

Santiago, veinte de noviembre de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 30 de diciembre del año 2011, don Pablo Torrealba Gárate, representado por el abogado Fernando Barros Aravena, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la frase "lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada", contenida en el artículo 225 del Código Civil, para que surta efectos en el proceso sobre demanda de cuidado personal, en el que él es el actor, sustanciado ante el Primer Juzgado de Familia de Santiago, bajo el RIT C-1234-2011. Actualmente, según consta por certificación de fojas 29 de estos autos, en virtud de los recursos de casación en la forma y apelación que dedujo el requirente en contra de la respectiva sentencia definitiva, la aludida litis se ventila ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 2391-2011.

Como antecedentes de la gestión judicial pendiente, explica el actor que interpuso una demanda de cuidado personal definitivo en favor de sus dos hijos, fundado en que la madre no cambió a los menores de colegio, según lo habían acordado, y pese a que ellos son objeto de maltrato en el establecimiento educacional. La reseñada demanda fue desechada en primera instancia y la aplicación del precepto en sede de apelación sería decisiva desde el momento que el objeto del juicio consiste en determinar si los hechos alegados como fundamento de la acción, esto es, la existencia de maltrato, descuido u otra causa calificada, hacen, en interés superior del niño, indispensable el cambio de titularidad del cuidado personal.

A efectos de sustentar su requerimiento, el requirente desarrolla los siguientes cuatro tópicos. El primero de ellos se refiere a la crítica que ha efectuado la doctrina respecto de los incisos primero y tercero del artículo 225 del Código Civil. El segundo versa sobre el análisis de los términos utilizados en el precepto legal reprochado. En el tercero, se explican las infracciones constitucionales denunciadas y en el cuarto se analiza la sentencia Rol N° 1.515 del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la apreciación de los especialistas respecto de los incisos primero y tercero del citado artículo 225, expone que varios de ellos consideran que la regla de atribución de cuidado personal preferente a la madre, que se desprende de dichos incisos, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, atendido que se basa en una diferenciación entre hombre y mujer que no tiene sustento en la realidad.

Respecto al análisis de los términos que utiliza la frase reprochada, explica que la palabra "indispensable" importa que el juez, luego de comprobar que existe maltrato, descuido u otra causa calificada que justifica el traslado del cuidado del menor, debe, a su vez, efectuar un análisis de indispensabilidad, a efectos de sopesar si la presencia de aquellos elementos subjetivos hace obligatorio el traslado. Alega que, de esta manera, es la indispensabilidad la que hace prácticamente imposible que el padre llegue a tener el cuidado personal de sus hijos, pese a que lo justifique el interés superior del menor, y que con ello este interés se vea vulnerado.

En lo que se refiere a las infracciones constitucionales que denuncia, esgrime que la disposición reprochada en relación con el inciso primero del aludido artículo 225, al consagrar la

reseñada discriminación en contra del padre, no sólo vulnera el derecho a la igualdad ante la ley que reconoce el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, sino que también el derecho a la igual repartición de las cargas públicas y el derecho y deber de educación preferente de los padres que aseguran los numerales 20° y 10° de aquel artículo.

Finalmente, al analizar la sentencia Rol N° 1.515 del Tribunal Constitucional -en la que esta Magistratura declaró inadmisibile un requerimiento interpuesto en contra de los incisos primero y tercero del artículo 225 del Código Civil-, alega que la interpretación que en ella se efectúa respecto de aquel artículo no se condice con la que mantienen los tribunales ordinarios de justicia.

Por todas estas consideraciones solicita la declaración de inaplicabilidad del precepto reprochado, cuestión que permitirá encauzar los criterios civiles bajo la interpretación constitucional.

Por resolución de 25 de enero de 2012, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, en la misma oportunidad, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado a la parte requerida y al apoderado de ésta, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Por escrito presentado el 19 de abril de 2012, el abogado Juan Enrique Prieto, en representación de la requerida doña Gabriela Meléndez Tormen, formuló sus

observaciones al requerimiento en base a los siguientes cinco puntos que se describen a continuación.

En primer lugar, en relación con los antecedentes del proceso judicial pendiente y la acción de inaplicabilidad, expone que la real dimensión del problema entre los padres no se enmarca en el ámbito de la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley. Simplemente existe entre ellos una discrepancia en torno al colegio al que asisten sus hijos.

En segundo lugar, esgrime que la historia del precepto cuestionado permite concluir que éste, al contrario de lo sustentado por el requirente, se fundó en el deseo de igualar a los padres. Lo anterior, pues en esa historia se aprecia que el precepto incorporó en materia de cuidado personal una nueva regla, a saber, que el juez puede decidir trasladar el cuidado personal del hijo al padre sin que sólo fuera causal para ello la deprivación de la madre. Hoy en día existen muchos otros motivos que lo permiten en virtud del precepto reprochado.

En tercer lugar, alega que la disposición impugnada no vulnera derecho alguno, pues simplemente viene a establecer una regla de atribución legal supletoria sobre el cuidado personal cuyo fin es evitar la judicialización de los conflictos familiares. Esta regla no establecería una discriminación desde el momento que el artículo 229 del Código Civil mantiene el derecho del padre a relacionarse con el hijo. Además, se condice con la realidad, toda vez que la experiencia comparada demuestra por una parte que la ley, sea a uno u otro padre, le debe atribuir el cuidado personal del hijo y, por otra, que los jueces en los distintos países siguen atribuyendo mayoritariamente el cuidado a la madre.

En cuarto lugar, alega que de conformidad a la sentencia Rol N° 1.515 del Tribunal Constitucional lo que verdaderamente hace el artículo 225 es permitir al juez optar por el padre más idóneo para entregarle el cuidado del hijo, estableciendo para esos efectos, en su inciso tercero, una acción para que el padre pueda obtener el cuidado del hijo cuando discrepe de los cuidados que le provee la madre.

Finalmente, esgrime que, de acogerse la acción de inaplicabilidad, quedaría redactado en términos incomprensibles el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil pues, por ejemplo, si se elimina la frase reprochada el texto de ese inciso quedaría bajo el siguiente tenor: "En todo caso, cuando el interés del hijo el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres".

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 21 de agosto de 2012, oyéndose los alegatos del abogado Fernando Barros Aravena, por el requirente, y del abogado Juan Enrique Prieto por la requerida.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la Constitución Política de la República, en el N°6° de su artículo 93, confiere a este Tribunal Constitucional la facultad de resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución, siempre que la acción sea planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto y una de las salas del Tribunal haya declarado la admisibilidad de la cuestión, conforme lo dispone el inciso undécimo de la misma norma constitucional;

SEGUNDO: Que, no obstante que el libelo ha discurrido sobre la inconstitucionalidad de la norma contenida en el inciso primero del artículo 225 del Código Civil -que, en caso de separación de los padres, radica en la madre el cuidado personal de los hijos-, *lo cierto es que la acción ejercitada se dirige a impugnar exclusivamente parte del inciso tercero de dicha disposición, relativo a las causas calificadas que autorizan al juez a entregar el cuidado del menor al otro de los padres;*

TERCERO: Que, en tal sentido, debe recordarse que, a fojas 23 y siguientes del requerimiento, el actor manifiesta que "a lo largo de la presente exposición se ha desarrollado cómo la norma del inciso primero del artículo 225 del Código Civil es a nuestro juicio inconstitucional, puesto que no cumple con la igualdad ante la ley al establecer una discriminación arbitraria a favor de la madre contra el padre....." y que "así desarrollado, de cómo se contrarían o enfrentan las interpretaciones, *Vuestro Excelentísimo Tribunal debe solamente referirse a la solicitud incoada, a saber: si la frase "lo haga indispensable, ya sea por mal trato, descuido u otra causa calificada", o en subsidio, solamente en el adjetivo "indispensable", conjugada con el inciso primero del artículo 225 del Código Civil, es contraria a los principios y normas constitucionales alegadas";*

CUARTO: Que, por otra parte, el tenor del requerimiento demuestra que el fundamento de las infracciones constitucionales denunciadas **descansa exclusivamente en la contrariedad de la disposición contenida en el artículo 225, inciso primero, del**

Código Civil con los principios constitucionales supuestamente vulnerados (igualdad ante la ley, igual repartición de las cargas públicas, derecho y deber de educación); **y que dicho precepto, como se ha notado, no ha sido el objeto de la pretensión formalmente ejercitada;**

QUINTO: Que es un principio informador de los procesos dispositivos, recogido en nuestra legislación procesal civil, que las sentencias deben conformarse al mérito del proceso y no pueden ser extendidas a puntos no sometidos a la decisión del Tribunal u otorgando más de lo pedido por las partes;

SEXTO: Que el procedimiento regulador de las cuestiones de inaplicabilidad, contenido en los artículos 79 y siguientes de la Ley N° 17.997, es evidentemente de carácter dispositivo, iniciándose a requerimiento del órgano o parte legitimada y constituyendo el impulso procesal, durante el transcurso del juicio, un derecho y carga para los interesados. Así, le es aplicable el instituto del abandono del procedimiento, concebido como sanción para la inactividad de las partes.

Esta Magistratura sólo puede actuar de oficio en los casos que taxativamente enuncia la ley, en particular en sus artículos 37 y 88. El primero habilita para decretar medidas tendientes a la adecuada sustanciación y resolución del asunto de que conozca -ciertamente restringidas al ordenamiento y progreso de actuaciones procesales-; en tanto que el segundo prescribe que **"excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas basado únicamente en**

fundamentos constitucionales distintos a aquellos que han sido invocados por las partes en la litis”;

SÉPTIMO: Que, como se ve, este Tribunal está limitado en su decisión al objeto o beneficio jurídico pretendido y tampoco puede considerar una causa de pedir diversa a la invocada, salvo en la situación excepcional ya aludida, que no concurre en esta litis.

En consecuencia, resulta improcedente declarar inaplicable un precepto -como el contenido en el inciso primero del artículo 225 del Código Civil, relativo a la radicación en la madre del cuidado personal de los hijos- que no constituye el objeto de la acción intentada y, por ende, no ha sido expresamente sometido a la decisión de esta Magistratura. De igual manera, se debe prescindir de los fundamentos en que se hace consistir la infracción de la misma norma;

OCTAVO: Que, respecto de la disposición que específicamente se requiere de inaplicabilidad (parte del inciso tercero del aludido artículo 225), es útil reproducir los términos que se piden excluir, tanto en la petición principal como en la subsidiaria. Aquélla alude a la frase **“...lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada...”**; ésta, únicamente a la palabra **“indispensable”**.

Así, con su eventual inaplicación, en el primer caso el precepto quedaría redactado de la siguiente forma: **“cuando el interés del hijo..., el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres”**. Y en el segundo, **“cuando el interés del hijo lo haga..., sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres”**;

NOVENO: Que es evidente la incoherencia que resulta de tales enmiendas, de las que surgen entelequias carentes de racionalidad y mínima lógica, a las que no se puede atribuir el vigor de un mandato idóneo para regular relaciones jurídicas determinadas;

DÉCIMO: Que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad puede entenderse como expresiva de una legislación o regulación negativa para una situación específica -la que se juzga en la gestión pendiente-, en términos que impide al tribunal de la instancia aplicar el precepto impugnado, sin perjuicio de su atribución soberana para resolver el asunto de conformidad al ordenamiento jurídico no cuestionado.

De ahí que la declaración impetrada en el requerimiento no cumpla la finalidad propia del instituto de la inaplicabilidad, pues del texto resultante no emana una norma jurídica -precepto legal- que habilite al juez de la causa para decidir la cuestión sometida a su conocimiento. En vez, entonces, de que la inaplicabilidad colabore con la función jurisdiccional, haciendo primar la Constitución sobre el precepto que se le opone, la entorpece o entorpece, porque la limitada supresión de términos que genera termina por vaciar de sustancia normativa -y excluyendo- a todo el precepto en que se inserta la parte objetada y no sólo a ésta;

DECIMOPRIMERO: Que de alegaciones vertidas en la vista de la causa se ha deducido la posibilidad de eliminar en la disposición impugnada los siguientes términos: "sea por maltrato, descuido u otra causa calificada". De dicha supresión derivaría un precepto que permitiría eventualmente al juez de la causa

resolver el asunto de conformidad a los intereses del actor.

Pero la acción intentada no cubre tal declaración y no incumbe a esta Magistratura, como ya se ha explicado, sustituir a las partes en la iniciativa que les es exigible. Máxime si las pretensiones mencionadas no pueden considerarse -como parte de un todo- incluidas en la acción ejercitada, pues simplemente son diversas;

DECIMOSEGUNDO: Que todo lo relacionado basta para declarar la improcedencia y rechazo del requerimiento, no obstante lo cual esta sentencia se hará cargo sucintamente de las alegaciones sobre inconstitucionalidad de los términos "indispensable" y "sea por maltrato, descuido u otra causa calificada", alusivos a las condiciones exigidas para la entrega del menor al padre que no lo tiene bajo su cuidado;

DECIMOTERCERO: Que, para tal fin, es indispensable reiterar que, no habiendo sido formalmente impugnado el precepto contenido en el artículo 225, inciso primero, del Código Civil, la relación jurídico procesal juzgada en la gestión sublite se regula por la norma que atribuye a la madre el cuidado personal de los hijos, si los padres viven separados. Este supuesto es un antecedente necesario de las consecuencias jurídicas que se dirimen;

DECIMOCUARTO: Que, en mérito de lo anterior, el mandato del inciso tercero del aludido artículo 225, relativo a las causas calificadas para entregar el cuidado personal del menor al otro padre, no es sino un efecto natural de la aplicación de la primera norma. Si un padre distinto al que está confiada la tuición por

ministerio de la ley o por acuerdo de los interesados, la pretende, es de absoluta racionalidad que el juez lo decida en base a una causa calificada y no por su mero arbitrio (si la ley no lo dijera, de todas formas la necesidad de fundar la resolución le impondría ese deber). La carga de la argumentación y de la prueba recae, en todo caso, en quien acciona para innovar o alterar una situación jurídica dada;

DECIMOQUINTO: Que, huelga decirlo, no puede haber afectación al principio de igualdad ante la ley, por vía de discriminación de género, si la norma se aplica indistintamente al padre o madre (hombre o mujer), según el par a quien corresponda la tuición.

Ahora, si la desigualdad se adjudica a la concurrencia indispensable del interés del hijo ("lo haga indispensable") para calificar la causal justificativa del cambio de la titularidad de la tuición, no se advierte de qué forma se atropellen los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que se predicán del principio de no discriminación, sobre los que tampoco se razona;

DECIMOSEXTO: Que el requerimiento atribuye al precepto genéricamente cuestionado un carácter sancionatorio para el padre que no ejerce el cuidado personal y lo pretende, en cuanto establece elementos subjetivos de carácter culposo (descuido, malos tratos u otra causa calificada) para justificar el cambio de titularidad, de los que se deduce una cierta presunción de legitimidad en el ejercicio de quien la detenta;

DECIMOSÉPTIMO: Que, como se hace ver en el considerando decimotercero, la concurrencia de una justificación para innovar una situación jurídica

preexistente, resulta absolutamente lógica. Asimismo, aun si se discrepa del mérito de la solución legislativa, no se entiende cómo una opción inspirada en el interés superior del menor -el bien jurídico de mayor relevancia en juego- puede provocar efectos inconstitucionales;

DECIMOCTAVO: Que, en el mismo sentido, cabe tener en cuenta que los preceptos comentados contienen una regla de cuidado preferente operable sólo a falta de acuerdo y que la intervención judicial se concibe a favor del padre que no tiene actualmente el cuidado personal del menor, en cuanto lo legitima para la causa otorgándole acción;

DECIMONOVENO: Que, por último, la calificación por el juez de las causas del traslado de la tuición, guarda íntima relación con su privativa atribución de conocer y juzgar las diferencias que se someten a su conocimiento, pareciendo improcedente exorbitar al ámbito constitucional una materia que es propia de aquél;

VIGÉSIMO: Que los demás capítulos que fundan el requerimiento, como la infracción de las disposiciones contenidas en el artículo 5°, inciso segundo, y numerales 10 y 20 del artículo 19 de la Constitución Política, omiten una explicación clara y bastante que los sustente, privando a la impugnación de fundamento razonable.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 5°, 19 y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, 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:

Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, sin costas por haber tenido el actor motivos plausibles para deducir su acción. Se pone término a la suspensión de procedimiento decretada en estos autos; ofíciase.

Adoptada con el voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, quien estuvo por acoger el requerimiento en virtud de las siguientes consideraciones:

1º. Que el artículo 225 del Código Civil, en su inciso primero, establece que “si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”, regla ésta que puede alterarse si ambos padres actúan de común acuerdo en la forma prescrita en el inciso segundo del mismo artículo, y también, conforme al inciso tercero, “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”;

2º. Que la regla de atribución preferente a la madre del cuidado personal de los hijos no representa por sí misma una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, pues aunque introduzca una diferencia de trato entre la madre y el padre, la misma tiene justificación en la realidad social de nuestro país en que es la primera la que tradicionalmente se ha estimado que es más apta para cuidar a los hijos comunes y más beneficioso para éstos que ello ocurra. De ahí que la adopción de esta regla por el legislador es una opción lícita que, además, por su fácil

aplicación simplifica la solución de un problema que muchas veces requiere de una solución urgente para no lesionar el interés superior de los niños;

3°. Que, sin embargo, la excepción que la citada disposición del Código Civil contempla para variar a favor del padre la regla de atribución preferente a la madre del cuidado personal de los hijos, resulta excesivamente onerosa y desproporcionada pues exige la ocurrencia de circunstancias tan altas y calificadas que constituyen una diferencia de trato que cabe calificar de arbitraria y que no tiene amparo en la Constitución.

En efecto, al exigir el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil para entregar el cuidado personal de los hijos al padre, contra la voluntad de la madre, que sea **indispensable** para el interés del hijo, pero no por cualquier causa, sino únicamente por **maltrato, descuido u otra causa calificada**, lo que viene a significar que la medida sea del todo necesaria y por motivos especialmente graves, impide al juez, si no concurren estas circunstancias, confiar al padre el cuidado de los hijos aunque fuere simplemente beneficioso de acuerdo a las circunstancias del caso;

4°. Que tal diferencia de trato entre el padre y la madre, excede lo que es lícito hacer al legislador conforme a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, puesto que no puede calificarse de razonable o justificada, máxime si la Carta Fundamental, específicamente señala que "hombres y mujeres son iguales ante la ley", por todo lo cual debiera declararse la inaplicabilidad de la norma impugnada.

Acordada esta sentencia con el voto en contra de los ministros señores Marcelo Venegas Palacios y José Antonio Viera Gallo Quesney, quienes estuvieron por

acoger el requerimiento de fojas 1, teniendo presente para ello los siguientes motivos:

1°. Desde 1990 forma parte del ordenamiento legal nacional la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada y promulgada por Decreto Supremo N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 27 de septiembre del año citado, uno de cuyos principios rectores es el establecido en su **Artículo 3.1**, que ordena que *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.*

La misma Convención establece, en sus artículos 9° y 12° lo siguiente:

Artículo 9

1. *Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adaptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

2. *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

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.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

2°. Los principios de la Convención aludida se han reflejado, entre otros cuerpos legales, en la Ley N° 19.968, de 2004, que creó los Tribunales de Familia, a los que se encomendó conocer y resolver, entre otras materias, las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes (artículo 8°, numeral 1). Allí se consagra, como principio rector del procedimiento, el del interés superior del niño y el derecho a ser oído.

En efecto, establece su artículo 16 lo siguiente:

Artículo 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el

territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

3°. Este Tribunal Constitucional, en más de una ocasión (roles 465, 786, 1537, 1656, 1683) ha aludido al principio del interés superior del niño en la fundamentación de sus sentencias. Se ha referido, así, a la prevalencia del interés superior del niño y, para explicar su configuración ha citado (Rol 1683), entre otros, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la cual el interés superior del niño justifica la necesidad de que le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia (OC-17/02 de 28 de agosto de 2002), y a Gloria Baeza Concha, que sostiene que el *"interés superior del niño"* es *"el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar"*. Y que *"el bienestar de un niño estará dado, mirado desde un prisma legal, al lograr la aplicación de las normas de la Convención, en especial la del artículo 3°, ya citado, que exige la consideración de este "interés superior del niño" al tomar cualquier determinación, sea en el ámbito público, privado, judicial, administrativo o legal"* y señala que *"el concepto abarca además la obligación de elegir las alternativas*

que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad". ("El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia". En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, no. 2, abril-junio 2001, pp. 355-362).

4°. Para estos disidentes, sin necesidad de entrar en disquisiciones filosóficas o doctrinarias ajenas a nuestra tarea, resulta ostensible que el principio del interés superior del niño es expresión de principios y valores fundamentales de nuestra Constitución, consagrados, entre otros, en sus artículos 1°, 5° y 19°, sobre lo que se volverá más adelante.

5°. El conflicto constitucional que en estos autos se nos planteó consiste en decidir si la aplicación la restricción que la ley impone al juez para entregar a su padre el cuidado de un menor, expresada en la frase *lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada*, del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, resulta o no contraria a la Constitución.

6°. El artículo 225 del Código Civil, cuyo texto fue establecido por la Ley N° 19.585, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, regula la atribución del cuidado personal de los hijos cuyos padres viven separados, estableciendo para ello tres modalidades: atribución por la ley, atribución por acuerdo de los padres y atribución por un juez.

7°. La regla de atribución legal que entrega, de pleno derecho, el cuidado personal de los hijos a su madre, si está separada del padre, fue instituida por motivos históricos y prácticos, como consta en el primer informe de la Comisión de Constitución,

Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley respectivo (Boletín N° 1060-07), que en una de sus partes expresa: *“A falta de acuerdo, sea porque no existe o porque no consta en la forma señalada, la madre tendrá el cuidado personal de los hijos menores. La radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos”*. (Historia de la Ley N° 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación. P. 410).

Aunque esta regla de atribución legal no ha sido impugnada en estos autos constitucionales, razón por la cual este disidente no opinará sobre su constitucionalidad en esta oportunidad, conviene advertir que ha sido criticada por una parte de la doctrina civil, que la considera contraria a la igualdad ante la ley (Por ejemplo: Fabiola Lathrop Gómez. *“(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”*. Ius et Praxis, vol.16, núm. 2, 2010, pp. 147-184. Universidad de Talca).

8°. El inciso segundo del artículo 225 establece la regla de atribución convencional del cuidado personal de los hijos de padres separados. En su virtud, pueden los padres que viven separados acordar libremente a cual de ellos corresponderá el cuidado personal de uno o más de sus hijos.

Esta regla, que tampoco ha sido cuestionada en estos autos, impone sólo requisitos de índole formal al acuerdo, exigiendo la observancia de una determinada solemnidad y el cumplimiento de una formalidad por vía de publicidad; pero no establece requisitos de carácter

substantivo ni requiere de homologación jurisdiccional, como acontece con otros acuerdos en materia de familia (v.gr, entre otros casos, el del artículo 63 de la Ley de Matrimonio Civil, a propósito de la compensación económica).

La ley deja, así, entregado el cuidado del hijo al simple acuerdo de sus padres, libre de cualquier control judicial en resguardo del interés del niño.

9°. El precepto legal cuestionado en este proceso es el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, que regula la atribución jurisdiccional del cuidado personal del hijo de padres separados, en cuya virtud se sustituye el cuidado personal determinado por la ley o por el acuerdo de los padres, cuando el interés del hijo *lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada*, frase esta última que es, precisamente, el objeto del cuestionamiento constitucional de estos autos.

10°. Conforme a las señaladas reglas, el Código Civil atribuye *ipso iure* el cuidado personal del hijo a la mujer separada; pero puede ella pactar con del padre de la criatura que el cuidado personal del hijo pase a él, y sólo *cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez puede entregar su cuidado personal al otro de los padres* (pero no al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo).

11°. Así, conforme a la cuestionada norma del Código Civil, la tradición, el orden natural de las cosas y la necesidad práctica, ceden ante el simple acuerdo de las voluntades paternas, sin exigencia ni control externo que vele por los intereses de los hijos, y sólo al final, y si se torna indispensable por

maltrato, descuido u otra causa calificada, asoma el interés del niño, autorizándose al juez para asignar su cuidado al otro padre o madre, y únicamente si ha sido un buen proveedor.

12°. Creemos que esta regla de atribución judicial del cuidado de los hijos de padres separados, aunque declara velar por el interés del niño, en la práctica exige para su aplicación atender a consideraciones de otra naturaleza: Primero, a una virtual inhabilitación moral del padre o madre que perderá el cuidado, pues habrá de acreditarse que hubo, de su parte, maltrato, descuido u otra causa calificada que haga indispensable la separación de su hijo. Y luego, escrutar si el padre o madre que ahora puede ofrecer buen trato y cuidado al niño en peligro, contribuyó o no a la mantención del hijo mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Así, de acuerdo a la legislación cuestionada, quien acude al juez movido por el interés superior de su hijo, sea que éste se encuentre al cuidado de su madre, por aplicación de la regla de atribución legal, o del padre o madre con el que antes pactó, contractualmente, su cuidado, se enfrenta al absurdo de verse compelido a probar, no que el interés del hijo estará mejor amparado a su cuidado, sino que estar al cuidado de su otro padre o madre lo pone en peligro, al punto de hacer indispensable apartarlo de él o de ella, por maltrato, descuido u otra causa calificada.

13°. No sólo es inconstitucional, sino que resulta contraria al sentido común una regla que, supuestamente concebida para proteger el interés del niño, lleva, en la práctica, al extremo de obligar a un padre a invocar la inhabilidad moral de la madre de su hijo, como único motivo plausible para obtener la custodia del niño, cuando cree que estará mejor a su

cuidado. Ello sin considerar que puede perfectamente ocurrir que una buena madre o un buen padre, con las mejores intenciones y amor por su hijo, no tenga el tiempo, las condiciones, la salud, o por otra deficiencia o circunstancia cualquiera, esté impedida de satisfacer, más apropiadamente, lo que es el interés superior de su hijo, lo que sí puede lograr su otro progenitor, todo lo cual podría ser debidamente ponderado por un juez, si no existiera la regla cuestionada.

Una regla que lleva a este extremo no sólo es contraria a la igualdad sino que atenta contra la dignidad humana y, por cierto, en contra del interés superior del niño.

14°. Como lo recordáramos en sentencia de 16 de abril de 2009 (Rol 1185, C. 11, 12 y 13), el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado. Y como estos principios y valores no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo tenerse presente que el inciso segundo del artículo 6º de la Constitución precisa que los preceptos de ésta obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo, deben desecharse las interpretaciones constitucionales

que resulten contradictorias con estos principios y valores rectores, lo que lleva a concluir que, frente a las interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, deba excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia efectiva o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía. Como lo dispone el artículo 19, N° 26, de la Constitución, el legislador debe respetar siempre la esencia del derecho que se trata de regular, complementar o limitar, como también evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

15°. Estas reflexiones resultan enteramente aplicables en la solución del presente conflicto constitucional y son las que llevan a este disidente a dejar constancia de su discrepancia con la sentencia de la mayoría y votar por acoger el requerimiento de fojas 1., declarando inaplicable, por inconstitucional, la frase *lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada*, del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil.

Removida esta restricción no se producirá vacío alguno, pues ya podrá la prudencia del juez, obligado por su deber de inexcusabilidad y libre de esta camisa de fuerza, encontrar en nuestra frondosa legislación, parte de la cual ha sido mencionada más arriba, las reglas que le permitan, a la vez, velar por el interés superior del niño y respetar la Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake; la primera disidencia, el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y la segunda, el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 2156-12-INA.

Se certifica que el Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma por encontrarse con licencia médica.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.