



Artículos



Santiago, 20 de mayo de 2016

Tribunal Constitucional y distinción entre guarda y cuidado personal de menores de edad.

Se incurre en una confusión entre dos instituciones del Derecho Civil de Familia que son claramente diferentes: las guardas (tutelas y curatelas), por un lado, y el cuidado personal de los hijos menores, por otro.

Por: Hernán Corral

El 12 de abril de 2016 el Tribunal Constitucional dictó [sentencia](#) sobre un requerimiento presentado por una Jueza de Familia que pedía que se declararan inaplicables por inconstitucionales varias disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil relativas al nombramiento de curador para dos menores adultas.

El proceso judicial en el que se pide la inaplicabilidad es una gestión voluntaria por el cual el hermano de dos adolescentes de 15 y 14 años, cuyos padres habían fallecido, solicita se le nombre su curador general. La jueza observa que las huérfanas cuentan también con un abuelo con el cual no tienen ningún contacto, pero que conforme con el art. 367 del Código Civil debiera ser preferido como curador por sobre el hermano solicitante. Para no verse obligada a ello, requiere al Tribunal Constitucional que se declare su inaplicabilidad en esta gestión por ser contrario a la igualdad ante la ley, a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y al interés superior del niño contenido en la Convención de Derechos del Niño, aplicable a Chile en virtud del art. 5 inc. 2º de la Constitución.

El Tribunal por mayoría acoge el requerimiento pero sólo respecto del art. 367 del Código Civil por considerar que obliga al juez a preferir al abuelo por sobre el hermano para discernir la curatela, lo que implicaría una diferencia arbitraria entre los hijos con padres fallecidos y los hijos con padres vivos, ya que respecto de estos últimos, gracias a la modificación de la ley N° 20.680, de 2013, el juez tiene facultades para determinar, conforme al interés superior del menor, quién o quiénes son las personas más idóneas para cuidar de su persona. Sostiene la sentencia 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° 2º, 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” (cons. 36º).

Adicionalmente, el tribunal sostiene que la aplicación del precepto impugnado produciría una afectación del derecho a la integridad psíquica de las niñas, con transgresión del art. 19 N° 1 de la Carta Fundamental: “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” (cons. 40º).

Para llegar a estas conclusiones el Tribunal realiza una interpretación de los preceptos legales llegando a conclusiones como que el art. 367 del Código Civil es imperativo para el juez, que la mera ausencia de uno de los llamados no constituye la “falta” que permite al juez pasar de del grupo de los ascendientes al de los colaterales, y que en el caso no se aplica el art. 437 del mismo Código que permite al menor proponer a la persona que puede servir el cargo de curador.

La sentencia se adopta con dos prevenciones: una de la Ministra Marisol Peña y otra de los Ministros Gonzalo García y Nelson Pozo, en las cuales se sostiene, en síntesis, que además el art. 367 del Código Civil debe ser declarado inaplicable por transgredir el art. 5 inc. 2º de la Constitución, en relación con la Convención de Derechos del Niño. En cambio, los Ministros Iván Aróstica, María Luisa Brahm y Cristián Letelier estuvieron por rechazar el requerimiento, por cuanto estimaron que el juez no está obligado a nombrar al abuelo como curador y puede preferir al hermano, sobre la base de que el art. 367 del Código Civil establece que “en general” se debe preferir a los parientes que enumera, o si no aplicando el principio de inexcusabilidad y considerando el resguardo que debe darse a la familia. Finalmente el Ministro Domingo Hernández fue también partidario de rechazar el requerimiento pero por considerar que, no habiendo sido citado aún el abuelo y sin poder saber si se excusará o no de ejercer la guarda (es mayor de 65 años), resulta prematuro y especulativo un pronunciamiento de inconstitucionalidad del art. 367 del Código Civil en el caso concreto para el que se pide.

Sin entrar en el análisis sobre la forma en que el fallo entiende que debe aplicarse el art. 367 del Código Civil - que puede ser discutida como lo muestra el voto disidente de los Ministro Aróstica, Brahm y Letelier- , nos parece que todos los Ministros del Tribunal Constitucional han razonado en la sentencia, prevención y disidencias desde la premisa errónea de que la guarda de un menor de edad atribuye automáticamente al guardador el cuidado personal de ese menor. Se incurre así en una confusión entre dos instituciones del Derecho Civil de Familia que son claramente diferentes: las guardas (tutelas y curatelas), por un lado, y el cuidado personal de los hijos menores, por otro. Hemos de decir que esta crítica debe recaer más intensamente el mismo requerimiento de la Jueza de Familia que originó la confusión, sin advertir que la diferente naturaleza de estas instituciones se observa en la misma Ley de Tribunales de Familia, Ley N° 19.968, de 2004. Al determinar los asuntos de competencia de estos tribunales especiales, esa ley hace una neta distinción entre “Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes” (art. 8 N° 1), y “las guardas” (art. 8 N° 6).

La diferencia procede del Código Civil: las guardas son instituciones de protección de incapaces que no implican la responsabilidad del cuidado personal de los menores de edad. En el fondo, el guardador viene a reemplazar la función de la patria potestad que, al fallecer los padres, no puede ser ejercida por un tercero, pero el cuidado personal debe ser determinado por las reglas previstas en el Título IX del libro I del Código Civil, y respecto de hijos cuyos padres han fallecido, conforme a lo dispuesto por el art. 226. Esta norma dispone: “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, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2” Se añade que “en la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda” (art. 226 inc. 2º). La preferencia de los ascendientes no es imperativa para el juez, el que conforme con los criterios del art. 225-2, y en especial el interés del menor, bien podría preferir un hermano por sobre un ascendiente.

Estas disposiciones se aplican justamente al caso de que los menos han perdido a ambos padres (inhabilidad física), por lo que ellas eran las aplicables si se quería determinar el cuidado personal de las adolescentes del caso y no el art. 367 del Código Civil que se refiere al nombramiento de un curador para administrar los bienes de las pupilas y supervisar lo relativo a su bienestar personal, entre ellos el buen ejercicio del cuidado personal y los deberes de su titular en cuanto a crianza y educación. Por ello, incluso tratándose de tutela (la guarda que se da a los impúberes) el Código Civil señala que “en lo tocante a la crianza y educación del pupilo es obligado el tutor a conformarse con la voluntad de la persona o personas encargadas de ellas, según lo ordenado en el Título IX, sin perjuicio de ocurrir al juez, cuando lo crea conveniente” (art. 428 inc. 1º). Como se ha dicho, el título IX del libro I señala justamente las reglas sobre el cuidado personal de los hijos menores de edad. Es más, el Código dispone que “El tutor, en caso de negligencia de la persona o personas encargadas de la crianza y educación del pupilo, se esforzará por todos los medios prudentes en hacerles cumplir su deber, y si fuere necesario ocurrirá al juez”. Estas normas se aplican también al curador del menor adulto, según lo dispone el art. 438 del mismo Código Civil: “Podrá el curador ejercer, en cuanto a la crianza y educación del menor, las facultades que en el título precedente se confieren al tutor respecto del impúber”.

Incluso aunque fuera obligatorio nombrar como curador al abuelo, lo que, como bien señala el Ministro Hernández era algo hipotético ya que ni siquiera había sido citado a la gestión y no sabemos si se hubiera excusado de ejercer el cargo, el cuidado personal de las menores podía ser atribuido a su hermano mayor, conforme con el art. 226 del Código Civil y sus normas complementarias. Por otro lado, al nombrarse al abuelo como curador no implicaba que las niñas no pudieran seguir viviendo con su hermano, teniendo éste la posibilidad de demandar el cuidado personal de las menores.

De esta forma, la afectación a la igualdad ante la ley entre niños con padres vivos y padres muertos y a la integridad psíquica por separación del hogar en el que convivían las niñas con su hermano, se revelan como fantasmas creados por la imaginación de la jueza requirente, frente a los cuales sucumbieron los Ministros del Tribunal Constitucional, que por cierto no tienen por qué ser especialistas en todas las ramas del Derecho, al no poder distinguir entre la guarda y el cuidado personal de los menores de edad (Santiago, 20 mayo 2016)
