser consideradas análogamente como tales, como el caso de las familias llamadas monoparentales, donde es solo uno de los padres el que asume principalmente los deberes de crianza y educación por ausencia del otro o por separación de hecho. Pero todo el tratamiento que dan las normas referidas a la familia, tienden a fomentar y fortalecer las uniones matrimoniales para asegurar a su vez que los hijos tengan acceso a los bienes familiares óptimos que se alcanzan en ellas.

Insistimos en que si no existiera una entidad primordial de la familia con un núcleo esencial y solo fuera una alianza de afectos que se encuentra en constante evolución y por lo mismo, esencialmente relativo; no tendría ningún sentido la "protección jurídica de la familia". No habría nada que tutelar y simplemente el derecho debería reconocer las tendencias que sociológicamente se vayan desarrollando en el tiempo.

5. La unión homosexual, por definición, es incompatible con el matrimonio y por tanto con el concepto de familia que recoge nuestro ordenamiento jurídico. Con estos presupuestos a la vista, aparece razonable y fundada la afirmación contenida en el considerando 16°: "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 estas".

Desde la perspectiva del Derecho de Familia vigente, las uniones homosexuales no solo son imperfectas respecto de la unión matrimonial, sino que son contradictorias y opuestas a la misma definición de matrimonio que señala el Código Civil. Este tipo de uniones no

puede entonces analogarse o compararse bajo razón de similitud con el significado primordial de familia. Solo esta interpretación es coherente con la protección Constitucional de la familia y con todo el conjunto del ordenamiento positivo, incluyendo los Convenios Internacionales, que se refiere a esta realidad fundamental de la sociedad humana.

Aunque los sentenciadores consideran que no es del caso hacer una valoración de la opción sexual de la madre, decisión que según nuestro ordenamiento jurídico se encontraría dentro de su ámbito legítimo de autodeterminación personal; no sucede lo mismo respecto del efecto que su decisión puede causar en las menores, materia que sí está regulada por la legislación nacional, pues el Derecho de Menores es de Orden Público y tiene como fin la adecuada protección de quienes se encuentran aún incapacitados para velar por sí mismos y discernir cuál es la situación más conveniente para su propio bienestar espiritual y material.

Se ha sostenido que este reconocimiento del ejercicio legítimo de un derecho personalísimo en materia de conductas sexuales, sería contradictorio con afirmar posteriormente que el uso de este derecho podría inhabilitar para ejercer la tuición de los menores.

Esto no es así por varias razones: primero, porque nunca se pueden considerar absolutos los derechos; siempre hay límites que respetar. Nadie tiene derecho, por ejemplo, a conservar su vida a costa de la vida de otras personas inocentes, a pesar de que se considera el derecho a la vida como el primordial y el más "absoluto" de los derechos. Segundo, porque en un juicio de Tuición de Menores no se discute el reconocimiento del derecho a autodeterminación sexual de la madre, sino simplemente los efectos que las decisiones —de cualquier orden— de los padres, pueda tener en el bienestar de los hijos. Así, nadie negaría que un hombre de negocios que deba viajar por varios meses recorriendo distintos países, ejerce un derecho personalísimo en el ámbito de su libertad de trabajo. Sin embargo, si llega a disputar la tuición de sus hijos con una madre que sí puede tener una residencia fija y por tanto acompañar presencialmente a sus hijos, el hombre de negocios de nuestro ejemplo, se encuentra en una situación desfavorable para poder acceder a la tuición. Tercero, porque los derechos no son principios generales y abstractos, sino que existen siempre particularizados y circunstanciados en el bien común de una sociedad determinada, de modo que siempre debe atenderse al contexto en el que están siendo invocados. En este caso, reiteramos, no se está juzgando acerca del ejercicio de la autodeterminación respecto de la opción sexual de la madre, sino respecto de las consecuencias que las decisiones de la madre producirán en el desarrollo de las menores que estaban bajo su cuidado.

6. En el caso concreto las menores sí se han visto afectadas por la conducta desplegada por la madre. Analizando, ahora los hechos acreditados en el caso de autos, es razonable concluir que la conducta de la demandada, consistente en mantener una convivencia estable con otra mujer, en el mismo hogar que comparte con las menores, sí ha influido negativamente en el bienestar de las hijas, según lo señalan diversas pruebas acompañadas en el proceso.

No desconoce el fallo la existencia de informes de psicólogos y otros profesionales que señalan que la condición de homosexualidad de la madre, no afectaría los derechos

de los hijos; pero estos son solo algunos de los elementos que deben analizar los jueces en conjunto con los demás medios de prueba que obren en el proceso. No son los peritos los que tienen la información completa de la causa y solo informan respecto de aspectos que aunque muy importantes, siempre son parciales. La decisión siempre corresponde al Juez, quien para fallar de acuerdo al "mérito del proceso", debe considerar todos los elementos de prueba en su conjunto, con imparcialidad y llegar a una convicción acerca de la solución justa para el caso concreto.

Por eso señala el considerando 14° en su parte final: "...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 solo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los medios de prueba";

Y continúa la sentencia, después de mencionar la existencia de los referidos informes, en su considerando 15°: "...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".

Efectivamente, de acuerdo al mérito de las pruebas señaladas, la conducta desplegada por la madre ha ido en detrimento de las menores que estaban bajo su cuidado, produciendo diversos trastornos en su conducta. La causa de estos trastornos es una forma de vida de la madre, que además priva a sus hijas de una familia en el sentido que el ordenamiento jurídico señala y protege.

Desconocer las demás pruebas acompañadas en autos y sobre todo las que se refieren al estado en que se encuentran efectivamente las menores, constituyen una falta o abuso grave de parte del sentenciador de segunda instancia.

7. Entregar la tuición a la madre, significaría privar a las menores de los bienes propiamente familiares y ponerlas en situación de riesgo. Es en este contexto circunstanciado en el que aparece como una forma de asegurar el derecho de las menores a los bienes propiamente familiares de acuerdo a nuestro ordenamiento vigente; el entregar su custodia al padre de las mismas que se encuentre, por sus circunstancias personales, en mejores condiciones para otorgar a sus hijas el ambiente familiar adecuado para su mejor desarrollo físico y moral; lo que no significa desconocer el derecho de la madre, sino resguardar el interés superior de las niñas.

Estas consideraciones se recogen adecuadamente en los considerandos 17° y 18°: Señala el primero de ellos: "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 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; y el considerando 18°: "Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala 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".

8. *Por tanto corresponde la tuición al padre que no presente ningún impedimento que pueda afectar el derecho de las menores a un pleno desarrollo físico, psicológico y espiritual.* Por tanto, está en un mejor lugar jurídico para tener la tuición de las menores, aquel padre que pueda entregar los bienes necesarios para el desarrollo integral del menor y en este caso, quien cumple con estos requisitos es el padre de las menores, en atención a lo ya señalado.

Así, el considerando 19° concluye: "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".

Queda entonces completa la argumentación para proceder a declarar que se debe conceder al padre demandante la tuición de sus hijas menores.

9. *Procedencia del Recurso de Queja.* Por último, el considerando 20°, ya comentado anteriormente, menciona las causales que hacen procedente el Recurso de Queja. Recordemos que como recurso extraordinario, debe justificarse su procedencia con un criterio estricto y quedar expresa constancia de la misma en la sentencia que lo acoge.

Hay una falta o abuso grave de parte de los sentenciadores de segunda instancia —quienes se limitaron a confirmar, sin mayores consideraciones, el fallo de primera— porque:

1. No apreciaron estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso. Fallar en conciencia² nunca puede significar simple arbitrio, sino una mayor flexibilidad para considerar, siempre de acuerdo al Derecho, los medios probatorios para tener por establecidos los hechos sobre los que se debe juzgar. En este caso se privilegia-

² Respecto de la facultad de apreciar la prueba en conciencia, que la Ley de Menores establece en su art 36, no significa para el sentenciador quedar exento de fundamentar sus decisiones judiciales. El juez que no expresa en su sentencia lo que su conciencia le indica excede el debido proceso y representa un peligro para un Estado de Derecho. La sentencia que no se fundamenta, constituiría, además, un atentado al art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, que obliga al juez a tener en consideración primordial el interés superior del menor por sobre otros intereses; todo lo cual debe encontrarse reflejado en las consideraciones que los jueces realizan para tomar una decisión que los afecte directamente.

ron algunos elementos probatorios –los informes de peritos– frente a otros –las pruebas testimoniales– sin una razón o justificación suficiente.

2. No dieron preferencia al derecho de las menores a tener todas las condiciones adecuadas para su completo desarrollo físico y moral, lo que incluye como parte esencial, el derecho a tener la familia que pueda cumplir mejor con el modelo que el propio ordenamiento jurídico protege y favorece para cautelar los derechos de los niños.

De este modo se da cumplimiento a lo establecido por el art. 545 del Código Orgánico de Tribunales, señalando las consideraciones precisas que demuestran la falta o abuso de los jueces recurridos y a continuación procediendo a determinar las medidas conducentes a remediarlos.

Habiéndose acogido el recurso y por consiguiente, invalidando la sentencia dictada, corresponde disponer que los antecedentes pasen al Tribunal Pleno para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada.

El presente fallo es de gran relevancia para las discusiones sobre el Derecho de Familia que se han plantado en nuestro país durante el último tiempo. Conocidas son las modificaciones a los regímenes de filiación y el desconocimiento de las propiedades esenciales del matrimonio con la promulgación de una nueva Ley de Matrimonio Civil que incluye el divorcio vincular. El modelo de familia tradicionalmente concebido como fundado en el matrimonio entre un hombre y una mujer está sometido a constante crítica y muchos consideran el paradigma anterior superado por la nueva realidad social. Por esto, es necesario hacer efectiva la protección que el ordenamiento internacional y nuestra legislación consagran respecto de la familia, velando especialmente por el derecho de los menores a vivir con aquel padre que otorgue las mejores condiciones para su correcto desarrollo físico, psicológico y espiritual. Este fallo puede servir de ejemplo para futuras resoluciones judiciales.

Fecha de recepción: 6 de diciembre de 2004
Fecha de aceptación: 20 de diciembre de 2004
