

Informe en derecho presentado en el recurso de queja interpuesto en el juicio sobre tuición de menores “López Atala, Matilde y otros”. * / **

VERÓNICA UNDURRAGA VALDÉS***

* El presente texto difiere del informe presentado a la Corte Suprema en aspectos menores que se corrigieron y en cambios formales para efectos editoriales, sin que estas modificaciones signifiquen una variación de sentido.

** Reseña de la causa: Don Ricardo López demandó a la señora Karen Atala, de quien estaba separado, la tuición de sus tres hijas comunes argumentando que la señora Atala, por su condición de lesbiana y por compartir el hogar familiar con una pareja mujer, se encontraba inhabilitada para velar y cuidar de las niñas, quienes sufrirían daños en su desarrollo como consecuencia de la opción sexual de la madre. Al iniciarse el juicio la tuición provisoria de las hijas fue entregada al padre. La sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal de Menores de Villarrica desechó la demanda por no existir una causal legal de inhabilidad de la madre. El fallo dio por acreditado que la orientación sexual de la madre no constituía un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que la demandada no presentaba ninguna patología siquiátrica que le impidiera ejercer su rol de madre, que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores, que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica y que la demandada no presentaba ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno. La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco. El demandante presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema contra la Corte de Apelaciones de Temuco argumentando que a través de su sentencia de apelación los jueces recurridos habían cometido una falta y abuso grave y notorio. El recurrente solicitó asimismo que se mantuviera provisoriamente a las niñas bajo el cuidado personal del padre, solicitud que fue acogida por la Corte Suprema al dictar una orden de no innovar. La Corte Suprema, por tres votos contra dos, acogió el recurso de queja por haber el tribunal de apelación “*preferido el derecho preferente de las niñas a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que les es propio*”. En opinión de la mayoría la madre de las menores antepuso sus propios intereses postergando los de sus hijas, dejándolas en una situación de riesgo de una eventual confusión de roles sexuales y expuestas a la discriminación de sus pares, impidiendo su desarrollo integral. La minoría estuvo por rechazar el recurso por estimar improcedente que el recurso de queja opere como una tercera instancia. Además señaló que “*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*”. Afirmó que de los antecedentes de la causa no se desprendería la concurrencia de ninguna de las causales legales de inhabilidad de la madre, agregando que “*restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas— involucra imponer tanto a aquellas— como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria*”. Con la sentencia de la Corte Suprema se agotaron los recursos judiciales internos que podían ejercerse en el juicio de tuición de las niñas López Atala. Actualmente las niñas se encuentran bajo la tuición definitiva de su padre. La madre presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos argumentando que el Estado de Chile, mediante la actuación de la Corte Suprema, infringió, entre otros, los derechos y garantías a la dignidad y honor, a la privacidad familiar y a la igualdad tanto respecto de ella como de sus hijas. La denuncia fue acogida a tramitación, encontrándose a esta fecha pendiente su resolución. (Esta reseña no es parte del informe en su versión original. Sólo ha sido agregada a la versión presentada a la revista para una mejor comprensión del lector).

*** Abogada de la Universidad de Chile. Magíster Universidad de Columbia, Nueva York (LLM). Alumna del Programa de Doctorado en Derecho en la Universidad de Chile.

Se me ha solicitado un informe en derecho para ser presentado en recurso de queja interpuesto por don Ricardo López Allende contra la Corte de Apelaciones de Temuco, ingreso C.S. N°1193–2004, que incide en el juicio sobre tuición de menores “López Atala, Matilde y otros”, rol N° 9485, de Juzgado de Menores de Villarrica.

Los aspectos jurídicos respecto de los cuales ha sido requerida mi opinión son los siguientes:

1. Interpretación del artículo 225 incisos 1° y 3° del Código Civil en relación con la obligación del juez de fallar en función del interés superior del niño.

Bajo este numerando se analiza el sentido y alcance de la disposición que establece que, en caso de separación de los padres, toca a la madre el cuidado personal de los hijos, salvo cuando el interés superior del niño haga indispensable, por causa calificada, que el cuidado personal sea entregado al padre. La interpretación de este artículo se analiza en relación con la obligación legal impuesta a los tribunales, por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y por el Código Civil, de priorizar el interés superior del niño en toda decisión que afecte a éste.

2. Criterios de determinación del interés superior del niño cuya tuición demanda el padre heterosexual en contra de la madre lesbiana.

En esta segunda parte se hace una exposición detallada sobre qué debe entenderse por interés superior del niño en el contexto específico de un juicio de tuición de estas características. Especial énfasis se hace en el carácter concreto de la determinación, que atienda a las características personales y a las circunstancias particulares que, en cada caso, les toca vivir a los hijos de una madre lesbiana.

3. Análisis jurídico de los argumentos que afirman que mantener la tuición legal de la madre lesbiana que convive con su pareja causa un daño moral a los hijos.

El informe finaliza con un análisis sobre la validez jurídica de los argumentos que la doctrina comparada ha identificado como los más recurrentes en juicios de tuición respecto de hijos de madres lesbianas. Cabe hacer notar que esos argumentos han sido precisamente los que la parte demandante ha esgrimido en la causa en la que se solicita el presente informe.

1. Interpretación del artículo 225 incisos 1° y 3° del Código Civil en relación con la obligación del juez de fallar en función del interés superior del niño

El artículo 225 del Código Civil, en sus incisos primero y tercero señala:

Art. 225.

Inciso 1°: Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

Inciso 3°: 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 los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

El interés superior del niño es uno de los principios inspiradores de la ley N° 19.585, que introdujo el actual texto del artículo 225.¹ El propio artículo 225 fue objeto de una extensa revisión parlamentaria con el objeto de asegurar en su letra y espíritu la incorporación del principio del interés superior del niño en materia de tuición.²

La doctrina incluso ha señalado que el artículo 225 hizo primar el principio del interés superior del niño por sobre el principio de igualdad, al establecer una preferencia legal respecto de la madre en la tuición de sus hijos menores.³ Esta afirmación tiene fundamentos en la historia fidedigna de la ley.⁴

Durante la tramitación de la ley, se fortaleció la preferencia legal por la tuición de la madre, al modificar el artículo del proyecto original que establecía como regla general el acuerdo de los padres y que sólo a falta de este acuerdo, se concedía por ley la tuición a la madre. En efecto, el artículo correspondiente del proyecto original señalaba:

222: Si los padres viven separados, a falta de acuerdo, corresponde a la madre el cuidado personal de los hijos menores, salvo que por motivos calificados el juez decidiere de otro modo.

Los motivos del legislador para fortalecer la preferencia legal por la tuición de la madre dicen relación con el deseo de dictar una norma que fuera más acorde con la realidad general de la crianza⁵, que

¹ VELOSO V., Paulina, “Principios Fundamentales que Inspiran el Nuevo Estatuto de Filiación”, en *El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno*. Serie Seminarios y Congresos. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, (1999), p. 27 y ss.

² Aplicando este principio, se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho del niño a no ser separado de sus padres, al restringir durante la discusión parlamentaria, la posibilidad de la revisión judicial del acuerdo de los padres o de la radicación en la madre del cuidado personal del hijo. (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley de la Honorable Cámara de Diputados que modifica el Código Civil y otros textos legales en materia de filiación) También aplicando el principio del interés superior del niño se rechazó una indicación al proyecto de ley que pretendía volver a exigir depravación de la madre para poder otorgarle la tuición al padre (Segundo Informe de la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento).

³ Ver SCHMIDT H., Claudia, “Relaciones filiales personales y patrimoniales”, en: SCHMIDT H., Claudia y VELOSO V., Paulina, *La filiación en el nuevo derecho de familia*, ConoSur. Santiago (2001), p. 245.

⁴ “La indicación N°121 de los HH. Senadores señora Feliú y señor Otero, y la indicación N°122 de los HH. Senadores señores Diez y Larraín, proponen reemplazar el artículo para entregar en primer lugar a la madre el cuidado personal de los hijos menores. Agregan que no obstante, mediante escritura pública..., ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán decidir que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre... Los HH. Senadores señores Hamilton y Sule consideraron que si bien el texto del primer informe y en el de las indicaciones la voluntad de la madre es decisiva para concurrir a un acuerdo, que de no lograrse, importará que legalmente quede radicado en ella el cuidado personal de los hijos, las propuestas cambian sustancialmente el espíritu de la disposición en orden a privilegiar el acuerdo de los padres, que refleja el propósito del legislador de que la relación entre ellos sea más equitativa... Sin embargo, la mayoría de la Comisión... 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 carácter de regla general. La minoría hizo presente que, aun cuando mantenía sus prevenciones... se sumaría a la idea de establecer que si los padres viven separados toca a la madre el cuidado personal de los hijos, pero, de común acuerdo, ambos padres pueden determinar que el cuidado personal lo tenga el padre... Puestos en votación los incisos primeros de las indicaciones N°s 121 y 122, fueron aprobados con cambios... en forma unánime”. (Segundo Informe de la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento. Anexo Documentos sesión 12).

⁵ “...la mayoría de la Comisión –integrada por los HH senadores señores 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 hizo presente que, aun cuando mantenía sus
(Continúa en pág. siguiente)

respetara las costumbres y que disminuyera los litigios en torno a las tuiciones de los hijos⁶. Similares preferencias legales, que reconocen especialmente la necesidad de los hijos de corta edad de vivir con sus madres, existen en la legislación de otros países de idiosincrasia similar a la nuestra, por ejemplo Argentina⁷ y Perú⁸. Al momento de discutirse el nuevo estatuto de filiación chileno, también España contaba con una preferencia similar⁹. La necesidad de que los hijos pequeños permanezcan con su madre también ha sido reconocida por los países americanos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”, que en su artículo 16 establece “... todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre...”¹⁰

El interés superior del niño motivó también otro de los cambios que el artículo original sufrió durante la tramitación de la ley. Esta modificación se refiere a la posibilidad y requisitos que deben cumplirse para que pueda operar la revisión judicial de la norma general que entrega la tuición a la madre. Los cambios consistieron:

1. En disponer que sólo puede el juez modificar la regla general de tuición de la madre “cuando el interés del hijo lo haga *indispensable*”.
2. En especificar que el interés superior del niño hace indispensable la modificación de la regla legal de tuición materna cuando exista maltrato, descuido u otra causa calificada.

prevenciones, como creía que en esta materia, por ser tan delicada, era conveniente que la Comisión tuviere un criterio unánime, se sumaría a la idea de establecer que si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos ... Puestos en votación los incisos primeros de las indicaciones n°121 y 122, fueron aprobados por los HH senadores señores Fernández, Hamilton, Larraín, Otero y Sule, en forma unánime”.

⁶ “La radicación legal del cuidado de los hijos ... evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que los más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos”. Informe de la Comisión Constitución Legislación, Justicia y Reglamento. Anexo Documentos sesión 12.

⁷ Código Civil. Artículo 206 (*Modificado por: Ley 23.515 Art.1 (Sustituido. (B.O. 12-06-87).*) “Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su carga se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos”.

⁸ Código de los Niños y Adolescentes (ley 27.337 del año 2000) Art. 84. Artículo 84o.- “Facultad del Juez.- En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas”.

⁹ El antiguo artículo 159 del Código Civil español establecía: “si los padres vivieran separados y no decidiesen de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”.

¹⁰ El texto completo del artículo es. “Derecho de la Niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

Respecto al primer cambio, la elección del adjetivo “*indispensable*” no fue casual ni arbitraria. Al establecerla de forma unánime, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, quiso expresamente *restringir* la facultad judicial de modificar la regla legal de tuición de la madre, razón por la cual sustituyó la expresión que tenía en esa etapa legislativa el artículo y que decía que el juez podía alterar la tuición de la madre “por motivos convenientes para los hijos”.¹¹ La Comisión exigió en cambio que dichos motivos no fueren solamente convenientes sino que indispensables para resguardar el interés superior del niño.¹²

Respecto al segundo cambio, señala que el interés superior del niño hará indispensable la modificación judicial de la tuición legal cuando se pruebe que la madre maltrata o descuida al hijo, o cuando se pruebe otra causal igualmente calificada. El criterio para determinar la calificación de una causal es de carácter jurídico y está sometido a las restricciones propias de este tipo de análisis. Una causal será calificada cuando cumpla con los siguientes requisitos¹³, que se desprenden de la letra y el espíritu de la ley:

1. El carácter calificado de la causal debe tener estricta relación con el interés superior del niño. No es causal calificada aquella que, aun pudiendo ser grave para otros efectos, no es relevante en función del bienestar del niño (artículos 225 y artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴).
2. El carácter calificado de la causal supone que el daño que se produce al niño por permanecer con la madre es mayor que el daño que se produce al niño por la separación forzada de su madre.
3. El carácter calificado de la causal exige una gravedad tal que amerite desestimar el juicio del legislador de considerar que el interés superior del niño es el estar bajo la tuición de su madre. Aplicando el criterio sistemático de interpretación establecido en el artículo 22 del Código Civil¹⁵, corresponde considerar que para que una causal sea calificada, debe ser una de aquellas que contempla el artículo 42 de la Ley N° 16.618¹⁶ –que a su vez se remite al artículo 226 del Código Civil¹⁷–, que enumera

¹¹ El texto del artículo en el proyecto de la Cámara de Diputados que fue modificado por la Comisión del Senado modo por motivos convenientes para los hijos, teniendo especialmente en vista lo dispuesto en el artículo 9° de la Convención de los Derechos del Niño, que establece el derecho a no ser separado de sus padres. La facultad del tribunal para alterar el cuidado personal del hijo quedó circunscrita, por consiguiente, a que el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa grave, y simplemente habilita al juez para entregar el cuidado personal al otro de los padres ... Sometido a votación en la forma antedicha, resultó aprobado por unanimidad..” (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Anexo Documentos sesión 12.).

¹² “... La Comisión decidió contemplar la posibilidad de revisión judicial del acuerdo de los padres o de la radicación en la madre del cuidado personal. Discrepó, sin embargo, de la facultad que le concede el proyecto de decidir de otro

¹³ El adjetivo “calificado/a” según el Diccionario de la Real Academia Española significa que tiene todos los requisitos necesarios. Ver definición en: <http://www.rae.es>.

¹⁴ El artículo 3 Convención de los Derechos del Niño en su N° 1 establece: “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”.

¹⁵ Artículo 22: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

¹⁶ Artículo 42: “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: 1° Cuando estuvieren incapacitados legalmente; 2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4° Cuando consintieren que el hijo se

(Continúa en pág. siguiente)

las causales en que uno o ambos padres se encuentran inhabilitados física o moralmente para tener la custodia de sus hijos. Las causales que contempla este artículo son: la incapacidad mental, el alcoholismo crónico, el no velar por la crianza, cuidado personal o educación del hijo, consentir en que el hijo se entregue a la vagancia, haber sido condenados por secuestro o abandono de menores, el maltratar o dar malos ejemplos o si la permanencia del menor en el hogar constituyere un peligro para su moralidad, y otras causas que coloquen al menor en peligro moral o material.

4. La determinación de si una causa es calificada o no, debe hacerla el juez habiendo oído antes al niño (artículo 227 del Código Civil¹⁸) y habiendo tenido debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (artículo 242 del Código Civil¹⁹).

Si se compara el nuevo artículo 225 con el derogado artículo 223 que exigía depravación de la madre que hiciera temer que los hijos se pervirtieran²⁰, la nueva legislación atenúa las causales por las cuales la madre puede ser privada de la tuición. Sin embargo, sigue manteniendo la regla general de que el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre²¹. Solamente puede el juez modificar el criterio del legislador en el caso particular, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, por causas calificadas. Esto significa que la ley establece una presunción legal de que, en caso de separación de los padres, el interés superior del niño se cumple dejándolo bajo el cuidado de su madre. Esta presunción admite prueba en contrario, y el peso de la prueba recae en quien alega la concurrencia de la causa justificada, es decir, en el padre.

En consecuencia, constituye un error jurídico interpretar el artículo 225 en el sentido de que el interés superior del niño elimina o debilita la preferencia que la ley establece a favor de la madre, al confiarle el cuidado de los hijos. El tenor literal de la disposición es claro y coincide con su sentido y espíritu. La historia fidedigna de la ley deja constancia expresa de que la preferencia materna que tiene la disposición se estableció en consideración al interés superior del niño. El sentido natural y obvio de las

entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.

¹⁷ Artículo 226: “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. En la elección de estas personas, se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes”. decía, en la parte correspondiente: “Si los padres viven separados, a falta de acuerdo, corresponde a la madre el cuidado personal de los hijos menores, salvo que el juez decida otra cosa por motivos convenientes para los hijos”.

¹⁸ Artículo 227: inciso 1º “En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente, oyendo a los hijos y a los parientes”.

¹⁹ Artículo 242 inciso 2º: “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”.

²⁰ El texto del antiguo artículo 223 señalaba en su inciso primero “A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos, cuando por su depravación sea de temer que se perviertan”.

²¹ El Mensaje Presidencial que somete el proyecto de ley a la Cámara de Diputados, señala: “En relación a la tuición de los hijos de padres que viven separados –sea por ruptura del matrimonio o porque éste no existe– *se ha mantenido la norma que le entrega el cuidado de los hijos menores a la madre*, pero se ha establecido que el juez podrá decidir de otro modo, por motivos calificados”.

expresiones “*indispensable*” y “*causa justificada*” escogidas por el legislador demuestran que existió la voluntad legislativa de que sólo causas graves que atenten contra el interés superior del niño autorizan al juez para privar a los hijos del cuidado de su madre.

De interpretarse la obligación del juez de fallar conforme al interés superior del niño como una autorización para debilitar la preferencia legal a favor de la custodia materna, estaría en la práctica privándose de efecto a los incisos 1º y 3º del artículo 225, lo que es contrario al asentado criterio interpretativo que enseña que debe preferirse aquella interpretación de la norma que signifique que ésta produzca algún efecto, por sobre la que implique que la norma no produzca efecto alguno.

Es posible no estar de acuerdo con la norma del artículo 225. Se puede argumentar que el interés superior del niño estaría mejor resguardado con una ley que estableciera igualdad de derechos de la madre y el padre en el cuidado de sus hijos. Esa crítica a la ley, sin embargo, corresponde dirigirla al poder legislativo. Los tribunales, en cambio, están obligados a respetar el artículo 23 del Código Civil, que dictamina que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”.

2. Criterios de determinación del interés superior del niño cuya tuición demanda el padre heterosexual en contra de la madre lesbiana

En un juicio en que se disputa la tuición legal de la madre, el juez está llamado a determinar si existen causas calificadas que hagan indispensable, en función del interés superior del niño, sacar a los hijos de la esfera del cuidado materno.

La determinación del interés superior del niño nunca implica una decisión discrecional del juzgador. Por el contrario, es un juicio que supone la aplicación de una serie de criterios y la imposición de limitaciones, a los que el juez está obligado en conformidad con las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y por aplicación de las normas constitucionales y legales chilenas. De estos textos jurídicos pueden desprenderse los siguientes criterios y limitaciones a los que deberá ceñirse el juez:

- a) La determinación del interés superior del niño siempre es un juicio concreto referido a un niño o una niña en particular.

Con el reconocimiento jurídico del interés superior del niño en la Convención de los Derechos del Niño, éste deja de ser un principio programático. El interés superior del niño introduce un cambio radical en los derechos de los países partes de la Convención. El niño deja de ser considerado como un menor objeto de derecho, concepción propia de un derecho decimonónico, y pasa a ser plenamente un sujeto de derechos²². El interés superior del niño se define como la plena satisfacción de sus derechos²³.

²² VELOSO V., Paulina. Op. cit. en nota 3, p. 47.

²³ CILLERO B., Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, y BELFO, Mary (Comp.). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Tomo I. Editorial Temis, Ediciones Desalma. Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 2ª ed., (1999), p. 69 y ss.

Este nuevo enfoque está presente en el estatuto filiativo chileno adoptado por la ley N° 19.585, que adopta como centro de atención al hijo, en su dignidad e interés como persona (artículo 222 inciso 2° del Código Civil²⁴). El reconocimiento de los derechos fundamentales en el derecho de familia, obliga a concebir a éste como un derecho al servicio de los individuos particulares que conforman la familia, y a la familia como digna de protección por ser un medio para el más completo desarrollo del individuo²⁵. Este nuevo enfoque encuentra también sustento en la Constitución Política de Chile, cuyo artículo 1° establece que el Estado está al servicio de la persona humana y que debe contribuir a permitir a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.

Mirado el interés superior del niño desde esta óptica centrada en los derechos individuales, es un principio que requiere atender directamente a la persona del niño o la niña respecto del cual se va a resolver cuál es su interés superior. Cada niño o niña debe ser tomado como un individuo especial y concreto, respetarle sus características personales, su sensibilidad, sus memorias, expectativas y afectos; se debe pensar en sus necesidades afectivas e intelectuales y en cómo se puede fomentar el mejor goce y ejercicio de sus derechos y el desarrollo de sus capacidades futuras. No cabe aplicar juicios generales sobre el bienestar de los niños, sin confrontarlos antes con la situación concreta del niño o niña sobre la que se está emitiendo el juicio. Sólo considerando las características, necesidades y situación concreta del niño o niña específica, se respeta su pleno carácter de persona y sujeto de derecho.

En un juicio en que el padre heterosexual disputa a la madre lesbiana la tuición de sus hijas comunes, la aplicación del principio de interés superior del niño supone tener en cuenta, respecto de cada una de las niñas involucradas, aspectos como la edad, el carácter, las necesidades afectivas que manifiestan, las opiniones que tienen, los vínculos que han formado con su madre y su padre y las demás personas que viven en los hogares de ambos.

- b) El juez debe atender a las circunstancias actuales, reales y concretas de vida y experiencia del niño o niña.

La determinación del interés superior del niño no puede prescindir de las circunstancias concretas de la vida del niño o niña sobre el cual se está decidiendo. Si el niño o niña tiene una madre lesbiana —y siendo éste un rasgo inmodificable por parte de la madre— el juicio sobre el interés superior del niño debe tomar en consideración que inevitablemente ese niño o niña deberá enfrentar e incorporar en su experiencia de vida ese hecho. La pregunta sobre el interés superior del niño, en este caso, debe ir dirigida a determinar si alejar a los niños del cuidado cotidiano de la madre y otorgarle la tuición al padre, es la mejor decisión que puede tomarse para que las niñas incorporen de la manera más positiva posible para ellas, la realidad de ser hijas de una madre lesbiana. En esta determinación, es imprescindible considerar la capacidad que tanto la madre como el padre tienen para ayudar a sus hijas a asumir su situación de una

²⁴ Artículo 222 inciso 2°: “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”.

²⁵ BARROS B., Enrique. “Notas Históricas y Comparadas Sobre el Nuevo Ordenamiento Legal de la Filiación”. Op. cit. en nota 1, p. 41.

forma sana y no traumática. El respeto que la madre y el padre puedan comunicar por la persona de su ex cónyuge, la comprensión que cada uno de ellos demuestre respecto de la necesidad que tienen las niñas de estar con su otro progenitor, el ambiente hogareño que pueda cada uno ofrecerle, la disponibilidad a escuchar y contener afectivamente a las niñas cuando necesiten conversar sobre la sexualidad de su madre; todos estos son factores fundamentales que deben tenerse en consideración para determinar el interés superior de las niñas.

Este criterio es el que aplica el fallo que se cita a continuación, dictado por una Corte de Pennsylvania, en 1992.

Al resolver conflictos sobre tuición de niños, el sistema judicial debe reconocer la realidad de la vida de los niños, no importando cuán inusual o compleja sea ésta. ... Si no lo hace, perpetúa la ficción de la homogeneidad familiar a expensas de los niños cuya realidad no se ajusta a esa forma... El interés superior [del niño] se cumple mejor exponiendo al niño a la realidad y no fomentando en el niño vergüenza u horror por el compromiso no tradicional de uno de sus padres.²⁶

c) La opinión del niño o niña es primordial al momento de determinarse cuál es su interés superior.

El derecho del niño a ser oído se encuentra consagrado en el artículo 12 N °1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que establece:

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Este principio fue expresamente recogido por nuestro ordenamiento en los artículos 227 inciso 1º y 242 inciso 2º del Código Civil, que ordenan:

Art. 227 inciso 1º: En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente, oyendo a los hijos y a los parientes.

Art. 242 inciso 2º: 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.

²⁶

In resolving disputes about the custody of children, the court system should recognize the reality of children's lives, however unusual or complex... By failing to do so, they perpetuate the fiction of family homogeneity at the expense of the children whose reality does not fit this form... (The child's) best interest is served by exposing (the child) to reality and not fostering in the child shame or abhorrence for a (parent's) non-traditional commitment. Blew v. Verta, 617 A.2d 31, 36 (Pa.Super.Ct.1992).

La opinión del niño que será relevante en un juicio de tuición es aquella que se refiere a dónde y con cuál de los padres quiere vivir.²⁷

- d) El principio del interés superior del niño supone el respeto a la dignidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales de su madre y padre.

El Comité de Naciones Unidas para los Derechos de los Niños ha enfatizado que el interés superior del niño sólo se cumple cuando los derechos de todos los miembros de la estructura familiar están protegidos, al señalar que los derechos de los niños “serán especialmente significativos en el contexto del respeto, reconocimiento y promoción de los derechos de los padres y otros miembros de la familia”²⁸.

Esta declaración reconoce la realidad de que el niño se beneficiará cuando viva en un ambiente que permita el bienestar de las personas que viven bajo su mismo techo. Así lo ha entendido la Corte Suprema en sentencia recaída sobre un recurso de queja, de fecha 4 de octubre de 1995²⁹, al fallar que:

“...es beneficioso para las menores continuar viviendo con su madre, la que como se dijo, no tiene inhabilidad física ni moral para atenderlas, *cabe agregar que la tranquilidad, forma de vida, felicidad o infelicidad de esta última tiene directa e inmediata relación con la buena crianza y estabilidad de las menores*, por lo que es aquella, en el ejercicio de su personal libertad para decidir, quien debe elegir el lugar donde residirá con sus hijas”.

Los derechos del niño se ejercen en el marco del respeto por la dignidad y los derechos de las demás personas. Especialmente relevante para el interés de los niños, son los mensajes que la familia y la sociedad entregue al niño sobre el reconocimiento de estos derechos respecto de su madre y de su padre. Es por eso que en una sentencia de tuición en que hay involucrada una madre lesbiana, es fundamental que los hijos de esta madre, cuando estén en condiciones de leer la sentencia, puedan percibir que el juzgador ha mirado a su madre, no como a una representante de una minoría sexual, ni como una trasgresora del orden moral, sino como una persona, en sus cualidades y defectos y especialmente, en lo relevante, en su relación maternal con sus hijos. Este principio ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia en un caso de tuición en que la madre vivía en concubinato con un hombre casado. La Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia de fecha 27 de julio de 1993³⁰, afirmó:

²⁷ El profesor Enrique Barros afirma sobre este punto: “Una sociedad que dice poner su atención en la persona e interés del niño, que incluso establece reglas sobre responsabilidad civil que comienzan a los siete años (artículo 2319) debe tener en consideración la opinión del mismo niño cuando se trata de lo que más importa en su vida personal, como es con cuál de los padres quiere vivir”. *Op. cit.* en nota 19, p. 48.

²⁸ *U.N. Committee on the Rights of the Child, Report on the Seventh Session, September – October 1994, CRC/C/34, 183 y ss.* El texto original en inglés dice que los derechos de los niños “*will be specially meaningful in the context of the rights of parents and other members of the family to be recognized, to be respected and to be promoted*”.

²⁹ Menores N.N. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII (1995), N°3 (Septiembre–Diciembre), Sección 1.

³⁰ Daisy Scarlett Cárdenas Galli con Héctor Cárdenas Ojeda y Marta Galli Soto. El fallo puede consultarse en LexisNexis Jurisprudencia on–line, número identificador 22232.

“... cabe tener presente que el buen o mal ejemplo para un menor o el peligro para la moralidad de éste no depende de las circunstancias de encontrarse sus progenitores unidos o no por vínculos matrimoniales, sino de los atributos, cualidades o defectos que posean en su calidad de personas, por su desempeño en el medio ambiente en que los rodea, sus costumbres, trabajo y por el respeto y armonía y la preocupación constante por los integrantes del grupo que se cobija bajo un mismo techo, todo lo cual sí influirá decisivamente en la vida de un menor”.

El hecho que la madre lesbiana conviva con su pareja, en un ambiente de respeto y adecuado cuidado hacia sus hijas, debe juzgarse con el mismo criterio. Es necesario además reconocer que para las personas homosexuales, al igual que para las heterosexuales, el ejercicio adulto y responsable de su sexualidad, constituye un aspecto estrechamente vinculado con sus derechos fundamentales a la privacidad, igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Así han tenido la oportunidad de declararlo, por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia, el Tribunal Constitucional de Colombia³¹ y la Corte Europea de Derechos Humanos.³² Los tribunales chilenos no han tenido la oportunidad de pronunciarse aún sobre este tema.

- e) El interés superior del niño supone permitirle al niño un desarrollo que lo prepare como un individuo pleno, capaz de vivir en el espíritu y los ideales proclamados por la Carta de Naciones Unidas.

La Convención de los Derechos del Niño tiene una concepción del interés superior del niño acorde con la concepción del niño como sujeto de derechos y con las responsabilidades que la humanidad exigirá a ese niño en el futuro. En ese sentido, el interés superior del niño es un estándar exigente respecto de las capacidades y potencialidades del niño. Una concepción paternalista del interés del niño es contraria a la letra y el espíritu de la Convención. Este estándar no paternalista se refleja en numerosas disposiciones de la Convención, entre las que se nombran:

³¹ La Corte Suprema de Colombia, en juicio de casación fallado el 11 de octubre de 2001, expediente nº6600122100002001-0012-01 dicta una sentencia ordenando que se autorice la visita íntima carcelaria a la pareja de una reclusa lesbiana, fundándose en los derechos a la intimidad e igualdad que el Tribunal Constitucional de Colombia ha reiteradamente reconocido a las personas homosexuales: “Y en cuanto a los derechos de los homosexuales, la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-539/94, C-098/96, T-101/98, C-401/98, C-507/99, T-268/2000 y T-1426/2000, se ha pronunciado sobre el tema y ha fijado pautas claras y precisas sobre su reconocimiento, siendo pertinente citar en el caso bajo estudio las providencias atinentes a que «...los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo (Art. 13 C.P.) y que el derecho a la intimidad está protegido y tutelado por nuestro Estado Social de Derecho (art. 15 C. P.)». (Sentencia T-539/94); y en posterior decisión, esa misma Corporación advirtió que «el principio de igualdad (C.P. art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la Ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierten en objeto de escarnio público...» (Sentencia C-098/96).

³² *Smith and Grady v. United Kingdom*, nos. 33985/96 y 33986/96. El fallo puede consultarse en la página de la Corte Europea de Derechos Humanos: <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>

Preámbulo:

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Artículo 5º

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

Este criterio es especialmente importante respecto de niños que tienen que enfrentarse con realidades sociales complejas, como que su madre o padre tiene una orientación homosexual. La siguiente sentencia de una Corte de New Jersey es elocuente en este punto:

Si [la madre lesbiana] retiene la tuición, es posible que, como la comunidad es intolerante frente a sus diferencias, estas niñas algunas veces tengan que tener una fortaleza mayor que la corriente. Pero esto no necesariamente significa que su bienestar moral o su seguridad estén amenazados. Es igualmente razonable esperar que ellas resulten mejor preparadas para buscar sus propios estándares de lo bueno y lo malo, más hábiles para percibir que la mayoría no siempre está en lo correcto en sus juicios morales, y más capacitadas para comprender la importancia de adecuar sus creencias a los requerimientos de la razón y el conocimiento empírico y no a las estrecheces propias de los sentimientos o prejuicios populares vigentes.

Separar a las niñas [de su madre] sólo puede hacerse con el costo de sacrificar aquellas cualidades que ellas encontrarán más provechosas para los desafíos que necesariamente vendrán. En lugar de fortaleza y sentimientos de protección, va a producir en ellas un sentimiento de vergüenza hacia su madre. En lugar de coraje y el mensaje de que las personas no se amilanan frente a los intolerantes,

favorece la opción simple de evadir los problemas difíciles y escoger una salida fácil. Por último, debilita el respeto que ellas puedan tener por la norma de conducta humana, en todas partes aceptada, de no abandonar a aquellos con los que tenemos una deuda de amor y cuidado solamente porque ellos no son estimados por los demás. Concluimos que el interés superior de las niñas no estaría siendo respetado erosionando de esta manera su desarrollo como adultas maduras y con principios”.³³

Intentar escudar al niño frente a su realidad de hijo de una madre o padre homosexual puede ser contrario a sus verdaderos intereses. El silencio impuesto sobre el niño va a impedir el desarrollo del vínculo emocional que necesita con su madre o padre, el niño no se va a atrever a pedir ayuda frente a conflictos relacionados con la orientación de sus padres y, por último, este intento de protección impide que los padres les enseñen a sus hijos el valor de la tolerancia, antes de que la sociedad los enfrente a la experiencia de la homofobia.³⁴

3. Análisis jurídico de los argumentos que afirman que mantener la tuición legal de la madre lesbiana que convive con su pareja causa un daño moral a los hijos

La doctrina comparada ha identificado los principales argumentos que se esgrimen en los juicios de tuición contra un padre o madre homosexual.³⁵ Por falta de precedentes jurisprudenciales suficientes, no existe doctrina chilena o latinoamericana que se pueda citar sobre el tema. Sin embargo, la universalidad del tipo de conflictos y razonamientos se apreciará al constatar que estos argumentos son exactamente los mismos que se han utilizado en el juicio en el que se presenta este informe en derecho.

³³ El texto original del párrafo citado es “If [the lesbian mother] retains custody, it may be that because the community is intolerant of her differences these girls may sometimes have to bear themselves with greater than ordinary fortitude. But this does not necessarily portend that their moral welfare or safety will be jeopardized. It is just as reasonable to expect that they will emerge better equipped to search out their own standards of right and wrong, better able to perceive that the majority is not always correct in its moral judgments, and better able to understand the importance of conforming their beliefs to the requirements of reason and tested knowledge, not the constraints of currently popular sentiment or prejudice. Taking the children from [the mother] can be done only at the cost of sacrificing those very qualities they will find most sustaining in meeting the challenges inevitably ahead. Instead of forbearance and feelings of protectiveness, it will foster in them a sense of shame for their mother. Instead of courage and the precept that people of integrity do not shrink from bigots, it counsels the easy option of shirking difficult problems and following the course of expedience. Lastly, it diminishes their regard for the rule of human behaviour, everywhere accepted, that we do not forsake those to whom we are indebted for love and nurture merely because they are held in low esteem by others. We conclude that the children's best interests will be disserved by undermining in this way their growth as mature and principled adults”. M.P. v S.P., 404 A.2d 1256, 1263 (N.J. Super. Ct.App.Div.1979).

³⁴ Hielen P. UHF, The Children of Homosexual Parents: The voices the Courts have yet to hear. 9 Am. U.J. Gender Soc. Pol' & Law. 695, 710. Este artículo es de especial interés porque fue escrito por una mujer abogada, hija de una madre lesbiana, y dedicado a ésta.

³⁵ Entre otros estudios, se pueden citar: Susan B. Boyd, Lesbian (and Gay) Custody Claims: What Difference Does Difference Make?, 15 Canadian Journal of Family Law, 131 (1998); Amy D. Ronner, Bottoms v. Bottoms: The Lesbian Mother and the Judicial Perpetuation of Damaging Stereotypes, 7 Yale J.L. & Feminism, 341 (1995); Marc Wolinsky, Stereotypes, Tolerance and Acceptance: Gay Rights in Courts of Law and Public Opinion, 19 Delaware Lawyer 13 (2001), Peter Nash Swisher and Nancy Douglas, Bottoms v. Bottoms: In Whose Best Interest? Analysis of a Lesbian Mother Child Custody Dispute, 34 University of Louisville Journal of Family Law, 843 (1995-1996); Lisa A. Brunner, Circumventing the Best Interest of the Child Standard: Child Custody Law in Missouri as applied to homosexual parents. 55 Journal of the Missouri Bar, 200 (July-August 1999).

Los argumentos pueden resumirse en los siguientes:

- a) Un niño que viva con su madre o padre homosexual tendrá confusiones sobre su propia identidad sexual.
- b) Un niño que viva con su madre o padre homosexual será estigmatizado y discriminado por su medio social, lo cual es contrario al principio del interés superior del niño.
- c) Un niño que viva con su madre o padre homosexual presentará malos hábitos.
- d) Que es dañino para el niño vivir bajo el mismo techo con la pareja de su madre lesbiana.
- e) Un niño que viva con su madre o padre homosexual no tendrá un debido modelo de vida heterosexual, que sí tendría si la tuición la adquiere la madre/padre heterosexual.

El valor jurídico de estos argumentos dependerá de la veracidad de las afirmaciones que contienen. La única manera de que un juez pueda decidir respecto de daños futuros a los que podrían estar expuestos los niños es basándose en la incidencia de estos daños en un universo de casos analizados de acuerdo a estudios empíricos serios. No pudiendo saber qué pasará en el caso en particular que el juez debe resolver, el elemento más objetivo que el juez tiene a su alcance para tomar su decisión son los estudios especializados en la materia. Acudir a estas investigaciones, dará al juez la seguridad de que su fallo tiene fundamentos serios y no está influido por juicios sociales estereotipados o falsos respecto de la homosexualidad.

Ni en Chile ni en América Latina existen estudios conocidos sobre estas materias. Sí los hay en países europeos y en Estados Unidos. Esto no es sorprendente, por las posibilidades de recursos económicos y académicos que existen en esos países para la investigación, por la tradición de publicaciones académicas que tienen sus instituciones y por el avance técnico que poseen, que hace posible el acceso de la información por medios electrónicos. Esta realidad se repite en todos los ámbitos de las disciplinas científicas y sociales y es común que los órganos del Estado, incluyendo los tribunales, basen su actuar o acepten como medios de convicción, las conclusiones de estudios producidos en esos países. En las investigaciones sobre homosexualidad, estos países son además pioneros por la mayor aceptación de la realidad homosexual y la sensibilización hacia los derechos y necesidades de las personas homosexuales.

Los resultados de las investigaciones existentes que comparan hijos de padres homosexuales con los hijos de padres heterosexuales son uniformes: los estereotipos comunes no están sustentados por los datos empíricos.

Teniendo en consideración las conclusiones de estos estudios es posible afirmar:

- a) Que es falso que un niño que viva con su madre o padre homosexual va a presentar más confusiones respecto de su identidad sexual que un niño que viva con su progenitor heterosexual.³⁶

³⁶ Charlotte Patterson, Summary of Research Findings, American Psychological Association, 1995. Se puede acceder a este documento y a abstracts de los 43 estudios empíricos en que se basa el trabajo de Patterson, y de una extensa bibliografía especializada, en el sitio web de la American Psychological Association <http://www.apa.org/pi/parent.html>. En las notas siguientes se hace referencia a los estudios que se encuentran en este sitio, salvo que se indique otra fuente.

Los estudios empíricos han mostrado que no existe una diferencia estadística en el número de niños de padres homosexuales o lesbianas en comparación con los niños de padres heterosexuales que al crecer se consideran ellos mismos lesbianas u homosexuales.³⁷ Aparte de la identidad sexual, las investigaciones han demostrado que no hay una diferencia apreciable en el desarrollo de los roles de género entre los niños criados por padres homosexuales, indicando que el género está determinado por factores sociales más complejos y por la sociedad extendida con la que la familia tenga contacto. Por ejemplo, no se encontraron diferencias entre hijos de lesbianas y de madres heterosexuales respecto de sus preferencias en materia de juguetes, actividades, intereses y ocupaciones.³⁸

- b) Que se sobredimensiona el daño que la eventual estigmatización o discriminación puede producir en los hijos que viven con padres homosexuales.

La mayoría de los estudios en esta materia dicen relación con las relaciones de los niños con otros niños. Algunos estudios se refieren a la relación de los niños con adultos. La información entregada tanto por los padres como por los hijos sugiere un desarrollo normal de las relaciones de los niños con sus pares. Por ejemplo, como habría de esperarse, la mayoría de los niños en edad escolar dijeron tener amigos de su mismo sexo y grupos de amigos de su mismo sexo. La calidad de las relaciones entre pares fue descrita por los investigadores, en general, y también por las madres de los niños, como positiva. Los estudios aquí citados no dan información sobre hijos de padres (hombres) homosexuales.

³⁷ Por ejemplo, J.M. Bailey, Do. Bobrow, M. Wolfe, and S. Mikach, "Sexual Orientation of Adult Sons of Gay Fathers", *Developmental Psychology*, 31 (1995), 124–129; F.W. Bozett, "Gay Fathers: How and Why They Disclose Their Homosexuality to their children", *Family Relations*, 29 (1980) 173–179; F.W. Bozett, "Heterogeneous Couples in Heterosexual Marriages: Gay Men and Straight Women", *Journal of Marital and Family Therapy* 8 (1982) 81–89; F.W. Bozett, "Children of Gay Fathers", in F.W. Bozett, ed. *Gay and Lesbian Parents*, New York: Praeger, 1987; F.W.Bozett, "Gay Fathers: A Review of the Literature", in F.W.Bozett, ed., *Homosexuality and the Family*, New York: Harrington Park Press, 1987; J.S. Gottman, "Children of Gay and Lesbian Parents", in F.W. Bozett and M.B. Sussman, eds, *Homosexuality and Family Relations*, New York: Harrington Park Press, 1990; S. Golombok, A. Spencer and M. Rutter, "Children in Lesbian and Single Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 24 (1983) 551–572; R. Green, "Sexual Identity of 37 Children Raised by Homosexual or Transsexual Parents", *American Journal of Psychiatry*, 135 (1978) 692–697; S.L. Huggins, "A Comparative Study of Self-Esteem of Adolescent Children of Divorced Lesbian Mothers and Divorced Heterosexual Mothers", in Bozett, ed. *Homosexuality and the Family*, New York: Harrington Park Press; B. Miller, "Gay Fathers and their Children", *The Family Coordinator*, 28 (1979) 544–52; J.P. Paul, *Growing Up with a Gay, Lesbian or Bisexual Parent: An Exploratory Study of Experiences and Perceptions*, unpublished doctoral dissertation, University of California at Berkeley, Berkeley, Ca, 1986; R.I. Rees, "A Comparison of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers on Three Measures of Socialization", unpublished doctoral dissertation, California School of Professional Psychology, Berkeley, CA, 1979. Todos los anteriores citados en Leslie Ann Minor, *Conceiving Parenthood: Parenting and the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People and their Children*. Puede consultarse en <http://www.iglhrc.org>.

³⁸ Golombok, S., Spencer, A., & Rutter, M. (1983). Children in lesbian and single-parent households: Psychosexual and psychiatric appraisal. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 24, 551–572; Green, R. (1978). Sexual identity of 37 children raised by homosexual or transsexual parents. *American Journal of Psychiatry*, 135, 692–697; Hoeffler, B. (1981). Children's acquisition of sex-role behavior in lesbian-mother families. *American Journal of Orthopsychiatry*, 51, 536–544; Kirkpatrick, M., Smith, C., & Roy, R. (1981). Lesbian mothers and their children: A comparative survey. *American Journal of Orthopsychiatry*, 51, 545–551; Patterson, C. (1994). Children of the lesbian baby boom: Behavioral adjustment, self-concepts, and sex-role identity. In B. Greene & G. Herek (Eds.), *Contemporary perspectives of gay and lesbian psychology: Theory, research, and applications* (pp. 156–175). Beverly Hills, CA: Sage.

Por otro lado, los estudios de las relaciones de los hijos de madres lesbianas o padres homosexuales, con adultos, muestran en general un panorama positivo. Por ejemplo, Golombok y sus colegas encontraron que los niños de madres lesbianas divorciadas tendían a tener contacto más reciente con sus padres que los niños de madres heterosexuales divorciadas. Otro estudio, sin embargo, no encontró diferencias en esta materia.³⁹

- c) Que los malos hábitos que puedan presentar los niños no tienen comúnmente como causa la convivencia con su madre o padre homosexual, sino que normalmente proviene de las tensiones y conflicto de lealtades que tiene el niño por las peleas de sus padres y por el hecho de la separación.

Los estudios sobre el desarrollo personal de los niños en áreas distintas a la orientación sexual, constatan que las preocupaciones que existen respecto de las dificultades que pueden sufrir los hijos de madres lesbianas en aspectos como problemas de comportamiento, concepto que tengan de sí mismos, inteligencia, juicios morales, problemas siquiátricos y otros, no son justificados. Estos estudios muestran que no hay mayor diferencia entre los hijos de madres lesbianas y los de madres heterosexuales. Un estudio mostró una significativa diferencia en relación al concepto de sí mismos que tenían estos hijos: los niños de Padres lesbianas mostraron más síntomas de stress, pero también un mayor sentido de bienestar que los niños del grupo de comparación que tenían madres heterosexuales. Las respuestas de ambos grupos, sin embargo, estaban dentro de rangos normales. En general, la creencia de que los niños de padres homosexuales o lesbianas sufren en su desarrollo personal, no tiene fundamento empírico.⁴⁰

La evidencia sugiere que *la forma* de la familia afecta menos al niño y tiene menos relación con su bienestar, que *los procesos* —los niveles de armonía y discordia— que contiene. Basado en una serie de investigaciones que comparan hijos de padres homosexuales y madres lesbianas con hijos de padres heterosexuales durante los últimos cinco años, Fiona Tasker y Susan Golombok han sugerido recientemente, en la misma línea, que los procesos familiares (como los conflictos familiares) y no la estructura

³⁹ Golombok, S., Spencer, A., & Rutter, M. (1983). Children in lesbian and single-parent households: Psychosexual and psychiatric appraisal. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 24, 551–572; Harris, M. B., & Turner, P. H. (1985). Gay and lesbian parents. *Journal of Homosexuality*, 12, 101–113; Kirkpatrick, M., Smith, C., & Roy, R. (1981). Lesbian mothers and their children: A comparative survey. *American Journal of Orthopsychiatry*, 51, 545–551.

⁴⁰ Golombok, S., Spencer, A., & Rutter, M. (1983). Children in lesbian and single-parent households: Psychosexual and psychiatric appraisal. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 24, 551–572; Kirkpatrick, M., Smith, C., & Roy, R. (1981). Lesbian mothers and their children: A comparative survey. *American Journal of Orthopsychiatry*, 51, 545–551; Flaks, D. K., Ficher I., Masterpasqua, E., & Joseph, G. (1995). Lesbians choosing motherhood. A comparative study of lesbian and heterosexual parents and their children. *Developmental Psychology*, 31, 105–114; Patterson, C. (1994). Children of the lesbian baby boom: Behavioral adjustment, self-concepts, and sex-role identity. In B. Greene & G. Herek (Eds.), *Contemporary perspectives of gay and lesbian psychology: Theory, research, and applications* (pp. 156–175). Beverly Hills, CA: Sage; Huggins, S. L. (1989). A comparative study of self-esteem of adolescent children of divorced lesbian mothers and divorced heterosexual mothers. *Journal of Homosexuality*, 18 (1/2), 123–135; Green, R., Mandel, J. B., Horvedt, M. E., Gray, J., & Smith, L. (1986). Lesbian mothers and their children: A comparison with solo parent heterosexual mothers and their children. *Archives of Sexual Behavior*, 15, 167–184.

familiar (orientación sexual de los padres y número de padres)... es lo que más influye en la adaptación psicológica de los niños.⁴¹

- d) Que no existe ninguna evidencia de que la presencia de la pareja de la madre en el hogar en que vive el niño sea perjudicial para el hijo.

Un estudio realizado en 1989⁴² concluyó que la autoestima entre las hijas de madres lesbianas que vivían con sus parejas era mayor que la de las hijas de madres lesbianas que no vivían con sus parejas. Dado el tamaño de la muestra, sin embargo y la falta de pruebas estadísticas este estudio debe considerarse como sugerente y no concluyente. Sin embargo, no existen estudios que prueben o sugieran lo contrario. Por otra parte, las investigaciones sobre las relaciones entre padres e hijos en familias heterosexuales han revelado que la adaptación de los niños está directamente relacionada con los índices de salud mental de la madre. Podría esperarse, del mismo modo, que aquellos factores que mejoran la salud mental de las madres lesbianas también benefician a sus niños. Rand, Graham y Rawlings⁴³ descubrieron que la sensación de bienestar psicológico de las madres lesbianas está asociada a los grados de apertura con que presentan su identidad sexual frente a empleadores, ex maridos y niños; las madres que se sentían más capaces de revelar su identidad como lesbianas eran las más proclives a expresar sentimientos positivos sobre su calidad de vida.

- e) Que no es cierto afirmar que un niño que viva con su madre o padre homosexual no tendrá un debido modelo de vida heterosexual, que sí tendría si la tuición la adquiere la madre/padre heterosexual.

Como se señaló en la letra a) anterior, la identidad sexual y la adquisición de roles de género no dependen de la estructura del grupo familiar del niño. Hijos de madres lesbianas, vivan estas o no con sus parejas, no tienen un riesgo mayor de disfunciones relacionadas con su identidad o rol de género que los hijos de parejas heterosexuales.

La aplicación generalizada de este argumento en juicios de tuición sería por lo demás problemática, dado el gran número de hijos que se crían en familias monoparentales, que no tienen, en su vida diaria, el referente paterno. Esta no ha sido razón, sin embargo, para separar a los hijos del cuidado de sus madres. Por otra parte, considerando la forma en que la ley regula el régimen de comunicación que los hijos tienen con el padre que no tiene la tuición, el padre sí puede constituir un modelo masculino para sus hijos.

⁴¹ Fiona Tasker and Susan Golombok, "The Role of Co-Mothers in Planned Lesbian-Led Families", en Gillian Dunne, ed., *Living Difference: Lesbian Perspectives on Work and Family Life*, New York and London: The Haworth Press, 1998, pp. 50-51. Citado en IGLHRC Parenting, p. 75.

⁴² Huggins, S. L. (1989). A comparative study of self-esteem of adolescent children of divorced lesbian mothers and divorced heterosexual mothers. *Journal of Homosexuality*, 18 (1/2), 123-135.

⁴³ Rand, C., Graham, D. L. R., & Rawlings, E.I. (1982). Psychological health and factors the court seeks to control in lesbian mother custody trials. *Journal of Homosexuality*, 8, 27-39.

Aparte de las refutaciones empíricas que puedan ofrecerse a los argumentos que comúnmente se utilizan en los juicios de tuición en contra de madres lesbianas, es conveniente revisar más profundamente la pertinencia jurídica de algunos de estos argumentos.

En relación con la afirmación que los niños que viven con su madre lesbiana sufrirán más por la estigmatización y discriminación que sufrirán por parte de la sociedad, este es un argumento que, aparte de no tener fundamento empírico cierto, es inaceptable por un tribunal de derecho, ya que, implicaría que se estaría reconociendo a los prejuicios valor jurídico. Como bien dijo la Corte Europea de Derechos Humanos, en un caso sobre adopción por parte de homosexuales:

“aceptar que el prejuicio de terceros justifique la exclusión [de homosexuales] de los procedimientos de adopción, sería efectivamente darle un derecho a veto a las partes que sostienen esos prejuicios”.⁴⁴

En Estados Unidos, los tribunales han aplicado como precedente⁴⁵ en los juicios de tuición en contra de madre lesbiana o padre homosexual, una famosa sentencia de la Corte Suprema Estatal, en que el mismo argumento de la discriminación que podían sufrir los niños, se presentó en un caso en que el padre de raza blanca pidió la tuición de su hijo cuando la madre con quien los hijos vivían contrajo matrimonio con un hombre de raza negra. En ese caso la Corte Suprema sentenció:

“La pregunta es si la realidad de los prejuicios privados y los posibles daños que pueden estos inferir son argumentos aceptables para separar a un niño del cuidado de su madre. No nos cuesta afirmar que no... Los prejuicios privados no pueden ser modificados por el derecho, pero el derecho, no puede, ni directa ni indirectamente, darles cabida”.⁴⁶

En el mismo sentido, un tribunal de *New Jersey* rechazó este argumento señalando:

“La exposición de los niños a situaciones embarazosas no depende de la identidad del padre con el que estén residiendo. Su incomodidad, si existiera, proviene no porque ella [la hija] esté con la demandada, sino porque esta es su madre, es lesbiana y porque la comunidad no la acepta. Ni los prejuicios de la pequeña comunidad en que vive, ni la curiosidad de sus pares respecto de su naturaleza sexual van a cambiar con una modificación de la tuición. La dura realidad debe ser enfrentada”.⁴⁷

⁴⁴ Fretté v. France (2002), Corte Europea de Derechos Humanos, nº36515/97.

⁴⁵ Por ejemplo, en *M.P. v. S.P.*, 404 A.2d 1256, 1263 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1979) y *In re Marriage of R.S.*, 677 N.E.2d at 1298.

⁴⁶ *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984). El texto en idioma original es: “*The question is whether the reality of private biases and the possible injury they might inflict are permissible considerations for removal of an infant from the custody of its natural mother. We have little difficulty concluding that they are not... private biases may be outside the reach of the law, but the law cannot, directly or indirectly, give them effect.*”

⁴⁷ *M.P. v. S.P.*, 169 N.J. Super. 425. El texto en su idioma original es “*the children’s exposure to embarrassment is not dependent upon the identity of the parent with whom they happen to reside. Their discomfiture, if any, comes about not because of living with defendant, but because she is their mother, because she is a lesbian, and because the community will not accept her. Neither the prejudices of the small community in which they live nor the curiosity of their peers about [her] sexual nature will be abated by a change of custody. Hard facts must be faced.*”

En relación a los eventuales daños que los tribunales puedan percibir en los hijos de madres o padres homosexuales, éstos por sí solos no constituyen una razón para privar a los hijos de la tuición materna. Es necesario además, que el tribunal pueda formarse la convicción de que existe una relación de causalidad entre la conducta de la madre o padre cuya tuición se litiga y el daño, y que este no se debe a causas externas al comportamiento de esta madre o padre.