

Anuario de Derechos Humanos 2005



Derechos Humanos y Tuición

Patsilí Toledo Vásquez*

I. Antecedentes¹

Sentencia de la Corte Suprema (4ª Sala) de fecha 31 de mayo de 2004, que acoge el recurso de queja deducido por Jaime López Allende contra los Ministros de la 2ª Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco², por haber confirmado³ -cometiendo falta o abuso grave- la sentencia de primera instancia dictada por la Jueza subrogante del Juzgado de Letras de Villarrica⁴, que confería la tuición de sus tres hijas a la madre de éstas, Jacqueline Karen Atala Riffo.

Este caso fue dado a conocer a través de diversos medios de comunicación, relevándose como el factor principal en discusión el hecho que la madre de las niñas reconociera públicamente su lesbianismo, así como el hecho de convivir con su actual pareja en el mismo hogar que compartía con sus hijas. En primera y segunda instancia, los tribunales –Juzgado de Letras de Villarrica y Corte de Apelaciones de Temuco– reconocieron que no había inhabilidad en la madre para ejercer la tuición, decisiones que fueron dejadas sin efecto por el fallo de la Corte Suprema que a continuación se comenta.

II. El Recurso de Queja en Chile

En Chile, por regla general, el conocimiento de los procesos judiciales es de doble instancia, donde la segunda instancia está radicada normalmente en la Corte de Apelaciones respectiva. Existe, además, un recurso de queja que busca formalmente, “*corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de decisiones de carácter jurisdiccional*” (artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales), pudiendo el tribunal superior de justicia invalidar una resolución judicial, además de imponer medidas disciplinarias a los jueces o juezas que han incurrido en la falta o abuso.

A pesar de esto, se ha tornado una práctica generalizada el uso del recurso de queja –instrumento jurídico que emana de las facultades disciplinarias (no jurisdiccionales) de los tribunales superiores de justicia– para llevar muchos casos a una verdadera “tercera instancia” ante la Corte Suprema, en que es posible revocar pronunciamientos de las Cortes de Apelaciones. Si bien el recurso fue modificado con el objeto de evitar estas malas prácticas, ellas no han sido erradicadas, lo que ha determinado recientemente la presentación de una moción parlamentaria con el objeto de modificar el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, acotándolo, para evitar impugnaciones

* Abogada, Universidad de Chile. Investigadora Corporación Humanas - Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género.

¹ Este caso ha sido remitido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como petición presentada por la madre, Jacqueline Atala Riffo, por sí y en representación de sus hijas, por la violación por parte del Estado de Chile de los derechos consagrados en los artículos 1 N° 1, 2; 5 N° 1; 11 N° 1 y 2; 17 N° 1 y 4; 19 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con fecha 12 de noviembre de 2004, encontrándose a enero de 2005, pendientes las observaciones del Estado.

² Ministros señores Héctor Toro Carrasco, Fernando Carreño Ortega y la Fiscal Tatiana Román Beltramín.

³ En sentencia de 30 de marzo de 2004.

⁴ Jueza Viviana Cárdenas Beltrán, que dictó sentencia con fecha 29 de octubre de 2003.

⁵ Moción de los senadores Alberto Espina, Andrés Chadwick, José Antonio Viera Gallo y Andrés Zaldívar. Boletín N.º 3679-07 (Fecha de ingreso: 15 de septiembre de 2004).

⁶ Proyecto anunciado por el Ministerio de Justicia con fecha 13 de enero de 2005. Entre las modificaciones se incorpora como causa para declarar inadmisibile el recurso, el adolecer de manifiesta falta de fundamento de orden disciplinario, y se exige unanimidad de la sala respectiva para acoger el recurso e imponer la sanción, entre otras. Ver <http://www.minjusticia.cl/Comunicados/2005/Enero/ene13.htm>. (A la fecha, el proyecto no ha sido ingresado al Congreso Nacional)

⁷ Se ha discutido si esta norma tendría un sesgo discriminatorio en perjuicio de los padres – favoreciendo a las madres– (organizaciones como la Corporación de Padres por la Igualdad de Derechos frente a los Hijos, conocida como “Papás por Siempre”), o si más bien constituye una manifestación de la primacía del principio del interés superior del niño por sobre el de igualdad (Schmidt, Veloso), sin perjuicio del hecho que esta norma constituye una ratificación de la práctica social existente al respecto. Sin embargo, y dado el complejo análisis que requeriría este tema, se hace presente que este comentario se referirá solo a la aplicación e interpretación que hace la Corte Suprema de ésta y otras normas en la sentencia que se examina.

⁸ De los Ministros señores José Luis Pérez, Urbano Marín y Jorge Medina.

judiciales mediante acusaciones disciplinarias⁵, así como de un mensaje presidencial con el mismo objeto en enero de 2005⁶.

III. El Fallo de la Corte Suprema en el Recurso de Queja

El fallo que a continuación se comenta ha sido, sin duda, uno de los más polémicos de entre los emanados de la Corte Suprema durante el año 2004. Su fuerte exposición mediática, a contar del fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco que –confirmando el de primera instancia– sostuvo la inexistencia de causal legal de inhabilidad para que la madre mantuviera el cuidado personal de sus hijas, a pesar de las alegaciones del padre en el sentido que la calidad de lesbiana de la madre generaría efectos perjudiciales en las niñas, ha hecho de esta sentencia una de las más debatidas y comentadas en cuanto a derechos de las mujeres y de los niños.

Al respecto cabe señalar que la legislación nacional prevé, para el caso en que los padres se encuentren separados de hecho, que el cuidado personal de los hijos corresponderá a la madre, regla general establecida en el artículo 225 inciso 1º del Código Civil⁷. Esta regla, sin embargo -conforme al inciso segundo del mismo artículo-, puede ser modificada por acuerdo entre los padres o por resolución judicial, *“cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada (...)”*.

El voto de mayoría de la 4ª Sala de la Corte Suprema⁸, al acoger el recurso de queja, fundamenta su decisión en que los jueces recurridos incurrieron en falta o abuso grave, por dos razones señaladas, principalmente, en el Considerando 20º:

- a. *“por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso”*, y en esto se refiere a la valoración que se dio a los informes psicológicos y sociales –que aseguraban que la homosexualidad de la madre no perjudicaba el desarrollo de las niñas, a la vez que aquella era una persona absolutamente normal desde el punto de vista psicológico- por sobre las pruebas testimoniales aportadas por el padre demandante; y
- b. *“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”*.

De la sola lectura de los fundamentos de este considerando se desprenden los principales puntos criticables, desde una perspectiva de derechos humanos, de la sentencia. En este caso, la supuestamente “abusiva” apreciación de los medios de prueba se constituye solo en la causa formal a que recurre el fallo para invalidar las sentencias pronunciadas en favor de la madre. En el fondo, sin embargo, lo que expresa la sentencia es una obvia discriminación y una percepción sesgada, cuyos efectos superan la sola cuestión debatida en la causa.

En efecto, si bien el fallo reconoce la legitimidad de la decisión de la madre de “*explicitar*” su condición homosexual⁹, sostiene que con ello “*ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar(...)*” –Considerando 16°–, lo que ya permite inferir como sustrato el imperativo de género de acuerdo al cual una madre debe anteponer los intereses de los hijos o hijas a los suyos. Por otra parte, y peor aún, estas expresiones –emanadas del máximo tribunal chileno– interpretadas armónicamente con lo señalado en el Considerando 20°, indican claramente que las familias “heterosexuales” –y probablemente biparentales– son *normales y apreciadas en el medio social*, mientras que en el caso de los padres y madres homosexuales, lo “adecuado” sería ocultar esta calidad, pese a que sea “legítimo” explicitarla.

Sin ir más lejos, la Corte Suprema pretende establecer como un derecho de las niñas “*vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional*”. Esta expresión es muy similar a la utilizada por un tribunal de apelación portugués que, fundamentando la decisión de privar de la tuición al padre homosexual, señalaba que la niña “*debía estar con una familia portuguesa tradicional, y que su padre evidentemente no había elegido esa clase de familia, prefiriendo vivir en relación marital con otro hombre*”, agregando que el Tribunal “*no es el lugar para intentar averiguar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En cualquiera de los casos, estamos en presencia de una anormalidad y una criatura no debería crecer a la sombra de situaciones anormales*”. Al conocer de este caso (*Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*), la Corte Europea de Derechos Humanos estableció que los fundamentos a través de los cuales se había negado la tuición al padre eran explícitamente discriminatorios¹⁰, como lo es la calificación de familias o personas como *tradicionales* o *normales*¹¹.

Por otra parte, la Corte Suprema chilena establece que este “derecho” de las niñas a vivir en una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social implica también evitar “*la eventual confusión de roles que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino*” –Considerando 17°–. Estas afirmaciones revelan, en primer término, un desorden en el razonamiento de los ministros, por cuanto aseveran que la “eventual” confusión de roles se daría por la conjunción de dos factores: primero, la carencia en el hogar de “un padre de sexo masculino” (¿es posible la existencia de un padre de sexo femenino?, ¿los niños y niñas que viven en hogares monoparentales también están parcialmente expuestos/as a la “confusión de roles”?); y segundo, el supuesto “reemplazo” de aquel ausente “padre de sexo masculino” por *otra* mujer. En este punto sí es posible encontrar una “confusión de roles” en el razonamiento judicial: la figura paterna de las menores no ha sido ni será reemplazada, como tampoco ocurre en los casos en

⁹ “como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprochación o reproche jurídico alguno (...)”, (Considerando 16°).

¹⁰ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*. Sentencia de 21 de diciembre de 1999, basada en la violación a los artículos 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

¹¹ Véase, para mayor información sobre este punto, MINOT, Leslie Ann. Concebir la mater/paternidad: ser madres, ser padres y los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, sus hijas e hijos. Informe de la Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (IGLHRC). 2000.

¹² *Ibid.*

¹³ Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Palmore vs. Sidoti*. 1984.

¹⁴ De los Ministros señores José Benquis y Orlando Álvarez.

que existe separación de una pareja heterosexual y luego la madre inicia una nueva relación de pareja; por el contrario, la legislación prevé para estos casos los mecanismos para que los hijos e hijas mantengan una relación directa y regular con aquel de los progenitores que no tiene la tuición. El rol de pareja que tiene el o la conviviente de una persona separada, obviamente, no conlleva un rol paterno o materno respecto de los hijos o hijas de ésta, ya se trate de parejas hetero u homosexuales.

Finalmente, la Corte refuerza sus argumentos en el *“estado de vulnerabilidad en su medio social”* en que se encontrarán las niñas, *“exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará su desarrollo personal”* –Considerando 18º–, dada la *“explicitación”* de la homosexualidad de su madre y su convivencia con otra mujer. En este sentido, el fallo recoge la discriminación social existente en nuestra sociedad en contra de las personas homosexuales como un argumento más a favor de negar la tuición a la madre. Respecto de este punto, el llamado *“estigma”* que afectaría a los y las hijas por la condición de discriminación que afecta al padre o madre¹², conviene citar el caso *Palmore vs. Sidoti*, en que la Corte Suprema de Estados Unidos, pronunciándose sobre de la posibilidad de que un niño pudiera ser objeto de estigma por el hecho de otorgarle su custodia a la madre, que mantenía una relación interracial, señaló que *“puede ser que los prejuicios privados estén fuera del alcance de la ley, pero ella no puede, directa ni indirectamente, traducirlos en actos”*¹³.

Las apreciaciones reseñadas precedentemente son confirmadas por el voto de minoría¹⁴ de esta sentencia, que establece *“9º) Que (...) en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los sicólogos 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 siquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. (...) En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad –como lo ha querido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas–, involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria”*.