

COHERENCIA NORMATIVA: LEY DE GARANTÍAS Y JUSTICIA DE FAMILIA¹

LEGAL COHERENCE: GUARANTEE LAW AND FAMILY JUSTICE

Fabiola Lathrop Gómez*

Resumen:

Este trabajo analiza el proyecto de ley presentado al Parlamento con el objeto de adecuar la Ley de Tribunales de Familia y otros cuerpos legales a la Ley Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, en particular, las modificaciones relativas al procedimiento de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en casos de vulneración.


Palabras clave:

Justicia de Familia, Derechos de niños, niñas y adolescentes.

Abstract:

This paper analyses the bill presented to Parliament with the aim of adapting the Family Courts Law and other legal bodies to the Law on Guarantees and Integral Protection of the Rights of Children and Adolescents, in particular, the modifications related to the procedure for the protection of the rights of children and adolescents in cases of violation.

¹ Artículo recibido el 24 de marzo de 2025 y aceptado el 16 de junio de 2025.

* Doctora en Derecho por la U. de Salamanca. Profesora de la Facultad de Derecho de la U. de Chile.  0000-0001-8324-5908. Dirección postal: Avenida Santa María 076 oficina 302, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl.

Keywords:

Family Justice, Children rights.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N°21.430, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia² –en adelante Ley de Garantías–, entre otras adecuaciones legislativas que ordenó realizar en su artículo cuarto transitorio³, estableció que dentro del plazo de 18 meses desde su publicación –15 de marzo del año 2022–, el Presidente de la República debía enviar un proyecto de ley de reforma a la Ley de Tribunales de Familia⁴.

Con el propósito de cumplir con tal mandato legal, en el mes de septiembre del año 2022, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos convocó a un foro–conformado por quince académicas y académicos–, encargado de proponer tales enmiendas. En particular, se acordó que esta instancia se abocara a estudiar reformas en las siguientes áreas:

- Procedimiento especial de medidas de protección;
- Derecho del niño a ser oído;
- Prueba pericial;
- Derogación de la Ley de Menores⁵; y

2 Ley N°21.430, de 2022.

3 “Dentro del plazo de dieciocho meses contado 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”. Cabe señalar que una de las críticas formulables a la Ley de Garantías es no haber efectuado modificaciones legales directas a los cuerpos normativos que resultaba pertinente adecuar.

4 Ley N°19.968, de 2004.

5 Ley N°16.618, de 1967.

- Control judicial de la litigación.

En junio del año 2023, el mencionado foro aprobó cinco informes, correspondientes a las materias indicadas, los cuales sirvieron de base para la redacción del proyecto de ley que comentaré en estas páginas.⁶

En relación a la génesis de este proyecto de ley debe tenerse en cuenta que, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 32⁷ de la Ley de Garantías⁸ –referido al derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes–, en el mes de julio del año 2023, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos llevó a cabo un proceso de consulta para recoger las opiniones de niños, niñas y adolescentes –en adelante NNA– sobre estas materias. Fue así como se consultó a 398 NNA que hubieran sido parte de un procedimiento judicial de medidas de protección y que se encontraran bajo cuidado alternativo. Un 88,7% del universo de NNA consultado señaló que, gracias a instituciones como el abogado del niño y las duplas psicosociales, existían personas del sistema de justicia a las que pueden consultar sus dudas; si bien destacando que deberían tener la oportunidad de participar directamente en las audiencias en la que se tratan materias que pueden afectarles y que es necesario que los tribunales cuenten con más y mejores canales de información sobre los derechos que les asisten⁹.

6 Este comentario prescinde de análisis doctrinarios, restringiéndose al examen de las normas proyectadas.

7 “Artículo 32.– Derecho a la participación. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a participar activamente en los asuntos que les conciernan o les afecten, de conformidad con la ley. Los órganos del Estado velarán por incorporar progresivamente a los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de los derechos y responsabilidades ciudadanas.

La Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción, establecidos en el Título V, determinarán las medidas concretas para promover la participación de los niños, niñas y adolescentes y los mecanismos que permitan recoger sus opiniones en relación a las políticas, proyectos, programas o decisiones que les afecten. Supletoriamente se aplicarán las disposiciones del Título IV de la Ley N°18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

8 Ley N°21.430, de 2022.

9 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

A continuación referiré las materias y leyes en las que el Proyecto prevé modificaciones, me detendré especialmente en el procedimiento proteccional de derechos de NNA, realizaré un breve comentario acerca de la tramitación de esta iniciativa y la vigencia de las normas proyectadas, para finalizar con algunas impresiones críticas sobre las decisiones adoptadas en el ámbito proteccional analizado.

2. DERECHO PROYECTADO PARA LA JUSTICIA DE FAMILIA

2.1. Materias a modificar

El proyecto de ley presentado con el objetivo de adecuar la Ley N°19.968, Crea los Tribunales de Familia¹⁰, a la Ley de Garantías¹¹, lleva por título: Modifica la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, y otros cuerpos legales¹², adecuándolos a la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia¹³, y deroga la Ley N°16.618, Ley de Menores¹⁴ —me referiré en lo sucesivo a esta iniciativa con el nombre: el Proyecto—.

El Proyecto se encuentra contenido en el Boletín N°16.286-07¹⁵, ingresó el día 15 septiembre del año 2023 al Congreso Nacional y presenta su última actividad el día 25 octubre del mismo año, ocasión en que se le solicitó informe a la Corte Suprema. Se encuentra radicado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y modifica siete leyes:

- Ley N°19.968, Crea los Tribunales de Familia, en adelante LTF¹⁶;

10 Ley N°19.968, de 2004.

11 Ley N°21.430, de 2022.

12 Ley N°19.968, de 2004.

13 Ley N°21.430, de 2022.

14 Ley N°16.618, de 1967.

15 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

16 Ley N°19.968, de 2004.

- Código Civil¹⁷;
- Código Orgánico de Tribunales¹⁸;
- Ley N°20.876, Crea juzgados que indica y modifica la composición de diversos tribunales de justicia^{19,20}
- Ley N°21.302, Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica²¹;
- Ley N°20.084, Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal²²;
- Ley N°18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros²³.

Me parece que el Proyecto presenta grandes novedades y aportes en relación a tres cuestiones: (1) el derecho del NNA a ser oído y a contar con representación jurídica, (2) la prueba pericial; y (3) las medidas de protección.

De prosperar este Proyecto, nuestra justicia de familia cambiará radicalmente, porque las reformas que introduce no solo se relacionan con derechos de NNA sino que impactan los principios y reglas de todo procedimiento ante los tribunales de familia, es decir, el procedimiento ordinario y los procedimientos especiales de aplicación de medidas de protección y de violencia intrafamiliar.

2.2. Modificaciones relacionadas con el derecho de NNA a ser oídos

17 Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2000.

18 Ley N°7.421, de 1943.

19 Ley N°20.876, de 2015.

20 Cabe señalar que el Proyecto suma 118 magistrados, 118 consejeros técnicos y 118 empleados profesionales al Poder Judicial.

21 Ley N°21.302, de 2021.

22 Ley N°20.084, de 2005.

23 Ley N°18.961, de 1990.

En cuanto al derecho a ser oído, se regula por primera vez, y pormenorizadamente, la audiencia confidencial, incluso ante tribunales superiores; se establece que en los procedimientos en que se discutan las materias de cuidado personal, relación directa y regular, patria potestad, medidas de protección y adopción, el NNA tendrá derecho a contar con asistencia jurídica especializada, gratuita e independiente desde el inicio del procedimiento y hasta su cumplimiento y ejecución; y se introduce en el procedimiento de medidas de protección –solo para este procedimiento lo cual es criticable y obedece probablemente a cuestiones de presupuesto– el deber de redactar la sentencia definitiva en un lenguaje, claro, accesible y comprensible a la edad y madurez del niño que interviene en el procedimiento, así como la obligación de incorporar a la sentencia un anexo con un extracto de la decisión y sus fundamentos, redactado como una comunicación del juez al niño, que deberá ser puesta en su conocimiento.

2.3. Modificaciones en materia de prueba pericial

En materia de informe pericial, como es sabido, este medio de prueba ha sido objeto de importantes críticas, por ejemplo, en cuanto a la falta de credibilidad de los profesionales que presentan informes y a la no comparecencia en juicio de los peritos para incorporar la prueba y ser interrogados, lo que resulta especialmente crítico si se considera que, en la práctica, muchas veces los jueces fallan únicamente con el mérito de esta prueba.

El Proyecto²⁴ establece mejores condiciones para un control previo y posterior de la calidad de los informes de peritos, dando cabida a la designación de un perito común por ambas partes; regula los deberes de los peritos; se incorpora la posibilidad de que el juez solicite su elaboración a un órgano público u organismo acreditado; se busca que exista en la audiencia preparatoria un debate serio y profundo respecto de la pertinencia de la prueba pericial ofrecida, de manera que se agrega a las reglas actuales de admisibilidad la carga de las partes de exhibir los comprobantes que acrediten la

24 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

idoneidad del perito; establece que, en principio, cuando el perito es de parte los gastos y honorarios serán soportados por ambas en igual proporción; y, finalmente, ordena que el perito deberá comparecer ante el tribunal para exponer su informe, a menos que las partes de común acuerdo eximan al perito de esta obligación.

2.4. Modificaciones al procedimiento proteccional

En cuanto al procedimiento de medidas de protección de derechos de NNA que, por razones de espacio es el aspecto en que me centraré, existen importantísimas modificaciones.

Como sabemos, el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia busca superar la sobre judicialización a través de un subsistema de protección administrativa, a cargo de las Oficinas Locales de la Niñez –en adelante OLN–, las que tienen competencia propia para dictar medidas de protección señaladas en el inciso primero del

artículo 68²⁵ de la Ley de Garantías²⁶, norma que cuenta con siete literales, el último de los cuales es de textura abierta. Entre las medidas que pueden adoptarse están las derivaciones a programas e instituciones, instrucción de matrículas, activación de beneficios de seguridad social, inicio de tratamientos médicos, etc.

La Ley de Garantías²⁷ advirtió expresamente que esta protección administrativa no es excluyente de la judicial (artículo 57 N°5²⁸), debiendo considerarse que su redacción original presentaba un carácter incluso más

25 “Artículo 68 inciso primero.— Medidas de protección administrativa. Las Oficinas Locales de la Niñez podrán aplicar las siguientes medidas de protección:

a) Derivar al niño, niña o adolescente y su familia, conjunta o separadamente, según el caso, a uno o más programas ambulatorios de protección social, de orientación y apoyo para el cuidado y crianza, fortalecimiento y/o revinculación familiar, prevención de vulneraciones, tratamiento y rehabilitación de los perjuicios ocasionados por éstas, y vínculo con redes de apoyo estatal, social y comunitaria.

b) Instruir la matrícula o permanencia del niño, niña o adolescente en establecimientos educacionales.

c) Instruir la activación de los beneficios de seguridad social que correspondan a los niños, niñas o adolescentes o a sus familias.

d) Derivar a programas de asistencia integral a la embarazada.

e) Derivar el ingreso a tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, o gestionar la internación, en algún centro de salud público o privado, del niño, niña o adolescente que lo requiera, o de su padre, madre, representantes o responsables, en forma individual o conjunta, según sea el caso.

f) Derivar al padre, madre, representantes o responsables del niño, al Servicio de Registro Civil e Identificación, a objeto que, dentro de un plazo breve, regularicen o procesen la falta de inscripción de su filiación o las deficiencias que presenten los documentos de identidad del niño, niña o adolescente, según sea el caso.

g) Cualquiera otra medida de protección idónea debidamente fundada, a fin de preservar o restituir los derechos, dentro de los límites de competencia de las Oficinas Locales de la Niñez”.

26 Ley N°21.430, de 2022.

27 Ibid.

28 “5. Protección Judicial. Es aquella protección específica de carácter especializado que corresponde disponer a los tribunales de justicia 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. Se realiza mediante el ejercicio de la función jurisdiccional especializada, establecida en la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, y conforme a un debido proceso legal y a los demás derechos garantizados en la Constitución Política de la República y en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

La protección judicial no es excluyente de la administrativa.

administrativo, y enumeró las cinco medidas de protección que son de exclusiva competencia de los tribunales de justicia (artículo 68 inciso segundo²⁹ Ley de Garantías³⁰), es decir:

- Limitación o suspensión del derecho de NNA a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores;
- Suspensión del derecho de NNA a vivir con su familia;
- Determinación de cuidados alternativos de NNA;
- Término de la patria potestad de NNA; y
- Adopción de NNA.

La adopción y el cumplimiento oportuno y eficiente de las medidas de protección será de responsabilidad del Poder Judicial, el que ordena las medidas de protección judiciales. A la Subsecretaría de la Niñez corresponde la supervigilancia del trabajo de las Oficinas Locales de la Niñez, las que adoptan medidas de protección administrativas, y del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, que las ejecuta. Dichos órganos actuarán conjunta y coordinadamente, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones. La coordinación necesaria para el cumplimiento efectivo y oportuno de la protección a nivel regional compete a los Presidentes de las Cortes de Apelaciones y a los Directores Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia que correspondan. A nivel comunal, es de responsabilidad de las Oficinas Locales de la Niñez y de los jueces presidentes de los tribunales de familia, en caso de tribunales pluripersonales, del juez titular del tribunal de familia o del juzgado de letras competente, tratándose de tribunales unipersonales”.

29 “Si se tratare de casos que requieren de medidas de exclusiva competencia de los tribunales de familia, la Oficina Local de la Niñez deberá solicitar al tribunal de familia competente la adopción de medidas de protección judicial. 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, serán siempre medidas de competencia de los tribunales de familia. Lo anterior, sin perjuicio de que el caso siga siendo gestionado por la Oficina Local de la Niñez competente y que ésta adopte respecto del mismo niño, niña o adolescente y/o su familia todas las medidas de protección administrativa que sean procedentes”.

30 Ley N°21.430, de 2022.

Pues bien, el Proyecto³¹ reemplaza todo el párrafo primero del Título IV de la LTF³², título sobre los Procedimientos Especiales, e introduce uno nuevo que se encuentra dividido en cinco partes. En el apartado siguiente comentaré las adecuaciones previstas para este nuevo procedimiento proteccional.

3. PROCEDIMIENTO PROTECCIONAL DE DERECHOS DE NNA

En primer lugar, en relación al procedimiento proteccional propuesto, cabe tener en cuenta que el artículo 72³³ del Proyecto³⁴ establece que este procedimiento podrá iniciarse de oficio, por derivación de la OLN o por requerimiento de cualquier persona con interés en ello. El requerimiento no necesita cumplir formalidad alguna y el requirente puede solicitar no ser considerado como parte.

31 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

32 Ley N°19.968, de 2004.

33 Artículo 72.- Inicio del procedimiento. El procedimiento podrá iniciarse de oficio, por derivación de la Oficina Local de la Niñez en los casos en que corresponda según el artículo 71 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus progenitores, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o de cualquier persona que tenga interés en ello.

El requerimiento presentado por alguna de las personas señaladas en el inciso anterior no necesitará cumplir formalidad alguna, bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento.

El requirente podrá solicitar no ser considerado parte en el procedimiento, en cuyo caso se consignarán sus datos para el caso en que el tribunal ordene su comparecencia, en calidad de testigo, en la etapa procesal correspondiente.

Cuando el requerimiento se relacione con los derechos de un niño, niña o adolescente respecto del cual se encuentre vigente una medida de protección judicial, se dejará constancia de lo requerido en el sistema informático del tribunal, ordenando la acumulación de las causas para la prosecución del procedimiento.

34 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

Ahora bien, ¿cuáles son los supuestos de hecho de la intervención judicial? El artículo 70³⁵ del Proyecto³⁶ dispone que los tribunales de familia conocerán de graves amenazas o vulneraciones de derechos de NNA, replicando, equivocadamente a mi juicio, el supuesto de hecho de la LTF³⁷ actual y de la Ley de Menores³⁸.

Para determinar cuándo ocurre ello, en el inciso primero del mencionado artículo se establece que el tribunal deberá ponderar especial y copulativamente una serie de criterios que guardan relación con la situación individual, familiar y comunitaria del niño:

35 Artículo 70.— Supuestos de procedencia de las medidas judiciales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes. Los tribunales de familia conocerán de las causas de protección ante la grave amenaza o vulneración de derechos del niño, niña o adolescente, para lo cual, en cada caso, deberán ponderar especial y copulativamente los siguientes criterios:

1) La frecuencia e intensidad de la amenaza o vulneración de derechos de la cual es víctima el niño, niña o adolescente.

2) Las capacidades de los cuidadores de satisfacer las necesidades de cuidado del niño, niña o adolescente y su actitud de respuesta frente a las amenazas o vulneraciones.

3) La trayectoria de la desprotección y el impacto que producen en el desarrollo biopsicosocial del niño, niña o adolescente.

Asimismo, serán indicativas de esta grave amenaza o vulneración de derechos, entre otras, las siguientes circunstancias fácticas:

a) La falta de atención física o psíquica del niño, niña o adolescente por parte de sus progenitores o adultos responsables que importe un perjuicio para la salud física o emocional del niño, niña o adolescente.

b) La utilización, por parte de sus progenitores o de sus adultos responsables, de violencia física o emocional sobre el niño, niña o adolescente que perjudique su desarrollo.

c) Las situaciones que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, puedan producir la marginación, la inadaptación o el abandono del niño, niña o adolescente.

d) El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño, niña o adolescente.

e) La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o de los adultos responsables de controlar la conducta del niño, niña o adolescente, que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.

Si, sobre la base de lo anterior y de la opinión del consejero técnico, el tribunal concluyere que no es necesario adoptar alguna medida de su exclusiva competencia, atendida la posibilidad de satisfacer las necesidades del niño, niña o adolescente con los apoyos sociales pertinentes y el seguimiento de sus resultados en sede administrativa, derivará el caso a dicha sede, en conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

36 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

37 Ley N°19.968, de 2004.

38 Ley N°16.618, de 1967.

- La frecuencia e intensidad de la amenaza o vulneración;
- Las capacidades de los cuidadores de satisfacer las necesidades de cuidado del NNA y su actitud de respuesta frente a las amenazas o vulneraciones;
- La trayectoria de la desprotección y el impacto que producen en el desarrollo biopsicosocial del NNA.

El inciso segundo del indicado artículo 70 contiene un listado no taxativo de hechos indicativos de grave amenaza o vulneración:

- La falta de atención física o psíquica del NNA por parte de sus progenitores o adultos responsables que importe un perjuicio para la salud física o emocional del NNA;
- La utilización, por parte de sus progenitores o de sus adultos responsables, de violencia física o emocional sobre el NNA que perjudique su desarrollo;
- Las situaciones que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, puedan producir la marginación, la inadaptación o el abandono del NNA;
- El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del NNA;
- La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o de los adultos responsables de controlar la conducta del NNA, que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.

A su vez, el artículo 71 del Proyecto³⁹ enumera, en su inciso primero, las medidas de exclusiva competencia del tribunal que se adoptan cuando se configuran estas graves amenazas o vulneraciones de derechos:

- 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 NNA, ya sea que ésta 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 del NNA, así como a cualquier otro lugar donde éste se encuentre, permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que asistan al mismo establecimiento, se adoptarán medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.

- Decretar la prohibición de salir del país del niño sin autorización judicial.

39 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

Ahora bien, existe un supuesto de hecho especialmente grave, relacionado con los cuidados alternativos. Conforme al artículo 71 bis⁴⁰ del Proyecto, los tribunales de familia conocen de la medida de separación del NNA de

40 Artículo 71 bis.— De la separación del niño, niña o adolescente. El tribunal sólo podrá disponer como medida de protección la separación del niño, niña o adolescente de sus progenitores o de la persona a cargo de su cuidado, 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.

Son circunstancias indicativas de una vulneración grave de derechos del niño, niña o adolescente que pone en riesgo su vida o integridad las siguientes:

- a) Abandono del niño, niña o adolescente.
- b) Maltrato físico o psíquico, abuso sexual, explotación u otras situaciones de naturaleza similar cometidas por las personas que tienen a su cargo el cuidado del niño, niña o adolescente.
- c) Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.
- d) El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores o de quien tiene a su cargo el cuidado del niño, niña o adolescente, que repercute gravemente en su desarrollo.
- e) El suministro al niño, niña o adolescente de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica, carente de justificación médica, realizado por las personas que tienen a su cargo su cuidado.
- f) La inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la explotación sexual por parte de las personas que tienen a su cargo el cuidado del niño, niña o adolescente, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con el consentimiento o tolerancia de tales personas, así como cualquier forma de explotación económica.
- g) La desatención física, psíquica o emocional grave o persistente del niño, niña o adolescente.
- h) La negativa a participar en la ejecución de las medidas adoptadas a favor del niño, niña o adolescente, si ello conlleva persistencia o agravamiento de su situación.
- i) Los hechos descritos en el artículo 70 que, por su número, evolución, persistencia o agravamiento, determinen un riesgo cierto de menoscabo de su vida o integridad.
- j) 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. La resolución que ordene esta medida deberá siempre fundarse en el interés superior del niño, niña o adolescente, que será la consideración primordial de la decisión, ajustándose a las exigencias establecidas en los artículos 24 de la Ley N°21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica, y 27 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia; y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La modalidad de cuidado alternativo será preferentemente de carácter familiar y, excepcionalmente, de naturaleza residencial. Los niños y niñas entre 0 y 3 años de edad serán siempre acogidos en modalidad familiar, prefiriéndose a miembros de la familia extendida a falta o imposibilidad de los padres o madres. La resolución a que se refiere el inciso tercero deberá pronunciarse sobre quién ejercerá el cuidado personal del niño, niña o adolescente, correspondiendo, en la modalidad de acogimiento residencial, al director del proyecto y, respecto de la modalidad de acogimiento familiar, al adulto acogedor. El tribunal comunicará dicha resolución a la Oficina Local de la Niñez, la que pondrá término a las medidas administrativas que se encuentren vigentes, no pudiendo en estos casos dictarse nuevas ni renovarse las existentes mientras dure la modalidad de acogimiento de que se trate.

sus progenitores o de la persona a cargo de su cuidado.

Y ¿cuándo deben intervenir adoptando esta medida? Cuando la vulneración grave de derechos es por causa de la inobservancia de los deberes de cuidado de quien lo tiene a su cargo y es de tal entidad que pone en riesgo su vida o integridad. Son circunstancias indicativas de una vulneración grave de derechos del NNA que pone en riesgo su vida o integridad, conforme al Proyecto⁴¹, las siguientes:

- Abandono;
- Maltrato físico o psíquico, abuso sexual, explotación u otras situaciones de naturaleza similar cometidas por las personas que tienen a su cargo el cuidado del NNA;
- Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal;
- El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores o de quien tiene a su cargo el cuidado del niño, que repercuta gravemente en su desarrollo;
- El suministro al NNA de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica, carente de justificación médica, realizado por las personas que tienen a su cargo su cuidado;

Asimismo, en caso de ordenarse medidas de cuidado alternativo de las mencionadas en el inciso séptimo del artículo 27 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, de no ser posible por razones fundadas resguardar el principio de no separación, el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, por sí o a través de los colaboradores acreditados que ejecuten la línea de acción del cuidado alternativo, deberán adoptar las medidas necesarias para que entre los hermanos o entre los adolescentes y sus hijos o hijas se mantengan relaciones directas y regulares. Del respeto a este derecho en favor de niños, niñas y adolescentes deberá informarse al tribunal en la forma y oportunidad establecida en el inciso segundo del artículo 76.

Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

41 Ibid.

- La inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la explotación sexual por parte de las personas que tienen a su cargo el cuidado del NNA, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con el consentimiento o tolerancia de tales personas, así como cualquier forma de explotación económica;

- La desatención física, psíquica o emocional grave o persistente del NNA;

- La negativa a participar en la ejecución de las medidas adoptadas a favor del NNA, si ello conlleva persistencia o agravamiento de su situación;

- Los hechos descritos en el artículo 70 (referido a los supuestos de vulneración o amenaza grave) que, por su número, evolución, persistencia o agravamiento, determinen un riesgo cierto de menoscabo de su vida o integridad;

- Cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del NNA, o la existencia objetiva de otros factores que entorpezcan seriamente su desarrollo integral.

Finalmente, con el objetivo de deslindar las competencias administrativas y judiciales, se establecen mecanismos de derivaciones.

El artículo 70 bis⁴² del Proyecto⁴³ regula la derivación desde la sede judicial a la administrativa. Así, se establece que esta derivación puede efectuarse en distintas etapas del procedimiento:

Primero, cuando, analizados los antecedentes del caso y en opinión del consejero técnico, se advierte que el nivel de desprotección del NNA se relaciona únicamente con materias de protección universal.

En efecto, conforme al artículo 70 inciso final del Proyecto⁴⁴, si en los casos en donde, en principio, había gravedad o amenaza, se considera finalmente que no es necesaria la dictación de una medida judicial, deberá derivarse el caso a la sede administrativa, es decir, esta es una regla de cierre.

42 Artículo 70 bis.— De la derivación del caso a la protección administrativa. Si, de conformidad con los antecedentes del caso y de acuerdo con los criterios referidos en el artículo anterior, no se requiere adoptar una medida judicial, el tribunal derivará el caso a la Oficina Local de la Niñez que corresponda.

En específico, 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, el tribunal derivará el caso a la Oficina Local de la Niñez respectiva, rechazando la medida de protección.

Por su parte, en caso de existir sospecha de amenaza o vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente respecto de los cuales se requiere una evaluación que permita determinar el nivel de desprotección que le afecta, al tiempo de la recepción de la denuncia o de su admisibilidad, o en la audiencia preparatoria del procedimiento, el tribunal se lo comunicará al Director Regional del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, para que derive al niño, niña o adolescente a un programa de Diagnóstico Clínico Especializado a la Niñez y Adolescencia.

Si del resultado de dicha evaluación, el tribunal estima que no se requieren medidas de su exclusiva competencia, dispondrá la derivación a la Oficina Local de la Niñez, rechazando la solicitud de medida de protección judicial. Por su parte, de estimarse necesario decretar una medida judicial distinta a la separación del niño, niña o adolescente, podrá a su vez derivar a la Oficina Local de la Niñez, para que esta complemente la intervención en sede administrativa. Mientras se resuelve esta derivación, y cuando así lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá disponer a título de medida cautelar algunas de las medidas previstas en el artículo 71.

43 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

44 Ibid.

Segundo, Cuando, recibido el resultado del Diagnóstico Clínico Especializado a la Niñez y Adolescencia, el tribunal estima que no se requieren de medidas de su exclusiva competencia o considera que se requiere de una intervención complementaria en sede administrativa.

En todo caso, se establece que en tanto se resuelva la derivación y así lo exija el interés superior del NNA o lo aconseje la inminencia del daño, el tribunal podrá dictar medidas cautelares, reguladas en el artículo 71 ter⁴⁵ del Proyecto⁴⁶, que se remite a las del artículo 71, antes analizadas.

45 Artículo 71 ter.- De las medidas cautelares. En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el tribunal podrá adoptar una o más de las medidas previstas en el artículo 71, dando cumplimiento a las condiciones especiales del artículo 71 bis si la medida a adoptar supone la separación del niño, niña o adolescente de su progenitores o personas a cargo de su cuidado.

La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes suficientes, de los que se dejará expresa constancia en la misma.

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.

Cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida.

La resolución que dé lugar a la medida deberá indicar expresamente su duración. Transcurrido el plazo, el juez deberá revisar y fundamentar su renovación, sustitución o revocación, de conformidad con lo dispuesto por el literal f) del artículo 59 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, sin perjuicio de proceder también a dicha revisión, para revocarla o sustituirla, según el caso, ante un cambio en las circunstancias que motivaron su dictación. En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días.

46 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

Por otro lado, el artículo 70 quáter⁴⁷ del Proyecto⁴⁸ establece que en los casos en que el procedimiento de protección sea iniciado por derivación de la OLN, el tribunal con competencia en materia de familia no podrá excusarse de su conocimiento, salvaguardando así el principio de inexcusabilidad.

Finalmente, si se impide la ejecución de medidas administrativas, se incumplen de modo grave o se las contraviene reiterada e injustificadamente, el tribunal podrá disponer la aplicación de apremios⁴⁹; y devolver el asunto

47 Artículo 70 quáter.— De la derivación proveniente desde la protección administrativa. En los casos en que el procedimiento de protección a que se refiere este párrafo sea iniciado por derivación de la Oficina Local de la Niñez, el tribunal con competencia en materia de familia no podrá excusarse de su conocimiento.

Si se tratare de la circunstancia establecida en el inciso 2° del artículo 70 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, el tribunal, para instar por el cumplimiento de la medida administrativa, podrá disponer la aplicación de los apremios referidos en el artículo anterior y devolver el asunto a la Oficina Local de la Niñez competente, de conformidad con lo señalado en el artículo 71 de la referida ley, 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.

48 Proyecto de Ley N°16.286-07, de 2023.

49 Artículo 70 ter.— De las medidas de apremio para el cumplimiento de la o las medidas de protección administrativas. Las Oficinas Locales de la Niñez podrán requerir apremios ante el tribunal de familia competente, en los casos en que los progenitores, representantes legales, personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente, o cualquier otra persona que haya suscrito el plan de intervención, incumplan de modo grave o de manera reiterada e injustificada las medidas administrativas de protección acordadas.

La Oficina Local de la Niñez remitirá el plan de intervención junto con las acciones administrativas adoptadas para promover su cumplimiento en virtud de lo dispuesto en el reglamento a que hace alusión la letra g) del artículo 66 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

De estimar que existe incumplimiento de la o las medidas de protección administrativas, el tribunal apercibirá el cumplimiento adecuado de las medidas en un plazo máximo de quince días, disponiendo la posibilidad inminente de iniciar un procedimiento de protección judicial en caso de no cumplir con lo resuelto, pudiendo asimismo disponer las medidas contempladas en el inciso final del artículo 72 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Por el contrario, de no apreciarse supuestos para decretar apremios, el tribunal solicitará a la Oficina Local de la Niñez que remita nuevos antecedentes. Por su parte, en los casos en que se impida la ejecución de una medida del plan de intervención en sede administrativa por acción u omisión de terceros, podrá el tribunal, de oficio o a requerimiento de la Oficina Local de la Niñez, solicitar el auxilio de las policías para la ejecución de la medida o apercibirlos con multas que no excedan de diez unidades tributarias mensuales o arresto hasta de quince días, los que serán determinados prudencialmente, sin perjuicio de poderse repetir el apremio.

a la OLN competente, 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.

4. TRAMITACIÓN DEL PROYECTO Y VIGENCIA DE SUS NORMAS

Para finalizar el análisis del Proyecto, quisiera señalar que deberá guardarse atención a la tramitación legislativa y a los tiempos previstos en el Proyecto⁵⁰ para la vigencia de sus normas.

El Proyecto⁵¹ contempla su vigor inmediato como regla general, pero hay cuestiones sujetas a una vigencia diferida. Así, el aumento en la dotación de juezas y jueces de familia y de miembros del consejo técnico se difiere en hasta 3 años dependiendo de las regiones del país (artículo tercero transitorio).

El Proyecto⁵² también contempla gradualidad para la entrada en vigencia de modificaciones en materia de competencia de los tribunales, sobre principios de la ley y, en especial, del derecho del NNA a ser oído, audiencia preparatoria, contenido de la sentencia y todo aquello referido al procedimiento de medidas de protección⁵³.

50 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

51 Ibid.

52 Ibid.

53 Conforme al artículo segundo transitorio del Proyecto, la gradualidad en la vigencia de las modificaciones contenidas en el artículo primero del texto del Proyecto varía dependiendo de las regiones del país entre uno a cuatro años. Las modificaciones de los numerales del artículo primero del Proyecto son:

número 2: se refiere al artículo octavo de la LTF, o sea, a la competencia de los tribunales de familia;

números 3 y 4: referidos a los artículos 16 y siguientes nuevos de la LTF, sobre principios de la ley y en especial del derecho del NNA a ser oído;

número 5: referido al inciso 2° nuevo del artículo 17 de la LTF, sobre acumulación necesaria;

número 7: referido al artículo 41 nuevo de la LTF, sobre el NNA como testigo;

número 14: referido al artículo 61 número 1 nuevo de la LTF, sobre audiencia preparatoria;

número 15: referido al artículo 66 nuevo de la LTF, sobre contenido de la sentencia;

número 16: referido al artículo 67, sobre los recursos;

número 17: referido al procedimiento de medidas de protección.

Además, conforme al artículo cuarto transitorio, la implementación de la figura del abogado del NNA se difiere en hasta 24 meses tratándose de las materias de competencia de los tribunales de familia, esto es: cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad (números 1, 2 y 3 del artículo 8 de la LTF⁵⁴). En las materias sobre medidas de protección y adopción la implementación de tal defensa es inmediata (numerales 7, 12 y 13 del artículo 8 de la LTF⁵⁵).

5. COMENTARIOS FINALES

El Proyecto⁵⁶ otorga coherencia normativa a los procedimientos de familia conforme a los mandatos de la Ley de Garantías⁵⁷, cuestión que esta ley no realizó directamente.

El Proyecto⁵⁸ mejora el sistema de determinación, aplicación y seguimiento de las medidas de protección de derechos de NNA, pero continúa utilizando la frase vulneraciones o amenazas graves.

La existencia de supuestos de hecho abiertos e indeterminados fue criticada durante la tramitación de la Ley de Garantías⁵⁹, en tanto pone en riesgo la regla de legalidad estricta que debe observarse en ámbitos normativos relacionados con la protección especial de derechos de NNA.

Estimo que debe acotarse el supuesto de hecho de intervención; de lo contrario, se corre el peligro de que el sistema que la Ley de Garantías⁶⁰ instala no implique reformas sustanciales. La implementación de este sistema exige un cambio radical en el conocimiento y gestión de los casos por parte de los jueces y juezas, de los operadores de la justicia de familia en

54 Ley N°19.968, de 2004.

55 Ibid.

56 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

57 Ley N°21.430, de 2022.

58 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

59 Ley N°21.430, de 2022.

60 Ibid.

general, así como una adecuada comprensión de la desjudicialización por parte de los órganos administrativos; impacto que podría resumirse en la idea de que el tribunal con competencia en materias de familia debe conocer de conflictos jurídicos que realmente afecten gravemente los derechos de NNA. Para lograr este objetivo resulta esencial socializar los mecanismos de derivaciones entre OLN y los tribunales de justicia.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto con Fuerza de Ley N°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N°16.618, Ley de menores, de la Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 20 de mayo de 2000.

Ley N°7.421, código orgánico de tribunales. Diario Oficial, 09 de julio de 1943.

Ley N°18.961, orgánica constitucional de carabineros. Diario Oficial, 07 de marzo de 1990.

Ley N°19.968, crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial, 30 de agosto de 2004.

Ley N°20.084, establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Diario Oficial, 07 de diciembre de 2005.

Ley N°20.876, Crea juzgados que indica y modifica la composición de diversos tribunales de justicia. Diario Oficial, 06 de noviembre de 2015.

Ley N°21.302, crea el servicio nacional de protección especializada a la niñez y adolescencia y modifica normas legales que indica. Diario Oficial, 05 de enero de 2021.

Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial, 15 de marzo de 2022.

Proyecto de Ley N°16.286–07, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, 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.