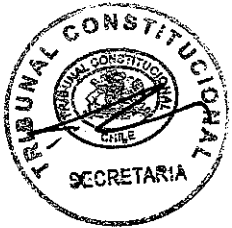




Santiago, nueve de mayo de dos mil diecisiete.

**VISTOS:**

Con fecha 16 de febrero de 2016 (oficio de fojas 1 y auto motivado de fojas 2 y siguientes), la señora Nel Greeven Bobadilla, Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel, ha requerido a esta Magistratura Constitucional un pronunciamiento respecto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las siguientes disposiciones legales contenidas en el Código Civil: la frase "en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres" contenida en su artículo 226; además de los artículos 366, 367, 369, 370 y 372, completos; al paso que también impugna la aplicación de las siguientes normas completas del Código de Procedimiento Civil: artículos 838, 839 y 841. Todo ello, en el marco de la causa no contenciosa o voluntaria sobre nombramiento de tutor que individualiza, sustanciada ante ese mismo Tribunal de Familia (RIT V-55-2016, RUC 16-2-0048710-2).



**Gestión subyacente, normas impugnadas y conflicto constitucional.**

En el caso sublite, doña Jeanette Cancino Canales solicitó al Tribunal su nombramiento como tutora para sus nietos Francisca Cancino Cancino e Ignacio Zúñiga Cancino, de 9 años y de 7 meses de edad, respectivamente, es decir, infantes.

La abuela expone que una hija suya, madre de los niños, falleció en noviembre de 2015 luego de una larga enfermedad, y que durante todo dicho tiempo y hasta ahora, ella en su calidad de abuela se ha hecho cargo de los menores, ninguno de los cuales tiene filiación paterna determinada, aunque no expresa que el padre haya



muerto sino que no conoce ni ha aportado a la manutención de los menores aludidos.

Existen en calidad de otros parientes dos tíos maternos de los menores, vale decir, los otros dos hijos sobrevivientes de la solicitante, hermanos de la difunta madre, ambos tíos mayores de edad, según consta en autos.

La Magistrado que requiere la inaplicabilidad del conjunto de normas aludidas, refiere que las reglas que rigen el cuidado personal de los hijos contenidas en los artículos 224 y siguientes del Código Civil (225, 225-2, 226 y 227) permiten, en caso de *"inhabilidad física o moral de ambos padres"*, entregar el cuidado a un tercero, detallando la normativa las consideraciones que debe tener en cuenta el juez para concederlo, velando siempre por el interés superior del menor. (Lo destacado y la cursiva es nuestro).

Sin embargo, afirma la Magistrado que, al tenor del artículo 226 del Código Civil, en relación con el artículo 42 de la Ley de Menores (N° 16.618, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del D.F.L. N° 1, de Justicia, de 30 de mayo de 2000), en el caso sublite - en que sólo la madre ha reconocido a los hijos y ha fallecido ya -, es decir, dada la indeterminación de la filiación paterna, no puede hacer aplicación de las normas antedichas del Código Civil acerca del cuidado personal (especialmente por lo dispuesto en el artículo 224, inciso segundo, del Código Civil, según es dable entender) debiendo aplicar entonces, en este caso particular, las normas sobre las guardas dispuestas por el mismo Código Civil, en especial, las de tutela.

Al efecto, el artículo 367 dispone imperativamente y siguiendo un orden de prelación que, a falta de padre y madre - cuyo sería el caso de autos -, son llamados a la tutela legítima los demás ascendientes y, sólo a falta de



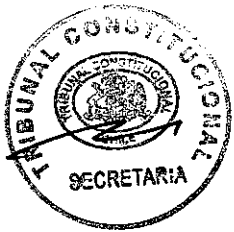


ellos, los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes. Y, conforme al artículo 839 del Código de Procedimiento Civil, el juez debe proceder al efecto únicamente oyendo al defensor de menores, vale decir, sin tomarle parecer al propio pupilo.

Consecuentemente, en esta situación el juez debiera entregar la tutela a la ascendiente solicitante, sin poder examinar y ponderar la aptitud real y concreta de ella para garantizar la satisfacción del interés superior de los niños involucrados.

Lo anterior, sostiene la Magistrado, infringe la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, asegurados a todas las personas por el artículo 19, N°s 2° y 3°, de la Constitución Política, generando una discriminación arbitraria en contra de los niños cuyos padre y madre han muerto o, como en la especie, cuya madre ha muerto y no existe determinada filiación paterna, situación en que el juez, en el marco de un escaso procedimiento voluntario, únicamente debe aplicar una regla de prelación legal y conferir el cuidado a un ascendiente, y sólo oyendo al defensor de menores. En cambio, en el caso de que uno o los dos padres estén vivos y hayan reconocido al hijo, el juez en un procedimiento contencioso, de acuerdo al artículo 226, en relación con los artículos 225-2 y 224 del Código Civil, puede y debe ponderar la aptitud de quien solicita el cuidado, y conferirla a la persona competente una vez examinado una serie de circunstancias como la vinculación afectiva y las habilidades para la crianza, que aseguran el interés superior del niño.

Sostiene que esta diferencia que establece la ley carece de fundamentación razonable y, además, vulnera los artículos 2°, 3° y 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño que, en relación con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, ordenan al Estado de Chile





adoptar las disposiciones legislativas para asegurar, sin distinción alguna, que toda medida concerniente a los menores se adopte atendiendo como consideración primordial al interés superior del niño.

**Tramitación y observaciones de la curadora ad litem.**

Habiéndose admitido a tramitación el requerimiento y suspendido el procedimiento en la gestión invocada (resolución de 7 de marzo de 2016, a fojas 35), se hizo parte asumiendo la representación de los niños la curadora ad litem Jessica Torres Quintanilla (presentación de 18 de marzo de 2016, a fojas 43).

La Primera Sala de este Tribunal Constitucional declaró admisible el requerimiento (resolución de 30 de marzo de 2016, a fojas 50), y se confirieron los traslados acerca del fondo a las partes y a los órganos constitucionales.

Por presentación de 22 de abril de 2016 (a fojas 61), la curadora ad litem de los menores formula sus observaciones, instando por que el requerimiento sea acogido.

Indica que, además de la abuela materna que solicitó el nombramiento como tutora, los dos tíos de los niños, hermanos de la madre fallecida, igualmente mantienen una relación familiar directa y constante con ellos.

Estima que el requerimiento debe ser acogido, pues se configuran las infracciones constitucionales invocadas y las normas cuestionadas son decisivas para resolver el asunto.

Afirma que, efectivamente, el juez únicamente puede hacer aplicación del artículo 226 del Código Civil y las normas relacionadas, en el evento de que al menos uno de los padres esté vivo y haya reconocido a los hijos.





Luego, en este caso concreto, únicamente podrían aplicarse las reglas residuales de las guardas, debiendo la señora Magistrado seguir forzosamente el orden de prelación del artículo 376 del Código Civil, sin poder atender y ponderar las capacidades, habilidades y aptitudes del llamado a la guarda.

Lo señalado importa infringir los derechos constitucionales de los dos niños concernidos en relación con la igualdad ante la ley, pues se configuran diferencias arbitrarias respecto de menores de edad que se encuentran en la misma situación, aunque éstos tengan uno o ambos padres vivos.

Además, procesalmente, en el caso de autos no serán oídos los menores, de manera tal que el juez no podrá ponderar al pariente mejor calificado para asumir la guarda, en aras de la protección del interés superior de dichos menores. Con ello se infringe el correspondiente derecho al debido proceso pues, en cambio, solo debe oírse al defensor de menores, no siendo aplicable el procedimiento ordinario de familia, por medio del cual, conforme al artículo 16 de la Ley N° 19.968 -que crea los Tribunales de Familia-, se garantiza el interés superior de los niños como principio rector que el juez debe tener en consideración al adoptar decisiones a su respecto. En relación con ello, tampoco podría aplicarse el artículo 225-2 del Código Civil, que entrega una serie de herramientas de ponderación que permite elegir a la persona más apta para la guarda, incluyendo, desde luego, la opinión de los mismos niños. La garantía del derecho de los niños a ser oídos, está contemplada por el artículo 12 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, el cual también resulta vulnerado con los efectos constitucionales consiguientes.

En el caso concreto, esta situación es especialmente compleja atendido que, además de la abuela materna,





también existen los tíos de los menores y, de no declararse la inaplicabilidad de las normas cuestionadas, la Magistrado no podría sino aplicar el orden de prelación legal de modo que no podría conferir la tutela a alguno de los tíos, los cuales serían preteridos por la abuela, aun cuando ello no fuera lo mejor para el interés y desarrollo integral de los menores.

Asimismo, se esgrime en la especie la vulneración del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, en relación con los artículos 8.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en relación con los artículos 2, 3, 4 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo las disposiciones de esta última ser recepcionadas y acatadas por nuestro ordenamiento jurídico interno, cuestión esta última que - dada la configuración de las infracciones a la igualdad ante la ley y al debido proceso denunciadas -, no acontece en la especie, determinando la consumación de las inconstitucionales reprochadas, al tratarse de normas legales que incumplen el mandato dispuesto por dicha convención internacional, en cuanto al respeto y consideración primordial del interés superior del niño o adolescente en la aplicación de toda medida que les concierna, sea por parte de los tribunales, la Administración del Estado o el propio legislador.



Por último, la curadora ad litem postuló la vulneración de los artículos 1° y 19 N° 1° de la Carta Fundamental, atendido que se afecta la protección de la familia y el derecho al debido desarrollo en un contexto familiar de los niños, al igual que se pone en riesgo el derecho a la integridad psíquica de los menores de autos, al tener que entregar el juez la tutela a la solicitante sin verificar sus aptitudes concretas ni poder determinar si sería mejor concederla a uno o ambos tíos o, en



definitiva, a la persona que se encuentre mejor calificada para ello.

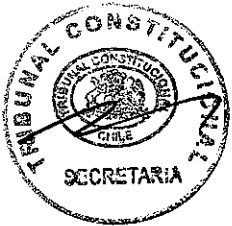
**Vista de la causa, medida para mejor resolver y acuerdo.**

Por resolución de 26 de abril de 2016 (fojas 91) se ordenó traer los autos en relación, verificándose la vista de la causa en la audiencia del día 21 de julio de 2016. Con fecha 2 de agosto de 2016 se adoptó el acuerdo, según certificado de fojas 107.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, un análisis más detenido del requerimiento materia de autos, además de los antecedentes recopilados en esta causa constitucional, permiten dar por establecido que la cuestión constitucional propuesta en relación a la inaplicabilidad concreta de los preceptos legales referidos en la parte expositiva de este fallo, en verdad reposa sobre la base de algunas premisas legales que no son efectivas y, además, las pruebas rendidas en el expediente de la gestión sublite no permiten dar por establecido, hasta ahora, que verdaderamente la eventual designación de la abuela solicitante en calidad de tutora de sus nietos, en concreto implicaría vulnerar el principio y normativa pertinente al interés superior del niño;

**SEGUNDO:** Que, en efecto, la narrativa del requerimiento arranca del supuesto que no faltan - en sentido legal- ambos padres, para los efectos del artículo 226, inciso primero, en relación al artículo 224, inciso segundo, del Código Civil. Así las cosas, tal y como las entiende la Magistrado requirente, la madre falta porque murió de muerte natural y el padre de los





niños no faltaría, aun cuando está vivo, porque su filiación paterna está indeterminada, por lo cual no es posible radicar el cuidado personal declarativo de los niños a su cargo, toda vez que no ha reconocido voluntariamente a ninguno de los menores, tal y como lo exige el inciso segundo, primera parte, del artículo 224 del Código Civil, citado, que a la letra dispone:

"El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido."

Entonces, la única solución sería inaplicar parcialmente el artículo 226, inciso primero, del Código Civil, para equiparar ambas situaciones y así dotar, por esa vía, de más facultades a la jueza;

**TERCERO:** Que, sin embargo, hacer equivalente el hecho que el padre vivo no pueda legalmente recibir el encargo de cuidado personal declarativo de los infantes, porque no los ha reconocido voluntariamente, a la situación de falta de padre, para los efectos del artículo 226, inciso primero, del Código Civil, por la vía de la inaplicabilidad, de modo tal que la jueza quede así habilitada para discernir el cuidado personal constitutivo en favor de un tercero, sin aplicar los normas de las guardas, ni en lo procesal ni tampoco en lo sustantivo, es un exceso interpretativo que impide el control constitucional. Ello, por cuanto - conforme al artículo 226 citado - la facultad del juez para confiar el cuidado personal de los menores a un tercero diverso de alguno de los padres, por causa de inhabilidad, debe entenderse sólo en sentido físico o moral. La inhabilidad física es, evidentemente, la muerte natural o presunta, o alguna enfermedad o condición biológica impediendo. Y la inhabilidad moral, por su parte, sólo corresponde a alguno de los casos señalados en el artículo 42 de la Ley







de Menores, citado en la parte expositiva de este fallo, ninguna de las cuales concurre a la especie, por lo que entender lo contrario se opone al principio de interpretación restrictiva de las normas de excepción, por lo cual se pretende la supresión de la aplicación de esa norma y demás relacionadas por vía constitucional;

**CUARTO:** Que, empero, como el padre está vivo, nada se opone a que se determine judicialmente su filiación, mediante el ejercicio de la correspondiente acción judicial de reclamación de estado, de modo tal que - como el reconocimiento del vínculo filial será forzoso -, el padre no quede habilitado para ejercer el cuidado personal de sus hijos y, por lo mismo, entonces por la vía de la parte final, del inciso segundo, del artículo 224 del Código Civil, la jueza requirente estará en condiciones de asignar el cuidado personal de los menores a un tercero, libremente, velando por el interés superior del niño conforme a esa normativa y sin echar mano tampoco del régimen de guardas. Efectivamente, la norma citada dispone:

"Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.";

**QUINTO:** Que, en los términos referidos, por deferencia al legislador y presunción de validez de los actos legislativos, aparte del hecho que la interpretación propuesta por la requirente de los preceptos legales impugnados que produciría los supuestos efectos inconstitucionales no corresponde a la recta o unívoca interpretación del Código Civil, el requerimiento no se encuentra razonablemente fundado como para que esta Magistratura Constitucional se avoque a la declaración de





inaplicabilidad, la que en verdad no se configura en concreto y conduciría a un ejercicio innecesario;

**SEXTO:** Que -todavía más- tocante a la tutela, como cuestión de hecho, no existe ningún antecedente probatorio que demuestre en concreto en el marco de la gestión judicial subyacente, que la abuela solicitante sería inidónea para ejercer la guarda, física o moralmente, desde la perspectiva del interés superior de los niños. Antes bien, por el contrario, los antecedentes acopiados por ella no han sido desmentidos por un legítimo contradictor a la gestión no contenciosa, ni tampoco desvirtuados por la jueza mediante informaciones sumarias, como también es propio de las gestiones no contenciosas. Así las cosas, el requerimiento ha devenido conjetural y abstracto y, por ende, fuera de la competencia de esta Magistratura Constitucional por la vía de la inaplicabilidad, ya que otro criterio importaría invadir las atribuciones del Poder Legislativo;

**SÉPTIMO:** Que, recientemente, en el rol 2940-15 (considerando DECIMOPRIMERO), se hizo recuerdo de la facultad de declarar improcedente un requerimiento de inaplicabilidad por razón de forma, incluso en la dictación de la sentencia definitiva, potestad que también será ejercida en el presente caso.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, y en las demás normas citadas de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,





SE RESUELVE:

1) QUE SE RECHAZA POR IMPROCEDENTE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO.

2) DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 36. OFICÍESE AL EFECTO.

Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado, señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar, concurren a la sentencia precedente y a los razonamientos que la sostienen, salvo su considerando quinto, pues no cabe apoyarse en la "deferencia al legislador" ni en la "presunción de validez de los actos legislativos" como justificación al rechazo del requerimiento.



Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, y la prevención, los Ministros que la suscriben.

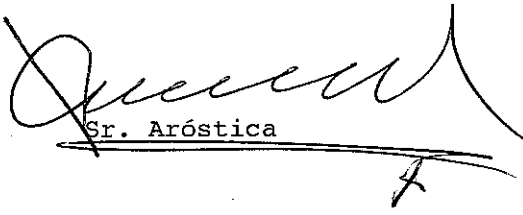


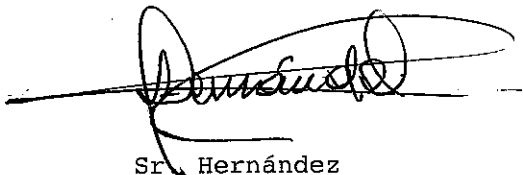
Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

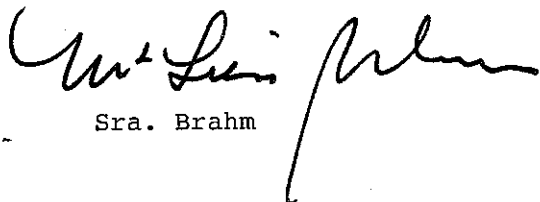
Rol N° 2987-16-INA.

  
Sr. Carmona

  
Sra. Peña

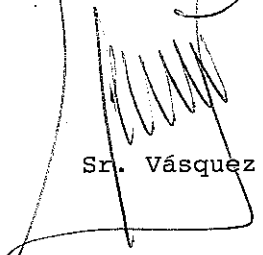
  
Sr. Aróstica

  
Sr. Hernández

  
Sra. Brahm

  
Sr. Letelier

  
Sr. Pozo

  
Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza, señora María Luisa Brahm Barril, y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

