

Rol: 2867-2015

Ministro: Aróstica Maldonado, Iván

Ministro: Brahm Barril, María Luisa

Ministro: Carmona Santander, Carlos

Ministro: García Pino, Gonzalo

Ministro: Hernández Emparanza, Domingo

Ministro: Peña Torres, Marisol

Ministro: Pozo Silva, Nelson

Ministro: Romero Guzmán, Juan José

Ministro: Vásquez Márquez, José Ignacio

Ministro: Letelier Aguilar, Cristián

Tribunal: Tribunal Constitucional(TC)

Partes: Ne.G.B.

Tipo Recurso: Recurso de Inaplicabilidad

Tipo Resultado: Acogido

Fecha: 12/04/2016

Cita Online: CL/JUR/2645/2016

Hechos:

Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel, ha requerido un pronunciamiento respecto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 366, 367, 369, 370, 372 y 437 del Código Civil; y 838, 839 y 841 del Código de Procedimiento Civil, en el marco de una gestión judicial sobre designación de curador. El Tribunal Constitucional acoge el requerimiento de inaplicabilidad deducido por la Jueza del Tribunal de Familia de Pudahuel respecto de la gestión pendiente del mismo tribunal, con votos de prevención y voto de disidencia, sólo respecto del artículo 367 del Código Civil

Sumarios:

1 . De acuerdo al artículo 338, inciso primero, del Código Civil, las tutelas y las curadurías son "cargos impuestos a ciertas personas" a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos y administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida. Típicamente, en las guardas intervienen dos personas: el guardador (que puede ser un tutor o un curador, de acuerdo al artículo 338, inciso segundo) y el pupilo. De acuerdo al artículo 340, se trata de una representación que no sólo se extiende a los bienes sino también a la persona de los individuos sometidos a ella. Conforme al artículo 390, toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones. Añade el artículo 391 que el tutor o curador administra los bienes del pupilo, y es obligado a la conservación de estos bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive. Las tutelas y curatelas comparten ciertas características. Primero, se trata de cargos obligatorios para ciertas personas. De hecho, la ley hace responsable civilmente a quien no sirve o acepta el cargo. Por otro lado, y para el caso de las guardas dadas en testamento, el guardador que se excusa sin causa legítima se hace indigno de suceder. En segundo lugar, se dan sólo a los incapaces. En tercer lugar, se dan sólo a aquellos incapaces que no estén sujetos a patria potestad, potestad marital o guardas, contemplando la ley algunas excepciones al respecto. En cuarto lugar, de acuerdo al artículo 43, el guardador es el representante legal del pupilo. Finalmente, por regla general, los guardadores son personas naturales, salvo las excepciones que establece la ley (considerandos 6° y 7° de la sentencia del Tribunal Constitucional)

2 . Para ser nombrado tutor o curador de un incapaz y, en particular, de un menor, se requiere cumplir con ciertos requisitos. En primer lugar, se requiere un discernimiento, esto es, un decreto judicial que autoriza al tutor o curador a ejercer el cargo. En segundo lugar, para discernir la tutela o curaduría, se requiere otorgar fianza o caución. El Código señala que todos están obligados a rendir fianza, salvo algunas excepciones. En

tercer lugar, no se otorga la administración de los bienes sin que previamente exista inventario solemne de los bienes del pupilo. Por otro lado, quien resulte ser el tutor o curador, debe cumplir con ciertas características específicas. Primero, en materia de capacidad, el artículo 497 establece quiénes son incapaces de toda tutela o curatela por motivos de defectos físicos o morales, enumerando, por ejemplo, a los ciegos, los mudos, los dementes, los fallidos, entre otros. Luego, el artículo 498 detalla los casos de incapaces de toda tutela o curaduría por razones relativas a profesiones, empleos y cargos públicos. Segundo, en materia de edad, el artículo 500 señala que no pueden ser tutores o curadores los que no hayan cumplido 21 años, estableciendo algunas excepciones al respecto. Finalmente, existen ciertas inhabilidades para ejercer el cargo de tutor o curador, detalladas en los artículos 502 y siguientes, en razón de la existencia de ciertas relaciones de parentesco, oposición de intereses o diferencias de religión entre el guardador y el pupilo (considerandos 9° y 10° de la sentencia del Tribunal Constitucional)

3 . El interés superior del niño es un principio fundamental, que se encuentra establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile en el año 1990, y dentro de nuestra legislación. Este principio consiste en dar pleno respeto a los derechos esenciales de los niños y adolescentes. Su finalidad es proteger el desarrollo del menor y la plena satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida. Dicho principio ha tenido una fuerte incorporación en nuestro ordenamiento interno, conforme a lo prescrito en el artículo 3.1 de la referida Convención. Así, el actual artículo 16 de la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial el 25 de agosto de 2004, define el alcance de este principio en cuanto a su aplicación a los procedimientos de familia (considerando 13° de la sentencia del Tribunal Constitucional)

4 . El interés superior del niño, como derecho, principio general y regla de procedimiento, llama a analizar, con especial atención, las situaciones de hecho que rodean a los conflictos en que se ven involucrados niñas, niños o adolescentes. Dentro de nuestro ordenamiento, la ponderación de las situaciones de hecho en el ámbito del Derecho de Familia ha tenido una fuerte incorporación. Sin embargo, los niños cuyos padres han fallecido, puesto que a ellos no se les aplican las normas de los artículos 222 y siguientes del Código Civil. A ellos se les aplican, como hemos revisado, las normas sobre tutores o curadores, cuyas prescripciones hacen nula referencia a la consideración primordial que en dichas materias debe merecer el interés superior del niño, como derecho, principio y norma de procedimiento. En este caso, la determinación de quién debe quedar a cargo del menor, viene dada por la existencia de un orden de prelación taxativo de parientes llamados al cargo y bajo un procedimiento no contencioso con escasas formalidades y que tampoco contempla oír al pupilo en ninguno de sus trámites (considerando 16° de la sentencia del Tribunal Constitucional)

5 . Para el caso de las tutelas o curadurías legítimas, el legislador ha establecido un cierto orden para definir quiénes son los llamados a asumir esta carga legal. Así, en primer lugar, es llamado el padre del pupilo; en segundo lugar, la madre; en tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo; y en cuarto lugar, los hermanos de uno y otro sexo del pupilo, y los hermanos de uno y otro sexo de los ascendientes del pupilo. Es un orden que, como puede observarse, toma en consideración los lazos familiares tradicionales, partiendo como es natural por los padres, para finalizar con los colaterales (considerando 19° de la sentencia del Tribunal Constitucional)

6 . El artículo 367 del Código Civil deja en una posición profundamente desventajosa a los menores cuyos padres no se encuentran vivos, ya que el juez que determina su régimen de cuidado no tiene margen de discrecionalidad para determinar quién debe quedar al cuidado de ellos, debiendo guiarse exclusivamente por el orden de prelación establecido en dicho artículo y respetando los escasos criterios de atribución que en él se señalan. No existe ninguna consideración por el interés superior del niño ni mucho menos se establece como criterio de ponderación la opinión del pupilo (considerando 26° de la sentencia del Tribunal Constitucional)

7 . Por falta de el o los parientes, según el sentido natural y obvio, entendemos ausencia de una persona en el sitio en que debía estar. Que, por lo mismo, cuando un pariente falta, quiere decir que no existe. En este sentido, estimamos que la legislación no se refiere a la falta de un pariente como mera ausencia temporal, sino como una inexistencia. No se refiere, entonces, a casos de ausencia por descuidos, lejanías, viajes, falta de ubicación o paradero desconocido u otros motivos temporales. La muerte, como hecho que pone término a la existencia jurídica de las personas, es un ejemplo de persona que falta en el orden definido. También, la aplicación de una excusa legal o una causal de cesación reglada. Pero la expresión "falta" no es un título habilitante para que, por

mera interpretación, se desordene el orden legal establecido para asumir las guardas (considerando 28° de la sentencia del Tribunal Constitucional)

8 . Por lo tanto, el Tribunal Constitucional, luego de analizar los antecedentes, puede sostener que, en el caso concreto, la aplicación del artículo 367 del Código Civil tiene efectos inconstitucionales, al afectarse la integridad psíquica de las menores, de acuerdo al artículo 19 N° 1°, y la garantía de igualdad ante la ley, establecida en el artículo 19 N° 2°, de la Constitución Política. En el presente análisis, partiremos analizando en primer lugar la afectación de la igualdad ante la ley, para luego focalizarnos en la afectación de la integridad psíquica de las menores. La afectación de la igualdad ante la ley (considerando 31° de la sentencia del Tribunal Constitucional)

Texto Completo:

Santiago, doce de abril de dos mil dieciséis.

VISTOS:

Con fecha 15 de julio de 2015 (fojas 1 y auto motivado de fojas 35), Nel Greeven Bobadilla, Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel, ha requerido a esta Magistratura un pronunciamiento respecto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 366, 367, 369, 370, 372 y 437 del Código Civil; y 838, 839 y 841 del Código de Procedimiento Civil, en el marco de una gestión judicial sobre designación de curador, en tramitación ante dicho Tribunal bajo el RIT V 171 2015 y RUC 15 2 0205341 3.

Gestión judicial, normas impugnadas y su carácter decisivo, y conflicto constitucional planteado.

En la gestión judicial aludida, M.T.B. solicitó (con fecha 15 de mayo de 2015) la curaduría de sus hermanas menores de edad D. y L.D.B.

El solicitante fundó su petición al tribunal en que tanto el padre como la madre de las niñas fallecieron (con fecha 30 de noviembre de 2011, el padre, y 11 de septiembre de 2013, la madre) y que desde esa época las menores se encuentran residiendo con él y bajo su cuidado.

Sin embargo, se encuentra vivo el abuelo materno de las niñas, sosteniendo el solicitante que, en los hechos, dicho abuelo no tiene contacto con las niñas.

En cuanto al derecho, plantea la Magistrado requirente que, conforme al artículo 367 del Código Civil, en relación con el grupo de normas legales impugnadas, son llamados a la "guarda legítima", que operaría en la especie, los parientes del menor adulto en el siguiente orden:

Primero: el padre.

Segundo: la madre.

Tercero: los demás ascendientes, y

Cuarto: los hermanos del menor y los hermanos de sus ascendientes.

Y, en cuanto al procedimiento consignado en los preceptos legales cuestionados, el juez para nombrar al curador, conforme al artículo 839 del Código de Procedimiento Civil, sólo debe oír al defensor de menores.

Afirma la jueza requirente que los preceptos que impugna son decisivos en la resolución del asunto sublite e imperativamente la obligarían a otorgar la curaduría al abuelo paterno de las menores. Luego, estima que en la especie se genera un conflicto constitucional, que pide a esta Magistratura resolver.

Al efecto la Magistrado afirma que se infringen los derechos a la igualdad ante la ley y a 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 Carta Fundamental, pues la aplicación de las normas impugnadas configura una discriminación arbitraria en contra de las menores respecto de las cuales se pide la curaduría en autos, cuyos padres han muerto, en contraposición con los niños con padres vivos.

Lo anterior toda vez que, en la especie, conforme a las normas legales que impugna, habiendo fallecido el padre y la madre, el juez no podría otorgar la curaduría al hermano, sino necesariamente conferirla al abuelo

materno, sólo oyendo previamente al defensor de menores, aun cuando no exista vínculo alguno entre aquél y las menores, y sin poder siquiera verificar la existencia de ese vínculo ni la aptitud del ascendiente para ejercer el cuidado personal.

En cambio, en el evento de que los padres estuvieran vivos, si quisiera modificarse la persona a cargo de su cuidado personal, conforme a los artículos 224 y siguientes del Código Civil, y especialmente el artículo 225 2, el juez puede y debe ponderar la aptitud del solicitante, verificándose además el cumplimiento de las garantías del debido proceso, que no operan respecto de los menores con ambos padres fallecidos.

Sostiene que esta diferencia establecida por el legislador carece de fundamentación razonable y, junto con infringir las disposiciones constitucionales aludidas, es contraria a los artículos 2º, 3º y 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que, en relación con el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, ordenan al Estado de Chile adoptar las medidas legislativas para asegurar, sin distinción alguna, que toda medida concerniente a los menores, incluyendo su cuidado y protección por tutores designados por un tribunal, se adopte atendiendo como consideración primordial el interés superior del niño; interés que no es asegurado de aplicarse los preceptos impugnados, que ordenan taxativamente conferir la curaduría al abuelo; y conforme a un procedimiento en que únicamente se oye al defensor de menores, sin que se evalúe ningún tipo de antecedentes, relativos a las aptitudes y vínculo con los menores de quien vaya a ejercer la guarda.

Tramitación y observaciones de curadora ad litem.

El presente requerimiento de inaplicabilidad fue admitido a tramitación, ordenándose la suspensión del procedimiento en la gestión judicial en que incide (fojas 44, resolución de 22 de julio de 2015), y fue declarado admisible (fojas 69, resolución de 12 de agosto de 2015) por la Primera Sala de esta Magistratura; en este procedimiento constitucional, asumiendo la representación de las menores D. y L.D.B., se hizo parte la curadora ad litem J.T.Q., quien formuló sus observaciones instando por que el requerimiento fuera acogido y se declararan inaplicables las normas legales impugnadas.

Al efecto, la curadora ad litem afirma que la aplicación de las normas cuestionadas a la gestión sublite resulta contraria a los derechos y garantías constitucionales de las menores, e importa la infracción del artículo 19 N° 2º, de la Constitución y de los artículos 2, 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sostiene que, en la especie, las normas impugnadas por la Magistrada son efectivamente decisorias, pues han fallecido los padres de las menores; su hermano ha solicitado el cuidado personal, y se encuentra vivo un ascendiente de las niñas, que es el abuelo materno. Luego, de no declararse inaplicables las normas reprochadas, la jueza deberá rechazar la solicitud del hermano y necesariamente designar como tutor al abuelo, con independencia de toda consideración al interés y beneficio real de las adolescentes, que en los hechos no han mantenido relación regular con su abuelo.

Lo anterior concuerda la curadora ad litem con la jueza requirente importa una discriminación arbitraria en contra de las menores y la infracción a las disposiciones aludidas de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que en el caso de autos la jueza únicamente debe aplicar un orden de prelación entre parientes (artículo 367 del Código Civil), sin que se resguarde el interés superior de las menores, a diferencia de lo que ocurre con los niños cuyos padres no han fallecido, en que el propio Código Civil contempla medidas para asegurar dicho interés superior, concluyendo la abogada defensora que esta diferencia del legislador no es razonable ni justificada, y agregando que este Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 1683, ha reconocido expresamente que se debe considerar el interés superior del niño en la adopción de decisiones judiciales que lo afecten.

Vista de la causa y acuerdo.

Por resolución de 23 de septiembre de 2015 (fojas 101), se ordenó traer los autos en relación, verificándose la vista de la causa en audiencia del día 17 de noviembre de 2015 y quedando la causa en acuerdo el día 24 del mismo mes y año (certificados de fojas 114 y 115).

CONSIDERANDO:

LA IMPUGNACIÓN.

PRIMERO: Que la Jueza Titular del Tribunal de Familia de Pudahuel, señora Nel Greeven Bobadilla, solicita la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 366, 367, 369, 370, 372 y 437 del Código Civil y 838, 839 y 841 del Código de Procedimiento Civil, por estimar su aplicación contraria a los artículos 19, N°s 2° y 3° y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

SEGUNDO: Que la gestión pendiente dice relación con el nombramiento de curador legítimo a dos menores de edad, D.A.D.B. y L.S.D.B., de actuales 14 y 15 años, respectivamente. La gestión voluntaria fue iniciada por el hermano materno de ambas, M.A.T.B.

TERCERO: Que, en primer lugar, el requerimiento se funda en que la aplicación de las normas impugnadas crea una diferencia arbitraria en el trato respecto de los niños, niñas y adolescentes cuyos padres están vivos, respecto de aquellos cuyos padres han muerto. Así, si los padres estuvieran vivos y quisiera modificarse el régimen de cuidado, se deben aplicar las reglas contenidas en los artículos 224 y siguientes del Código Civil y, especialmente, aquellas contenidas en el artículo 226 en relación al artículo 225 2, las que detallan cómo debe procederse en la elección de la persona que debe asumir el cuidado del niño, y que no se aplican al niño cuyos padres han muerto, ya que en el primer caso el juicio se ventila entre los padres o contra ellos (artículos 225 y 226). En cambio, cuando los padres han muerto, la ley llama a los ascendientes, sean o no aptos en términos de satisfacer una adecuada protección de los derechos del niño y en un procedimiento cuya única premisa es oír al defensor de ausentes, aunque el llamado a la guarda sea una persona sin ningún vínculo con los adolescentes, lo que impediría entregarles el mismo grado y calidad de cuidado que aquel establecido en el artículo 225 2, letra a), relativo al juicio de cuidado personal. Tal diferencia afecta la garantía de la igualdad ante la ley, asegurada en el artículo 19 N° 2°, de la Constitución, pues existiría una diferencia arbitraria entre dos clases de hijos que no encuentra justificación alguna ni en la naturaleza de los sujetos, ni en la situación jurídica a que se debe aplicar, sin perjuicio de que no se advierte el objetivo perseguido por el legislador al establecer esta diferencia entre dos clases de hijos, condición indispensable para hacer distinciones y paso previo a determinar su justificación. Además, ambos tipos de niños estarían sometidos a procedimientos diametralmente distintos: el ordinario de familia para el caso del cuidado personal regido por el artículo 225 2 y el procedimiento voluntario de los artículos 838, 839 y 841 del Código de Procedimiento Civil para el caso de las guardas.

En segundo lugar, dicha diferencia atenta contra lo establecido en el artículo 19 N° 3°, de la Carta Fundamental, en especial por la afectación de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, pues la causa debiera regirse por el juicio ordinario de Tribunales de Familia, el cual otorga plena protección a las garantías del debido proceso de los niños, niñas y adolescentes.

En tercer lugar, se sostiene que se ha afectado el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en la medida que ha existido vulneración a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, en materia de protección de los derechos del niño, pues no se advierte cómo puede garantizarse, en el caso concreto, el interés superior del niño, si los llamados a la guarda son los taxativamente señalados en el artículo 367 del Código Civil y en el orden en que estrictamente lo ha planteado el legislador. Además, tampoco se protegería el interés superior del niño en un procedimiento en que para la designación de su guardador sólo baste oír al defensor de menores, sin que exista una mayor evaluación respecto a los antecedentes o habilidades para la crianza, la vinculación con los adolescentes, la edad, entre otras consideraciones. Ni material, ni procedimentalmente, se está protegiendo el interés superior del niño.

En cuarto lugar, en la vista de la causa, se sostuvo que también se afectaba el N° 1° del artículo 19 constitucional, pues las normas impugnadas permiten que dos menores deban ser dejadas bajo el cuidado de un pariente, con quien no han tenido relación regular alguna, por el solo hecho de existir un orden de prelación taxativo que así lo contempla. Ello afecta de manera profunda la integridad psíquica de las adolescentes, distorsionando su entorno familiar, afectivo y su desarrollo personal, a la vez que obligándolas a forjar nuevos lazos de cercanía con quien previamente no han tenido mayor contacto familiar.

LAS GUARDAS.

CUARTO: Que, antes de iniciar nuestro análisis, es necesario explicar la institución jurídica respecto de la cual se han esgrimido alegaciones de inconstitucionalidad, es decir, las guardas.

En general, los incapaces y, en particular, los menores de edad, requieren de ciertas personas que los representen dentro de la vida jurídica, para velar por sus intereses. Si los menores están sujetos a patria potestad, quien asume dicha representación es quien ostenta dicho poder jurídico. De lo contrario, y en otros casos previstos por el ordenamiento, la ley contempla ciertos mecanismos para determinar quién posee la representación legal del menor (Ramos Pazos, René, Derecho de Familia, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica, 2001, pág. 523).

QUINTO: Que el Código Civil reglamenta de manera profusa y detallada las guardas en el Título XIX del Libro I. Bajo el concepto de guardas se estudian las instituciones de la tutela y la curaduría. La distinción entre ambas instituciones tiene una explicación histórica. De acuerdo a la doctrina, la tutela en el Derecho Romano se refería a la protección de la persona y, en forma secundaria, a la protección de sus bienes. En la curatela, la situación era la opuesta. Al redactarse nuestro actual Código, la distinción en el texto se mantuvo, aunque en la práctica era prácticamente inexistente (Ramos Pazos, René, Derecho de Familia, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica, 2001, pág. 524). Por lo demás, en uno y otro caso se aplican los mismos principios, ya que protegen los mismos intereses (Somarriva, Manuel, Derecho de Familia, Santiago, Editorial Nascimento, 1946, pág. 529).

SEXTO: Que, de acuerdo al artículo 338, inciso primero, del Código Civil, las tutelas y las curadurías son "cargos impuestos a ciertas personas" a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos y administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida. Típicamente, en las guardas intervienen dos personas: el guardador (que puede ser un tutor o un curador, de acuerdo al artículo 338, inciso segundo) y el pupilo (artículo 346).

De acuerdo al artículo 340, se trata de una representación que no sólo se extiende a los bienes sino también a la persona de los individuos sometidos a ella. Conforme al artículo 390, toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones. Añade el artículo 391 que el tutor o curador administra los bienes del pupilo, y es obligado a la conservación de estos bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive.

SÉPTIMO: Que las tutelas y curatelas comparten ciertas características. Primero, se trata de cargos obligatorios para ciertas personas. De hecho, la ley hace responsable civilmente a quien no sirve o acepta el cargo (artículo 521 del Código Civil). Por otro lado, y para el caso de las guardas dadas en testamento, el guardador que se excusa sin causa legítima se hace indigno de suceder (artículo 971 del mismo Código). En segundo lugar, se dan sólo a los incapaces. En tercer lugar, se dan sólo a aquellos incapaces que no estén sujetos a patria potestad, potestad marital o guardas, contemplando la ley algunas excepciones al respecto (artículos 348, 349 y 350 del Código Civil). En cuarto lugar, de acuerdo al artículo 43, el guardador es el representante legal del pupilo. Finalmente, por regla general, los guardadores son personas naturales, salvo las excepciones que establece la ley (Rozas Vial, Fernando, Las Guardas, Boletín de Investigaciones, N° 548, año IX, N° 48 49, 1981, págs. 23 y 24).

OCTAVO: Que, ahora bien, las guardas pueden ser clasificadas conforme a diversos criterios. El más recurrente dice relación con su fuente u origen. A este respecto, el Código Civil distingue entre guardas testamentarias, legítimas y dativas. Las guardas testamentarias son aquellas que se constituyen por acto testamentario, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 354 a 365 del Código Civil. Las guardas legítimas, por su parte, son aquellas que confiere la ley a ciertos parientes y al cónyuge del pupilo, de conformidad a las reglas de los artículos 366 a 369. Finalmente, existen las guardas dativas, que son aquellas conferidas por el juez, de acuerdo al artículo 353.

Por otro lado, también pueden ser clasificadas en torno a su extensión. Así, las curadurías generales son aquellas que se extienden tanto a la persona como a los bienes del pupilo, de acuerdo al artículo 340. Están sometidos a este tipo de guarda, según el artículo 342, los menores adultos, los pródigos, los dementes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito. Los tres últimos casos quedarán bajo tutela o curaduría sólo cuando se encuentren en interdicción de administrar sus bienes. Por otro lado, existen las curadurías de bienes, las que alcanzan sólo a éstos y no a la persona del pupilo. De acuerdo al artículo 343, esta clase de

curaduría se da a los bienes del ausente, a la herencia yacente y a los derechos eventuales del que está por nacer. Su regulación se encuentra pormenorizada en los artículos 473 y siguientes.

Cabe señalar que también existen las curadurías adjuntas, definidas por el artículo 344 como aquellas que "se dan en ciertos casos a las personas que están bajo potestad del padre o madre, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada". En este caso, la labor del curador adjunto se limita solamente a administrar ciertos bienes del pupilo y no su patrimonio completo. Por último, existen las curadurías especiales, donde se nombra un curador especial para un negocio particular, de acuerdo al artículo 345. De esta clase son, por ejemplo, los curadores ad litem (Meza Barros, Ramón, Manual de Derecho de Familia, tomo II, Editorial Jurídica, segunda edición, 1979, pág. 758).

NOVENO: Para ser nombrado tutor o curador de un incapaz y, en particular, de un menor, se requiere cumplir con ciertos requisitos.

En primer lugar, se requiere un discernimiento, esto es, un decreto judicial que autoriza al tutor o curador a ejercer el cargo (artículo 373). En segundo lugar, para discernir la tutela o curaduría, se requiere otorgar fianza o caución (artículo 374). El Código señala que todos están obligados a rendir fianza, salvo algunas excepciones (artículo 375). En tercer lugar, no se otorga la administración de los bienes sin que previamente exista inventario solemne de los bienes del pupilo (artículos 374 y 378).

DÉCIMO: Que, por otro lado, quien resulte ser el tutor o curador, debe cumplir con ciertas características específicas. Primero, en materia de capacidad, el artículo 497 establece quiénes son incapaces de toda tutela o curatela por motivos de defectos físicos o morales, enumerando, por ejemplo, a los ciegos, los mudos, los dementes, los fallidos, entre otros. Luego, el artículo 498 detalla los casos de incapaces de toda tutela o curaduría por razones relativas a profesiones, empleos y cargos públicos. Segundo, en materia de edad, el artículo 500 señala que no pueden ser tutores o curadores los que no hayan cumplido 21 años, estableciendo algunas excepciones al respecto. Finalmente, existen ciertas inhabilidades para ejercer el cargo de tutor o curador, detalladas en los artículos 502 y siguientes, en razón de la existencia de ciertas relaciones de parentesco, oposición de intereses o diferencias de religión entre el guardador y el pupilo.

UNDÉCIMO: Que, por otra parte, las guardas poseen algunas particularidades. En primer lugar, puede existir una pluralidad de sujetos involucrados. Por ejemplo, se puede colocar bajo una sola tutela o curatela a dos o más pupilos, siempre y cuando entre ellos exista indivisión de patrimonios (artículo 347, inciso primero). Además, una persona puede ser curador de varios sujetos diversos, cada uno con sus respectivos patrimonios (artículo 347, inciso segundo); luego, puede una misma tutela o curaduría ser ejercida por dos o más personas (artículo 347, inciso final).

En segundo lugar, existen excusas para ejercer el cargo, las cuales están taxativamente señaladas en los artículos 514 y siguientes del Código Civil. Dichas excusas, de acuerdo al artículo 519, también pueden ser sobrevinientes, pero de todas formas están sujetas a un plazo.

En tercer lugar, el tutor o curador tiene, en general, una recompensa por ejercer el cargo, fijada por la ley en la décima parte de los frutos de aquellos bienes de su pupilo que administrare (artículo 526).

En cuarto lugar, los tutores y curadores pueden ser removidos de sus cargos, por las causales establecidas en el artículo 539 y conforme a las normas contenidas en el Título XXXII del Libro Primero del Código Civil.

CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

DUODÉCIMO: Que, para entrar en el análisis del presente caso, conviene dar revisión a los criterios interpretativos que encauzarán la decisión de esta Magistratura frente al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado.

El interés superior del niño.

DECIMOTERCERO: Que el interés superior del niño es un principio fundamental, que se encuentra establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile en el año 1990, y dentro de nuestra legislación. Este principio consiste en dar pleno respeto a los derechos esenciales de los niños y

adolescentes. Su finalidad es proteger el desarrollo del menor y la plena satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida.

Dicho principio ha tenido una fuerte incorporación en nuestro ordenamiento interno, conforme a lo prescrito en el artículo 3.1 de la referida Convención. Así, el actual artículo 16 de la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial el 25 de agosto de 2004, define el alcance de este principio en cuanto a su aplicación a los procedimientos de familia. El citado artículo 16 señala expresamente que:

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.

Como puede observarse, la Ley que Crea los Tribunales de Familia tiene por finalidad, entre otras cosas, dar absoluta protección al ejercicio y goce pleno y efectivo de los derechos y garantías que posean los niños que se relacionen con la justicia de familia. Además, el precepto establece un mandato para el juez, en el entendido que éste siempre debe tener en consideración principal, al momento de decidir sobre cuestiones de su competencia, el principio del interés superior del niño involucrado en la causa concreta que revise. Con ello, nuestro ordenamiento contempla a este principio no sólo en su ámbito material, sino también en su ámbito procedimental. Se constituye como un derecho para el o los menores involucrados el que su interés sea considerado de manera primordial en la decisión judicial.

DECIMOCUARTO: Que dicho interés se traduce en que el juez debe considerar que los derechos, garantías, ventajas, utilidades del menor, que sean beneficiosos o convenientes para él, deben prevalecer en caso de conflicto con otras situaciones dignas de protección. Asimismo, significa que dichas variables deben ir en mejora del menor cada vez que deba decidir una situación que le afecte.

Como se observa, la expresión "interés" no puede quedar reducida a una ventaja o utilidad, pues comprende también los derechos, garantías o cualquier aspecto o variable que beneficie al menor. Y la superioridad está dada, por una parte, por la prevalencia de todo lo que sea conveniente o beneficioso para el menor; y, por otra, por buscar siempre la mejora progresiva en su situación.

El resguardo de la familia.

DECIMOQUINTO: Que, por otro lado, dentro de nuestro ordenamiento, existe una consideración especial por la familia y la debida protección que ésta debe tener. Así, dentro de las Bases de la Institucionalidad, el constituyente reconoció a la familia como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1°, inciso segundo). Sin embargo, no sólo le brinda reconocimiento sino además protección, ya que el artículo 1°, inciso quinto, de la Constitución establece que dentro de los deberes del Estado figura la protección de la población y de la familia, debiendo además propender al fortalecimiento de esta última. Con ello, el mandato para el legislador es claro: no sólo se reconoce la existencia de la familia como objeto de protección, sino que los esfuerzos deben encauzarse también hacia su fortalecimiento. Por cierto, la protección y fortalecimiento de la familia están directamente relacionados con la integridad de las personas, tanto en su ámbito físico como psíquico, garantía consagrada en el artículo 19, N° 1°, de la Constitución.

La protección y fortalecimiento de la familia, como mandato para el legislador, resulta un criterio de absoluta trascendencia en el requerimiento materia de autos. Permite una interpretación contextualizada del principio del interés superior del niño en aquellos casos en que está en juego la separación de menores de su actual núcleo familiar y la sustitución de éste por uno nuevo, con las consecuencias que ello podría significar en su crianza y desarrollo personal.

En cuanto deber estatal, la protección de la familia alcanza a la función legislativa, ejecutiva y,

especialmente, judicial. En todos estos ámbitos, se debe velar no sólo por la protección actual de la familia sino por su permanencia hacia el futuro (Vivanco, Ángela, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pág. 74). Además, al tratarse de una institución fundamental dentro de la sociedad, permanente y no efímera (Cea Egaña, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, págs. 173 y 174), su protección debe gozar de las mismas características. Finalmente, cabe añadir que la protección y el fortalecimiento de la familia, como deberes del Estado, son consecuencia de haberla declarado, en el inciso segundo del artículo 1º, núcleo fundamental de la sociedad.

La ponderación de las situaciones de hecho.

DECIMOSEXTO: Que el interés superior del niño, como derecho, principio general y regla de procedimiento, llama a analizar, con especial atención, las situaciones de hecho que rodean a los conflictos en que se ven involucrados niñas, niños o adolescentes.

Dentro de nuestro ordenamiento, la ponderación de las situaciones de hecho en el ámbito del Derecho de Familia ha tenido una fuerte incorporación. El actual artículo 225 del Código Civil es ejemplificador de dichas circunstancias. Este artículo regula la forma en que se debe determinar el cuidado personal de los menores cuando ambos padres están vivos. El inciso primero aborda el caso de padres separados, para que se determine quién y de qué forma cuidará de el o los menores en cuestión. En el inciso segundo, se establece que el cuidado compartido, en el caso en que se opte por este tipo, "es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad". El propósito detrás de esta norma es fácil de apreciar: causar el menor impacto posible en el desarrollo personal del niño, sin que éste deba sufrir consecuencias indeseadas por el hecho de estar cambiando constantemente de residencia entre la de la madre y la del padre. Así se constata en el mensaje presidencial de la Ley N° 20.680, que introdujo la nueva formulación del referido artículo (boletines 7007 18 y 5917 18, refundidos).

Ahora bien, en el inciso tercero de la norma indicada, la intención del legislador, recién retratada, se torna aún más evidente, puesto que a falta de acuerdo en el régimen de cuidado personal del menor, "los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo". Es decir, el legislador privilegia y respeta una situación de hecho, cual es que los hijos continúen viviendo con quien, hasta el momento, lo han hecho, no causando perturbaciones en su forma de vida actual ni afectaciones significativas en su ambiente más cercano.

Con ello, se toma en consideración el interés superior del niño, que en casos como éste cuando ambos padres viven viene dado por el respeto a su desarrollo material y personal y por la protección que deba darse al entorno familiar en el cual se encuentra viviendo.

Una situación bastante diferente experimentan los niños cuyos padres han fallecido, puesto que a ellos no se les aplican las normas de los artículos 222 y siguientes del Código Civil. A ellos se les aplican, como hemos revisado, las normas sobre tutores o curadores, cuyas prescripciones hacen nula referencia a la consideración primordial que en dichas materias debe merecer el interés superior del niño, como derecho, principio y norma de procedimiento. En este caso, la determinación de quién debe quedar a cargo del menor, viene dada por la existencia de un orden de prelación taxativo de parientes llamados al cargo y bajo un procedimiento no contencioso con escasas formalidades y que tampoco contempla oír al pupilo en ninguno de sus trámites.

El control concreto.

DECIMOSÉPTIMO: Que, finalmente, este Tribunal realiza un control concreto al resolver la acción de inaplicabilidad. Por lo mismo, no examina la o las normas impugnadas en abstracto, sino en relación a la aplicación que ellas puedan tener en el caso concreto en que han sido o puedan ser invocadas. De ahí que la situación fáctica de la gestión pendiente sea relevante para la decisión que ha de tomar esta Magistratura.

LA NATURALEZA DEL ARTÍCULO 367 DEL CÓDIGO CIVIL.

DECIMOCTAVO: Que, luego de establecidos dichos criterios interpretativos, podemos analizar lo que dispone el artículo 367 del Código Civil. Este está establecido a propósito de las tutelas o curadurías legítimas,

esto es, aquellas que determina la ley a falta de guarda testamentaria. Dicho precepto señala lo siguiente:

Art. 367. Los llamados a la tutela o curaduría legítima son, en general:

Primeramente, el padre del pupilo; En segundo lugar, la madre; En tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo; En cuarto lugar, los hermanos de uno y otro sexo del pupilo, y los hermanos de uno y otro sexo de los ascendientes del pupilo.

Si no hubiere lugar a la tutela o curaduría del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones.

A continuación, revisaremos cuál es la concreta naturaleza de estas prescripciones y cómo impacta su aplicación al caso concreto de modo decisivo.

El orden de prelación.

DECIMONOVENO: Que, para el caso de las tutelas o curadurías legítimas, el legislador ha establecido un cierto orden para definir quiénes son los llamados a asumir esta carga legal. Así, en primer lugar es llamado el padre del pupilo; en segundo lugar, la madre; en tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo; y en cuarto lugar, los hermanos de uno y otro sexo del pupilo, y los hermanos de uno y otro sexo de los ascendientes del pupilo.

Es un orden que, como puede observarse, toma en consideración los lazos familiares tradicionales, partiendo como es natural por los padres, para finalizar con los colaterales.

VIGÉSIMO: Que, en el inciso segundo del referido artículo, el Código se encarga de dar una serie de especificaciones en torno a cómo debe ser aplicado este orden, para el caso en que no se nombre tutor o curador al padre o a la madre del pupilo.

Así, establece que "si no hubiere lugar a la tutela o curaduría del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones".

En esta regla se señala que para elegir a los demás ascendientes (típicamente, los abuelos, de una u otra línea), se deberá oír a los parientes del pupilo. Y, si faltaren los ascendientes, el juez podrá recién discernir la guarda a favor de los colaterales, pero teniendo en consideración ciertos criterios: que se trate de una persona que, en su parecer, sea la más apta y que mejores seguridades ofreciere.

VIGESIMOPRIMERO: Que esta regla, como puede observarse, contiene directrices obligatorias para el juez. No se trata de recomendaciones, sino de un mandato. Tampoco se trata de una opción para el juez, sino de una obligación de seguir dicho orden: a falta de padre o madre que deban cargar con la tutela o curaduría, debe nombrar a algún ascendiente. Y, a falta de ascendientes, esto es, en ausencia total de ellos, debe nombrar a los colaterales que cumplan con las dos especificaciones señaladas en dicho artículo.

Por ello, como tal, es una regla de prelación. En este caso, el legislador da preferencia a un cierto orden de parientes por sobre otros, para determinar a quién debe ser dada la guarda. Si falta el primer orden, esto es, no existe ningún pariente dentro de tal categoría, recién ahí es posible pasar al siguiente orden. Y así sucesivamente con los cuatro órdenes que contempla.

VIGESIMOSEGUNDO: Que dicha interpretación se fortalece al analizar el lenguaje utilizado por el codificador en este artículo, cuando utiliza de manera directa y clara números ordinales para señalar a cada uno de los órdenes.

La norma no otorga una opción, es decir, una libertad o facultad de elegir entre los órdenes que en ella se plantean. Tanto el análisis literal del precepto, de la manera que ya vimos, como su interpretación sistemática dentro de las normas de las guardas, no permiten sostener que el juez sea libre de elegir a quién convocar para discernir el cargo de tutor o curador.

No se trata de un caso en que el juez tenga plena libertad para llamar, si él lo estimare conveniente, por ejemplo, a los ascendientes por sobre el padre o la madre, sino que debe dar respeto irrestricto al orden que ahí se plantea.

VIGESIMOTERCERO: Que, dentro del Código Civil, no es extraño encontrar órdenes de prelación para la aplicación de una institución propia del Derecho de Familia. En el área de las sucesiones, por ejemplo, ellas son largamente aplicadas. De hecho, el gran paradigma en materia de prelación se encuentra dentro de estas materias. Así, el artículo 983, inciso primero, contiene el orden de prelación aplicable a la sucesión intestada, señalando que son llamados a esta sucesión "los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado, en su caso, y el Fisco". En este artículo, el legislador de la misma manera que en el artículo 367 impugnado establece un orden que debe ser estrictamente seguido y respetado por el juez al momento de su aplicación, conforme a las normas del Título II del Libro III del Código Civil, no otorgándole posibilidad al juez de saltarse un orden sucesorio que prefiera a otro.

Ausencia de criterios de asignación.

VIGESIMOCUARTO: Que, por otro lado, la regla contenida en el artículo 367 no establece criterios amplios de asignación de la tutela o curaduría. En efecto, en ella sólo se establece un orden de prelación y, en el inciso final, consigna dos parámetros que debe considerar el juez para el caso de diferir la guarda a un colateral y siempre que hubiere más de uno: a) la persona que le pareciere más apta, y b) la persona que mejores seguridades presentare. No hay más criterios sobre los cuales el juez pueda desplazar válidamente su decisión.

Por el contrario, para el caso de hijos que cuentan con padres vivos, el artículo 225 2 del Código Civil dispone un amplio catálogo de criterios para que el juez, en su ponderación, determine quién debe cuidar del menor. Entre los criterios que allí se mencionan, cabe destacar la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres; la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado; la dedicación que cada padre procura al hijo; la opinión expresa del hijo, y cualquier otro antecedente que sea relevante, atendido el interés superior del hijo.

VIGESIMOQUINTO: Que, como puede observarse, en la formulación de esta norma sí existe una nítida preocupación por el interés superior del niño: por su desarrollo afectivo, material y por el menor grado de afectación que en su entorno pueda significar cambiar el régimen de cuidado personal ya existente.

Tanta es la preocupación por el menor en estas materias que el legislador ha determinado que su propia opinión es un criterio válido para el juez al momento de determinar el régimen de cuidado personal.

VIGESIMOSEXTO: Que, de esta manera, el artículo 367 deja en una posición profundamente desventajosa a los menores cuyos padres no se encuentran vivos, ya que el juez que determina su régimen de cuidado no tiene margen de discrecionalidad para determinar quién debe quedar al cuidado de ellos, debiendo guiarse exclusivamente por el orden de prelación establecido en dicho artículo y respetando los escasos criterios de atribución que en él se señalan. No existe ninguna consideración por el interés superior del niño ni mucho menos se establece como criterio de ponderación la opinión del pupilo.

La limitada libertad del juez.

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, enseguida, el juez, para diferir la curaduría legítima, sólo posee libertad en dos aspectos: a) para elegir, dentro de un grado u orden específico, al pariente llamado a ejercer el cargo de curador; y b) si es que lo estima pertinente, elegir más de una persona para ejercer el cargo y dividir entre ellas las funciones, de acuerdo al inciso final del artículo 367. En estas dos cuestiones, se agota la libertad del juez en esta materia.

De la lectura del precepto, en ningún caso se desprende que el juez tenga libertad para elegir qué grado u orden prefiere al otro, puesto que esa decisión ya la ha tomado el legislador. Para pasar de un orden a otro, es necesario que falten el o los parientes que componen el orden en cuestión.

VIGESIMOCTAVO: Que, por falta de el o los parientes, según el sentido natural y obvio, entendemos ausencia de una persona en el sitio en que debía estar. Que, por lo mismo, cuando un pariente falta, quiere decir que no existe.

En este sentido, estimamos que la legislación no se refiere a la falta de un pariente como mera ausencia temporal, sino como una inexistencia. No se refiere, entonces, a casos de ausencia por descuidos, lejanías, viajes, falta de ubicación o paradero desconocido u otros motivos temporales. La muerte, como hecho que pone término a la existencia jurídica de las personas, es un ejemplo de persona que falta en el orden definido. También, la aplicación de una excusa legal o una causal de cesación reglada. Pero la expresión "falta" no es un título habilitante para que, por mera interpretación, se desordene el orden legal establecido para asumir las guardas.

VIGESIMONOVENO: Que lo anterior es relevante porque, de acuerdo al artículo 367, al faltar el padre y la madre de las menores, ya que ambos fallecieron, la curaduría se debe discernir en los ascendientes.

En el caso en concreto, se ha comprobado en autos que aún existe un abuelo de las menores con vida, motivo por el cual el juez está en la obligación de notificarlo de la gestión no contenciosa de nombramiento de curador general iniciada por el hermano de las adolescentes, puesto que siguiendo el estricto orden del artículo 367 él es el llamado por la ley para ejercer el cargo de curador, a pesar de que las menores viven actualmente con el hermano.

El artículo 437 del Código Civil no resuelve el conflicto jurídico.

TRIGÉSIMO: Que, por otra parte, el artículo 437 del Código Civil señala que el menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez, designando la persona que lo sea. Luego, en el inciso segundo, señala que si no lo pidiere el menor, podrán hacerlo los parientes; pero la designación de la persona corresponde siempre al menor o al juez en subsidio. Por último, el inciso final señala que el juez, oyendo al defensor de menores, aceptará la persona designada por el menor, si ésta fuera idónea.

Dicho precepto no resulta ser la salida al conflicto constitucional presentado en la gestión pendiente, puesto que quien ha solicitado la curaduría general ha sido el hermano mayor de las menores, siendo éste quien inició la gestión judicial pendiente respecto de la cual esta Magistratura conoce la presente acción de inaplicabilidad.

Por esto, estamos frente al caso contemplado por el inciso segundo del artículo 437 y, como la designación no la han hecho las menores, corresponde que la realice el juez conforme a las reglas de las guardas legítimas y, en especial, conforme al orden de prelación contemplado en el artículo 367 del Código Civil.

Como ya señalamos, cuando es otra persona, y no el menor, quien solicita la curaduría general, el juez es quien debe decidir, pero no de manera libre, sino bajo los estrictos órdenes y criterios establecidos por el propio legislador.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 367 DEL CÓDIGO CIVIL.

TRIGESIMOPRIMERO: Que, luego de analizado todo lo anterior, estamos en condiciones de sostener que, en el caso concreto, la aplicación del artículo 367 del Código Civil tiene efectos inconstitucionales, al afectarse la integridad psíquica de las menores, de acuerdo al artículo 19 N° 1°, y la garantía de igualdad ante la ley, establecida en el artículo 19 N° 2°, de la Constitución Política. En el presente análisis, partiremos analizando en primer lugar la afectación de la igualdad ante la ley, para luego focalizarnos en la afectación de la integridad psíquica de las menores.

La afectación de la igualdad ante la ley.

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, como se ha sostenido a lo largo de los considerandos anteriores, estamos en presencia de un caso en que el legislador, de manera injustificada en el caso concreto que se examina, otorga un tratamiento diferenciado para dos clases de menores que están en una misma circunstancia: la necesidad de determinar quién debe procurar su cuidado.

Para el caso de los menores de edad cuyos padres están vivos, el juez, para determinar el régimen de cuidado personal aplicable al caso concreto, posee un mayor grado de flexibilidad y una consideración directa hacia el interés superior del niño, lo cual se ve reflejado en el conjunto de normas que regulan esta materia y, en especial, en el artículo 225 2 del Código Civil, incorporado por la Ley N° 20.680, publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 2013.

En efecto, la Corte Suprema, en un fallo reciente, ha sostenido que el espíritu de esta ley, la cual introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, es proteger la integridad del niño en caso de que sus padres vivan separados, regulando materias relativas al cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular y la patria potestad. En materia de cuidado personal, estableció cambios en las formas de atribución y en el ejercicio de este derecho deber, inspirados en los principios de autonomía de la voluntad, igualdad de los padres y en el principio rector del interés superior del niño; y, en los casos en que no existe acuerdo de los padres en torno al cuidado del hijo, este último "continuará bajo el cuidado del padre o madre con quien esté conviviendo", protegiendo de esta manera su interés superior, pues mantiene su situación fáctica, y priorizando su estabilidad material y espiritual (Corte Suprema, Rol N° 3666 2014, de 6 de octubre de 2014, considerando tercero).

TRIGESIMOTERCERO: Que, además, en su tramitación, el caso de los menores se rige por el recientemente reformado procedimiento ordinario de familia, que respeta de manera íntegra el interés superior del menor y autoriza al juez a considerar diversas variables, entre ellas, la situación de hecho actual en que se encuentra este último.

TRIGESIMOCUARTO: En cambio, para el caso de los menores de edad cuyos padres han fallecido, no corresponde aplicar dicha normativa, ni en el plano sustantivo ni procedimental, sino otra mucho más rígida, carente de actualizaciones recientes y con nula referencia hacia la protección del interés superior del niño. A estos menores se les debe aplicar las normas sobre guardas y, en particular, las establecidas en los artículos 366 y siguientes del Código Civil, debiendo aplicarse además, en los aspectos procedimentales, los artículos 838 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

TRIGESIMOQUINTO: Que, como podemos ver, sólo para el primer caso, el legislador ha tenido una especial preocupación por actualizar su regulación, en el sentido de flexibilizar los criterios con que el juez debe hacer frente a la efectiva protección del interés superior del niño. En el segundo caso, estamos en presencia de una materia que se ha mantenido intacta durante más de un siglo, y que no ha sido objeto de reformas significativas. En los artículos 366 y siguientes del Código Civil, que regulan la curaduría legítima solicitada por el hermano de las menores en la gestión pendiente, no se observan flexibilidades para el juez a la hora de determinar a la persona más idónea para cuidar de las mismas cuando ambos padres han previamente fallecido. Sólo se dispone de un estricto orden de prelación y de una tramitación escueta que no contempla las garantías necesarias para dar protección efectiva a los intereses superiores de las menores.

TRIGESIMOSEXTO: Que, por el solo hecho de no contar con sus padres vivos, las menores deberán quedar bajo el cuidado del único ascendiente habido, el abuelo materno, aun cuando las menores no hayan tenido una relación regular con él durante sus vidas. Esta situación en que quedan las menores, afecta la garantía establecida en el artículo 19, N° 2°, puesto que son tratadas, en virtud de la aplicación del artículo 367, de una manera desigual con respecto a aquellos niñas y niños que poseen padres vivos y que pueden regular su régimen de cuidado con primordial consideración al interés superior del niño.

En concreto, se les trata de una manera diferente e inferior, porque bajo dicha normativa y de acuerdo al procedimiento no contencioso de nombramiento de curador, sólo bastaría oír al defensor de menores para que el juez discerniera la curaduría en el ascendiente habido (artículo 839 del Código de Procedimiento Civil), sin ningún otro tipo de consideración por el interés superior de las menores ni mucho menos por la opinión de las menores respecto al posible nombramiento de su abuelo como curador. Tampoco se contempla la posibilidad de oír a otros parientes, como podría serlo el hermano de las menores, quien les ha proveído, dentro de sus posibilidades, todos los cuidados propios de la crianza desde que ambos padres fallecieron.

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que el diverso tratamiento que se da entre niños con padres vivos y niños con padres fallecidos radica, esencialmente, en la naturaleza del artículo 367, impugnado en autos. Respecto de éste, no es posible sostener que el juez tenga la misma flexibilidad que le otorga, por ejemplo, el artículo 225 2 para regular el cuidado personal de menores cuando hay padres vivos. Por el contrario, el artículo 367 es sumamente rígido y estático en su aplicación. El juez está obligado a elegir al pariente que corresponda de acuerdo al orden de prelación y a los específicos criterios que allí se señalan. El juez no tiene opciones, no puede ponderar

situaciones de hecho. Tampoco está habilitado para considerar la opinión del pupilo. Tampoco tiene margen para ponderar la situación fáctica conforme al principio general del interés superior del niño. El juez, en este caso, no puede elegir entre nombrar curador legítimo a un ascendiente o a un colateral indistintamente, porque el primero, por ley, prefiere al segundo. Por tanto, habiéndose constatado que aún existe un abuelo vivo, el hermano de las menores, quien las cuida actualmente, no podría obtener en la gestión pendiente la curaduría legítima de las menores, simplemente porque el juez no está habilitado a decidir en tal sentido. Aplicando la norma al caso concreto, el juez irremediablemente debe conferir la curaduría a tal ascendiente, sin mayores antecedentes sobre su residencia actual, sobre su entorno familiar, sobre su relación previa con las menores, sobre la opinión de estas últimas respecto de esta situación y del mayor o menor perjuicio que este cambio brusco significaría para ellas.

TRIGESIMOCTAVO: Que, además, la situación de desigualdad injustificada en que se encuentran las menores se sustenta también en la naturaleza jurídica de las guardas. La curaduría de los menores es una carga para quien es llamado por ley a ejercerla. No se trata de una opción ni de una acción de beneficencia por parte de quien la ejerce. Se trata de una carga legal, esto es, una obligación a la que están sujetos los parientes llamados a ejercer el cargo. Las cargas en materia de familia no son una institución extraña. De hecho, una cuestión similar ocurre para el caso del cuidado personal de los menores cuyos padres están vivos, ya que en este caso estamos frente a lo que la doctrina ha llamado derecho deber (Rodríguez Pinto, María Sara. El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de Familia, Revista Chilena de Derecho, vol. 36, N° 3, 2009, págs. 545 586).

Por otro lado, tanto el padre, la madre, los ascendientes y los colaterales que se señalan en el artículo 367, no pueden determinar libremente si ejercen o no el cargo cuando se les discierne, puesto que el artículo 338 señala que las tutelas y curatelas son "cargos impuestos a ciertas personas", de lo que se sigue que no se trata de una elección para las mismas sino de un deber impuesto por la ley. Cuando se es llamado, el cargo debe ser ejercido, a menos que se presenten ciertas excusas, taxativamente establecidas por la ley. Dichas excusas están definidas en el artículo 514 del Código Civil, las cuales siempre deben alegarse por quien quiera aprovecharse de ellas y siempre dentro de los plazos que la propia ley contempla (artículos 519 a 521 del Código Civil).

TRIGESIMONOVENO: Que, asimismo, se añade a lo anterior que la falta del pariente llamado a asumir la guarda no puede ser entendida como mera ausencia. Falta, como ya se expuso en los considerandos anteriores, significa inexistencia o muerte. Por ello, sólo se si comprueba que, en un orden preferente, la o las personas llamadas faltan, se debe llamar al siguiente orden de prelación. De lo contrario, no se entendería el orden tan rígido que el legislador diseñó en el artículo 367.

Por ello, estando el juez simplemente obligado a seguir de manera estricta el orden de prelación señalado, el juez no tendría más opciones que notificar al abuelo materno de las menores y discernirle a él la curaduría, sin ninguna otra consideración que apunte a proteger a las menores, su bienestar, su entorno familiar y sus intereses, primordiales en todo asunto relativo a las relaciones de familia, dejándolas en una situación injusta y desigual en comparación a otros menores, a cuyo respecto el legislador sí otorga al juez las herramientas necesarias para que quien cuide de ellos sea cuidadosamente determinado, luego de ponderar, entre otros aspectos, el interés superior de los menores y el mayor beneficio que ello pueda traerles en su desarrollo personal integral.

La afectación de la integridad psíquica.

CUADRAGÉSIMO: Que, en segundo lugar, este Tribunal estima que, en el caso concreto, la aplicación del artículo 367 del Código Civil produciría una profunda afectación a la integridad psíquica de las menores. La posibilidad de que cambie su entorno familiar y que se corten los lazos familiares y afectivos que han construido con quien las ha cuidado desde que han quedado huérfanas, menoscaba su integridad psicológica y el desarrollo pleno de sus capacidades hacia el futuro.

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que, al producirse una separación en el entorno familiar, los adolescentes suelen perder sus marcos de referencia, puesto que cambian tanto las personas que cuidan de ellos, así como la rutina cotidiana que se experimenta en la vida familiar.

De esta manera, el cambio de residencia, de escuela y de entorno de amistades para las adolescentes, podría causar cambios importantes en el ambiente social en el cual ellas se desarrollan.

Por otro lado, el empezar a convivir con un pariente con quien hasta el momento casi no han tenido relación familiar regular expone a las menores a diversos trastornos ocasionados por el hecho de tener que vivir con quien ellas no han previamente decidido, dadas las circunstancias del caso.

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que, evidentemente, todos los cambios que significa discernir la curaduría en el abuelo de las menores provocarían desajustes temporales en ellas, pero no es menos cierto que también podría provocar afectaciones de importancia y permanentes en su integridad psíquica. Así, por ejemplo, podrían ser afectadas por el trastorno de ansiedad por separación, condición psicológica ubicada dentro del marco de los trastornos de ansiedad, que provocan en el individuo que los padece excesiva ansiedad frente a la pérdida de las relaciones de apego ya existentes, causando una serie de otras consecuencias indeseadas, tales como sensibilidad, estrés, temor excesivo, entre otras. Suele ser un trastorno recurrente en los niños y niñas que son sacados de su entorno familiar cotidiano.

El cambio de residencia, de colegio, de amigos, que implica pasar a convivir con el abuelo y no con el hermano con quien actualmente conviven, provocaría en las menores los síntomas propios del trastorno de ansiedad por separación. Sin embargo, en ninguna de las normas sustantivas y procedimentales que rigen el discernimiento de la curaduría legítima se otorga al juez la flexibilidad necesaria para que pondere dicha situación. El juez sólo debe cumplir lo que le señala la ley, esto es, aplicar de manera exacta el orden de prelación predeterminado, sin juzgar si el pariente llamado a ejercer la carga legal de la curaduría el abuelo es el más apto o no para cuidar de manera satisfactoria y plena a las dos menores.

La integridad psíquica es una dimensión de la persona humana que, junto con la integridad física, la integran en plenitud. Ninguna de las dos puede ser descuidada, puesto que ambas componen al individuo en su relación con el entorno social más próximo. De hecho, Alejandro Silva Bascuñán sostiene que "La integridad moral puede ser una categoría de mayor valor que el derecho a la integridad física"; en su opinión, "se trata de un bien jurídico de distinta naturaleza, porque si a la persona se le garantiza la vida y la integridad, tendrá la posibilidad de defender como hombre su dignidad moral" (Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 89, pág. 12. En: Vivanco, Ángela, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pág. 249). Por tanto, resulta imperativo e ineludible respetar ambas dimensiones, como aspectos que no pueden separarse y que conforman una sola unidad.

Finalmente, afectar la integridad psíquica de una persona conlleva importantes secuelas somáticas que dejan huellas indelebles en ella. Por tanto, en su protección, renace la idea de dignidad humana, la cual se opone a todo intento o práctica vulneratoria de la integridad de la persona (Cea Egaña, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, pág. 102).

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, N°s 1° y 2°, 76 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, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, SE RESUELVE:

Que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1 por la Jueza del Tribunal de Familia de Pudahuel respecto de la gestión pendiente del mismo tribunal, RIT 171 2015, sólo respecto del artículo 367 del Código Civil. Además, póngase término a la suspensión de procedimiento decretada en estos autos, a fojas 44, oficiándose al efecto al Tribunal de Familia de Pudahuel.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la decisión de declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 367 del Código Civil en la gestión de familia que se encuentra pendiente, por los fundamentos desarrollados en la sentencia, pero puntualizando que el referido precepto legal es inaplicable, además, por vulnerar el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en la forma que se expresará a continuación:

1°. Que, como se sabe, el inciso segundo del artículo 5° constitucional no establece un rango normativo preciso respecto de los tratados internacionales que versen sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que hayan sido ratificados por Chile encontrándose vigentes. Así lo ha precisado este Tribunal en sentencia Rol N° 2387 (considerandos 11° y 12°) sobre la base del examen comparado de varias Cartas Fundamentales del mundo.

No obstante lo señalado, esta misma Magistratura ha afirmado que del contexto de las normas que aluden a los tratados internacionales en nuestra Constitución "se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1° de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma." (Considerando 12°).

2°. Que el razonamiento que precede obliga a rechazar, explícitamente, la afirmación de la jueza requirente, en el sentido que las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño poseen "rango supraconstitucional" (fojas 40), por no ser ésta la interpretación que este Tribunal ha venido sosteniendo desde la sentencia recaída en el Rol N° 346.

3°. Que, con todo, en la sentencia Rol N° 2387 ya aludida esta Magistratura Constitucional destacó el deber que el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley Suprema impone a los órganos del Estado incluidos el legislador y los jueces de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana recogidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Agregó que debe entenderse que esta obligación impuesta por el Constituyente de 1989 a los órganos del Estado refuerza, mediante un enunciado específico, las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en un tratado internacional en virtud de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (considerando 13°).

4°. Que este contexto es el que, a juicio de esta Ministra previniente, permite visualizar, en este caso concreto, una infracción al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política por la aplicación del artículo 367 del Código Civil.

En efecto, como sostiene la sentencia, el citado precepto legal recoge un orden de prelación para que el juez decida a quién conceder una tutela o curaduría, que obligaría, en la situación que nos ocupa, a conferir la guarda de las menores involucradas al abuelo con quien ellas no han tenido contacto. Ello es así, porque el inciso segundo de la norma reprochada precisa que "si no hubiera lugar a la tutela o curaduría del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare(...)." (Énfasis agregado).

Si bien quien suscribe este voto comparte que la expresión "falta de ascendientes" sólo podría corresponder al caso de fallecimiento de los mismos y no a una ausencia temporal, está consciente que, conforme al artículo 3° del Código Civil, "Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio." Luego, resulta claro que la obligatoriedad de la interpretación auténtica de dicho precepto sólo puede provenir de una decisión del legislador democrático, por lo que, en este caso, es posible sostener que podría darse una aplicación inconstitucional del artículo 367 del Código Civil que impidiera diferir la guarda al hermano que la está solicitando, pues el juez de fondo está autorizado también a efectuar una interpretación del precepto cuestionado al realizar la tarea de subsunción que le ha sido encomendada; 5°. Que, en esta línea de argumentación, puede observarse que si el legislador limita la libertad del juez como lo ha explicado la sentencia para decidir confiar la guarda de las menores D.A. y L.S., ambas D. B., al hermano que la solicita se podría vulnerar el principio del "interés superior del niño", consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, infringiendo el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, por no "promover" un derecho esencial de los niños garantizado en un tratado internacional ratificado y vigente en Chile desde el año 1990. Este derecho se traduce como lo señala el propio artículo 3°, numeral 2, de la Convención aludida en que todo niño tiene derecho a "la protección y el cuidado que sean necesarios para su

bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas." En otros términos, el criterio rector es aquí el bienestar del niño, para lo cual resulta acorde tanto a nuestra Carta Fundamental como al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que el juez no se encuentre limitado, perentoriamente, por un precepto legal que, aplicado en términos estrictos, puede llevarlo a él, como órgano del Estado, a adoptar una decisión contraria al interés superior del niño y, por ende, a la obligación que le impone el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución.

6º. Que, por las razones explicadas, y habida consideración a que quien solicita la guarda de las menores es el hermano mayor que parece haber tenido el mayor contacto y dedicación respecto de ellas, la aplicación del precepto contenido en el artículo 367 del Código Civil, que limita la libertad decisoria del juez de familia, vulnera el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Los Ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva previenen que concurren a la sentencia en todos sus considerandos estimando vulnerado, adicionalmente, el artículo 5º inciso segundo de la Constitución por las siguientes reflexiones:

Que el principio fundante, parámetro normativo de esta sentencia y ámbito de acción protector de los derechos de los niños es el interés superior del niño, como bien lo manifiesta esta sentencia. Sin embargo, en ella no se aprecia el modo en que llegó a ser reconocida en el ordenamiento interno desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su directa vinculación con la cláusula constitucional de apertura a los derechos.

Que la regulación de tutelas y curadurías en el Código Civil tiene como objetivo principal establecer certeza jurídica acerca de los actos de los incapaces y las reglas para su representación. La preocupación principal es regular relaciones patrimoniales, y de ahí se deriva que gran parte de las normas de estos títulos se refieran a contratación, rendición de cuentas, formalidades, etc. Asimismo, la perspectiva de la época respecto de los menores de edad era satisfacer sus necesidades de alimentación, vivienda y vestuario, sin considerarlos aún como sujetos plenos de derechos. Del mismo modo, la inversión estatal y privada en la provisión de estos bienes no era considerada una obligación jurídica, sino que una obligación moral, ligada con la caridad cristiana (Rojas, Jorge (2007): «Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica 1910 1930» Historia, PUC, Vol. 40, N° 1, p. 146). Por razones obvias, el Código Civil no incluye normas especiales para la protección de niños y adolescentes, y tampoco respecto de otros grupos vulnerables, como las personas con discapacidad. En definitiva, las reglas sobre guardas persiguen objetivos que no siempre son conciliables con las actuales exigencias de protección de los derechos de los niños, ya que nunca estuvo en mente del legislador de la época considerarlos como sujetos de derechos; Que si bien la protección especial de la niñez existe en el derecho internacional desde sus orígenes, sólo en el siglo XX se aborda como una cuestión de derechos [Steiner, Christian y Uribe, Patricia, Editores (2014): Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario (Santiago: Konrad Adenauer), p. 449]. En el ámbito americano, la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 19 una esfera de protección especial a los niños que implica obligaciones adicionales a cargo de los Estados, la familia y la sociedad. "La razón de tal protección especial o reforzada radica en que se considera que en esta etapa de la vida las personas se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que requiere atención, cuidados y ayudas particulares por parte de los adultos." (Steiner y Uribe, p. 468). Esta perspectiva, y especialmente su incorporación en la Convención de Derechos del Niño como un instrumento vinculante con obligaciones directas e inmediatas para los Estados, cambió la forma en que las leyes nacionales trataban la infancia y la adolescencia. En Chile, la ratificación de la Convención de Derechos del Niño significó la modificación de diversos cuerpos legales, como el régimen de responsabilidad penal adolescente, la justicia de familia, los procedimientos de adopción, entre otros.

Que también la protección de la familia también es reconocida en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y comprende numerosos derechos, como "el derecho a formar una familia, el derecho a que ella esté protegida de injerencias arbitrarias del Estado y de particulares, el derecho a contraer libremente matrimonio y a su disolución en caso de ser necesaria sobre la base de reglas igualitarias, el derecho

a la igualdad de los contrayentes, el derecho a formas alternativas de cuidado familiar en el caso de los niños y a que la familia como entidad colectiva sea destinataria de medidas especiales de protección por parte del Estado..." (Steiner y Uribe, p. 426). La protección de la familia se vincula fuertemente con los derechos de los niños, pues en principio, los niños no deben ser separados de sus padres. En caso de que la convivencia con la familia de origen no fuera posible, "el niño tiene derecho a vivir y permanecer con su familia ampliada o referentes afectivos, interpretados en el sistema regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la citada Opinión Consultiva N° 17 como el conjunto de todas las personas vinculadas por un parentesco cercano;" (Steiner y Uribe, p. 411) Que el principio del interés superior del niño fue utilizado con anterioridad al desarrollo de la perspectiva de derechos de los niños como un "cheque en blanco" que permitía valoraciones personales y paternalistas, fue incorporado en la Convención de Derechos del Niño en un sentido más completo. El artículo 3° de la aludida Convención exige que en todas las medidas concernientes a los niños, debe darse consideración primordial al interés superior del niño. El Comité de Derechos del Niño subraya que se trata de un concepto triple: (i) "Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales." (ii) "Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo." (iii) "Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos." (Comité de Derechos de los Niños, Observación General N° 14). Respecto de la aplicación de este principio en las decisiones de tribunales en materia civil, el Comité ha afirmado que "el niño puede defender sus intereses directamente o por medio de un representante, como en el caso de la paternidad, los malos tratos o el abandono de niños, la reunión de la familia y la acogida. El niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo, en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente".

Que el Tribunal Constitucional ha establecido que cautelar el interés superior del niño es una finalidad lícita y legítima para que el legislador establezca ciertas preferencias, como por ejemplo, en materia de cuidado personal. En la Sentencia Rol N° 2699 se declaró conforme a la Constitución la regla que establece que a falta de acuerdo de los padres separados sobre el cuidado personal de los hijos, estos continúen bajo el cuidado del padre o madre con quien conviven. A nivel legal, este principio fue recogido en el art. 16 de la Ley N° 19.968, que informa todo el procedimiento de familia.

Que esta larga explicación permite acreditar el modo en que se estableció un nuevo estándar de juzgamiento de los derechos de los niños a partir del cumplimiento del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, ejecutando el deber de promoción y realización de los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Eso obliga a contextualizar dicho precepto constitucional como una estructura puente entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción en el orden interno. Conocido es el tratamiento que tiene esta materia en el ámbito internacional. Se utilizan técnicas

abiertas de interpretación para adaptar todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a sus soluciones sea del Sistema Universal de los Derechos Humanos como los Pactos, sea con las delimitaciones y observaciones generales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sea la propia doctrina como elemento auxiliar y propio de un tipo de soft law y, sus sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Bajo este contexto de podría avanzar en realizar una aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución y que satisfaga el estándar reconocido de derecho internacional de los derechos humanos. Este es un ejercicio de armonización de derechos, principios y normas contenidos en los tratados respecto de aquellos que son parte integrante de la Constitución. Por ende la interpretación, conforme atiende al contenido y no al continente propio de la jerarquía en que se vierten dichos principios, valores y normas. Este tipo de interpretación avanza mejor en la configuración de estándares y no requiere dilucidar la dimensión jerárquica acerca de la posición de los tratados, cuestión que se rige por el artículo 54, numeral 1° de la Constitución en su tratamiento de fuente del derecho. De lo que se trata es de aplicar las modalidades interpretativas de prevalencia a partir de los contenidos del tratado y de sus modalidades interpretativas de aplicación, asociadas directamente a una norma constitucional interna.

Que siendo lo relevante la adscripción de los derechos fundamentales que se integran en el contenido constitucional del respectivo derecho interno. Se trata en este caso de una vulneración del artículo 19, numeral 2° de la Constitución, en relación con el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, puesto que el tratamiento igualitariamente formal que realizaba el artículo 367 del Código Civil, omitía el sentido del interés superior del niño que exigía un tratamiento adecuado y diferenciado a su propia condición de vulnerabilidad. Es esta la razón por la cual también ha de considerarse la infracción al artículo 5° inciso segundo de la Constitución, puesto que éste permitió, a través del artículo 3° de la Convención de Derechos del Niño como del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos densificar el contenido de la igualdad y admitir un tratamiento diferenciado de una normal formal sobre curatela que lo impedía.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado, señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar, por las siguientes consideraciones:

Que, el caso concreto se encuentra referido a que dos hermanas carnales, menores adultos tienen a su padre y a su madre fallecidos que, conforme a ello el hermano materno que vive con ellas solicitó la curaduría de conformidad a lo dispuesto en el artículo 367 del Código Civil.

Que, la magistrado requirente del Juzgado de Familia de Pudahuel, sostiene que existiendo el abuelo paterno de las menores, atendido el orden de llamamiento que hace la norma legal citada, no le es posible otorgar la curaduría de las menores a su hermano, lo que acarrearía una vulneración de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, consagradas en el artículo 19, N° 2 y 3 de la Carta Fundamental, en relación con la situación jurídica de los niños con padres vivos, respecto de los cuales si se quisiera modificar la persona a cargo de su cuidado personal, en mérito a lo dispuesto en los artículos 224 y siguientes del Código Civil y particularmente artículo 225 2 el juez puede ponderar la actitud del solicitante, lo que no puede ocurrir con los menores con ambos padres fallecidos, como en este caso, produciéndose una discriminación arbitraria en contra de los menores que están en esta situación.

Que, como ha señalado esta Magistratura reiteradamente la existencia de un conflicto de constitucionalidad es un presupuesto esencial para que se acoja un requerimiento de la naturaleza de autos, que para verificarlo debe efectuarse el ejercicio correspondiente en el sentido de que si la norma jurídica impugnada efectivamente resulta contraria a las garantías constitucionales presuntamente vulneradas.

Que, en estos autos la sentencia de mayoría acoja el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno, sólo respecto del artículo 367 del Código Civil, por lo que estos ministros disidentes sólo se harán cargo de ello.

Que, la disposición legal, precedentemente señalada, se inserta en lo que se denomina la guarda legítima que, el artículo 366 del Código Civil señala que tiene lugar cuando falta o expira la testamentaria y especialmente cuando es emancipado el menor y cuando se suspende la patria potestad por parte del juez. De tal manera que, la norma jurídica impugnada establece un orden de llamamiento, atendiendo, tal como en otras disposiciones particularmente referidas a la sucesión intestada, a los afectos, a los sentimientos y a la solidaridad

de los integrantes de la familia, que como expresa la doctrina es uno de los más sólidos fundamentos del orden social.

Que, ante la trágica situación que dos niñas menores hayan perdido a su padre y a su madre en tan corto lapso de tiempo, (el padre fallece el 30 de noviembre de 2011 y la madre el 11 de septiembre de 2013), tiene lugar el llamamiento de los otros parientes que señala el artículo 367, que en este caso concreto llamará a los ascendientes y posteriormente a los hermanos de uno y otro sexo del pupilo y a falta de ellos, los hermanos de uno y otro sexo de los ascendientes del pupilo. Este orden de prelación tiene su fundamento en consideraciones referidas precedentemente y que se expresan en que "y a falta de los padres, quienes más sinceramente han de interesarse por la persona del menor y sus bienes son, sin duda, aquellos que están unidos a él por los más cercanos vínculos de familia, por comunidad de sangre y tradiciones, por la comunidad de hogar, los abuelos y los hermanos del pupilo o los hermanos de sus padres.

La ley encuentra en estos sentimientos la mejor garantía de una buena gestión de la guarda, y ha limitado por eso, los llamamientos a la guarda legítima dentro de los grados de parentesco en que estos sentimientos se encuentran siempre con más intensidad, salvo casos realmente excepcionales." (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Luis Claro Solar, V. II, p. 237, Ed. Jurídica de Chile, año 1979).

Que, estos ministros disienten con la opinión formulada por la requirente en su libelo en el sentido que por existir un abuelo, paterno, vivo le es imposible conferir la guarda al hermano materno que la solicita, puesto que, la norma jurídica reprochada expresa "Los llamados a la tutela o curaduría legítima son, en general: ", vocablo este último que significa común, frecuente, usual, sin especificar ni individualizar cosa alguna, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, expresión que no limita al interprete y en especial al juez de familia, para el caso de faltar la madre o el padre de otorgar la curaduría legítima al llamado en cuarto lugar, posponiendo a los llamados en el tercer lugar por requerirlo el interés superior del niño, como lo es el caso de autos, situación que no ocurre, por ejemplo en el artículo 989, del Código Civil, que considera los llamados a suceder cuando el difunto no ha dejado posteridad o en el caso de la prelación del crédito a que se refieren los artículos 2.472 y siguientes del mismo cuerpo legal citado, llamamiento que es taxativo y rigurosamente el juez correspondiente deberá cumplir.

Que, aún si la situación fáctica entrara en pugna con lo que dispone el artículo 367 del Código Civil, corresponde aplicar el principio de inexcusabilidad que consagra la Carta Fundamental en el inciso segundo, del artículo 76, y que en la inauguración del Año Judicial en actual vigor recordara en su discurso el actual presidente de la Corte Suprema, y considerando, desde luego, como dice la sentencia de mayoría, el resguardo de la familia y la debida protección y fortalecimiento de ella, que en el caso de autos claramente estará en mejor situación si como curador legítimo de los menores se nombra a su hermano materno, lo que no impide efectuarlo la disposición reprochada.

Que, en la estructura y reglas que la legislación civil contiene respecto de las guardas testamentarias, legítimas y dativas en los términos en que se estructuran no se observan un resultado que sean contrarios a la Constitución Política y por ende, no se colige de ello que la Magistrado requirente necesite la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del citado artículo 367 para proteger debidamente a las menores y otorgar la curaduría legítima a quien esté en mejor posición para asegurar la debida protección de dichas menores.

Que, en otro orden de ideas cabe recordar que este Tribunal reiteradamente ha sostenido que la igualdad supone la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición (STC 784, STC 1254, STC 1399, STC 1739, STC 1812, STC 1951, STC 1988, STC 2014, STC 2259, STC 2386, STC 2489), situación que ocurre entre los menores que tienen a sus padres vivos con aquellos cuyos progenitores han fallecido, pero en tal realidad la ley civil no hace distinciones carentes de fundamentos, y muy por el contrario, contiene normas claras y precisas que se avienen al contexto de las citadas circunstancias regulando adecuadamente el cuidado y protección de unos y otros, con lo que no se divisa la existencia de la vulneración de la garantía constitucional del artículo 19, N° 2 como lo denuncia la Magistrado requirente.

Que, en relación a la otra garantía constitucional denunciada como infringida, esto es, la igual protección de

la ley en el ejercicio de sus derechos contemplada en el artículo 19, N° 3 de la Carta Fundamental, tampoco se observa para estos disidentes un resultado contrario a la Constitución del artículo 367 del Código Civil, norma legal que ordena, conforme a los criterios expuestos anteriormente, los parientes llamados a ser nombrados, eventualmente, curadores de un menor adulto.

Que, por consiguiente no existe un conflicto de constitucionalidad en autos y tampoco un conflicto de legalidad, por cuanto las disposiciones legales que reglan la curaduría legítima permiten al juez de familia poder resolver lo que resulte más apropiado y conveniente para el pupilo, teniendo en consideración siempre el interés superior del adolescente de que se trate.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, quien fue de parecer que la apreciación de inconstitucionalidad que contiene la decisión de mayoría y sus prevenciones, si bien podrían ser compartidas por este disidente en el plano conceptual y abstracto, son en concreto prematuras en esta especie, donde no se ha configurado todavía un genuino conflicto de constitucionalidad. En efecto, en el proceso no contencioso de designación de curador, no ha sido citado el tantas veces aludido abuelo materno, quien siendo mayor de sesenta y cinco años y no siendo un referente afectivo para las menores, está en situación de excusarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 514, N° 6, del Código Civil, con lo cual el pronunciamiento de inconstitucionalidad del artículo 367 del Código Civil resulta innecesario y un tanto especulativo. Ello, dado que es claramente posible que conforme a sus propios términos el abuelo materno falte, con lo cual queda franco el camino para discernir la guarda en favor del hermano materno, solicitante.

Redactó la sentencia el Presidente del Tribunal, Ministro señor Carlos Carmona Santander; la primera prevención, la Ministra señora Marisol Peña Torres; la segunda prevención, el Ministro señor Gonzalo García Pino; la primera disidencia, el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar, y la segunda disidencia, el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2867 2015 INA.

Sr. CarmonaSra. PeñaSr. ArósticaSr. GarcíaSr. HernándezSr. RomeroSra. BrahmSr. LetelierSr. PozoSr. VásquezPronunciada 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, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.