

IGNACIO RÍOS BRAZO
Abogado

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL
EN HOMENAJE A
GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ

MAÚRCIO TAPIA RODRÍGUEZ
MARÍA PAZ GÁTICA RODRÍGUEZ
JAVIERA VERDUGO TORO
(COORDINADORES)

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

DESAFÍOS DEL DERECHO CHILENO EN MATERIA DE INFANCIA Y
ADOLESCENCIA. APUNTES SOBRE UNA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL

FABIOLA LATHROP GÓMEZ*

El día 21 de mayo de 2012, el Presidente de la República de Chile anunció el envío de un proyecto de ley –cuyos orígenes se remontan al año 2007– que divide al Servicio Nacional de Menores de Chile (SENAME) en dos Servicios distintos: uno relativo a la protección especial de los niños, niñas y adolescentes (NNA), y otro a cargo de la administración del sistema de responsabilidad penal adolescente¹.

Al respecto, en las recomendaciones finales de los años 2002 y 2007 efectuadas a los Informes Periódicos enviados por el Estado chileno, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha observado, por una parte, la necesidad de contar con institucionalidades separadas para cada una de las materias recién mencionadas y, por otra, la urgencia de adecuar la legislación

* Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España; Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Central de Chile, y Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ En agosto de 2012 el Ejecutivo ingresó un Proyecto de Ley, contenido en el Boletín N° 8487-07, que tiene por objeto reestructurar el actual Servicio Nacional de Menores, creando el Servicio Nacional de Protección de la Infancia y de la Adolescencia –que tendrá a su cargo las áreas de protección y adopción de NNA y que se encontrará sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Desarrollo Social–; y, por otra parte, el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente –que tendrá por objeto contribuir a la responsabilización y reinserción social de los adolescentes infractores de ley, a cargo del Ministerio de Justicia. Sin embargo, esta división está siendo criticada por la sociedad civil por tratarse de un mero trasplante a dos ministerios diversos (Ministerio de Desarrollo Social y Ministerio de Justicia, respectivamente), y cuya lógica sigue centrándose en los NNA que se encuentran en situación de riesgo social y no en la protección universal de los mismos.

en materia de niñez y adolescencia a los estándares internacionales de DDHH, fundamentalmente, mediante la sustitución de la Ley de Menores, de 1967, por una Ley de Protección Integral de los derechos de la infancia y de la adolescencia. Por otra parte, este Comité ha hecho hincapié en la implementación de una figura autónoma, independiente e imparcial, e institucionalmente diseñada, para la promoción y defensa de derechos de todos los NNA, esto es, de un Defensor de los derechos del NNA.

Pues bien, en septiembre de 2012, Chile emitió un “4º y 5º Informe Consolidado de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y sus Protocolos Facultativos”², cuyo contenido, lamentablemente, viene a confirmar que estos tres elementos (separación de Servicios, Ley de Protección y Defensor) han sido abordados sólo parcialmente por el Estado chileno, tal como lo han puesto de relieve los organismos técnicos y las organizaciones de defensa de los derechos de la infancia y de la adolescencia³.

Estas breves páginas se centrarán en la mencionada Ley de Protección Integral y en algunas consideraciones en torno al Defensor de los derechos de NNA. Mi interés en presentarla nace de mi participación en un ciclo de debates organizados por UNICEF-Chile a fines del año 2011, en el que organizaciones de la sociedad civil dedicadas al trabajo con la infancia y la adolescencia, y expertos académicos, fueron invitados a reflexionar acerca de la conformación de una nueva institucionalidad para la infancia y la adolescencia en Chile.

Pues bien, las leyes de Protección Integral de los Derechos del Niño están llamadas a identificar aquellas garantías —denominadas de “protección especial”— frente a situaciones de abuso, maltrato y negligencia. Así también, entre sus cometidos se encuentra el abordar las garantías de “protección universal”, es decir, para todas las personas menores de 18 años estén o no en esas situaciones de vulneración de derechos. Se trata de garantías de carácter legal, administrativo

² Informe disponible en http://www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/artic/20080902/asocfile/20080902204316/informe_4to_y_5to_ccr.pdf [fecha de consulta: 18 marzo 2013].

³ En efecto, se ha señalado que estas tres materias son interdependientes y deben discutirse integradamente. Véase *Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile (aportes de la sociedad civil y del mundo académico)*, Serie Reflexiones Infancia y Adolescencia, N° 13, UNICEF, 87 pp., en especial, p. 81. Disponible en http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/363/WD%2013%20Ciclo%20Debates%20WEB.pdf [fecha de consulta: 18 marzo 2013].

(es decir, que prevén algún tipo de tutela administrativa) y judicial (es decir, de recursos especiales al efecto) aplicables a todo NNA, con el objeto de proteger derechos tales como la igualdad y no discriminación y, por cierto, derechos de carácter social, como la salud y la educación. Estas leyes miran a tres niveles:

- i) los *derechos* de las personas menores de 18 años;
- ii) las *responsabilidades* del Estado para con ellas y las acciones que éste debe ejecutar para darles cumplimiento, y
- iii) las *acciones* que deben desarrollar las organizaciones intermedias de la sociedad y la familia.

¿Por qué es importante contar con una ley de este tipo?

Chile es uno de los pocos países del continente que no cuenta con una ley de este tipo ni con una institucionalidad adecuada en materia de infancia y adolescencia. En la región, cuentan con Códigos en la materia (Códigos de la Niñez y de la Adolescencia), o bien leyes de protección integral —que es la tendencia reciente—, países como México, Guatemala, El Salvador, Honduras, República Dominicana, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Argentina, Bolivia, Brasil, Uruguay y Paraguay. En Europa, entre otros, Bélgica, Reino Unido, España e Italia cuentan con Leyes de Protección Integral (la tendencia en Europa no es la codificación).

Sin perjuicio de que en Chile estén reconocidos los derechos de los NNA a través de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en ciertas garantías constitucionales y en alguna legislación especial —como la Ley de Tribunales de Familia y la de Responsabilidad Penal Adolescente, que hacen mención a principios concretos en materia de infancia—, el reconocimiento no es global, esto es, no dice relación con todas las materias legales, administrativas, judiciales, económicas y políticas. En suma, en Chile no existe un reconocimiento *integral* de los diversos principios especiales establecidos en la CDN ni una adecuada estructura institucional que vele por su aplicación y desarrollo. Por otro lado, precisamente, la utilidad de una ley de este tipo es que, bien hecha, puede hacer *efectivos* los derechos de los NNA a través de mecanismos particulares (en conformidad al art. 4º de la CDN y al Comentario General N° 5 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas).

Ahora bien, por instrucción del Presidente de la República, se ha conformado una mesa de trabajo intersectorial integrada por organizaciones que trabajan por la defensa y promoción de los derechos de NNA y representantes de SENAME y de los Ministerios de Desarrollo Social y de Justicia que, sesionando entre los meses de noviembre de 2011 y enero de 2012, ha elaborado un Anteproyecto de Ley de Protección Integral que, a grandes rasgos:

- i) sienta las bases de un Sistema de Protección Integral;
- ii) reconoce los principios jurídicos fundamentales llamados a regir las relaciones entre los NNA y los adultos y el Estado, esto es, el interés superior del niño, la igualdad y no discriminación, la participación –dentro de la cual se encuentra el derecho a ser oído–, la primacía de la familia frente al desarrollo del niño y la autonomía progresiva;
- iii) consagra recursos administrativos y judiciales para los NNA, y
- iv) establece un Defensor de los derechos de los NNA, en el entendido que es éste el lugar donde debe crearse normativamente esta figura.

Lamentablemente, este anteproyecto no fue recogido cabalmente por el Proyecto de Ley de Protección de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes⁴ que actualmente se encuentra en el Parlamento.

Pues bien, ¿cuáles son los aportes que en materia de Derecho de Familia me permito efectuar a esta iniciativa?

En primer lugar, me parece pertinente poner de manifiesto que nuestra CPR no contiene normas específicas sobre protección de la familia como grupo primario de desarrollo del NNA. Las Constituciones más modernas consagran este principio sobre la base de la subsidiariedad del Estado y la importancia de

⁴ Este Proyecto está contenido en el Mensaje 066-361 de 24 abril de 2013, y crea un Sistema Nacional de Protección de los Niños, una Política Nacional de los Niños, y un Plan de Acción Nacional, cuyo estudio y diseño está fundamentalmente a cargo del Ministerio de Desarrollo Social. Ver Boleín N° 8911-18.

que éste genere políticas, programas y asistencia a la familia⁵. Creo que es importante tener en cuenta esta omisión del constituyente y del legislador chileno al momento de construir la Ley, por cuanto ésta podría subsanar este vacío.

Por otro lado, creo que se debe relevar que una ley de este tipo tendrá un importante impacto a nivel sustantivo, orgánico y procesal (revisión de las leyes satelitales, derogación de la Ley de Menores y reubicación de los pocos artículos que van quedando en ella, unificación de nomenclatura, redefinición de ciertas competencias jurisdiccionales, necesidad de adecuación de procedimientos administrativos y jurisdiccionales, etc.).

En cuanto a los principios que debe contener la Ley, creo que debe destacarse el de efectividad del art. 4° CDN, la exigibilidad de los derechos y la tutela judicial efectiva. Y recalarse que ellos se concretan no sólo en sede jurisdiccional sino también en la sede administrativa. Debiera incluirse el principio de la autonomía progresiva (art. 5° CDN), identidad (art. 8° CDN) y responsabilidad parental (art. 18 CDN). Estos tres últimos principios están siendo desarrollados vertiginosamente en nuestro Derecho de Familia y los tribunales los están aplicando cada vez más, aun a falta de texto legal expreso. Por otro lado, si bien hay ciertas normas actualmente sobre la excepcionalidad de la separación del NNA de su entorno familiar (art. 9° CDN), ellas están desperdigadas, por ejemplo, en la Ley de Tribunales de Familia y en la Ley de Menores, a propósito de las medidas de protección, y no planteadas a nivel de principios. Creo que es un punto que debe recalarse todavía más porque está vinculado al derecho a vivir en familia que está recogido en la CDN, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuanto a cuestiones de carácter orgánico o institucional que podrían incluirse en la Ley, creo que deben dejarse claramente establecidos los aspectos que quedarán entregados a los órganos administrativos y los que se radicarán

⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los niños “tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”. Ver *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 54 y la sentencia de dicha Corte recaída en el caso de la “Masacre de Mapiripán”, vs. Colombia, sentencia de 15 septiembre de 2005, párr. 152.

en el órgano jurisdiccional. Lo que requiera pronunciamiento judicial, en Tribunales de Familia, por ejemplo; lo que se refiera a la promoción y protección de derechos, en el Sistema de Protección de la Infancia. Desde luego, habría que determinar si siempre, y en todo caso, la medida que signifique un alejamiento del NNA de su entorno familiar requerirá la intervención judicial; por ejemplo, conforme a la Ley de Buenos Aires de 2005, si la medida es consensuada, no es necesaria la intervención judicial (siempre que exista control de legalidad). Esto podría cuestionarse pero presenta aspectos positivos; desde luego, la desjudicialización. En el Derecho de Familia, en cuya sede se aplican las medidas de protección, la tendencia es a empoderar a las partes en la resolución del conflicto, es decir, la intervención judicial en estas materias debe ser el último recurso.

También en materia de medidas de protección, sobre la base de la protección no tutelar de los derechos de los NNA en situación de especial vulnerabilidad, la Ley debiera regular las medidas de protección especial decretadas por los Tribunales de Familia. Por ello, debe reformularse y sistematizarse el elenco de medidas existentes, observando los principios de protección no tutelar, de revisión judicial y de excepcionalidad de separación del NNA de su medio familiar. Podría distinguirse entre medidas ordinarias y excepcionales. En estas últimas debieran estar las de separación del entorno familiar, en concordancia con lo dicho a propósito de los principios anteriormente. No debe perderse de vista la posible ampliación de competencia de los Tribunales de Familia, por lo que habría que evaluar el impacto de la Ley en este punto. Debe enfatizarse la necesidad de medidas innovativas, pues ellas cumplen una función importantísima actualmente. En este elenco pienso, incluso (aunque quizá de forma muy ambiciosa), en revisar todo el sistema de guardas del Código Civil que pervive ahí. En Argentina, por ejemplo, ellas permanecen sólo para mayores de 18 años. Podría también regularse una medida de acogimiento temporal, como existe en tantas legislaciones europeas (guarda de hecho). E, incluso, contemplar, en esta parte, las materias referidas a la adopción.

Por último, creo que es importante la consagración explícita de garantías procesales, por ejemplo, la doble instancia, el derecho a ser oído, el secreto, todo ello, tanto en el proceso judicial como administrativo.

En cuanto a la figura del Defensor de los derechos de NNA, de la cual Chile carece y cuyas competencias clásicas el Instituto de Derechos Humanos

no está llamado a ejercer expresamente, es pertinente comentar que en los debates de UNICEF que antes mencioné existió consenso en que debe estar constituido por una Corporación de Derecho público, contar personalidad jurídica y patrimonio propio, y tratarse de una figura autónoma e independiente del Gobierno de turno. Teniendo como presupuestos inspiradores la crítica al sistema jurídico, la atención de demandas y problemas cotidianos de los NNA mediante la recepción y conocimiento de quejas y denuncias sin barreras de acceso a la institución, la consideración de los problemas en forma estructural y colectiva, y la utilización de la persuasión y del diálogo con los poderes públicos, entre sus funciones debieran estar:

- i) el control de cumplimiento de las funciones de la administración pública y de las instituciones privadas dedicadas a la promoción y protección de los derechos del niño;
- ii) vigilar, monitorear y controlar la implementación de las políticas públicas universales y especiales relativas a la niñez y a la adolescencia;
- iii) dar a conocer su opinión sobre aspectos de su competencia;
- iv) comunicarse directamente con las organizaciones regionales e internacionales de derechos humanos;
- v) promover reformas legales en aspectos de su competencia;
- vi) permanecer en constante diálogo con el Ejecutivo y, en especial, con el Parlamento;
- vii) presentar informes anuales que den cuenta de su gestión, y
- viii) realizar investigaciones de oficio⁶.

Por otra parte, se consideró que el Defensor del Niño no debe reemplazar la asistencia legal y judicial masiva de NNA. En este orden de ideas, se estimó más apropiado potenciar sus funciones en orden a recibir y conocer denuncias,

⁶ Cfr. *Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile (aportes de la sociedad civil y del mundo académico)*, ob. cit., en especial pp. 79 y 80.

formulando aquellas recomendaciones administrativas correspondientes, más que en supervisar y coordinar a los órganos del Sistema de Protección. Por esta razón, se consideró necesario reformular y mejorar el funcionamiento de las actuales Corporaciones de Asistencia Judicial, de las Oficinas de Protección de Derechos y de los actuales curadores *ad litem* de la Ley de Tribunales de Familia, con miras a garantizar el acceso efectivo a la justicia de NNA.

En suma, de instaurarse la figura del Defensor de los derechos del NNA, de dividirse SENAME y, en especial, de promulgarse una Ley de Protección Integral, el impacto normativo que se generará para el Derecho de la Infancia y de la Adolescencia y para el Derecho de Familia será importantísimo. A mi juicio, representaría una reforma tan importante como la Ley de Filiación o la Ley de Tribunales de Familia.

LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE MÁS DÉBIL EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL CHILENA

CRISTIÁN LEPIN MOLINA*

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil¹, que entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004, incorporó por primera vez en la legislación chilena, el divorcio vincular. Con ello surge desde la presentación del proyecto de ley en el año 1995 y durante toda su tramitación, la preocupación por proteger al cónyuge que al momento de la ruptura queda en una precaria situación económica².

En el proyecto presentado en 1995 por un grupo de diputados de distintas bancadas parlamentarias, representantes de una gran parte del espectro político (con excepción del Partido Unión Demócrata Independiente), la protección del cónyuge débil se expresa a través de la idea de establecer relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro y procurar aminorar el daño que pudo causar

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Abogado. Doctorando en Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Privado, Universidad de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile (pre y posgrado). Subdirector de la Escuela de Posgrado de la misma Facultad.

¹ En adelante NLMC.

² Así, INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, "Divorcio unilateral empeora la situación de la mujer". Disponible en <http://www.lyd.com/programas/legislativo/divorcio> [fecha de consulta: 10 junio 2005]. Véase BOLETÍN DEL SENADO 1759-18 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, "Aspectos económicos del divorcio", pp. 1170 y ss. ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1999, pp. 159 a 162.