

OFICIO N° 115 - 2021

**INFORME DE PROYECTO DE LEY QUE
ESTABLECE UN SISTEMA DE GARANTÍAS
DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ.**

Antecedente: Boletín 10315-18

Santiago, veintidós de junio de 2021.

Por Oficio N° 10/ENA/2020, de cuatro de junio de 2021, el Presidente de la Comisión Mixta, Senador Sr. Carlos Montes Cisternas, puso en conocimiento de la Corte Suprema el proyecto de ley de “Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia” (Boletín N° 10.315-18), en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y artículo 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión celebrada con esta fecha, presidida por su titular señor Guillermo Silva Gundelach, e integrada por los ministros señores Muñoz G. y Brito, señoras Maggi, Chevesich y Muñoz S., señor Prado, señora Vivanco, señor Silva C., señora Repetto, señor Llanos, señora Ravanales, señor Carroza, señora Letelier y suplentes señores Biel, Muñoz Pardo, Gómez y Zepeda acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN MIXTA DEL SENADO,
SENADOR SEÑOR CARLOS MONTES CISTERNAS
VALPARAÍSO**



TRXXVCXXYH

“Santiago, veintidós de junio de dos mil veintiuno.

Vistos:

PRIMERO. El Presidente de la Comisión Mixta del Senado, senador señor Carlos Montes Cisternas, mediante Oficio N° 10/ENA/2020, de 4 de junio de 2021, puso en conocimiento de la Corte Suprema el proyecto de ley de “*Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia*” (Boletín 10.315-18), en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y artículo 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

SEGUNDO. La propuesta tiene por objeto la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante “NNA”), en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes. En esta línea, la iniciativa crea un Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, constituido por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños, niñas y adolescentes.

TERCERO. Opiniones de la Corte Suprema. El proyecto en cuestión ha sido informado en dos oportunidades por la Corte Suprema.

En la primera, mediante oficio N° 123-2015, de 17 de noviembre de 2015, se emitió opinión respecto del mensaje con que se originó la iniciativa. En la segunda, hizo lo propio mediante Oficio N° 195-2020, de 23 de noviembre de 2020, en que analizó el texto aprobado en particular por la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, durante el segundo trámite constitucional de la iniciativa.

En ambos informes previos, la Corte ha destacado que este proyecto “*constituye un avance considerable y da cuenta del esfuerzo de los legisladores por garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en nuestra legislación*”.

En el segundo informe se valoró que en la versión del proyecto aprobada en particular por la Comisión Especial del Senado fueran acogidas



algunas observaciones anteriores, lo que se mantiene en esta nueva propuesta. En efecto, se adecuó la redacción conforme a un lenguaje inclusivo, como se sugiriera en su oportunidad; se modificó la sujeción del cumplimiento de las obligaciones del Estado a la disponibilidad presupuestaria, estableciéndose el deber de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles conforme a la Convención; se modificó igualmente la disposición que regula la aplicación territorial de la ley, haciéndola extensiva a todos los NNA que se encuentren sujetos a la jurisdicción de los tribunales nacionales y no solo respecto de quienes estén en el territorio nacional; y se aclaró la entrada en vigencia de la ley.

Con relación a los principios y derechos de especial relevancia para la actividad jurisdiccional, en su segundo informe, refiriéndose al procedimiento de evaluación del interés superior del NNA, la Corte no formuló reparos por considerar que esa *“propuesta puede contribuir al cumplimiento de las obligaciones del Estado en esta materia”* (artículo 7). En lo relativo al derecho a vivir en familia (artículo 27) se consideró igualmente que las normas propuestas cumplieran con los estándares y recomendaciones internacionales. Estas disposiciones no han sido modificadas en esta nueva versión del texto, por lo que se mantiene esta opinión previa de la Corte.

En lo que respecta al derecho a ser oído (artículo 28), se recomendó precisar la manera en la que se podrá ejercer la representación del niño en los procedimientos judiciales y cómo se garantizará que esa representación sea la adecuada. Además, se observó la falta de precisión en cuanto a la orientación y objetivos de las medidas que deberían desarrollar los órganos judiciales y de la administración para contribuir al ejercicio efectivo de este derecho. Se advirtió también una omisión en el reconocimiento especial de los NNA pertenecientes a pueblos indígenas, respecto de los cuales el Comité de Derechos del Niño ha señalado ciertos lineamientos. Estas materias no fueron modificadas en esta nueva versión. Si bien en el artículo 50 se reconoce el derecho a una representación jurídica mediante una defensa jurídica letrada, especializada y autónoma, se la garantiza mediante una provisión progresiva de su oferta por parte del Estado, lo que puede generar un problema de no contarse con profesionales suficientes al momento de entrada en vigencia de la ley, para cubrir la asistencia a audiencias, lo que unido a la modificación que



se propone, mediante el nuevo inciso final del artículo 18 de la ley N° 19.968, sería sancionado con la nulidad de todo lo obrado.

Es preciso destacar que la necesidad de contar con un debido financiamiento ha sido una preocupación expresada por la Corte en sus dos informes previos. Así, consideró que: *“la carencia de cualquier especificación sobre el dimensionamiento de los recursos económicos que el Estado prevé desembolsar para estos efectos, torna difícil evaluar el real compromiso que empuja esta positiva revolución, que concebida como una ley marco sin fijar el soporte institucional y procedimental para su concreción, hace ilusorio el ejercicio de informar integralmente el cambio legal, que ha sido planteado en forma fragmentaria”*. Pues bien, a la fecha no se ha modificado el informe financiero que acompañó al mensaje, conforme al cual la iniciativa no involucra gastos, dado su carácter de *“ley marco”*. De acuerdo a lo anterior, no se ha innovado en esta materia, por lo que se entiende que la opinión de la Corte se mantiene en los mismos términos.

Finalmente, en sus informes previos la Corte se ha referido a la derivación de casos entre la sede administrativa y la judicial, a la delimitación de competencias entre ambas sedes y la relación entre las medidas de protección administrativas y judiciales, y a la acción de reclamación contra los actos de la administración que se incorpora en este proyecto, cuestiones que se abordarán en el análisis de las normas consultadas.

CUARTO. Observaciones a las normas consultadas. El oficio actual remite la consulta de las siguientes disposiciones:

- Los incisos cuarto y quinto del **artículo 7**, y la supresión de los incisos sexto y séptimo de la misma disposición;
- Supresión de los artículos **58 y 59**, aprobados por la Cámara Revisora en el segundo trámite constitucional;
- Párrafo cuarto de la letra e) del **artículo 68**, que pasa a ser artículo 66;
- El inciso segundo del **artículo 70**, que pasa a ser artículo 68, y la eliminación del inciso tercero de la misma disposición;
- El inciso segundo del **artículo 72**, que pasa a ser artículo 70;
- El número 11 **del artículo 74**, que pasa a ser artículo 72; y
- **El artículo 76**, que pasa a ser artículo 74.

QUINTO. Para efectos de orden, las disposiciones consultadas serán agrupadas de la siguiente manera:



- 1.- Procedimiento para la evaluación y determinación del interés superior del niño, niña y adolescente (Artículo 7°)
- 2.- Cumplimiento forzado de medidas de protección (Artículos 68, 72 y 74)
- 3.- Delimitación de competencias y funciones entre la sede administrativa y la sede jurisdiccional (Artículos 58 y 59; artículo 70 y nuevo artículo 71)
- 4.- Acción de reclamación por ilegalidad (artículo 74)

SEXTO.1. Procedimiento para la evaluación y determinación del interés superior del niño, niña y adolescente (Artículo 7°)

Se ha solicitado el pronunciamiento de la Corte respecto de la nueva redacción propuesta por la Comisión Mixta para los incisos cuarto y quinto del artículo 7, y la supresión de los incisos sexto y séptimo de la misma disposición.

En su informe anterior la Corte Suprema estimó que la regulación contenida en los incisos cuarto, quinto, sexto y séptimo de artículo 7 se encontraba en la línea de las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño, y que podría contribuir a dar cumplimiento a las obligaciones de Estado, en atención a que se precisaban los elementos que se debía tener en consideración por las autoridades al momento de adoptar decisiones que afecten el interés superior del niño, en particular en procedimientos de medidas de protección.

a) Inciso cuarto: El inciso 4°, en su versión anteriormente informada, se refería al procedimiento para la evaluación y determinación del interés superior del niño, señalando que se debía cumplir con las garantías de *“objetividad, motivación y justificación de la decisión”* y se detallaba que al justificar la decisión se debía indicar *“los elementos objetivos que se han considerado pertinentes, el contenido de estos en el caso concreto, su ponderación, cómo se relaciona la decisión con la opinión del niño, niña o adolescente y las consideraciones que prevalecieron al interés superior del niño, niña o adolescente, en el caso que ello haya ocurrido”*. En definitiva, se trataba de una regla que se enfocaba en establecer los requisitos que debían cumplir las decisiones que se adoptara en materia de interés superior del niño.

La actual redacción se plantea en términos menos específicos, debido principalmente a la supresión de la exigencia de realzar las operaciones de argumentación que expresamente se indicaban en la versión anterior, reproducidas en el párrafo precedente y que han sido planteadas como



necesarias por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 14, por lo que resultaría recomendable volver a incluirlas en la regulación.

Además, la nueva redacción no utiliza los conceptos de “evaluación” y “determinación” del interés superior del niño, sino que ahora emplea la expresión “aplicación”, lo que se aleja de la nomenclatura técnica utilizada por el Comité de Derechos del Niño en la Observación General N° 14 –que precisamente trata sobre esta materia- así como de las reglas del propio proyecto (artículos 52, 69, y el mismo artículo 7° inciso quinto), lo que debiera ser enmendado.

b) Inciso quinto: Las modificaciones introducidas al inciso quinto, que se ocupa de enlistar diversas circunstancias que se debe tener en consideración al momento de determinar el interés superior del niño, no parecen generar mayores cambios, en la medida que el listado no es taxativo según se desprende del uso de la expresión “como”.

Sin perjuicio, se objeta que se haya suprimido como elemento a considerar el carácter indivisible e interdependiente de los derechos de NNA, cuya importancia fue relevada por el Comité de Derechos del Niño en la Observación General N° 4 “*La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*”, en la Observación General N° 15 “*sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*”, y en la Observación General N° 16 “*sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*”.

Además, se observa que se haya eliminado también del inciso quinto la necesidad de que los elementos que se debe tener en cuenta al momento de evaluar y determinar el interés superior del niño sean analizados en forma conjunta.

c) Supresión de los incisos sexto y séptimo: Se formula reparo respecto de la supresión de los incisos sexto y séptimo, dado que constituían parte integral de la regulación que la Corte consideró adecuada para la protección del interés superior del niño. Los incisos en comento establecían reglas claras de carácter relevante, en específico, aquella referente a la necesidad de hacer primar el interés superior del niño en caso que no pudiera armonizarse con otro interés legítimo y aquella que establecía la necesidad de realizar una valoración conjunta de los factores enumerados en el artículo 7.



Sobre este último punto, cabe tener en consideración en la Observación General N° 14, el Comité de los Derechos del Niño manifestó: *“El Comité considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto. Todos los elementos de la lista deben ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación. La lista debe ofrecer orientaciones concretas y al mismo tiempo, ser flexible”*.

Como se puede apreciar, la necesidad de considerar todos los elementos en forma conjunta, que fue suprimida de la regulación, resultaba concordante con la observación realizada por el Comité en materia de evaluación y determinación del interés superior de NNA, por lo cual sería recomendable que fuera restituida.

SÉPTIMO. 2. Cumplimento forzado de medidas de protección (Artículos 68, 72 y 74)

Se ha solicitado a la Corte pronunciarse respecto del párrafo cuarto de la letra e) del artículo 68, que pasa a ser artículo 66; del inciso segundo del artículo 72, que pasa a ser artículo 70; y del número 11 del artículo 74, que pasa a ser artículo 72.

a) El artículo 68, que pasa a ser 66, regula las funciones de las Oficinas Locales de la Niñez (OLN), entre las que se encuentra: *“e) Realizar los procesos de protección administrativa universal, de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley, de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante la detección de riesgos de vulneración de cualquiera de sus derechos”* (norma consultada) y *“f) Realizar los procesos de protección administrativa especializada referidos en la presente ley, respecto de niños, niñas o adolescentes que se encontrasen vulnerados en uno o más de sus derechos”*.

En caso de que se impida la ejecución o se incumplan las medidas de protección administrativas, adoptadas *“ante la detección de riesgos de vulneración”*, la OLN debe evaluar la necesidad de comunicar ello al tribunal de



familia competente atendido el interés superior del niño y fundamentando su decisión (párrafo 4° del literal e del artículo 66).

En cambio, en caso de que se impidan o incumplan medidas adoptadas ante la *“constatación de vulneración de derechos”*, la OLN *“deberá poner en conocimiento de aquello, inmediatamente, al tribunal de familia competente y al órgano administrativo que corresponda de acuerdo con lo prescrito en el párrafo 4° de la letra e) de este artículo”* (párrafo 5° del literal f) del artículo 66).

Como sea, en ambos casos el tribunal puede ordenar la ejecución forzada de la medida de protección administrativa o imponer una medida judicial de su competencia exclusiva (art.72, N° 11).

La inclusión de una evaluación por parte de la administración considerando el interés superior del niño, en lugar de tener que comunicar obligatoriamente los hechos al tribunal, en caso de incumplimiento de medidas de protección administrativas impuestas ante la detección de riesgos de vulneración, es la modificación relevante que se introduce en la norma consultada, al incluir en el párrafo cuarto de la letra E del artículo 66 de la actual propuesta, la oración: *“la Oficina Local de la Niñez evaluará la procedencia de la comunicación de ello al tribunal de familia competente atendiendo al interés superior del niño, niña o adolescente y fundamentando su decisión.”*

De acuerdo a lo expuesto, la Comisión Mixta no modificó las reglas que regulan la actividad del tribunal, sino sustituyó la obligación de derivación que se imponía a la OLN, en caso de que se impidiese la ejecución de las medidas de protección acordadas en el plan de intervención ante el riesgo de vulneración de derechos, por una facultad, en que el órgano administrativo evalúa la procedencia de la judicialización atendido el interés superior del niño. Esta modificación se considera positiva en la medida que se condice con la desjudicialización de la protección.

b) El artículo 70 – que establece los *“órganos competentes para la adopción de medidas de protección y medidas ante el incumplimiento de las medidas administrativas”*-, en su inciso segundo, regula la forma de proceder en caso de que los padres, madres, personas responsables del cuidado del NNA o cualquier otra persona impida la ejecución de la o las medidas de protección administrativas, las incumpla de modo grave, o las contravenga reiterada e injustificadamente, remitiéndose a lo dispuesto en lo establecido en



los literales e) y f) del artículo 66 y a lo establecido en el artículo 71. En la propuesta anterior, simplemente se disponía que la OLN debía comunicar los hechos al tribunal de familia competente.

La remisión propuesta en esta nueva versión del proyecto es coherente con lo antes señalado respecto del deber de desjudicializar, ya que permite al órgano administrativo evaluar la necesidad de derivación de conformidad al interés superior del niño en casos de riesgo de vulneración y lo obliga a esta en casos en que se hayan constatado vulneraciones.

c) El numeral 11 del artículo 72 (norma que regula el procedimiento de protección administrativa), señala: *“11.- En los casos en los que los padres, madres, personas responsables de su cuidado o cualquier otra persona impidan la ejecución de la o las medidas, las incumplan de modo grave, o las contravengan reiterada e injustificadamente, la Oficina Local de la Niñez comunicará los hechos al tribunal de familia competente, y procederá de acuerdo con lo establecido en los literales e) y f) del artículo 66 y en el artículo 71.*

El tribunal podrá disponer el apremio de arresto hasta por 15 días al que se refiere el artículo 94 de la ley N° 19.968, y en caso de no obtenerse el cumplimiento por esa vía, proceder de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 240 Código de Procedimiento Civil”

Esta norma, a pesar de su remisión a los literales e) y f) del artículo 66 y al artículo 71, pareciera obligar a la OLN a comunicar el incumplimiento al tribunal de familia, sin distinguir si se está ante el incumplimiento o impedimento de ejecución de una medida administrativa impuesta. Por otra parte, en lugar de que el tribunal pueda disponer el cumplimiento forzado de la medida administrativa o adoptar medidas de protección de su competencia, se establece que podrá disponer el apremio de arresto o incluso sancionar como un delito de desacato.

Por lo expuesto, se considera que la nueva redacción del numeral 11, en lugar de innovar en las formas descritas, debería haberse ajustado a lo prescrito en los literales e) y f) del artículo 66 y al artículo 71. De todas maneras, habría que entender esta disposición como un complemento a las facultades que el tribunal tiene conforme a los literales e) y f) del artículo 66 y al artículo 71, y no como una limitación.



Por último, el proyecto no contempla un procedimiento especial para abordar el cumplimiento forzado de las medidas administrativas en los casos a que se refieren las normas en análisis, de manera que mientras no se realicen las necesarias adecuaciones a la ley N°19.968, dicho cumplimiento tendría que enmarcarse en el procedimiento de la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de NNA, que contempla ese cuerpo legal.

OCTAVO. 3.Delimitación de competencias y funciones entre la sede administrativa y la sede jurisdiccional (Artículos 58 y 59; artículo 70 y nuevo artículo 71)

Se ha solicitado opinión de esta Corte respecto de la supresión de los artículos 58 y 59; sobre la nueva propuesta de redacción del inciso segundo del artículo 70, que pasa a ser artículo 68, y la eliminación del inciso tercero de la misma disposición, normas que se estima deben analizarse en conjunto con el nuevo artículo 71.

Antes de pasar al análisis de fondo, se hace presente que en el inciso primero del actual artículo 70 pareciera haber un error de referencia al remitirse a “[l]as medidas de protección administrativas referidas en el inciso primero del artículo precedente”. Esto, considerando que las medidas de protección administrativas se enumeran en el artículo 68 y no en el artículo 69, que sería el “artículo precedente”.

a) Observaciones generales: avances en la desjudicialización y falta de adecuación de la ley N° 19.968.

Como primera observación general “*la distinción entre protección administrativa y protección judicial se considera un avance en el proceso de desjudicialización, lo que es coherente con la recomendación dada por el Comité de Derechos del Niño, que promueve la desjudicialización del actual sistema de protección a través de la creación de un Servicio de Protección Administrativa, especializada y dotada de recursos suficientes*”. Así lo ha reiterado la Corte en sus dos informes previos.

Ello implicaría que “*el acceso a la oferta programática de los servicios especializados de protección pasaría a estar disponible directamente a través del órgano administrativo, sin necesidad de que deba ser gestionado de manera previa y exclusiva por los tribunales*” (Oficio N° 195-2020). Lo



expuesto es sin perjuicio de que la Corte considera adecuado mantener la vía judicial – como se ha propuesto a lo largo de la tramitación de esta iniciativa- cuando las medidas de protección administrativas sean insuficientes.

Para alcanzar el señalado objetivo de “desjudicialización”, la Corte también ha reiterado en sus dos informes previos que *“se requiere no solo de la regulación de potestades de la administración en el cuerpo normativo en análisis, sino una reforma de la ley N°19.968, de manera que en la regulación de los procedimientos judiciales se incorpore una correlación entre las diversas medidas y potestades propuestas. El proyecto regula un procedimiento y facultades tratándose de las Oficinas Locales de la Niñez, pero sin que ello tenga un correlato armónico en el procedimiento judicial de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes del citado cuerpo legal, sino que se limita a señalar que ambas intervenciones –judicial y administrativa- no son excluyentes, lo que más que una desjudicialización podría llevar a una sobre intervención”* (Oficio N° 195-2020).

Esta necesidad se reconocía incluso en el mensaje de la presente iniciativa, en que se señalaba que se presentarían otras iniciativas complementarias a esta ley marco, entre ellas, la revisión de la ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, a fin de ajustar los procedimientos en lo que corresponda. Esta inquietud ha sido recogida en parte en el artículo cuarto transitorio, conforme al cual, *“[d]entro del plazo de 18 meses contados desde la publicación de esta ley, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley para adecuar las normas de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, considerando las adecuaciones que surjan para la aplicación de esta ley”*. En el intertanto, es decir desde la publicación de la ley hasta que se concrete la modificación de la ley N° 19.968, el problema advertido seguiría vigente, en el sentido de requerirse la adecuación de este cuerpo legal para evitar eventuales sobre intervenciones. Sin perjuicio, el nuevo artículo 71 aporta claridad en esta materia, al establecer derivaciones obligatorias entre ambas sedes, como se explicará más adelante.



b) Sustitución de la delimitación de competencias en atención a la entidad de la amenaza o vulneración por una delimitación centrada en el tipo de medida que se requiere.

En la versión del proyecto previamente informada por la Corte, los artículos 58 y 59 distinguían entre amenazas y vulneraciones de derechos “leves” y “graves”, respectivamente. Respecto de las primeras se instituía una competencia dual, al disponer que la intervención judicial no excluía la administrativa (inciso 3° del artículo 58). Con relación a las amenazas o vulneraciones graves se establecía claramente la competencia del tribunal de familia, sin perjuicio de que la autoridad administrativa estaba obligada a adoptar las medidas impuestas por el tribunal y a aplicar las administrativas que pudiese.

La propuesta de solución de la Comisión Mixta suprime estas normas y con ellas la delimitación de competencias en relación a la entidad de la amenaza o vulneración.

Se propone en cambio, en el nuevo inciso segundo del artículo 68 y el nuevo artículo 71, una delimitación de competencias centrada en el tipo de medida de protección que se requiera. Si en el caso se requiere una medida de protección de exclusiva competencia de los tribunales de familia, la OLN debe solicitar al tribunal su adopción (artículo 68, inciso segundo) y se mantiene, también, la derivación imprescindible desde la protección administrativa a la protección judicial ante determinadas situaciones de riesgo, amenaza o vulneraciones de derechos establecidas en la norma (numerales 1 al 4 del actual artículo 71).

A su vez, se incluye una regla que regula la derivación obligatoria desde los tribunales al órgano administrativo, cuestión no contemplada en la propuesta anterior. Así, el artículo 71, inciso primero, dispone que “[*]a sede judicial derivará obligatoriamente a protección administrativa, todos los casos que, en atención a los antecedentes que obren en su poder, no requieran de medidas judiciales para la oportuna y adecuada atención del niño, niña o adolescente, mediante una resolución fundada, cualquiera sea el estado de la causa*”

Este nuevo criterio de delimitación de competencias parece adecuado, si bien podría no estar exento de ciertas dificultades:



- La definición de protección judicial contemplada en el numeral 5 del artículo 57 no establece claramente cuáles son las medidas de exclusiva competencia de los tribunales de familia. Además, esta definición es más acotada que la de la ley N° 19.968, la que no se modifica. En efecto, el numeral 5 del artículo 57 define la protección judicial como aquella que procede “*ante casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos fundamentales, con el objeto de restituir el ejercicio de sus derechos y reparar las consecuencias de las vulneraciones*” (énfasis agregado). Por su parte, el artículo 68 de la ley N° 19.968, dispone que la protección judicial procede cuando los derechos de los NNA se encontraren “*amenazados o vulnerados*”. Dado que el mismo numeral 5 del artículo 57 se remite al “*ejercicio de la función jurisdiccional especializada, establecida en la ley N° 19.968*”, debiera entenderse entonces que las medidas de protección judicial pueden proceder en ambos casos, y que la exclusiva competencia está dada por aquellas medidas que la administración no puede disponer sin previa orden judicial, las que según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 68 literal g), serían a lo menos: “[l]a limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares, o cuidadores, la suspensión de su derecho a vivir con su familia, la determinación de cuidados alternativos, el término de la patria potestad y la adopción”.

- También en relación a la definición de medidas de exclusiva competencia del tribunal, se debe considerar que, si bien se introduce una modificación al artículo 68 de la ley N° 19.968, a fin de limitar las medidas de competencia exclusiva del tribunal que es posible adoptar en el procedimiento de protección judicial a aquellas que se establecen en la ley que crea el Sistema Integral de Protección y Garantías de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, para que esta limitación sea coherente con el resto de las normas que habilitan para decretar medidas judiciales de protección, se requiere la adecuación de esas otras normas, entre ellas, la ley N° 16.618 y la ley N° 21.302.

- Por otra parte, la derivación de la sede judicial a la administrativa dependerá de la valoración que el tribunal haga de “*los antecedentes que obren en su poder*”, la que deberá quedar en una resolución fundada.

Finalmente, respecto del establecimiento de casos de judicialización “*imprescindible*” y subsidiaria a la protección administrativa, en su informe



previo la Corte estimó adecuada esta decisión, considerando que se trataba de situaciones vinculadas a amenazas o vulneraciones graves. No obstante haber sido eliminado este criterio -que distinguía entre amenazas o vulneraciones leves y graves-, en la propuesta en análisis se contemplan casos de judicialización imprescindible.

Así, al igual que en la versión anterior, la administración debe derivar a la protección judicial cuando no es posible la intervención voluntaria con la familia, por lo que se requiere *“la adopción de medidas de protección que afecten sustantivamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes y sus familias, que son de exclusiva competencia de los tribunales de familia”*.

Se considera que este criterio sería coherente con la nueva forma de delimitación de competencias que se propone, salvo por el calificativo de *“sustantivamente”* que se agrega al grado de afectación de derechos que implica la medida de protección, porque en realidad la derivación procederá siempre que se requieran medidas de exclusiva competencia del tribunal, las que en sí mismas pueden considerarse afectan *“sustantivamente”* derechos.

Se establece además un nuevo caso, cual es, que la protección administrativa especializada se vea frustrada durante la etapa de implementación y seguimiento por la no adherencia al plan de intervención. Esta situación parece alejarse de los criterios dispuestos en la ley, en que la derivación de la sede administrativa a la judicial debe hacerse siempre evaluando si corresponde atendido al interés superior del niño. De todas formas, en atención a lo dispuesto en el artículo 7° de la ley, la administración debería siempre tener esta consideración, aunque no esté expresa en esta regla.

Se mantiene la derivación cuando la intervención administrativa se vea frustrada por incumplimiento grave o contravenciones reiteradas e injustificadas de las medidas de protección administrativas, agregando expresamente en este caso que ello debe hacerse considerando el interés superior del niño. Esta modificación, de acuerdo a lo ya señalado, parece acertada.

Se mantiene la derivación en caso de que, en *“las causas que dieron origen a la protección administrativa, aparezcan nuevos antecedentes de vulneración de derechos de igual o mayor entidad que los que dieron inicio a la intervención en contexto de protección administrativa”*. Se añade a la aparición de nuevos antecedentes el requisito de que *“proceda lo establecido en*



numerales 1 y 3”, modificación que resta relevancia a esta situación de judicialización imprescindible, ya que en rigor si procede lo establecido en los numerales anteriores, bastaría la judicialización atendiendo a dichos criterios, más que a este último.

NOVENO. 4. Acción de reclamación por ilegalidad (artículo 74)

El artículo 76, que en la propuesta de la Comisión Mixta pasa a ser artículo 74, establece una acción de reclamación por ilegalidad respecto de actos y resoluciones de las oficinas locales de la niñez, que se reseñan en esta sección. En forma general, la nueva redacción mantiene la línea regulatoria de desjudicialización del sistema de protección, establecimiento de medidas administrativas y revisión judicial, lo que va en línea con las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño.

Existen, sin embargo, diversos aspectos que merecen observaciones:

a) Ampliación de legitimados activos:

En primer lugar, se amplía el universo de legitimados activos que pueden deducir la reclamación. En específico, se agrega en el inciso 1° a quienes afecte la medida adoptada. Además, del inciso 1° y del 2° se desprende que se trata de afectados que no fueron parte del proceso.

Se observa favorable la inclusión, pues amplía el acceso a la tutela judicial respecto de quienes afecta la decisión adoptada y evita que se generen diversas interpretaciones sobre las vías de impugnación que podrían utilizar dichos interesados.

Por lo demás, ello va en línea de lo dispuesto en la Ley N° 19.880, que reconoce el derecho de los interesados, entre ellos, a quienes sin haber iniciado el procedimiento tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, de reclamar en contra de las decisiones de la administración. Lo anterior es sin perjuicio de la prevalencia del interés superior del NNA al momento de decidir sobre la reclamación en comento.

b) Circunstancias que permiten la interposición del reclamo:

En segundo lugar, sobre las circunstancias que permiten la interposición de reclamo, se mantiene como tal la ilegalidad o arbitrariedad del acto de la Oficina Local de la Niñez; se reemplaza la referencia a infracción de los derechos de los NNA dentro del proceso por vulneración de derechos, sin limitarlos a aquellos que son propios del proceso; y en lugar de señalar



expresamente el resto de las circunstancias, se hace referencia a los artículos 67, 68, 69, 70 y 72.

Estos últimos artículos tratan sobre:

- Reglas de competencia de la Oficina de Protección (artículo 67);
- Medidas de protección administrativa que pueden aplicar las Oficinas Locales de la Niñez; y posibilidad de que soliciten a los Tribunales de Familia la adopción de medidas de protección judicial, señalando que siempre tendrán dicho carácter la limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares, o cuidadores, la suspensión de su derecho a vivir con su familia, la determinación de cuidados alternativos, el término de la patria potestad y la adopción (artículo 68);
- Requisitos de procedencia y deber de motivación de las medidas de protección administrativas o judiciales (artículo 69);
- Establecimiento de la coordinación, articulación e intersectorialidad que debe existir entre las Oficinas Locales de la Niñez y los demás órganos de la Administración del Estado (artículo 70); y
- Reglas de procedimiento de protección administrativa (artículo 72).

Se advierte cierta coincidencia con la regulación informada anteriormente por la Corte, mediante Oficio N° 195-2020, al analizar la acción de reclamación por ilegalidad. Así, se pueden advertir las siguientes circunstancias compatibles como justificación del reclamo:

- No haber observado las reglas esenciales para la adopción de la medida, lo que se asemeja a la materia regulada en el artículo 69;
- Haber adoptado la medida fuera de los casos de amenaza de derechos que la hacen procedente, lo que se asemeja a la materia regulada en el artículo 69;
- Haber sido adoptada la medida por una Oficina de Protección de la Niñez incompetente, lo que se relaciona con la materia regulada en el artículo 67;
- Haber contravenido las normas de procedimiento establecidas para su adopción, de conformidad con lo dispuesto en el Título III de la presente ley, lo que se relaciona con la materia regulada en el artículo 72.

Con todo, existe una observación relacionada con la opinión que la Corte manifestó en el Oficio N° 195-2020. En dicha ocasión, este tribunal no formuló reparos a la regulación de las circunstancias que daban lugar a la



reclamación, dada su amplitud “*especialmente si se considera la hipótesis del inciso final*” –del artículo 76-. Si bien la regulación ahora que se propone también cuenta con caracteres de amplitud, ese inciso final no es parte de la actual propuesta.

Dicha supresión no resulta inocua, pues si bien parte de las hipótesis del inciso final citado quedarán cubiertas por la acción prevista en el artículo 20 de la Constitución y se tramitarán de acuerdo al mismo procedimiento que la reclamación, la versión anterior contaba con un elemento de amplitud adicional, esto es, el hecho que se pudiera reclamar en caso de perturbación, amenaza o vulneración de “*otro derecho fundamental*”, lo que en definitiva abarca más garantías que aquellas mencionadas en el citado artículo 20. Dado que una de las finalidades primordiales de la regulación en discusión es la protección de la infancia, pareciera necesario ampliar los mecanismos de tutela según la redacción anterior.

c) Tribunal competente:

En la nueva redacción, se cambia el tribunal competente para conocer de la reclamación, pasando de los tribunales con competencia en materia de familia a las Cortes de Apelaciones.

En el Oficio N° 195-2020, la Corte Suprema manifestó que resultaba adecuado que los tribunales con competencia en materia de familia fueran competentes para conocer de la reclamación, dada su especialidad, experiencia y asesoría de Consejo Técnico. Si bien las Cortes de Apelaciones cuentan dentro de sus competencias con la protección de derechos fundamentales, principalmente a través de los recursos de protección y amparo, no son tribunales especializados en la materia y no cuentan con Consejo Técnico.

Por lo anterior, se formulan reparos respecto del cambio de las reglas de competencia absoluta, en el sentido que se debiese volver a la regla que entrega el conocimiento del reclamo a los tribunales con competencia en materias de familia.

d) Reglas de procedimiento de tramitación del reclamo:

En la versión anteriormente informada en el mencionado Oficio N° 195-2020, el proyecto establecía que la reclamación se tramitaría en forma incidental de acuerdo a las reglas del artículo 26 de la Ley N° 19.968, con la posibilidad de citar a audiencia, decretar orden de no innovar, dictar medidas



urgentes en protección de los afectados, se establecía un medio de impugnación de la decisión del tribunal, se fijaba el plazo de reclamación -5 días hábiles para el reclamo del NNA o un interviniente del procedimiento, o de 10 días hábiles de un tercero a nombre del NNA en caso de vulneración de ciertos derechos- y se establecía el recurso de apelación del artículo 67 de la Ley N° 19.968.

La Corte Suprema estimó favorable la propuesta, en la medida que privilegiaba la rapidez y celeridad en la tramitación de procedimiento, sin perjuicio de haber estimado necesario que se explicitase el derecho del NNA a ser oído.

En la nueva versión se establece que el procedimiento mediante el cual la Corte de Apelaciones tramitará la reclamación será el del recurso de protección, con las siguientes reglas especiales:

- El plazo para reclamar será de 15 días hábiles para el NNA o quienes fueron parte del procedimiento, contados desde la ocurrencia de hecho (el inciso 1° utiliza la expresión “acto”) ilegal o arbitrario o la notificación de la adopción de la medida. Respecto de quienes no fueron parte del proceso, el plazo se cuenta desde que toman conocimiento.
- El plazo para informar a la Corte de Apelaciones se fija en 5 días hábiles, en lugar de que sea determinado por ésta según dispone el Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección.
- El plazo para dictar sentencia se fija en 2 días hábiles, diferente a la regla general de 5 días hábiles establecida en el Auto Acordado mencionado, pero idéntica a la regla especial aplicable a las garantías establecidas en los numerales 1°, 3° inciso 5°, 12° y 13° del artículo 19 de la Constitución.
- Por último, se establece expresamente que lo dispuesto en el artículo 74 es sin perjuicio del derecho a recurrir de protección o amparo, en caso de ser procedente.

Aun cuando el procedimiento propuesto contempla plazos acotados, la sola radicación en las Cortes de Apelaciones, depositarias de un elevado número de asuntos de diferente naturaleza, permite advertir la dificultad que estos términos se cumplan en la práctica. Por lo demás, al sujetarse la reclamación a este procedimiento, procederá consecuentemente la apelación para ante la Corte Suprema, que conocerá de ello como tribunal de instancia, lo que puede afectar la pretensión de celeridad.



Sobre el particular se reitera que los tribunales competentes, en opinión de la Corte Suprema, debiesen ser los tribunales con competencia en materia de familia y que el procedimiento previamente informado resultaba adecuado para los fines de la regulación.

DÉCIMO. Conclusiones. De manera general, se reitera que esta iniciativa constituye un avance considerable en el cumplimiento de las obligaciones de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Respecto de las normas consultadas, a continuación se sintetizan las siguientes conclusiones particulares:

En cuanto a las reglas generales de determinación y evaluación del interés superior del NNA contenidas en el artículo 7°, se observa la necesidad de restablecer los deberes específicos de argumentación en materia de decisiones; el reparo por haber eliminado del listado de elementos a considerar, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos de los NNA; y la necesidad de restablecer el requisito de análisis conjunto de los elementos relevantes para la determinación y evaluación del interés superior.

La sustitución de la obligación de derivación que antes se imponía a la Oficina Local de la Niñez en caso de que se impidiese la ejecución de las medidas de protección acordadas en el plan de intervención, por una facultad en que el órgano administrativo evalúa la procedencia de la judicialización considerando el interés superior del niño, es una modificación que se considera adecuada en la medida que se condice con la desjudicialización de la protección (párrafo cuarto de la letra e del artículo 66 e inciso segundo del artículo 70).

La nueva redacción del número 11 del artículo 72 debería haberse ajustado a lo prescrito en los literales e) y f) del artículo 66 y al artículo 71, en el sentido de no incluir expresamente un deber de comunicación del órgano administrativo al tribunal ante el incumplimiento o impedimento de ejecución de toda medida administrativa, sino que mantener el criterio de evaluación conforme al interés superior del niño para los casos en que estas medidas se impusieron ante riesgos de vulneración de derechos, dejando también en claro la relación entre los apremios que se contemplan en la norma y la posibilidad de cumplimiento forzado contenida en las disposiciones a que se remite. Sin perjuicio, al contener esta disposición una remisión a los literales e) y f) del artículo 66 y al artículo 71, puede entenderse como un complemento de las



facultades que el tribunal tiene para el cumplimiento forzado y no como una limitación.

Dado que el proyecto no contempla un procedimiento especial para abordar el cumplimiento forzado de las medidas administrativas a que se refieren los literales e) y f) del artículo 66 y artículo 71, mientras no se realicen las correspondientes adecuaciones a la ley N°19.968, debiera regir el procedimiento de la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de NNA que se contempla en dicho cuerpo legal.

Respecto de la delimitación de competencias y funciones entre la sede administrativa y la sede jurisdiccional, se reitera que la distinción entre protección administrativa y protección judicial se estima un avance en el proceso de desjudicialización. Pero, para alcanzarla urge una reforma de la ley N°19.968, de manera que en la regulación de los procedimientos judiciales se incorpore una correlación entre las diversas medidas y potestades propuestas en el proyecto.

Además, la nueva propuesta sustituye la delimitación de competencias en relación a la entidad de la amenaza o vulneración por una delimitación de competencias centrada en el tipo de medida de protección que se requiera. En este sentido, corresponden a las Oficinas Locales de la Niñez la adopción de medidas de protección que no sean de competencia exclusiva de los tribunales, y a su vez, a los tribunales corresponde intervenir solo cuando se requieran medidas de su exclusiva competencia, debiendo derivar a la protección administrativas los casos en que esto no sea así.

Respecto de los casos de judicialización imprescindible, se considera adecuada la incorporación de una evaluación de la administración conforme al interés superior del niño, la que se entiende aplicable en todos ellos.

Por último, en materia de regulación de la reclamación judicial del artículo 74, la propuesta mantiene la línea de desjudicialización del sistema de protección y establecimiento de medidas administrativas sujetas a revisión judicial, lo que resulta favorable y es coherente con las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño. También se observa favorable la ampliación de la legitimación activa.

Como principal reparo cabe mencionar el cambio de procedimiento y también de tribunal con competencia en materia de familia en la versión anterior, por las Cortes de Apelaciones en la versión actual.



Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar en los términos precedentemente expuestos el proyecto de ley de “*Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia*” (Boletín 10.315-18).

Oficiese.

PL 19-2021”

