

OFICIO N° 287-2023

INFORME DE PROYECTO DE LEY
QUE “MODIFICA LA LEY N°
19.968, QUE CREA LOS
TRIBUNALES DE FAMILIA, Y
OTROS CUERPOS LEGALES,
ADECUÁNDOLOS A LA LEY N°
21.430, SOBRE GARANTÍAS Y
PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS
DERECHOS DE LA NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA, Y DEROGA LA
LEY N° 16.618, LEY DE
MENORES”.

Antecedentes: Boletín 16.286-07.

Santiago, 24 de octubre de 2023.

Por Oficio N° 487/SEC/23, de 26 de septiembre de 2023, el Presidente y el Secretario General (S) del Senado, Sr. Juan Antonio Coloma Correa y Sr. Julio Cámara Oyarzo, respectivamente, comunicaron el proyecto de ley iniciado por mensaje presidencial de 15 de septiembre de 2023 que “*Modifica la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y otros cuerpos legales, adecuándolos a la ley N° 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, y deroga la ley N° 16.618, Ley de Menores*” (Boletín N° 16.286-07), en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión celebrada el 23 de octubre del año en curso, presidida su titular señor Juan Eduardo Fuentes B., y los ministros señor Muñoz G., señoras Chevesich y Muñoz S., señor Prado, señora Vivanco, señor Silva C., señora Repetto, señor Matus, señoras



Gajardo y Melo, y suplente señora Quezada, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación.

Asimismo, se dispuso adjuntar al presente informe el Oficio N° 5564, de fecha 19 de octubre de 2023, suscrito por el Director (S) de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, junto a sus anexos.

AL PRESIDENTE DEL SENADO.

SEÑOR JUAN ANTONIO COLOMA CORREA.

VALPARAÍSO

“Santiago, veinticuatro de octubre de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que el Presidente y el Secretario General (S) del Senado, Sr. Juan Antonio Coloma Correa y Sr. Julio Cámara Oyarzo, respectivamente, mediante Oficio N° 487/SEC/23, de 26 de septiembre de 2023, comunicaron el proyecto de ley iniciado por mensaje presidencial de 15 de septiembre de 2023 que “*Modifica la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y otros cuerpos legales, adecuándolos a la ley N° 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, y deroga la ley N° 16.618, Ley de Menores*” (Boletín N° 16.286-07), en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Actualmente, el proyecto se encuentra en primer trámite constitucional ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, para que emita su primer informe, y no cuenta con urgencia en su tramitación.

El oficio remitido no especifica las disposiciones respecto de las cuales se debe informar, en consecuencia, el informe versará sobre aquellas que inciden en la organización y atribuciones de los tribunales, sin perjuicio que se otorgará el contexto normativo necesario para su debido análisis.



Segundo: Que el proyecto de ley consta de nueve artículos permanentes, y los artículos 1° a 8° modifican, respectivamente, los siguientes cuerpos normativos: Ley N° 19.968 que “Crea los tribunales de familia”; Código Civil; Código Orgánico de Tribunales; Ley N° 20.876 que “Crea Juzgados que indica y modifica composición de diversos tribunales de justicia”; Ley N° 21.302 que “Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica”; Ley N° 16.618, “Ley de Menores”, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el artículo 6 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia; Ley N° 20.084 que “Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”; Ley N° 18.961 “Orgánica Constitucional de Carabineros”.

Por su parte, el artículo 9° contiene reglas sobre el pago de asignación familiar a establecimientos o personas que tengan a su cuidado a niños, niñas y adolescentes.

Además, cuenta con cinco artículos transitorios, que regulan la entrada en vigencia de la ley y la gradualidad de la entrada en vigencia de determinadas disposiciones (orgánicas y procedimentales), a lo que se añaden normas de carácter presupuestario.

En síntesis, el mensaje da cuenta que la Ley N° 21.430, “Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia”, generó un cambio de paradigma en materia de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y mandató que la Ley N° 19.968 fuera adecuada a sus disposiciones, para lo cual estableció que dentro del plazo de dieciocho meses, contado desde su publicación, el Presidente de la República debía enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley para tales efectos, que es el que se somete a la consideración de la Corte Suprema.

También, señala que en septiembre de 2022 se generó un foro académico convocado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el cual participaron académicos y la Subsecretaría de la Niñez, y se consultó la opinión de distintos órganos del Estado y de la sociedad civil, tales como la Corte Suprema, la Defensoría de la Niñez, la Corporación de Asistencia



Judicial, la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados de Chile, la Asociación de Magistradas Chilenas, el Colegio de Abogados, la Asociación de Abogados de Familia y la Red de Abogados por la Niñez. Además, el foro consultó la opinión de personas expertas en la materia.

Además, indica que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos llevó a cabo un proceso de consulta a niños, niñas y adolescentes para recoger sus opiniones sobre las principales materias abordadas por el proyecto de ley.

En cuanto a las materias que aborda, el mensaje enlista las siguientes temáticas y problemas:

- Procedimiento judicial especial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su interacción con la protección administrativa;
- Derecho del niño, niña o adolescente a ser oído;
- Representación judicial de niños, niñas y adolescentes;
- Derogación de la Ley de Menores y las consecuentes modificaciones a otras leyes;
- Prueba pericial ante los tribunales de familia; y
- Aumento de la dotación de miembros de la judicatura y de la consejería técnica.

Tercero: Que, en relación a las modificaciones a la Ley N° 19.968:

1.Reglas de competencia absoluta (artículo 8°)

Reemplaza el numeral 2°, con el fin de que se haga referencia a todas las causas relativas al derecho y deberes de relación directa y regular, y no sólo respecto del padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo/a. Se considera adecuada esta ampliación, en atención al derecho del hijo/a a mantener una relación directa y regular con sus abuelos/as (artículo 229-2 del Código Civil).

Deroga el numeral 5) que actualmente otorga competencia para conocer de disensos para contraer matrimonios, lo que parece acertado en atención a que desapareció tal figura desde la entrada en vigencia de la Ley N° 21.515, pues, en la actualidad, sólo las personas mayores de edad pueden contraer matrimonio.



Crea un nuevo numeral 6) que otorga competencia para conocer de la solicitud de las Oficinas Locales de la Niñez de imposición de multas o apremios por incumplimiento de medidas administrativas decretadas en esa sede a favor de niños, niñas y adolescentes, en conformidad con lo dispuesto en la propuesta de artículo 70 ter, que, en términos generales, se puede considerar adecuado, dado que es acorde con lo que previene esta disposición y el inciso segundo del artículo 70 de la Ley N° 21.430. Con todo, cabe observar que las multas son un tipo de apremio, por lo que referirse a ambos parece innecesario y, por otro lado, resulta preferible hacer referencia también a los apercibimientos y no sólo a los apremios, en virtud de lo dispuesto en la propuesta de artículo 70 ter.

Modifica el numeral 7), con el fin de cambiar la referencia que se hace a las medidas de protección de acuerdo al artículo 30 de la Ley de Menores (que el proyecto deroga), por una que alude a las medidas previstas en el párrafo primero “De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes” del Título IV. Este cambio de remisión a la fuente de las medidas de protección es correcto y necesario.

Por último, deroga el numeral 11), que otorga competencia a los tribunales de familia para conocer de las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la Ley de Menores, lo que resulta adecuado dada la propuesta de derogación de dicha ley.

2. Acumulación de causas (artículo 17)

Agrega un nuevo inciso segundo a dicho artículo, conforme al cual las acciones que hubieren dado lugar a la interposición de la demanda se tramitarán conforme al procedimiento que corresponda, mientras que las demás se sustanciarán por vía incidental, a menos que el tribunal, de oficio o a petición de parte, resuelva tramitarlas en forma conjunta. Idéntica redacción a la propuesta se puede encontrar actualmente en el inciso segundo del artículo 48 ter de la Ley de Menores.

Pues bien, su introducción dentro del actual procedimiento de familia no parece ser útil bajo ningún concepto, atendido la regla referida a la oportunidad de la acumulación –antes de la audiencia preparatoria-. En



efecto, dado que las acciones acumuladas podrán tramitarse a través de la estructura procedimental ordinaria, no parece ventajoso que puedan resolverse como incidentes, pues no sería admisible que se resuelvan de plano y no se divisa utilidad que se celebre una audiencia especial para resolver la acción acumulada cuando habrá de celebrarse posteriormente la preparatoria de la acción primigenia.

Por último, la utilización de una regla como la propuesta podría llevar a que se dicte más de una sentencia en la causa, lo que obstará a que el juicio termine por una sola, tal como si, en los hechos, nunca se hubieran acumulado las acciones.

3. Normas especiales de procedimiento para niños, niñas y adolescentes

a) Interés superior del niño, niña o adolescente, derecho a ser oído y autonomía progresiva (artículo 16)

La propuesta introduce algunos cambios relevantes de redacción ajustándolos a la nomenclatura que emplea la Ley N° 21.430, lo que se estima correcto.

Se pueden mencionar los siguientes:

- En lugar de señalar que la ley garantiza los derechos de aquellos que se encuentren en territorio nacional, se indica que se garantiza a los que se encuentren bajo la jurisdicción nacional.
- Se agrega la autonomía progresiva como garantía, manteniéndose la protección del interés superior y el derecho a ser oído.
- En lugar de usar como referencia la resolución del asunto, se indica que el respeto y la protección del interés superior, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído se extiende a todas las actuaciones del procedimiento.

b) Ejercicio del derecho a ser oído

Se propone crear los nuevos artículos 16 bis, 16 ter y 16 quáter, mediante los cuales se regula el ejercicio del derecho a ser oído y el trámite procesal denominado “audiencia confidencial”.

A continuación se exponen observaciones sobre las disposiciones en comento.

(i) Artículo 16 bis

Establece las condiciones básicas que deben ser observadas para que puedan ejercer su derecho a ser oído de manera efectiva en todos los



procedimientos de familia. En este sentido, esta propuesta fija los elementos centrales acerca de cómo debe ser comprendida en sede judicial esta garantía.

La regla según la cual la judicatura tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes considerando su edad y madurez, se encuentra en concordancia con lo dispuesto por el artículo 12 párrafo 1 de la Convención de Derechos del Niño. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que mientras la propuesta hace referencia a la “edad y madurez”, el artículo 28 de la Ley N° 21.430 hace referencia a “edad, madurez y grado de desarrollo”, por lo que sería recomendable que se concilien ambas disposiciones.

(ii) Artículo 16 ter

El establecimiento del deber de realizar al menos una audiencia confidencial de entrevista por juicio para oírlos, bajo las condiciones que señala, es una de las manifestaciones más intensas que garantizan el derecho a ser oído.

Por otro lado, establece el deber de los tribunales de comunicarles, antes de iniciar la audiencia, en un lenguaje claro, accesible y comprensible, la voluntariedad de la actuación, el motivo de la entrevista, los fines del procedimiento y la circunstancia de que la audiencia está siendo grabada. Con esta información, podrá manifestar expresamente su consentimiento de participar o no en la audiencia.

Además, el inciso séptimo dispone que en caso que estuviere absolutamente imposibilitado de concurrir al tribunal, el miembro de la judicatura y de la consejería técnica deberán trasladarse al lugar en que se encuentre, siempre y cuando sea dentro del territorio jurisdiccional del tribunal. Si se encontrare fuera, el niño, niña y adolescente podrá solicitar que se le autorice a comparecer en forma remota, estableciéndose que, en cualquiera de los casos, el tribunal deberá seguir, en lo posible, las condiciones que el artículo indica para el desarrollo de la audiencia. Dicha incorporación resulta positiva pues brinda flexibilidad a la diligencia para que se realice a pesar de las dificultades materiales existentes, sin que se aprecie que estas alternativas importen un menoscabo en la calidad de la actuación.



(iii) Artículo 16 quáter

La propuesta contiene reglas sobre la realización de la audiencia confidencial ante los tribunales superiores de justicia, estableciendo que mediante dicha actuación podrán escucharlos en causas de familia respecto de los asuntos que les afecten; y es una consagración del derecho a ser oído en todas las instancias procesales, debida y adecuadamente matizado en tanto recae en el tribunal la decisión de celebrar o no la audiencia, lo que permite que sean las exigencias y características del caso concreto las que determinen su conveniencia; decisión que se estima acertada y permite descartar una regla procesal rígida que, sin incrementar la efectividad del derecho de que se trata, disminuiría de manera relevante la capacidad de las cortes para atender todas las causas y asuntos de su competencia.

c) Abogado del niño, niña o adolescente (artículo 19 bis)

En forma previa, cabe tener en consideración que el artículo 50 de la Ley N° 21.430 contiene una serie de garantías que se reconocen a los niños, niñas y adolescentes en todo procedimiento judicial, dentro de los cuales destacan, en relación con el referido artículo, el derecho a una representación jurídica y/o judicial distinta de la de sus padres y/o madres, representantes legales o de quienes los tengan legalmente bajo su cuidado, en caso de intereses incompatibles, y el derecho a una representación judicial especializada para la defensa de sus derechos. Asimismo, el citado artículo establece que el Estado proveerá la existencia de una oferta de programas con el objetivo de garantizar progresivamente el derecho a defensa jurídica letrada, especializada y autónoma a quienes enfrenten un proceso para la posible aplicación de una o más medidas de protección de sus derechos, desde las primeras actuaciones del procedimiento administrativo o judicial.

En cuanto al artículo 19 bis, se reitera la garantía de contar con asistencia jurídica independiente cuando tenga un interés incompatible con los de la parte a quien corresponda legalmente su representación, establece la facultad de aquellos para solicitar al tribunal el reemplazo de su abogado/a y los deberes de éste, mandatando a la judicatura a verificar que se haya entrevistado con su representado/a antes del desarrollo de la audiencia preparatoria. Por lo tanto, establece dos deberes: para el/la



profesional el deber de entrevista previa y para la judicatura el de verificación de aquello, lo que es positivo, toda vez que refuerza y otorga contenido concreto al derecho de los niños, niñas y adolescentes a contar con defensa jurídica, generando efectos positivos respecto del derecho a ser oído y el interés superior, pues la entrevista constituye un mecanismo mediante el cual se podrá obtener información directamente de aquellos. Esta regla se encuentra complementada por la propuesta de nuevo numeral 1) para el artículo 61, que reitera el deber de verificación de la judicatura y establece medidas ante la falta de entrevista previa.

Ahora bien, cabe hacer presente que ante cambios de abogados/as resultaría recomendable que el deber de entrevista previa y la verificación de la misma se contemple siempre que dicho cambio se produzca, sin limitarlo a determinados hitos procesales, de manera que el rol garante de la judicatura se mantenga durante todo el proceso.

Por último, respecto de determinadas materias (cuidado personal; relación directa y regular; patria potestad, emancipación y autorizaciones relativas a la patria potestad; procedimiento proteccional; procedimientos previos a la adopción; y procedimiento de adopción), establece que se entenderá que existe interés incompatible y que aquellos tendrán derecho a contar con asistencia jurídica especializada, gratuita e independiente, desde el inicio del procedimiento y hasta su cumplimiento y ejecución, de conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la Ley N° 21.430. En relación con ello, se encomienda a la judicatura ordenar que se provea esta asistencia jurídica en la primera resolución del procedimiento.

Al respecto, cabe señalar que el proyecto no se ocupa de otorgar una regulación que permita hacer operativo el derecho a la asistencia jurídica especializada, gratuita e independiente, a la que se refieren los artículos 19 bis y 50 de la Ley N° 21.430. Ante ello, mientras se encuentre pendiente la existencia de oferta de programas que tengan como objetivo garantizar progresivamente el derecho de que se trata, habrá que estar a las disposiciones del artículo 19 de la Ley N° 19.968, en cuanto establecen que la judicatura designará a un/a abogado/a perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus



derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, se estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. La participación judicial en la designación de la defensa debe ser lo más reducido posible, de modo de mantener incólumes los roles institucionales y la efectividad de los controles entre los sujetos procesales.

d) Testigos niños, niñas o adolescentes (artículo 41)

Se reemplaza el artículo 41, que actualmente regula la declaración como testigos de niños, niñas y adolescentes. Se observan tres cambios relevantes:

- La judicatura podrá negarse a formular una o más preguntas por ser atentatorias a los principios y garantías protectoras de la niñez o por cualquier otro motivo debidamente fundado;
- Se limita la posibilidad de interrogatorio directo sólo respecto de adolescentes; y
- Se establece el deber de la magistratura de velar en todo momento por la integridad y tranquilidad de aquellos, a fin de que pueda responder las preguntas de forma libre y sin presión alguna.

Las modificaciones propuestas van en la línea de otorgarles mayor protección cuando declaran como testigos en juicio, lo que se considera positivo.

e) Audiencia preparatoria (artículo 61)

Contiene reglas sobre el desarrollo de dicha audiencia, entre ellas el deber de verificar la entrevista previa del abogado/a o curador/a ad litem.

f) Contenido de la sentencia y recurso de casación en la forma (artículos 66 y 67)

El actual artículo 66 regula el contenido de la sentencia, y el proyecto agrega un nuevo inciso segundo, en virtud del cual se establece que en caso que el asunto afecte los intereses de un niño, niña o adolescente, se deberá indicar si fue oído directamente en el proceso o, en su caso, las razones fundadas que se tuvo para no hacerlo; exigencia que es el justo corolario de la garantía del derecho a ser oído.

Asimismo, el inciso segundo establece que en la sentencia se deberá indicar cómo se evaluaron y ponderaron los criterios del artículo 7 de la



Ley N° 21.430 y qué otros se utilizaron para determinar el interés superior del niño en el caso concreto. De este modo, se precisan elementos relevantes de la fundamentación que debe poseer la decisión judicial, lo que resulta positivo, pues explicita la exigencia legal de justificar el dictamen judicial en torno a tales criterios, cuando corresponda.

Además, modifica el literal b) del numeral 6° del artículo 67, con el fin de establecer que la omisión de cualquier requisito de la sentencia establecido en el artículo 66 permite fundar un recurso de casación en la forma, con lo que quedan cubiertos los nuevos requisitos mencionados.

4. Prueba pericial

a) Procedencia de la prueba pericial (artículo 45)

El artículo 45 vigente de la Ley N° 19.968, que se reemplaza, regula diversas materias relacionadas con la prueba pericial, y respecto de las nuevas reglas relativas al ofrecimiento de perito común por las partes, contenidas en el nuevo inciso segundo, se establece que es en la audiencia preparatoria en la que las partes pueden acordar ofrecer un perito común; que en caso de falta de acuerdo sobre su identidad deberán presentar una lista de tres peritos que se hayan manifestado disponibles para aceptar el encargo y sus antecedentes hasta dos días después de la audiencia preparatoria; y que el tribunal deberá resolver de plano y dictar una resolución complementaria a la de citación a juicio regulada en el artículo 62.

Pues bien, se presentan dos situaciones ante la falta de acuerdo sobre la identidad del perito común: en caso que las partes hayan llegado a acuerdo antes de la audiencia preparatoria, sería más eficiente que presenten la lista en ella para que el tribunal designe y, de tal forma, evitar una actuación posterior; y que sólo en caso que se haya acordado el ofrecimiento en la audiencia, sea o no a propuesta del tribunal, se establezca que la presentación de la lista se haga luego de que se concluya. En cualquier caso, se estima prudente que la designación se haga de plano y no con previo debate, considerando que la presentación de la lista es una actuación conjunta de las partes –por lo que ya habrán tenido la oportunidad de velar por sus intereses- y que el tribunal tendrá a la vista los antecedentes profesionales de las personas propuestas.



b) Deberes de los peritos (artículo 45 bis)

Se regulan los deberes de los peritos, que se refieren al informe y a la declaración en juicio, sin perjuicio que también contiene otros deberes, v. gr. entregar copias del informe y comparecer en juicio.

c) Entrega del informe de peritos (artículo 46)

Cabe observar que resulta adecuado que ya no se requiera la presentación de copias del informe, dado que las partes pueden acceder al mismo a través de la carpeta electrónica; y que el proyecto suprime la regla que establece el contenido del informe de peritos –lo hace, recordemos, por referencia al artículo 315 del Código Procesal Penal-, desconociéndose las razones que motivaron su supresión.

d) Admisibilidad de la prueba pericial y remuneración de peritos (artículo 47)

El actual artículo 47 regula la admisibilidad de la prueba pericial, la potestad del tribunal de limitar su número y la obligación de la parte que presenta al perito de pagar sus honorarios y demás gastos; y el proyecto agrega la carga procesal de las partes de exhibir los comprobantes que acrediten la idoneidad de los peritos que ofrezcan y que el efecto de su ausencia es la inadmisibilidad, lo cual parece adecuado y en consonancia con las reglas actualmente vigentes contenidas en el inciso primero del artículo 45.

e) Declaración de peritos (artículo 49)

(i) Comparecencia del perito

Resulta adecuado que sea el tribunal quien decida acerca de la comparecencia del perito, puesto que se mantiene la coherencia normativa del procedimiento de familia, dado su rol de conducción y control, tal como se aprecia en los artículos 13, 16 y 29 de la Ley N° 19.968.

(ii) Comparecencia por medios telemáticos

Se debe tener presente que la Corte Suprema se ha manifestado a favor de permitir la declaración de peritos, por vía remota, previa aprobación por el tribunal, quien debe ponderar, en concreto, la necesidad de su recepción a distancia y los riesgos de interferencia. Entonces, si bien, en general, se puede manifestar una opinión favorable sobre la posibilidad de comparecencia remota, corresponde, por un lado, precisar que debe



proceder en casos graves y difíciles de superar y, por otro, que flexibilizar la comparecencia remota podría generar efectos positivos asociados al ahorro en los tiempos de traslado y espera y, con ello, una disminución de los recursos destinados al peritaje, lo que redundaría en un mayor acceso a este medio de prueba.

Por último, cabe observar que dada la oportunidad procesal para presentar la solicitud de comparecencia remota, el inciso segundo no contempla una solución para aquellos casos en que el motivo se genera luego de concluida dicha oportunidad.

(iii) Falta de comparecencia

El nuevo inciso tercero establece que si un perito de parte legalmente citado para comparecer a la audiencia de juicio no asiste, sin encontrarse eximido conforme a lo dispuesto en los incisos primero y segundo, su informe no podrá ser incorporado como prueba. Al respecto, cabe hacer presente que el inciso segundo trata sobre un caso en que el perito debe asistir, sin que se contemple una regla que lo exima de dicho deber y, de hecho, se regula una modalidad telemática alternativa a la comparecencia física. Por ello, la referencia al inciso segundo en el tercero no parece necesaria y, en cualquier caso, requiere de una aclaración.

Con todo, la imposibilidad de incorporar el informe escrito como prueba ante la falta de comparecencia del perito, constituye un efecto que, al parecer, no se puede evitar, que genera consecuencias radicales para los intereses de la parte, que obedece a un hecho ajeno a su control –salvo que no haya cumplido con la carga procesal del inciso segundo–, pero como no parece trastocar o afectar de manera significativa el avance del proceso, podría permitírsele requerir al tribunal la adopción de medidas para obtener la comparecencia del perito o que pueda adoptar de oficio las pertinentes al respecto. Valdría la pena revisar una solución alternativa a la propuesta que morigere los efectos de la incomparecencia.

5. Procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

a) Disposiciones generales

(i) Ámbito de aplicación del procedimiento (artículo 68)



El actual artículo 68 señala que se utilizará el procedimiento dispuesto en el párrafo 1° del Título III de la Ley N° 19.968, en los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para aplicar medidas judiciales de protección establecidas en la Ley N° 21.430 a favor de niños, niñas y adolescentes cuyos derechos se encuentren amenazados o vulnerados, y que será siempre necesaria cuando se trate de la adopción de medidas que importen separarlos de uno o ambos progenitores o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado.

La primera modificación es la eliminación de la referencia a la adopción de medidas establecidas en la Ley N° 21.430, por una hecha sólo a la Ley N° 19.968, lo que se relaciona con la modificación al actual artículo 71, que contiene el listado de medidas de protección judicial.

La segunda es el establecimiento de un nuevo listado de medidas en que siempre es necesaria la intervención judicial, a saber, las que importen separar al niño, niña o adolescente de uno o ambos progenitores o de quienes lo tengan bajo su cuidado; poner término a la patria potestad; o limitar o suspender su derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores, por causa de una grave vulneración a sus derechos.

Al respecto, cabe recordar que el inciso segundo del artículo 68 de la Ley N° 21.430 indica actualmente cuáles son las medidas de exclusiva competencia de los tribunales de familia: 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.

Como se advierte, los listados no coinciden en su totalidad, lo que debería ser aclarado con el objeto de determinar con precisión y en forma sistémica el rol que corresponderá a los tribunales de justicia en el ejercicio de su competencia proteccional exclusiva.

Además, cabe observar que la parte final del inciso segundo de la propuesta de nuevo artículo 68 señala que la intervención judicial será siempre necesaria ante una grave vulneración a los derechos, pero no menciona la grave amenaza como uno de los supuestos, lo que debiese ser



aclarado teniendo en consideración que la propuesta de nuevo artículo 70 establece que los tribunales de familia conocerán causas de protección ante la grave amenaza o vulneración de derechos.

La tercera consiste en la creación de un nuevo inciso tercero, que establece que el tribunal para el cumplimiento de las medidas decretadas podrá requerir el auxilio de Carabineros de Chile, que también se encuentra actualmente contenida en el inciso cuarto del artículo 71 vigente, que regula la aplicación de medidas cautelares, por lo que la modificación se puede entender como una aclaración positiva de que la potestad de requerir auxilio a Carabineros se aplica a todo tipo de medidas, independiente de si tiene origen cautelar o no. Sin perjuicio de ello, cabe tener en consideración que el ordenamiento jurídico reconoce el imperio en términos generales en el inciso tercero del artículo 76 de la Constitución Política de la República y en el artículo 11 del Código Orgánico de Tribunales, por lo tanto, aún ante la falta de la norma propuesta se puede requerir el auxilio de la fuerza pública.

La cuarta se traduce en agregar un nuevo inciso cuarto, que establece que en ningún caso podrá ordenarse como medida de protección el ingreso a un establecimiento penitenciario, la que actualmente se encuentra en el inciso segundo del artículo 71, pero éste alude a establecimientos penitenciarios para “adultos” y el nuevo, por su redacción, debe entenderse efectuada a todo tipo de establecimiento. Resulta favorable que esta regla se ubique en la sección general, no en aquella que reglamenta en forma específica las medidas cautelares, con el fin de que no exista duda alguna acerca de que la limitación se aplica a todo tipo de medida.

Por último, se agrega un nuevo inciso quinto, que establece que si el tribunal con ocasión del desempeño de sus funciones tiene conocimiento de la comisión de un delito en contra de un niño, niña o adolescente, deberá remitir de inmediato los antecedentes al Ministerio Público, sin que implique el término del procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección. Al respecto, si bien el deber de denuncia en dicho caso también puede tener su origen en lo dispuesto en el literal b) del artículo 175 del Código Procesal Penal, resulta de utilidad la aclaración de que el



procedimiento en sede de familia no termina, con el objeto de evitar espacios de desprotección.

(ii) Debido proceso reforzado (artículo 69)

La nueva redacción del inciso primero dispone que el procedimiento de protección debe asegurar las garantías del debido proceso, con celeridad y especial diligencia. Además, agrega un nuevo inciso segundo, que contiene reglas sobre derechos de niños, niñas y adolescente respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial y deberes para la judicatura.

En primer lugar, se establece que el tribunal tendrá el deber prioritario de asegurar el ejercicio del derecho de ser oído en los términos establecidos en el artículo 16 bis y la provisión de un/a abogado/a de acuerdo al artículo 19 bis. Seguido, señala -como lo hace el actual artículo 79 que el proyecto deroga- que aquellos sujetos a una medida de protección judicial vigente tendrán derecho a que la judicatura los reciba cuando lo soliciten, sea personalmente o a través de su abogado/a o una persona de su confianza. Las medidas propuestas pueden ser consideraras como positivas, pues refuerzan los derechos mencionados en el procedimiento de protección.

b) Ámbito de aplicación de medidas judiciales y coordinación con la protección administrativa

(i) Supuestos de procedencia de las medidas (artículo 70)

La propuesta se ocupa de determinar los supuestos de aplicación de las medidas judiciales de protección previstas en el artículo 71. En términos generales, se indica que los tribunales conocerán de las causas de protección ante la grave amenaza o vulneración de derechos. Luego, se enlistan criterios que se deben ponderar especial y copulativamente en cada caso, los cuales parecen adecuados. Además, de modo no taxativo se enumeran circunstancias fácticas indicativas de grave amenaza o vulneración de derechos, las cuales por su entidad podrían razonablemente considerarse como afectación grave de derechos.

(ii) De la derivación del caso a la protección administrativa (artículo 70 bis)

Contempla reglas sobre derivación del caso a la protección administrativa, y, en síntesis, el tribunal debe derivar el caso a la Oficina Local de la Niñez que corresponda:



- Si de conformidad con los antecedentes del caso y de acuerdo con los criterios referidos en el artículo 70, no se requiere adoptar una medida judicial (inciso primero). Dada su similitud con la regla del inciso segundo que se pasa a analizar, cabe la duda acerca de cómo interactuarán ambas reglas.
- Si de conformidad con los antecedentes del caso y la opinión del consejero técnico, se identifica que el nivel de desprotección del niño, niña o adolescente se relaciona únicamente con materias de protección universal, requiriendo para su oportuno y correcto abordaje de prestaciones sociales (inciso segundo).
- Si del resultado de la evaluación del nivel de desprotección realizada en un programa de Diagnóstico Clínico Especializado de Niñez y Adolescencia por orden del tribunal en caso de existir sospecha de amenaza o vulneración de derechos, estima que no se requieren medidas de su exclusiva competencia (incisos tercero y cuarto).

También se contempla que el tribunal pueda derivar a sede administrativa:

- Si del resultado de la evaluación del nivel de desprotección realizada en un programa de Diagnóstico Clínico Especializado de Niñez y Adolescencia por orden del tribunal en caso de existir sospecha de amenaza o vulneración de derechos, se estima necesario decretar una medida judicial distinta a la separación, podrá a su vez derivar a la Oficina Local de la Niñez, para que esta complemente la intervención en sede administrativa (incisos tercero y cuarto).

La sospecha de amenaza o vulneración de los derechos referida en los puntos anteriores es la que existe al tiempo de la recepción de la denuncia o de su admisibilidad. Para realizar la evaluación, el tribunal debe comunicar la orden al Director Regional del Servicio para que éste derive al niño, niña o adolescente a un programa.

El inciso tercero, por su parte, otorga al tribunal la potestad de aplicar a título de medida cautelar alguna de las medidas previstas en el artículo 71, lo que resulta positivo, pues elimina espacios de desprotección mientras asume la sede de protección administrativa.

(iii) Medidas de apremio para el cumplimiento de medidas administrativas (artículo 70 ter)



La propuesta regula las medidas de apremio para el cumplimiento de la o las medidas de protección administrativas decretadas.

En forma previa, cabe tener en consideración que la Ley N° 21.430 se pronuncia en diversos artículos sobre acciones que obstan a la efectividad de las medidas administrativas y las consecuencias que se pueden producir (apremios o inicio de procedimiento de protección judicial). Así, se pueden mencionar los literales e) y f) del artículo 66, el inciso segundo del artículo 70 y el numeral 11 del artículo 72. Al respecto, cabe observar que dicha regulación abarca diversas hipótesis de acciones que obstan a la efectividad de las medidas, respecto de lo cual no existe una clara sistematización.

Ahora bien, la propuesta también incurre en falta de sistematización de las conductas, por lo que sería positivo sistematizar aquellas que pueden dar lugar a la aplicación de apremios o el inicio de un procedimiento de protección judicial, con el fin de facilitar el ejercicio de las potestades que se otorgan a los tribunales y evitar discusiones dilatorias que resten efectividad a las medidas ordenadas.

(iv) Derivación proveniente desde la protección administrativa (artículo 70 quáter)

Contiene reglas aplicables en caso que el procedimiento judicial de protección sea iniciado por derivación de la Oficina Local de la Niñez. Al efecto, se establece como regla general que el tribunal no podrá excusarse de su conocimiento. Además, indica que si se trata de las circunstancias descritas en el inciso segundo del artículo 70 de la Ley N° 21.430 – comunicación al tribunal por parte de la Oficina Local de la Niñez de conductas que obstan a la efectividad de la medida administrativa universal o especializada adoptada-, el tribunal podrá imponer los apremios regulados en la propuesta de nuevo artículo 70 ter y devolver el asunto a la Oficina Local de la Niñez, según dispone el artículo 71 de la Ley N° 21.430, salvo que estimare que, en el caso, procede alguna de las medidas de protección de competencia judicial exclusiva, en cuyo caso continuará con la tramitación del procedimiento correspondiente.

c) Medidas judiciales de protección

(i) Medidas judiciales (artículo 71)



El artículo 71 vigente, que el proyecto reemplaza, contiene reglas sobre la aplicación de medidas cautelares en el procedimiento proteccional, y la propuesta establece un listado taxativo de medidas que pueden dictar los tribunales que son de su exclusiva competencia (inciso primero) y una medida que no es de su exclusiva competencia (inciso segundo).

Al respecto, cabe señalar que la Corte Suprema en su Oficio N° 195-2020, de 23 de noviembre de 2020, emitido durante la tramitación del Boletín N° 10.315-18 que dio lugar a la Ley N° 21.430, manifestó su opinión favorable a no limitar las medidas que pueden adoptar los tribunales a las expresamente contempladas en la ley: “... *pues al tener que considerar las distintas circunstancias de los niños, niñas y adolescentes, dicho requisito puede ser un límite excesivo para la resolución de estas medidas, las cuales de acuerdo a las características propias de cada NNA pueden tener variaciones inimaginables para el legislador*” (p.15).

También, manifestó que al encontrarse regulado expresamente el procedimiento para adoptar medidas, tanto administrativas como judiciales: “...*no existiría una vulneración al principio de legalidad al eliminar el requisito de encontrarse en una ley la medida de protección*” (p.15).

Entonces, la primera observación consiste en que el artículo innova respecto de la normativa actual, ya que la Ley N° 19.968, tratándose del procedimiento de protección, enlista las medidas cautelares que se pueden ordenar sin hacer referencia específica a las que se pueden adoptar y sólo se limita a señalar que el procedimiento tiene por finalidad adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas en la ley que crea el Sistema Integral de Protección y Garantías de los Derechos de la Niñez y Adolescencia –referencia que, como se dijo, se propone reemplazar por una hecha a las medidas establecidas en la Ley N° 19.968.

Así, en la propuesta, el artículo 71 establece el listado de las medidas judiciales de protección de exclusiva competencia de los tribunales de familia, que pueden aplicar ante los supuestos del nuevo artículo 70, esto es, ante grave amenaza o grave vulneración de derechos.

El listado considera:

- Su entrega inmediata al progenitor o a quien tenga legalmente su cuidado.



- Confiarlo transitoriamente al cuidado de otro u otros miembros de su familia, o de personas de confianza.
- Su ingreso a un programa de la línea de cuidado alternativo del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, conforme al proyecto que determine el Director Regional de dicho Servicio, por el tiempo estrictamente necesario, cuando no fuere posible o resulte contraindicado aplicar lo dispuesto en el literal anterior.
- Otorgar, modificar o suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener una relación directa y regular con el niño, niña o adolescente, ya sea que haya sido establecida por resolución judicial o no.
- Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común o la concurrencia del mismo al lugar de estudio de aquellos, así como a cualquier otro lugar donde se encuentren, permanezcan, visiten o concurren habitualmente. En caso de que asistan al mismo establecimiento, se adoptarán medidas específicas tendientes a resguardar sus derechos.
- Decretar la prohibición de salir del país sin autorización judicial.

Además, se establece en el inciso segundo que en los casos en que el interés superior lo haga necesario, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá disponer directamente la concurrencia del niño, niña o adolescente o de sus progenitores o personas adultas responsables a los programas establecidos de conformidad con la ley o el sometimiento a tratamientos médicos, psicológicos o psiquiátricos. Dado que el inciso primero enlista taxativamente las medidas de exclusiva competencia de los tribunales, se puede entender que la medida del inciso segundo, al encontrarse separada de dicho listado, puede decretarla el tribunal, aunque no es de su exclusiva competencia.

Al respecto, cabe reiterar que los listados de medidas que son de competencia exclusiva de los tribunales, no coinciden plenamente, lo que también se puede predicar del artículo 71 en análisis, frente a lo cual cabe señalar que sería conveniente realizar una revisión.

(ii) Separación del niño, niña o adolescente de sus progenitores o personas a cargo de su cuidado (artículo 71 bis)



El inciso primero establece que la medida de separación sólo procede cuando la vulneración grave de derechos por causa de la inobservancia de los deberes de cuidado de quien lo tiene a su cargo es de tal entidad, que pone en riesgo su vida o integridad. Cabe señalar que la amenaza de derechos no se menciona como causal para decretarla, sino que sólo la vulneración, lo que se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 27 de la Ley N° 21.430.

Por su parte, el inciso segundo contiene una lista de circunstancias indicativas de dicho tipo de vulneración, los cuales, a priori, parecieran generar riesgo a la vida o integridad. Además, la lista cierra con una cláusula general (*“Cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del niño, niña o adolescente, o la existencia objetiva de otros factores que entorpezcan seriamente su desarrollo integral”*), lo que se estima acertado, toda vez que en caso que el listado fuera taxativo se limitaría seriamente la potestad del tribunal para otorgar protección ante casos que no ha podido prever la legislación.

(iii) Medidas cautelares (artículo 71 ter)

Establece reglas sobre el ejercicio de la potestad cautelar en el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección, y dado que mantiene el carácter taxativo de aquellas, cabe reiterar la opinión de la Corte Suprema reseñada a propósito del análisis del artículo 71.

Sobre las medidas cautelares que impliquen la separación de sus progenitores o personas a cargo de su cuidado, se deberá dar cumplimiento al artículo 71 bis, exigencia adecuada considerando la entidad de la afectación que genera la medida y la necesidad de mantener la uniformidad de criterios de procedencia.

Por su parte, el inciso tercero establece que el tribunal podrá limitar, en la medida estrictamente necesaria, el acceso al expediente digital y a las audiencias de aquellos contra quienes se ordene una medida cautelar, si atendidas las circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiere perjudicar los intereses de la justicia o así lo exigiere el resguardo de los derechos del niño, niña o adolescente, debiendo resguardarse el derecho de defensa de las partes. Todo parece indicar que la regla tiene por finalidad resguardar la eficacia de la medida, lo que resulta entendible.



Con todo, cabe tener en consideración que el número 2 del artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño dispone que en los procedimientos judiciales en que se determine que la separación es necesaria, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. Como se puede apreciar, se debe aclarar como interactuará la regla propuesta con lo dispuesto en la Convención respecto de las medidas cautelares que impliquen la separación de sus progenitores.

Por último, cabe observar que en atención a los cambios propuestos contenidos en los artículos 71 y 71 ter, será necesario adecuar el inciso segundo del artículo 234 del Código Civil, que, a propósito de la facultad de corrección de los padres respecto de sus hijos/as, establece que ante menoscabo actual o inminente de la salud o desarrollo personal de éstos, el tribunal *“podrá decretar una o más de las medidas cautelares especiales del artículo 71 de la ley N° 19.968”*

d) Procedimiento declarativo de aplicación de medidas judiciales

(i) Inicio del procedimiento (artículo 72)

La propuesta que regula el inicio del procedimiento, viene a cumplir la función actual del artículo 70 de la Ley N° 19.968, y mantiene en gran medida las reglas de los incisos primero y segundo, que tratan respecto de quienes se pueda dar inicio al procedimiento de protección y de la desformalización del requerimiento.

Un aspecto relevante consiste en que se agrega un nuevo inciso cuarto, que ordena la acumulación de la causa con aquella en que se haya dictado una medida de protección judicial vigente, lo cual puede ser considerado adecuado en la medida que permite mantener unificados los antecedentes relativos a la situación de que se trata.

(ii) Audiencia preparatoria (artículo 73)

Cumple la función del actual artículo 72 de la Ley N° 19.968, ya que ambos reglan la audiencia preparatoria.

Un cambio relevante se encuentra al final del inciso tercero, que establece que la judicatura deberá verificar si el abogado/a escuchó a su representado/a o, en su caso, los fundamentos que tuvo para no hacerlo. Al respecto, se reiteran las observaciones ya formuladas sobre la materia.



(iii) Sentencia (artículo 75)

Destaca, en el inciso primero, las modificaciones realizadas en torno a los requisitos que debe cumplir el tribunal en la adopción de la decisión y en la redacción de la sentencia, mediante la inclusión de una referencia a la singularización de la medida, la necesidad de observar las reglas del artículo 59 de la Ley N° 21.430 y el establecimiento de un listado de consideraciones que se deben expresar; y puede ser estimado como favorable, dado que otorga mayor concreción a los deberes de fundamentación del tribunal, pero cabe observar que no existe una completa sistematización en la materia, pues también existen menciones obligatorias reguladas en el artículo 69 de la Ley N° 21.430 y en el propio artículo 66, en su versión propuesta por la iniciativa en análisis. En razón de lo anterior, el proyecto sería más claro si se diera consistencia a los requisitos que debe cumplir la sentencia en el procedimiento a que se hace referencia.

Por otro lado, el proyecto establece que la sentencia se deberá dictar por escrito, en lugar de pronunciarse oralmente una vez terminada la audiencia, pues así lo explicita el inciso segundo, que establece que ninguna circunstancia eximirá al tribunal de su deber de dictar sentencia por escrito, y que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no constituirá en caso alguno la fundamentación de la decisión.

Otro cambio se encuentra en el inciso tercero, que otorga acceso a la causa a la Dirección Regional del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, no resultando claro el alcance del acceso, esto es, si el Servicio podrá visualizar y obtener todas las piezas que componen la carpeta electrónica o sólo aquellas que puedan ser consideradas como informes o medios de prueba, ya que, por un lado, se señala que se otorga acceso para efectos de revisar antecedentes de la causa –lo que, en principio, permite fundamentar un acceso amplio-, pero, seguido, se utiliza la expresión “tales como” -que podría fundamentar una interpretación de acceso restringido-.

e) De la etapa de cumplimiento

(i) Revisión de la medida (artículo 76)



El inciso primero ordena que toda medida judicial de protección, cautelar o adoptada en la sentencia definitiva, deberá ser revisada, a lo menos, cada tres meses contados desde su dictación, en audiencia convocada al efecto, en la que se adoptarán las acciones necesarias para su renovación, modificación o cese.

Al respecto, se puede considerar positivo la definición de un plazo para la evaluación de las medidas, en cuanto permite establecer, a partir del transcurso de un período breve, si la misma es necesaria e idónea. A su respecto, cabe recordar que el literal c) del artículo 59 de la Ley N° 21.430 establece la garantía de revisión periódica de la medida por la autoridad que la haya decretado y el artículo 69 de la misma establece que es un requisito de la resolución que establece una medida de protección judicial la indicación del plazo para la revisión de su cumplimiento. Además, el plazo se encuentra conteste con aquellos de revisión de medidas administrativas, según dispone el numeral 9° del artículo 72 y el artículo 73, ambos de la Ley N° 21.430.

Por su parte, el inciso segundo regula el deber ya existente de emitir informe, con dos modificaciones relevantes: primero, se establece que si el niño, niña o adolescente ha sido derivado a más de un programa del Servicio, el deber de informar recae en el programa focal que fuere designado por el tribunal de acuerdo al artículo 26 de la Ley N° 21.302. La modificación va en la línea del último artículo citado; segundo, se refiere a la periodicidad del informe, al establecerse que se debe evacuar cada tres meses, previo a la audiencia de revisión referida en el inciso primero. Por su parte, el artículo 26 recién mencionado establece que, en el caso que exista un programa focal, el informe se evacuará cada tres meses, a menos que el tribunal o la Oficina Local de la Niñez señalen un plazo mayor, con un máximo de seis meses, mediante resolución fundada.

Entonces, existen dos reglas que requieren ser coordinadas para el caso en que existan varios programas. Por otro lado, cabe señalar que la regla de periodicidad establecidas en ambos artículos no se condice con la regla de periodicidad de la revisión, pues la propuesta no regula el caso en que el tribunal decida realizar una revisión de la medida con una periodicidad menor a tres meses, punto que debiese ser aclarado.



(ii) Incumplimiento de medidas judiciales de protección (artículo 77)

Se propone modificar el artículo 77 de la Ley N° 19.968, que contiene reglas sobre el incumplimiento de medidas judiciales de protección.

El inciso primero dispone que cuando los progenitores o las personas responsables del niño, niña o adolescente incumplan grave o reiteradamente la medida judicial adoptada, el organismo responsable de su ejecución o seguimiento comunicará al tribunal la situación para que adopte las medidas que estime pertinentes y propondrá, si fuera el caso, la sustitución por otra medida que permita alcanzar los objetivos fijados.

El inciso segundo establece que el tribunal dispondrá las medidas pertinentes para el cumplimiento forzado de la medida de protección, es decir, no se limita, como ocurre actualmente, a la aplicación de apremios, lo que resulta positivo.

Respecto a que dichas medidas se deberán establecer previa notificación y audiencia de los intervinientes, parece ser excesiva en atención a los recursos –en especial el tiempo que deben dedicar los miembros de la judicatura y de la consejería técnica- que se deben utilizar para su realización, en circunstancias que una tramitación escrita podría ser suficiente, a menos que el tribunal, dadas las características del caso, considere necesario realizar una audiencia. Una corrección en este punto contribuiría a mejorar la capacidad de respuesta de los tribunales.

Además, cabe reiterar lo manifestado relativo a la falta de sistematización de las conductas que dan lugar a la adopción de decisiones para asegurar la efectividad de las medidas, realizadas a propósito del análisis del artículo 70 ter.

(iii) Obligación de visita a residencia de cuidado alternativo (artículo 78)

Se establece el deber de visita respecto de residencias de cuidado alternativo, en concordancia con la nueva nomenclatura utilizada por la Ley N° 21.302 (artículos 23, 24 y 49) y la Ley N° 21.430 (artículo 67). En ese orden, vale destacar que el artículo 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño es claro en establecer la obligación de los Estados de supervisar y revisar periódicamente las instituciones y establecimientos encargados del cuidado o protección de los niños, niñas y adolescentes.



Se agrega, que el miembro de la judicatura será acompañado por uno de la consejería técnica o por otras instituciones o personas legalmente habilitadas. Resulta particularmente útil la participación e intervención de la figura de la consejería técnica, pues está provista de las competencias necesarias para verificar el cumplimiento de las condiciones de vida. Respecto a las personas o instituciones legalmente habilitadas, cabe preguntarse cuáles serán las potestades del tribunal para lograr dicho acompañamiento.

Sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes a manifestar su opinión, la propuesta precisa las garantías de su ejercicio al establecer que podrán entrevistarse privadamente con el miembro de la judicatura, quién será asistido por el de consejería técnica, lo cual resulta positivo pues refuerza el sistema de normas que velan por el ejercicio del derecho a ser oído.

Respecto al rol de la consejería técnica, las mismas razones que aconsejan que se encuentre durante la visita y en las audiencias confidenciales de las propuestas de artículos 16 bis y siguientes, se pueden aplicar a la entrevista privada que se realiza en la residencia. En atención al deber de participar en la entrevista, cabría precisar en la primera parte del inciso primero que su asistencia es necesaria, ya que de la expresión “*consejero técnico o de otras instituciones o personas*” pareciera desprenderse que su acompañamiento podría ser reemplazado por la asistencia de las instituciones o personas que se mencionan.

Resulta adecuada la regla del inciso cuarto, que establece que en la siguiente visita que se realice al establecimiento se deberá hacer seguimiento de lo observado en el informe de la visita anterior, ya que otorga continuidad a la ejecución del deber de supervigilancia y fiscalización que corresponde al Estado y a sus autoridades.

Por último, cabe señalar que se propone suprimir el actual inciso cuarto del artículo 78, que establece las reglas sobre turno para las visitas, que cumple un importante rol en la distribución de trabajo entre miembros de la judicatura al interior de los tribunales, lo que, por cierto, no obstará a que se realicen de conformidad a los planes de trabajo respectivos.

(iv) Revocación, sustitución y renovación de medidas (artículo 80)



Se modifica en ciertos aspectos al actual artículo 80 de la Ley N° 19.968, que trata sobre la suspensión, modificación y cesación de medidas.

La versión actual otorga al tribunal las potestades de suspender, modificar, dejar sin efecto o renovar la medida; mientras que la versión del proyecto permite revocar, sustituir -lo cual va en la línea de lo dispuesto en el literal e) del artículo 59 de la Ley N° 21.430- y renovar la medida en caso que sea necesario, sin contemplar la potestad de suspensión.

Por otro lado, agrega que la revocación o sustitución procede ante un cambio de las circunstancias que motivaron su adopción, especificación que va en la línea de lo dispuesto en el literal e) del artículo 59 de la Ley N° 21.430.

Finalmente, se agrega un nuevo inciso tercero que establece que transcurrido el tiempo de duración de la medida, el tribunal procederá a renovarla si persisten las circunstancias que motivaron su adopción y existen antecedentes de que la actuación ha resultado idónea para cumplir los fines que se tuvieron en cuenta al momento de imponerse; que va en la línea de lo dispuesto en el literal f) del artículo 59 de la Ley N° 21.430. Sin perjuicio de lo dicho, el proyecto ganaría en claridad si se precisara como interactuará la regla de renovación del inciso en comento con la regla de limitación de duración de las medidas cautelares de la parte final del inciso cuarto de la propuesta de artículo 71 ter.

(v) Deber de información del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (artículo 80 bis)

Se observa que se mantiene la frase “*Para efectos de la aplicación de las medidas a que se refiere el artículo 71, así como las que se impongan en virtud de sentencia definitiva*”, que en el contexto normativo actual tiene sentido, ya que las medidas del artículo 71 son cautelares y, por ello, tiene cabida hacer luego referencia a las medidas que se impongan en virtud de sentencia definitiva. Sin embargo, la referencia perderá vigencia en caso de prosperar la propuesta de artículo 71, que regulará, indistintamente, en concordancia con la propuesta de nuevo artículo 71 ter, las medidas que se podrán adoptar por vía de cautelar o por sentencia definitiva.

6. Aumento de dotación (Ley N° 19.968, Ley N° 20.876 y Código Orgánico de Tribunales)



A fin de absorber las nuevas actividades que el proyecto impone a los tribunales de justicia, la iniciativa aumenta las dotaciones de los miembros de la judicatura y de la consejería técnica de determinados juzgados con competencia en materia de familia, según se indica en la propuesta de nuevo artículo 4° ter de la Ley N° 19.968, nuevo artículo 40 bis del Código Orgánico de Tribunales y modificación artículo 1° de la Ley N° 20.876.

Los aumentos mencionados, sin embargo, no traen aparejada una modificación de la planta de personal de dichos tribunales en la ley orgánica (artículo 115 de la Ley N° 19.968), sino que simplemente el informe financiero con que se acompaña el proyecto contempla recursos para ciento dieciocho funcionarios (misma cantidad de número de miembros de la judicatura de familia que la iniciativa considera). Esta opción legislativa, de no actualizar las plantas de personal en la ley orgánica, sino que solamente considerar recursos para contratar funcionarios/as, pareciera desarticular el sistema orgánico de los tribunales, dificultando además el conocimiento público de las verdaderas dotaciones judiciales, dando paso a la generación de servidores públicos con un estatus funcionario diferenciado, sin que pueda comprenderse razonablemente los motivos que animan esta opción regulatoria.

Cuarto: Que, abordando las modificaciones del Código Civil:

1. Cuidado personal (artículo 226)

El actual otorga al tribunal la potestad de confiar el cuidado personal a un tercero en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, y señala a quienes se preferirán en la elección del titular del cuidado personal. Por su parte, el actual artículo 42 de la Ley de Menores establece en qué situaciones se debe entender que uno o ambos padres se encuentren en el caso de inhabilidad física o moral

En relación con lo anterior, en la propuesta se elimina la inhabilidad física o moral como criterio y se establece, en su lugar, que la atribución a personas distintas de los progenitores procederá cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del niño, niña o adolescente lo haga indispensable, observando lo establecido en el artículo 225-2 del Código Civil, que regula los criterios y circunstancias que se deben considerar y ponderar conjuntamente en el establecimiento del régimen y ejercicio del



cuidado personal. Lo anterior resulta adecuado, dado que se establece el interés superior de aquellos como criterio para adoptar la decisión, lo que se encuentra en consonancia con la Ley N° 21.430.

Además, se agrega que el tribunal en ningún caso podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los progenitores o de las personas interesadas en ejercer el cuidado personal, lo que se ajusta a las reglas del artículo 225 del Código Civil, aplicable al cambio de titularidad entre progenitores y se encuentra conteste con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 27 de la Ley N° 21.430.

Por último, se indica que estas reglas también deben ser observadas por el tribunal al aprobar el acuerdo de los progenitores que, en sede de mediación o conciliación, determine la entrega del cuidado personal provisorio a un tercero, regla que otorga coherencia al régimen aplicable a las decisiones sobre la materia en comento.

2. Relación directa y regular (artículo 229)

El actual contiene reglas sobre la determinación del régimen de relación directa y regular del progenitor que no tiene el cuidado personal, y el proyecto introduce diversas modificaciones y, además, deroga los artículos 48 y 66 de la Ley de Menores que inciden en la materia. En relación con ello, caben las siguientes observaciones.

a) Participación y corresponsabilidad (supresión del inciso cuarto)

En primer lugar, se suprime el inciso cuarto, que establece que, sea que el régimen de relación directa y regular se decrete judicialmente o en la aprobación de acuerdos de los progenitores en estas materias, el tribunal deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo/a, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana. Si bien parte de las directrices básicas contenidas en dicho inciso también se pueden encontrar en el artículo 224 que regula el principio de corresponsabilidad parental, no parece conveniente que se derogue una regla que claramente tiende al establecimiento de regímenes que benefician a los hijos/as.

b) Suspensión y restricción del régimen por perjuicio al bienestar del niño, niña o adolescente



La propuesta de nuevo inciso cuarto se ocupa de otorgar al tribunal la potestad de suspender o restringir el régimen cuando manifiestamente perjudique el bienestar de aquellos, la cual se encuentra actualmente contenida en el inciso sexto del artículo en análisis.

Considerando dicho contexto, el proyecto agrega diversas reglas, todas contenidas en el inciso quinto del artículo 48 de la Ley de Menores que el proyecto deroga y que merecen los siguientes comentarios:

-Si se acompañan antecedentes graves y calificados que lo justifiquen, podrá accederse provisionalmente a la solicitud. Dado el carácter innovativo de la medida, sería adecuado aclarar cómo interactuará con aquella contenida en el inciso primero del artículo 22 de la Ley N° 19.968, que establece requisitos especiales para dicho tipo de medidas.

-La resolución del tribunal deberá ser fundada. Dado que el requisito de fundamentación ya se encuentra mencionado en la primera parte del inciso en comento, la reiteración no parece necesaria.

-Cuando sea necesario para su adecuado cumplimiento, podrá solicitarse que se ponga en conocimiento de los terceros que puedan resultar involucrados, como los encargados del establecimiento educacional en que estudie el niño, niña o adolescente, lo que resulta adecuado, pues tiende a la efectividad de la medida.

c) Obstaculización e infracción del régimen por parte de la persona que tiene el cuidado personal de aquellos.

El nuevo inciso quinto manda a la persona que ejerza el cuidado personal a no obstaculizar el régimen determinado. Salvo el cambio de referencia a “persona” en lugar de “padre o madre” que ejerce el cuidado personal, la regla se mantiene como en la actualidad.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, las propuestas de nuevos incisos quinto y sexto para el artículo 229 del Código Civil, en definitiva, tratan sobre la misma materia, esto es, los efectos y medidas que se pueden aplicar respecto de quién tenga el cuidado personal en relación con sus acciones que infrinjan el régimen de relación directa y regular. Así, podría resultar conveniente realizar una sistematización de las reglas contenidas en ambos incisos, en particular respecto de las acciones que se pretenden evitar y que constituyen infracción al régimen, dado que el inciso



quinto se refiere a obstaculizar, pero el sexto no contempla dicha acción, sino que se refiere a frustrar, retardar o entorpecer.

d) Derecho a solicitar recuperación del tiempo perdido

El nuevo inciso séptimo establece que las medidas que se puedan adoptar por las acciones contenidas en el inciso sexto, son sin perjuicio del derecho del progenitor que le corresponde ejercer el régimen a solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente.

Por otro lado, cabe señalar que al igual como ocurre en la actualidad, el proyecto no se pronuncia sobre aquellos casos en que se haya configurado una situación de tiempo no utilizado que no es imputable a la persona titular del cuidado personal o a la persona sujeta al régimen de relación directa y regular. Al respecto, resulta claro que uno de los pilares fundamentales de la institución es la protección de la estabilidad, permanencia y regularidad de la relación y contacto directo entre el niño, niña y adolescente y el progenitor sujeto al régimen, por lo que resultaría recomendable otorgar una regulación a la situación descrita tomando en consideración la normativa sobre el régimen de relación directa y regular y el principio de corresponsabilidad, dentro de la cual, como referencia, se pueden mencionar los actuales artículos 224, 225 y 229 del Código Civil, artículos 48, 48 ter y 66 de la Ley de Menores, artículo 10 de la Ley N° 21.430 y número 3 del artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño y, por supuesto, el interés superior de aquellos.

3. Relación y comunicación del niño, niña y adolescente con parientes
(artículo 229-2)

Se modifica el actual con el fin de agregar un nuevo inciso segundo, que contiene una nueva versión de la regla del inciso final del artículo 48 de la Ley de Menores. En la versión propuesta, se permite al tribunal, bajo ciertos supuestos, conferir a parientes el derecho a mantener una relación y comunicación.

Al respecto, se puede considerar como positivo que se establezca expresamente que se deberá oír al niño, niña y adolescente, de acuerdo a las consideraciones desarrolladas sobre el derecho a ser oído.



Por otro lado, se observa que la nueva norma no contempla que se oiga a quién tenga el cuidado personal, ya que, además de aquellos, sólo indica que se deberá oír a los progenitores, lo cual se debe aclarar, dado que quién cuente con el cuidado personal tendrá un interés legítimo de participar en la discusión.

4. Abandono de hijo/a (artículo 240)

La norma actual establece que si el hijo/a abandonado/a por sus progenitores hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y éstos quieren sacarlo del poder de ella, deberán ser autorizados por el tribunal para hacerlo –quien sólo la concederá si, por razones graves, es de conveniencia para aquél-, y previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el tribunal.

En relación con lo anterior, el artículo 47 de la Ley de Menores dispone que el solo hecho de colocar al hijo/a en casa de terceros no constituye abandono para los efectos del artículo 240 del Código Civil y que, en dicho caso, queda a la discreción del tribunal el subordinar o no la entrega del hijo/a la prestación que ordena dicho artículo, decisión que adoptará en resolución fundada; y el proyecto agrega un nuevo inciso tercero al artículo 240, que se ocupa de reproducir la primera regla del artículo 47 de la Ley de Menores relativa al concepto de abandono.

La segunda regla, sobre la potestad que se entrega a la magistratura para decidir si se subordinará la entrega del hijo/a al pago de los costos de crianza y educación, no se mantiene. En consecuencia, regirá la contenida en el actual inciso primero del artículo 240, esto es, que la entrega requiere que previamente se paguen dichos costos. Al respecto, cabe observar que en ningún caso resultaría adecuado subordinar el interés superior del hijo/a al interés patrimonial del acreedor de la prestación.

5. Salida temporal desde Chile al extranjero (artículo 242 bis)

Se agrega un nuevo artículo 242 bis al Código Civil, que viene a cumplir las funciones que actualmente cumplen los artículos 49 y 49 bis de la Ley de Menores en relación con la salida desde Chile al extranjero.

El primer cambio que cabe observar consiste en que el inciso primero del artículo 242 bis señala que se trata de la salida temporal, no simplemente de la salida, la que deberá sujetarse a las normas que contiene.



En consecuencia, cabe preguntarse qué se deberá entender como salida temporal y qué ocurrirá con las demás.

El segundo aspecto relevante consiste en que la autorización ya no depende principalmente de la titularidad del cuidado personal y de la existencia de un régimen de relación directa y regular, como ocurre actualmente, sino que dependerá principalmente de la determinación de la filiación.

El tercero consiste en que en caso que sea el tribunal quien otorgue la autorización, deberá indicar, además del tiempo, el o los destinos que el viaje tendrá.

El cuarto se traduce en que se elimina la regla supletoria de autorización judicial del inciso quinto del artículo 49, en virtud de la cual en los demás casos no regulados en los incisos anteriores para que un menor se ausente del país requerirá la autorización del juzgado de letras de menores de su residencia, según la redacción actual.

Como contrapartida, el inciso sexto establece que se requerirá autorización judicial:

-Si la persona distinta a los progenitores a la que se le hubiere confiado el cuidado personal del niño, niña o adolescente quiere salir del país con éste.

-La misma regla se aplicará en caso que se encuentren dentro del sistema residencial proteccional o bajo cualquier otro mecanismo de cuidado alternativo.

-En el caso de los que no tengan filiación determinada.

Por último, cabe señalar que los incisos séptimo y octavo hacen referencia a un plazo del inciso cuarto, en circunstancias que no contempla plazo alguno.

6. Cumplimiento de obligaciones alimenticias ante la pérdida de patria potestad o cuidado personal (artículo 325)

El artículo 43 de la Ley de Menores establece que la pérdida de la patria potestad, la suspensión de su ejercicio y la pérdida o suspensión de la tuición de los menores (v .gr, cuidado personal) no importa liberar a los progenitores o guardadores de las obligaciones que les corresponden de acudir a su educación y sustento (v. gr. el deber de pagar alimentos),



estableciendo que el tribunal deberá determinar la cuantía y forma en que se cumplirá dicha obligación y que la sentencia tendrá mérito ejecutivo y permitirá el cumplimiento ante el tribunal correspondiente.

Por su parte, el inciso primero del artículo 45 de la referida ley otorga a la magistratura de familia la potestad de ordenar que el alimentario pague la respectiva pensión al establecimiento o persona que lo tenga a su cargo. Además, en su inciso segundo, establece que respecto de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en dicha situación que tuvieren bienes propios, su representante legal destinará las cantidades necesarias provenientes de la renta de bienes para su cuidado y educación, según determine la judicatura

El proyecto reubica y adecua a la nueva terminología legal en la materia la redacción de las reglas del artículo 43, en la propuesta del nuevo artículo 325 para el Código Civil, con excepción de aquellas relativas al mérito ejecutivo y cumplimiento. En relación con éstas, dado que la regulación procesal vigente, general y especial, de familia, ya las contempla, su mantención no es necesaria.

Respecto a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 45 de la ley mencionada, el proyecto también reubica y adecua la redacción de dichas reglas en el inciso segundo del nuevo artículo 325 para el Código Civil.

En relación con la regla del inciso segundo de la primera disposición, relativo a los bienes propios del niño, niña y adolescente, la regulación vigente se pronuncia en parte sobre la materia en los artículos 231, 233, 330, 431 y 432 del Código Civil, pero no en la forma expresa contenida en el actual inciso segundo, por lo que sería conveniente analizar los efectos de su supresión.

Quinto: Que, sobre la derogación de la Ley de Menores, el artículo 6° del proyecto deroga la Ley N° 16.618, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el artículo 6 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia.

Se puede opinar favorablemente sobre su derogación en general y su artículo 1°, en particular, teniendo en cuenta que la Ley N° 21.430 es actualmente el estatuto marco dispuesto para el niño, niña y adolescente y



que gran parte de sus normas son trasladadas a otras regulaciones a través de este proyecto, por lo que no amerita comentario.

Sin embargo, hay uno específico respecto del artículo 48, que contiene reglas sobre el establecimiento, modificación, ejercicio, cumplimiento, suspensión y restricción del régimen de relación directa y regular; y reglas sobre conferir, suprimir o restringir el derecho de parientes a visitarlos. Para dar continuidad a dichas reglas, el proyecto propone modificar los artículos 229 y 229-2 del Código Civil.

No obstante ello, se observa que la propuesta no contiene una regla similar a la del inciso primero del artículo 48, que establece la facultad del progenitor que no tiene el cuidado personal de pedir al tribunal el establecimiento del régimen, en caso que no se encuentre regulado, o su modificación, si fuere perjudicial para el bienestar del niño, niña o adolescente, pues la vigente no cuenta con una norma que cumpla el mismo rol con dicha especificidad (qué se puede pedir, quién puede pedir, razones para modificar el régimen vigente, etc.), sino que sólo algunas que en forma indirecta tratan la materia, tales como el inciso sexto del artículo 225, los incisos primero, tercero y cuarto de los actuales artículos 229 y 242 del Código Civil. Por ello, resultaría recomendable que se aclaren los puntos indicados.

Sexto: Que, en conclusión, el proyecto modifica diversas materias contenidas en la Ley N° 19.968 para adecuarla al régimen de protección establecido en la Ley N° 21.430, dentro de las cuales destacan las reglas especiales de procedimiento respecto de niños, niñas y adolescentes (interés superior, autonomía progresiva, derecho a ser oído, defensa judicial, declaración como testigos y fundamentación de decisiones) y la completa reformulación del procedimiento de aplicación de medidas judiciales de protección de sus derechos.

En materia orgánica, destaca la modificación de las reglas de competencia absoluta de los tribunales con competencia de familia y el aumento de dotación de miembros de la judicatura y de la consejería técnica de determinados tribunales.

En general, las modificaciones introducidas por el proyecto resultan positivas y van en la línea de lo dispuesto en la Ley N° 21.430, sin perjuicio



de ciertos aspectos que deben ser objeto de análisis con el fin de aclarar o compatibilizar su aplicación con otras reglas.

En relación con la derogación de la Ley de Menores, se observa que, en términos generales, el proyecto logra traspasar parte de la regulación que contiene que aún resulta necesaria y útil.

Resulta necesario recordar que luego de las últimas reformas introducidas, dentro de las cuales destacan especialmente las leyes sobre monitoreo telemático y cumplimiento de alimentos, los tribunales de familia se han visto sujetos a una considerable alza en su carga de trabajo, lo cual debe tenerse en cuenta al momento de analizar cualquier iniciativa, como la presente, para efectos de determinar los recursos presupuestarios e informáticos y la dotación que serán necesarios para que las reformas puedan ser implementadas de forma tal que se logren los objetivos buscados por la legislación.

Por último, se estima relevante destacar las reales necesidades de financiamiento que requiere el proyecto en relación con los tribunales de familia, las que fueron expuestas en un informe elaborado por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, que se adjunta al presente informe con sus correspondientes anexos, antecedentes que fueron entregados al Ministerio de Justicia en su debida oportunidad.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en la norma constitucional citada, **se acuerda informar en los términos antes expuestos** el referido proyecto de ley.

Oficiese.

PL N° 50-2023”

Saluda atentamente a V.S.



