

Santiago, treinta de mayo de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 13 de septiembre de 2012, Luis Eugenio Palma Bustamante solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos primero y tercero del artículo 225 del Código Civil.

Los preceptos cuya aplicación se impugna disponen:

“Art. 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”

La gestión invocada es un proceso en el cual el requirente fue demandado de aumento de alimentos y demandó reconvencionalmente el cuidado personal de su hijo de 9 años de edad. En dicho proceso se verificó una conciliación respecto del régimen de alimentos y las partes mantuvieron el litigio referido al cuidado personal, respecto del cual se encuentra pendiente la audiencia de juicio.

El requirente alega que la aplicación de la preceptiva impugnada vulnera la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, a la cual se refiere latamente en su conceptualización doctrinaria y jurisprudencial, para concluir que establece una diferencia carente de fundamentación razonable, en base al género, que excluye al padre de un derecho que tendría de no mediar la

separación, sin que exista evidencia que demuestre una mejor posición de la madre al respecto.

Agrega que si la Carta Fundamental proclama la igualdad entre hombres y mujeres, y si se quiso proteger el interés superior del menor, en caso de separación el cuidado personal debiera corresponder a uno cualquiera de los padres en igualdad de condiciones.

Señala que la norma vulnera además el derecho del menor a ser oído en la discusión de la tuición, reconocido en los artículos 12 y 16 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Argumenta además en torno a la indeterminación del concepto de interés superior del menor, concluyendo que debe ser interpretado en relación a la titularidad de derechos, traducidos, entre otras manifestaciones, en la obligación de oírlo y tomarlo en cuenta, como sujeto de protección y no como objeto de amparo, lo que se traduce en un verdadero derecho de autodeterminación, con los elementos que se recogen en el artículo 14 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el marco del derecho a no ser separado de sus padres contemplado en el artículo 18 del mismo tratado internacional.

Por otra parte, expone que estos principios de igualdad de los padres frente al menor se traducen en un derecho a la copaternidad, con responsabilidades y deberes conjuntos. Expone que en la discusión de la Ley N° 19.585 se estimó que por hechos de la naturaleza era la madre la idónea para ejercer el cuidado personal, tesis que hoy viene en retirada como producto de la evolución que nuestra sociedad ha experimentado, traducida en diversas demandas de igualdad y término de discriminaciones, que han dado origen a normas como la Ley N° 20.609, denominada "Ley Zamudio".

A fojas 15 da cuenta de encontrarse en tramitación un proyecto de ley que resguarda los derechos del padre y establece igualdad en la materia, modificando el artículo 225 del Código Civil.

Con fecha 24 de octubre de 2012 la Primera Sala acogió a tramitación el requerimiento, ordenando la suspensión del procedimiento en la gestión invocada y confiriendo traslado para resolver acerca de su admisibilidad.

A fojas 59, Jocelyn Tamara Álvarez Cáceres, demandada de cuidado personal en la gestión invocada, evacuó el traslado conferido, dando cuenta de la gestión y señalando que no se ha alegado causal de inhabilidad de la madre. Argumenta que en el mundo animal es la hembra la que cría y alimenta, que el cuidado personal para la madre no es un privilegio ni un acto discriminatorio.

Señala que la inhabilidad de la madre debe acreditarse y el libelo de inaplicabilidad es un acto de discriminación odiosa, pues en la discusión del fondo del asunto se señala por el actor que ella vive con el menor en un sector de alta criminalidad. Alega que el requirente la conoció viviendo en la comuna de La Granja y se casó con ella sabiéndolo, para llevarla a vivir posteriormente a Puente Alto.

A fojas 65, el tribunal que conoce de la gestión invocada remitió las piezas principales de la misma.

Con fecha 14 de noviembre de 2012 se declaró la admisibilidad del requerimiento. Posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Evacuando el traslado, la requerida solicita el rechazo del requerimiento, pues la demanda de cuidado personal se basa en que el menor viviría en un entorno vicioso, toda vez que la madre, tía y abuela que viven en su modesto hogar son fumadoras, agregando que moran en las inmediaciones de la población Yungay, reconocida como sede de traficantes, por lo cual presenta riesgo social, sin que se alegue la inhabilidad de la madre.

Agrega que desde la existencia de un ser humano en el vientre materno, la naturaleza le ha concedido a su progenitora el don de alimentarlo y cobijarlo en su interior durante 9 meses aproximadamente, y una vez que nace, la ley otorga a ambos padres su cuidado personal, cuestión que se altera en caso de separación para reconocer que la madre es más idónea, a no ser que con hechos y evidencia se demuestre lo contrario, argumentando que no concurre en la especie ninguno de los elementos que permitan cambiar el régimen de cuidado personal.

Señala que declarado el divorcio entre ella y el requirente, celebraron una convención acerca del cuidado personal del niño, actuando de común acuerdo al amparo del inciso segundo del artículo 225 del Código Civil, en cuya virtud quedó a cargo de la madre, estableciéndose el régimen comunicacional que da lugar a una relación directa y regular hasta hoy, todo ello al amparo del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil y del artículo 229 del Código Civil, cuestión que ahora pretende ser desconocida, con argumentos y expresiones discriminatorias hacia la madre, amparadas en una supuesta igualdad ante la ley.

Expone que en algunas culturas la mujer ha sido perseguida como ave de presa, por motivos de satisfacción sexual, para sacrificios humanos o por esclavitud, cuestión que espera llegue a su fin, haciendo presente que las libertades de las mujeres no han sido satisfechas. Aun así, la mujer sigue ocupando su papel de madre.

Argumenta que la norma impugnada tiene su antecedente en el artículo 223 del Código Civil de 1855, que reconocía el cuidado a la madre, salvo que se la

declarara inhabilitada, fuere adúltera o que su nivel de depravación pervirtiera a los hijos, todas cuestiones que debían ser declaradas judicialmente.

Hoy el criterio es diferente, pues se reconoce la plena igualdad entre hombres y mujeres y el criterio de atribución es el interés superior del menor.

Indica que la judicialización de estos temas sólo afecta al menor y que el padre parece querer eludir el aumento de la pensión alimentaria.

Agrega que los deberes de derecho de familia son indisolubles y se cumplen incluso en un contexto de crisis y fracaso, pues la continuidad de la crianza y la estabilidad de la vida es el objetivo, marco en el cual se entiende la regla atributiva del interés superior del niño, que como criterio de adjudicación reconoce un mayor espacio de discrecionalidad.

Añade que no existe discriminación y que ella no está inhabilitada, pues el colegio municipal y el barrio modesto no conllevan esos factores que el requirente señala como adversos, y no hay maltrato, descuido ni causa calificada para variar la regla legal, tras 4 años de separación de los padres.

Reitera que el actor la discrimina por factores sociales, por el barrio donde ella vive, por el colegio donde él trabaja, para preguntarse si acaso los tribunales debieran entregar la tuición a padres que vivan en barrios sin delincuencia y que puedan acceder a colegios particulares pagados, cuestión que sí sería discriminación a la luz de la propia Ley N° 20.609 que invoca el requirente.

Señala que el precepto impugnado está amparado por la presunción de constitucionalidad, que la finalidad de la Ley N° 19.585, que lo introdujo, era dar igualdad a los progenitores, centrándose en el interés de los hijos y que por eso se establece el concepto de "motivo calificado".

Expone que esta regla de la preferencia materna se impuso pacíficamente en el derecho chileno como supletoria del acuerdo, y que no ha sido cuestionada hasta después de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585. En la historia de dicha ley se justificó el criterio en términos prácticos, por ser lo más frecuente, y se dejó a salvo la excepción por motivos calificados.

Esta regla no ofende el derecho a la igualdad y hace que no necesariamente se llegue a un juicio si los padres se separan, cuestión que sí lesionaría la situación del menor. Debe tenerse presente además que se mantiene el derecho del padre a una relación directa y regular con su hijo.

Si se elimina la regla cuestionada, la cantidad de juicios aumentaría considerablemente, pues no se favorecería el logro de acuerdos, y los tribunales se sobrecargarían más, a falta de una regla que opere automáticamente sin intervención judicial, cuestión que es indispensable.

Por otra parte, debe tenerse presente que la Ley Nº 19.585 flexibilizó el criterio de atribución del cuidado personal.

A continuación, se refiere latamente al interés superior del niño, que es un concepto dotado de una dinámica propia, que debe entenderse en un contexto post divorcio. En Chile es uno de los vectores de la legislación vigente, sin que esté definido de forma general. Señala que en el artículo 222 del Código Civil se consagra que "la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades."

Posteriormente alude al interés superior en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y el deber de tenerlo presente, cuestión que aparece en el artículo 242 del Código Civil, para agregar que también lo recogen los artículos 27 y 85 de la Ley de Matrimonio Civil y 16 de la Ley sobre Tribunales de Familia.

Reconoce que la delimitación de este principio no está exenta de polémicas, pero no puede servir para fundar una inconstitucionalidad del artículo 225 del Código Civil, pues esta regla es beneficiosa para el interés del niño, que es además superior al del padre. Reitera que es una regla supletoria de atribución y señala que puede admitir otras formulaciones.

A continuación se refiere a la igualdad ante la ley, señalando que tiene elementos formales y materiales, debiendo tratarse diferente a los desiguales, en el marco del principio de proporcionalidad, por lo que las excepciones a reglas generales no son per se un atentado a la igualdad, ya que hipótesis de hecho diferentes se tratan de manera diferente.

Finalmente concluye la parte requerida preguntando si cabría o no discutir el cuidado personal respecto de una madre habilitada, sin que concurra causa calificada de fuente legal.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 7 de mayo de 2013 se verificó la vista de la causa.

CONSIDERANDO:

Acerca de la Competencia

de este Tribunal

PRIMERO.- Que el artículo 93, Nº 6, de la Constitución Política dispone que es atribución del Tribunal Constitucional "resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación

en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

SEGUNDO.- Que la misma norma constitucional, en su inciso decimoprimer, expresa que: “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y agrega que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

Antecedentes del caso concreto.

TERCERO.- Que, como se ha señalado en la parte expositiva, en el presente requerimiento Luis Eugenio Palma Bustamante solicita la declaración de inaplicabilidad de los incisos primero y tercero del artículo 225 del Código Civil, en la causa sobre procedimiento de aumento de pensión de alimentos y demanda reconvenional de cuidado personal, seguida actualmente ante el Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, causa RIT C 1303-2012, siendo ésta, precisamente, la gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial que habilita a esta Magistratura Constitucional para pronunciarse sobre la acción de inaplicabilidad entablada;

CUARTO.- Que el precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita parcialmente forma parte del título IX “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” del Libro Primero “De las personas” del Código Civil, y su texto –en el que se resalta en negrita los incisos cuya inaplicabilidad se requiere- es el siguiente:

“Artículo 225.- Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.”.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”;

QUINTO.- Que, como se ha expuesto, el requirente aduce en apoyo de su pretensión que las disposiciones legales cuya inaplicabilidad solicita resultan contrarias en su aplicación judicial a la Constitución Política, pues infringen la garantía constitucional contenida en el artículo 19, N°2, de la misma, así como, disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño alusivas al interés superior del menor;

SEXTO.- Que el artículo 225 del Código Civil, en su inciso primero, establece que “[s]i los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”, regla ésta que puede alterarse si ambos padres actúan de común acuerdo en la forma prescrita en el inciso segundo del mismo artículo, y también cuando, conforme al inciso tercero, “el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada”, evento en el cual “el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres”;

Acerca de la impugnación del inciso primero del artículo 225 del Código Civil.

SÉPTIMO.- Que la incidencia de la aplicación del precepto objetado en la relación jurídico-procesal, esencial en el instituto de la inaplicabilidad, resulta particularmente manifiesta en este caso;

OCTAVO.- Que la controversia propuesta se hace residir en la inconstitucionalidad de la norma que radica en la madre el cuidado personal de los hijos, cuando los padres viven separados, por contravenir el artículo 19, N° 2, de la Constitución Política;

NOVENO.- Que la aplicación del precepto exige, ciertamente, que se configure la situación jurídica que regula, esto es, que los padres vivan separados y no hayan acordado un régimen determinado en relación al cuidado del menor;

DÉCIMO.- Que consta de las alegaciones formuladas y de los antecedentes de la causa que, en la especie, las partes celebraron una conciliación relativa al cuidado personal del menor, que lo radicó en su madre, acuerdo aprobado el 26 de agosto de 2010 por el Juez Titular del Segundo Juzgado de Familia de San Miguel (causa RIT C-1059-2010), otorgándole el mérito de sentencia definitiva para todos los efectos legales.

Posteriormente, en acta de audiencia preparatoria sobre divorcio unilateral de los cónyuges (autos RIT C-6533-2010 del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago), en el llamado a conciliación contemplado por el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, se hizo constar “que en cuanto al cuidado personal: lo tiene la madre, regulado en causa anterior”.

Dicha convención se concluyó al amparo del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, referido a la separación de hecho de los cónyuges, a cuyo tenor podrán, de común acuerdo, reglar sus relaciones mutuas, regulación que, de haber hijos, se extenderá al régimen aplicable en los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular con aquéllos;

DECIMOPRIMERO.- Que, entonces, la relación jurídica que motiva la cuestión de inaplicabilidad está cubierta por el citado artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil y no concierne a la situación referida en el artículo 225, inciso primero, del Código Civil, precepto que carece de aplicación en la resolución del conflicto.

En la especie, la madre no tiene el cuidado del menor por imperio de la ley, sino por acuerdo con el padre.

Dicho de otra manera, la acción del padre no deriva de la adjudicación a la madre del cuidado del hijo por el precepto cuestionado, sino aparentemente apunta a la innovación o revocación por causa sobreviniente del acuerdo celebrado por las partes y refrendado por el juez, que confió la tuición a la madre;

DECIMOSEGUNDO.- Que, en el sentido ya expuesto, cabe considerar que el proceso sublite se origina por demanda reconvenicional del padre, quien, reconociendo la regulación judicial de la tuición del menor, solicita que se declare que ahora le corresponde su cuidado personal, fundándose en lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley N° 16.618, numerales 3° y 7°, en relación a lo previsto en el artículo 226 del Código Civil.

Prescriben los citados artículos lo siguiente:

“Artículo 42°: Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”.

“Artículo 226: Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.”.

Es evidente, así, que el precepto objetado –artículo 225, inciso primero, del Código Civil- carece de toda relación con el juzgamiento de la causa.

Si el precepto no se aplica, falta un presupuesto esencial de la acción ejercitada;

DECIMOTERCERO.- Que, adicionalmente, si se entendiera que el actor ha ejercitado la acción del artículo 242 del Código Civil, que le permite impetrar la revocación o modificación de las resoluciones judiciales atinentes a la materia, por cesación de las causas que hayan dado motivo a ellas o por un motivo justo sobreviniente, tampoco el precepto cuestionado en el requerimiento es de aplicación decisiva en la resolución del conflicto o, expresado de manera más directa, carece de toda vinculación con el mismo;

DECIMOCUARTO.- Que, sin perjuicio de lo razonado anteriormente, es pertinente consignar que, apreciada en abstracto, la norma cuestionada tampoco pugna con la Constitución.

Efectivamente, la atribución del cuidado personal del menor a uno de los cónyuges cuando éstos se encuentran separados, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. La situación fáctica producida exige su protección inmediata, sin incertidumbre alguna, en tanto los padres formalizan algún acuerdo o recurren al tribunal competente;

DECIMOQUINTO.- Que, así, cabe concluir que la regla de atribución preferente a la madre del cuidado personal de los hijos no representa, por sí misma, una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, pues aunque introduzca una diferencia de trato entre la madre y el padre, la misma tiene justificación en la realidad social de nuestro país. De ahí que la adopción de esta regla por el legislador es una opción lícita, que, además, por su fácil aplicación, simplifica la solución de un problema que muchas veces requiere de una definición urgente para no lesionar el interés superior de los niños.

Por lo demás, no se trata de una regla absoluta, desde el momento que ella puede ser alterada por acuerdo de los padres, como también por resolución judicial dictada conforme al inciso tercero del artículo en cuestión, lo que se analizará a continuación;

DECIMOSEXTO.- Que si bien puede haber otras opciones legislativas, la vigente no parece desproporcionada o irracional.

La atribución provisoria del cuidado a la madre, quien usualmente lo conserva en el evento de separación, no hace sino confirmar una práctica arraigada en nuestra sociedad.

DECIMOSÉPTIMO.- Que, por otra parte, el reproche formulado al precepto en orden a la contravención de los artículos 12 y 16 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, carece de todo fundamento y asidero, teniendo en cuenta que, por disposición del artículo 227 del Código Civil, en estas materias imperativamente el juez debe oír a los hijos;

DECIMOCTAVO.- Que no es la acción de inaplicabilidad –sino la de inconstitucionalidad, cuando procede- la vía idónea para la discusión de las tesis doctrinarias que se esgrimen en estos antecedentes por ambas partes;

DECIMONOVENO.- Que, por las motivaciones expuestas, estos sentenciadores concluyen que el requerimiento debe ser rechazado, en lo relativo al inciso primero del artículo 225 del Código Civil;

IV. Acerca de la impugnación del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil.

VIGÉSIMO.- Que la excepción que el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil contempla para variar la regla de atribución que haya operado en virtud del inciso primero o segundo del mismo artículo, resulta excesivamente onerosa y desproporcionada para aquel de los padres que, no teniendo el cuidado personal de los hijos, aspira a tenerlo, pues exige la ocurrencia de circunstancias tan altas y calificadas que constituyen una diferencia de trato que cabe calificar de arbitraria y que no tiene amparo en la Constitución.

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

VIGÉSIMOPRIMERO.- Que, por lo expuesto, puede apreciarse que la aplicación en el caso que nos ocupa del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, produce una diferencia de trato que excede lo que es lícito hacer al legislador conforme a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, la que sólo admite la diferencia que pueda calificarse de razonable o justificada, máxime si la Carta Fundamental, específicamente señala que “[h]ombres y mujeres son iguales ante la ley”, por todo lo cual debe declararse la inaplicabilidad del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, únicamente respecto de la frase que dice “cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada”, y así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en los artículos 19, numeral 2º, y 93, inciso primero, N° 6º, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, y lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido por el D.F.L. N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

Que se acoge parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, solo en cuanto se declara la inaplicabilidad de la frase que "cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada", contenida en el artículo 225 del Código Civil.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento.

El ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre al fallo previniendo que lo hace en virtud de las consideraciones siguientes:

1°. Que la determinación de cuál de los padres tendrá el cuidado de los hijos puede derivar de un acto convencional entre los padres, de un acto judicial o de un acto legislativo;

2°. Que teniendo presente el interés superior del niño, cabe considerar, para los efectos que siguen, los siguientes criterios: (a) quien tenga el cuidado personal de los hijos debe ser el padre o madre más idóneo; (b) la idoneidad de quien debe tener el cuidado personal de los hijos no tiene relación con el sexo; y (c) debe existir siempre claridad respecto de a quién corresponde el cuidado personal de los hijos;

3°. Que la regla del inciso 1º del artículo 225 del Código Civil sólo tiene un sentido compatible con la Constitución Política de la República, en su calidad de norma por descarte supletoria de los otros dos mecanismos de determinación y, por ende, potencialmente transitoria. En otras palabras, la recién aludida regla legal sólo se entiende y justifica como mecanismo que permite proporcionar claridad sobre a quién le corresponde el cuidado personal del niño en caso que el juez aún no resuelva sobre el asunto. En un sentido similar, aunque de modo más explícito y mejor estructurado, se recoge en el Proyecto de Ley (Boletines N°s. 5.917-18 y 7.007-18, refundidos), en actual tramitación, en su versión aprobada por la Cámara de Diputados;

4°. Que, en este caso concreto, la discusión se enmarca en el ámbito de la determinación judicial. Es decir, la norma relevante que tiene incidencia sobre la gestión pendiente es la del inciso 3º del artículo 225 del Código Civil, en particular aquella parte que dice: "En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres." (énfasis agregado). La regla transcrita no favorece, necesariamente, la elección de aquel padre o madre que es más idóneo. Se trata de una regla que, en consideración a la gestión pendiente, coloca injustificadamente en desventaja al requirente, perjudicando con ello el interés superior del niño;

5°. Que la determinación judicial del padre más idóneo exige la existencia de neutralidad y moderación en cuanto a los parámetros a tener en consideración y en relación a la carga probatoria exigida. En este caso, al padre se le impone el estándar de probar positivamente la existencia de una causa calificada que

demuestre que es indispensable el cambio de la madre por el padre en el cuidado del hijo. Incluso más, la norma aludida más que permitir demostrar la idoneidad del padre exige, de una u otra forma, desacreditar la capacidad de la madre para ejercer el cuidado personal del hijo. Esta situación, del todo innecesaria e inidónea en atención al interés superior del niño y su cuidado personal, constituye una discriminación arbitraria que transgrede el inciso 2º del artículo 19 Nº2 de la Constitución;

6º. Que, en consideración a los argumentos esgrimidos precedentemente, corresponde declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la siguiente frase del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil: "cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada,".

El Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, La Ministra señora Marisol Peña Torres y los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza dejan constancia que no comparten la declaración de inaplicabilidad parcial y que estuvieron por rechazar también el requerimiento respecto del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, teniendo presente las siguientes consideraciones:

1º. Que existe una íntima vinculación entre las prescripciones de los dos preceptos objetados, de suerte que la última es un efecto de la primera;

2º. Que, por ende, los razonamientos expuestos en relación a la falta de aplicación decisiva de la norma en la gestión pendiente respecto del inciso primero del artículo 225 del Código Civil, son válidos también en relación al inciso tercero de dicha disposición;

3º. Que, con todo, es indispensable señalar que, habiendo sido rechazada la impugnación del precepto contenido en el artículo 225, inciso primero, del Código Civil, la relación jurídico-procesal juzgada en la gestión sublite se regularía por la norma que atribuye a la madre el cuidado personal de los hijos, si los padres viven separados. Este supuesto es un antecedente necesario de las consecuencias jurídicas que se dirimen;

4º. Que, en mérito de lo anterior, el mandato del inciso tercero del aludido artículo 225, relativo a las causas calificadas para entregar el cuidado personal del menor al otro padre, no es sino un efecto natural de la aplicación de la primera norma. Si un padre distinto al que está confiada la tuición por ministerio de la ley o por acuerdo de los interesados, la pretende, es de absoluta racionalidad que el juez lo decida en base a una causa calificada y no por su mero arbitrio (si la ley no lo dijera, de todas formas la necesidad de fundar la resolución le impondría ese deber). La carga de la argumentación y de la prueba recae, en todo caso, en quien acciona para innovar o alterar una situación jurídica dada;

5º. Que, de otro lado, si la desigualdad se adjudica a la concurrencia indispensable del interés del hijo ("lo haga indispensable") para calificar la

causal justificativa del cambio de la titularidad de la tuición, no se advierte de qué forma se atropellen los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que se predicen del principio de no discriminación, sobre los que tampoco se razona;

6°. Que el requerimiento atribuye al precepto genéricamente cuestionado un carácter sancionatorio para el padre que no ejerce el cuidado personal y lo pretende, en cuanto establece elementos subjetivos de carácter culposo (descuido, malos tratos u otra causa calificada) para justificar el cambio de titularidad, de los que se deduce una cierta presunción de legitimidad en el ejercicio de quien la reclama;

7°. Que, como se hizo ver precedentemente, la concurrencia de una justificación para innovar una situación jurídica preexistente, resulta absolutamente lógica. Asimismo, aun si se discrepa del mérito de la solución legislativa, no se entiende cómo una opción inspirada en el interés superior del menor –el bien jurídico de mayor relevancia en juego– puede provocar efectos inconstitucionales;

8°. Que, en el mismo sentido, cabe tener en cuenta que los preceptos comentados contienen una regla de cuidado preferente operable sólo a falta de acuerdo y que la intervención judicial se concibe a favor del padre que no tiene actualmente el cuidado personal del menor, en cuanto lo legitima para la causa otorgándole acción;

9°. Que, por último, la calificación por el juez de las causas del traslado de la tuición, guarda íntima relación con su privativa atribución de conocer y juzgar las diferencias que se someten a su conocimiento, pareciendo improcedente exorbitar al ámbito constitucional una materia que es propia de aquél.

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y María Luisa Brahm Barril dejan constancia que estuvieron por declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 225 inciso primero del Código Civil en el sentido que se indica:

Aspectos formales: es norma aplicable en el caso concreto.

1°. Que en el caso concreto la circunstancia de haberse producido un acuerdo de la titularidad del cuidado personal a favor de la madre no exime de aplicación al inciso primero del artículo 225 del Código Civil que expresa que “si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”. Lo anterior, fundado en la simple distinción entre titularidad y ejercicio de un derecho. La titularidad del cuidado personal fue definida de común acuerdo y la búsqueda de su revisión ha sido declarada inaplicable en esta misma sentencia relativa al inciso tercero del artículo 225 del aludido Código. Justamente, la perspectiva de un cambio de las condiciones del acuerdo judicial supone, necesariamente, el ejercicio por parte de la madre de dos

títulos habilitantes que refuerzan su posición: el acuerdo judicial y el mandato legal del inciso primero del artículo 225 del Código Civil. El cómo se manifiesten en la dimensión práctica podría entrañar un conflicto que debe resolver el juez de fondo, pero en aquel conflicto ambas normas del mismo artículo se potencian plenamente;

2°. Que, en esa perspectiva, el contenido del cuidado personal, aún mientras no se llegue a un nuevo acuerdo, se fundamenta en una extensión inconstitucional del derecho de la madre sobre cuestiones que entiende exclusivas de ella, como definir la educación, salud, costumbres, religión o creencias del hijo porque le "toca" ejercerlas. Esta es la ampliación sostenida en el inciso primero del artículo 225 que estimamos inaplicable por las razones de fondo que esgrimiremos;

3°. Que la cláusula del "derecho preferente" de la madre importa un elemento fuerte de negociación que impide una revisión justa de los términos del cuidado personal, esto es, adicionalmente a los requisitos del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil. El inciso primero del citado precepto no establece ningún tipo de distinción relativa a edad, juicio u opinión de los menores de edad sino que es una regla atributiva y cuasi-absoluta. Justamente en el caso concreto se verifica una defensa del acuerdo porque existe el inciso primero del artículo 225 del Código Civil que obstaculiza otras fórmulas de ejercicio del cuidado personal y del derecho - deber de ambos padres de criar a sus hijos, inclusive en circunstancias de separación. La misma circunstancia que esta sentencia declara inaplicable el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil abre plenamente la puerta para la aplicabilidad al caso concreto del inciso primero del artículo impugnado en este requerimiento;

La regla del cuidado personal atributiva a la madre no ha sido una constante del Código Civil chileno.

4°. Que el otorgamiento incondicionado del cuidado personal a la madre se fundamenta en circunstancias disímiles pero concurrentes en la noción de que responde a un cierto "sentido natural" de las cosas. Éste se manifiesta en el hecho de que las mujeres están más preparadas para el cuidado de los hijos, tienen condiciones innatas para ello, están siempre dispuestas a ese ejercicio. Otros argumentan que ha sido así desde siempre, que es lo más frecuente y habitual y que hay que partir con una regla atributiva específica. No obstante, todos estos criterios han estado lejos de ser reconocidos permanentemente por el legislador chileno, según describiremos brevemente en la evolución del cuidado de los hijos a lo largo del tiempo en el Código Civil;

5°. Que, en esa perspectiva, el antiguo artículo 223 del Código Civil del año 1855 disponía la titularidad de la tuición a favor de la madre divorciada respecto "de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad". La Ley N° 5.680 en 1935 alteró este criterio subiendo la edad de los hijos menores de edad hasta los 10 años. En 1952, la Ley N° 10.271 amplió el alcance de la tuición respecto de sus hijos menores de edad

hasta los 14 años de edad. Y será la reforma de la Ley N° 18.802 en el año 1989 la que determinó la actual regla de atribuir la tuición a la madre, respecto de los menores de edad, sin distinción alguna de sexo. La Ley N° 19.585 de 1998 no modifica tal criterio. Por tanto, durante 134 años el padre tuvo un principio de titularidad atributiva del cuidado personal que le permitía ejercer su papel de autoridad paternal con algún grado de reconocimiento, siendo ésta la tradición civilista y no aquella de corta duración. No es del caso analizar el mérito de las soluciones legislativas e incluso su constitucionalidad específica que tendrá un valor puramente histórico. Por ahora basta acreditar que se trata de un derecho del padre que se vinculará con otras normas constitucionales, según se explicará;

Es una norma cuya interpretación y vigencia está en extinción.

6°. Que la regla de 1989 ha sido tan insuficiente que el Congreso Nacional está próximo a despachar una nueva normativa que establece la modalidad del cuidado personal compartido entre los padres. Es así como el proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, se tramita según los Boletines N°s. 5.917-18 y 7.007-18, refundidos. En tal sentido, no es posible aún resolver el nuevo precepto pero cualquiera que sea la fórmula definitiva importa un reconocimiento más amplio del cuidado personal a favor de ambos padres como un ejercicio real para identificar el genuino "interés superior del niño";

Los deberes filiales no desaparecen con la separación ni el divorcio.

7°. Que la norma del artículo 225 inciso primero del Código Civil tampoco resulta compatible con la idea de que la separación libera los deberes filiales. Más bien todo lo contrario, es el momento en que se deben demostrar con más claridad. Por lo mismo, el artículo 36 de la Ley de Matrimonio Civil indica que "no se alterará la filiación ya determinada ni los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos. El juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres";

8°. Que esta situación se extiende no sólo a la separación de hecho sino que también a la consagrada jurídicamente mediante el divorcio. El divorcio pone fin al matrimonio pero no afecta los derechos y obligaciones que emanan de la filiación, según lo dispone el artículo 53 de la Ley de Matrimonio Civil, esto es, que "el divorcio pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella". Justamente, a efectos del caso concreto, esta causa se rige por las reglas del divorcio y no opera únicamente con la norma impugnada del Código Civil. Asimismo, este mismo cuerpo legal dispone la regla de trato tratándose del padre o madre que no tenga el cuidado personal de los hijos puesto que "no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en

mantener con él (hijo) una relación directa y regular” (artículo 229 del Código Civil);

9°. Que, adicionalmente, dentro de los principios involucrados prima siempre el acuerdo entre los padres a la hora de regular el cuidado de los hijos, inclusive en situaciones de separación de hecho (artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil), separación judicial (artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil) y el divorcio (artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil). Para que el acuerdo se produzca el legislador instrumenta herramientas como la conciliación que aboga por la aplicación estricta de velar por el interés superior del niño. Es así como el “llamado a conciliación tendrá por objetivo (...) su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado (...)” (artículo 67 inciso segundo de la Ley de Matrimonio Civil). Aún más, en caso de no acuerdo el juez no atribuye y asigna una titularidad sino que “el juez deberá pronunciarse sobre las medidas que se adoptarán en forma provisional (...)” (artículo 70 de la Ley de Matrimonio Civil). Por tanto, estas reglas del legislador apuntan a una asignación ponderada, proporcional, no excluyente y garantista de los derechos de los niños en la atribución de titularidad del cuidado personal con equilibrio de los derechos y deberes respecto del cuidado de los niños;

10°. Que en esa perspectiva el legislador ve como una situación límite la separación de los hijos respecto de sus padres y para ello exige un riguroso examen de proporcionalidad. Es así como el artículo 74 de la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia establece en una parte que “Sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado”. Por tanto, la única salvedad de la separación radica en los casos de inhabilidad moral o física de los padres (artículo 226 del Código Civil);

11°. Que estas consideraciones vienen a demostrar que los deberes filiales no desaparecen y que la necesidad de convocar a acuerdos entre los padres no sólo en los procesos que configuran la separación sino que a lo largo del ejercicio de su paternidad es una de las mejores modalidades de cumplimiento del interés superior del niño, según veremos de conformidad a la legislación internacional e interna en la materia;

Es una norma incompatible con el estándar creciente de valoración normativa de ambos padres en el cuidado de los hijos.

12°. Que el artículo 225 inciso primero del Código Civil se trata de una norma incompatible e incoherente con algunos criterios del propio Código Civil, como el artículo 236 que establece que “los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida”;

13°. Que, asimismo, el legislador ha definido en el último tiempo una serie de criterios que se diferencian radicalmente de la norma del inciso primero del artículo 225 del Código Civil como criterio atributivo cuasi-absoluto. Es así como la Ley 20.545 establece el permiso postnatal parental como un derecho reconocido al padre en el cuidado de su hijo;

14°. Que, de igual manera, la institución del divorcio, incorporado por la Ley de Matrimonio Civil, regula entre otras cosas, en el artículo 55, el acuerdo entre los cónyuges "que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos". Y aquí, nuevamente, aparece una relación inversa para proteger efectivamente el interés superior de los niños;

15°. Que profundizando la perspectiva de corresponsabilidad de los padres el legislador estable en el artículo 199 del Código del Trabajo el derecho al permiso y subsidio, en caso de enfermedad grave del hijo menor de un año, asignándolo a la madre. Sin embargo, establece el derecho a su percepción a favor del padre con acuerdo de la madre, por tuición judicial del hijo o, evidentemente, por el fallecimiento de la madre;

Nuevo estándar desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

16°. Que en consonancia con el artículo 5 de la Constitución se ha reconocido en el derecho interno, derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que han sido garantizados por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En este caso, cabe consignar los principios aplicables desde la Convención de Derechos del Niño y la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), así como la remoción de obstáculos que impiden el ejercicio de esos derechos;

17°. Que aplicados a los casos de custodia de los hijos y el deber de cuidado, la Convención de Derechos del Niño establece dos principios claramente involucrados y una concretización de los mismos. Primero, el principio de la responsabilidad común de los padres, tanto en los derechos como en los deberes, en "consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" (artículo 5).

En segundo lugar, el respeto del interés superior del niño como eje transversal de múltiples disposiciones de esta Convención. Es así como "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen (...) los tribunales (...) una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (artículo 3.1 de la Convención. Asimismo, los "Estados Partes se comprometen a asegurar 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" (artículo 3.2 de la Convención).

En tercer lugar, como concretización de lo anterior, desarrolla el criterio de corresponsabilidad e interés superior del niño aplicados a casos de separación de los padres. Es así como "1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" (artículos 9.1, 9.2 y 9.3 de la Convención de Derechos del Niño). Y en ese contexto de separación de los padres, la Convención distingue plenamente entre titularidad de la tuición a objeto de verificar la residencia habitual del niño respecto de los derechos de ambos padres. "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño" (artículo 18.1 de la Convención de Derechos del Niño);

18°. Que de manera similar la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) establece un principio y un mandato de hacer al Estado en relación con el caso planteado;

19°. Que el principio que ordena esta Convención es el de igualdad entre el hombre y la mujer. A los efectos de la presente Convención, "la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (artículo 1° de la CEDAW). En tal sentido, según el énfasis añadido se trata de la aplicación de un principio de igualdad entre el hombre y la mujer que, a efectos de la custodia de los hijos en casos de separación, no menoscabe el goce y ejercicio de los derechos y deberes de los padres en el ámbito civil, cuestión que identificaremos como discriminación contra la mujer más adelante;

20°. Que esta Convención entiende que los dilemas de la discriminación contra la mujer están sostenidos en una cultura de estereotipos contra la cual hay que

luchar. En esa perspectiva, la familia, el matrimonio y los patrones de crianza de los hijos son una continua fuente de diferencias culturales que terminan impactando en el ejercicio de los derechos civiles de los integrantes de una familia. Es así como recae sobre el Estado, en su determinación legislativa y jurídica, imponer reglas de hacer en cuanto a la eliminación de prejuicios y estereotipos denunciados. En tal sentido:

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos” (artículo 5° de la CEDAW).

Asimismo, este mandato contra las funciones que pretenden encasillar roles o papeles predeterminados para el padre o madre implican reglas especiales para el matrimonio y cuando se separan. Es así como:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)

c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; (...)

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial” (artículo 17.1 de la CEDAW);

21°. Que estos principios, criterios y marcos de acción obligan al Estado, incluyendo a esta Magistratura, a reflexionar sobre el inciso primero del artículo 225 del Código Civil de conformidad con este estándar y a la luz de otras disposiciones constitucionales, según veremos;

El derecho de custodia preferente es inconstitucional porque discrimina contra la mujer.

22°. Que el inciso primero del artículo 225 del Código Civil es meridianamente claro en establecer que a la madre "toca el cuidado personal de los hijos". Esta norma importa realizar una inmediata diferencia en la atribución de la custodia de los hijos a favor de la madre. Tal diferencia no importa discriminación en sí misma sino que dependerá de las circunstancias en que se desenvuelvan las condiciones anexas;

23°. Que, no obstante, esta regla facilita la elusión de obligaciones parentales del padre puesto que la separación deviene indefectiblemente en custodia maternal. No hay opción para la madre cuando tiene una atribución legal que le asigna responsabilidades que un padre las asume como excluyentes de toda correlación personal suya. Le toca, quiera o no quiera, pueda o no pueda;

24°. Que, por tanto, es una regla que permite configurar una infracción concreta al artículo 19 N° 2 de la Constitución puesto que "ni la ley ni autoridad alguna puede establecer diferencias arbitrarias". Y la arbitrariedad se consagra por conferir a la madre una carga que, sostenida por la vía de los hechos y en prejuicios culturales, resulte desproporcionada en su relación con los deberes propios de la crianza de los hijos;

Es una norma que es inconstitucional porque discrimina contra el padre al situarlo como suplente en la custodia de sus propios hijos.

25°. Que es una norma discriminatoria contra el padre porque el legislador le asigna un papel supletorio, secundario y culturalmente irrelevante en el cuidado de los hijos. Es discriminatorio porque constituye una exclusión en razón de un criterio sospechoso, el sexo. No importa su capacidad, su compromiso paterno, su disponibilidad de tiempo, su voluntad, sus méritos en su autoridad paternal;

26°. Que no sólo no le otorga valor a la disposición de perseverar en el vínculo filial con sus hijos profundizando la intensidad de sus deberes paternos. Por el contrario, el artículo 225 inciso primero del Código Civil establece un "privilegio-carga" respecto de la madre al atribuirle un estatuto diferenciado, sin justificación, respecto del padre. Con ello, la disposición discrimina arbitrariamente, vulnerando el artículo 19 N° 2 de la Constitución;

Es un precepto legal que obliga a inferir un daño a la integridad síquica de la madre para obtener el cuidado personal.

27°. Que el legislador no asigna ninguna perspectiva de poder remediar esta situación de carencia de cuidado personal del padre con una salvedad, esto es, la búsqueda del cambio por la vía judicial. El inciso primero y el tercero del artículo 225 del Código Civil se interpretan de consuno y armónicamente. Porque le "toca" a la madre, precisamente a ella hay que desvirtuar en su

condición de tal. La regla es tan clara que no se trata de probar cuán buen padre se es y si ello es lo que más le conviene el niño en nombre de su interés superior. Simplemente hay que descalificar la condición materna con un nivel de prueba tan alto, con estándares de comportamiento gravísimos y con una judicialización tan inaceptable que sólo queda infringir un daño fuerte a la consideración de la madre para obtener el cuidado personal. En ese proceso de descalificación, de paso un buen padre probablemente deja de ser tal. Por lo mismo, este artículo del Código Civil tiene un estándar que implica vulnerar el artículo 19 N° 1 de la Constitución, en lo relativo al respeto de la integridad síquica de la madre;

Es una norma inconstitucional porque consagra una regla que afecta el derecho – deber de los padres de educar a sus hijos.

28°. Que la Constitución ha sido cuidadosa en el ejercicio de sus distinciones lingüísticas. Por lo mismo, en algunos casos reconoce la titularidad de un derecho o posición al “padre o madre” en materia de nacionalidad (artículo 10 N° 2 de la Constitución) y a “los padres” (artículo 19 N° 10) cuando reconoce que “los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”. Justamente, es un precepto que reconoce uno de los contenidos del cuidado personal válido para ambos padres sin importar su separación. Esta condición abarca el deber de los padres de escoger y educar a los hijos bajo sus convicciones de lo que es mejor para ellos. Incluso, también alcanza, en el nivel legal, la enseñanza de sus prácticas religiosas (artículo 6 literal d) de la Ley 19.638). Por tanto, esta asignación que no distingue titularidad de sus contenidos esenciales vulnera, específicamente, el artículo 19 N° 10 de la Constitución;

29°. Que por todo lo precedentemente razonado, en opinión de los suscriptores de este voto, procede acoger la acción de inaplicabilidad deducida en esta causa, declarando inaplicable el artículo 225 inciso primero del Código Civil, por constituir una infracción a los artículo 19 N° 1, N° 2 y N° 10 de la Constitución Política de la República.

Redactaron la sentencia el Presidente del Tribunal, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake. Redactaron los votos particulares, su autor, el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2306-12-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por sus Ministros señores

Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres, señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

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

Se certifica que los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Francisco Fernández Fredes concurrieron a la vista y al acuerdo, pero no firman por encontrarse en comisión de servicios.

<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2779>