**OFICIO N° 101-2018**

**INFORME PROYECTO DE LEY 19-2018**

**Antecedente: Boletín N° 11.922-07.**

Santiago, 20 de agosto de 2018.

Mediante Oficio N° 206/SEC/2018, el señor Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado solicitó al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la opinión de la Corte Suprema sobre el proyecto de ley que modifica la Ley que modifica la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, a fin de prohibir el ingreso de niños y niñas entre cero y tres años a residencias, como medida de protección (Boletín N° 11.922-07).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 17 del mes en curso, presidida por el Presidente (S) señor Dolmestch U., y con la asistencia de los Ministros señores Künsemüller, Silva, Fuentes, Cisternas, Valderrama, Dahm, Prado; señoras Maggi, Egnem, Sandoval, Chevesich, Muñoz y Vivanco; y el Ministro Suplente, señor Miranda, acordó la resolución que se transcribe a continuación:, acordó la resolución que se transcribe a continuación:

**AL PRESIDENTE**
**SEÑOR CARLOS MONTES CISTERNAS**
**COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO**
**H. SENADO**
**VALPARAÍSO**

Santiago, veinte de agosto de dos mil dieciocho.

**Vistos y teniendo presente:**

**Primero.** Que por Oficio N° 206/SEC/18 de fecha 19 de julio de 2018, el Presidente del Senado señor Carlos Montes Cisternas, solicitó al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la opinión de la Corte Suprema sobre el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, a fin de prohibir el ingreso de niños y niñas entre cero y tres años a residencias, como medida de protección (Boletín N° 11.922-07).

En particular, se solicita pronunciamiento del máximo tribunal ya que contiene normas que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia.

**Segundo.** Que el proyecto pretende modificar la ley N° 19.968 para prohibir que pueda decretarse, como medida de protección, la internación en residencias de niños y niñas de entre cero y tres años de edad, programando a la vez desinstitucionalizar a todos aquellos de ese rango etario que se encuentren actualmente sujetos a una medida de internación.

Con este propósito, propone agregar en su artículo 71 un nuevo inciso segundo, pasando el actual a ser tercero, y así sucesivamente:

Inciso segundo nuevo

“Se prohíbe decretar para los niños y niñas de 0 a 3 años de edad la internación en residencias como una medida de protección. Dicha internación constituye una vulneración grave del derecho a la integridad física y psíquica de estos”.

Además, se propone un artículo transitorio:

Artículo Transitorio

“Los niños que a la fecha de publicación de esta ley tengan entre 0 y 3 años y se encuentren sujetos a una medida de protección de internación en una residencia deberán ser restituidos en su derecho a vivir en familia, reuniéndolos con su familia de origen o extendida si ello fuera posible, o decretando su cuidado alternativo por parte de una familia de acogida, en el plazo máximo de 6 meses contados desde la fecha de la publicación de esta ley”.

**Tercero.** Que en forma preliminar, esta Corte estima necesario tener en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño ha establecido que los Estados Partes deben asegurar “que todos los niños y niñas se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; puedan desarrollar plenamente su personalidad habilidades y talentos; crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar de una forma accesible y activa”[1], integrando por tanto derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales.

Una de las principales preocupaciones dentro de la agenda pública y social, es la poca efectividad de los sistemas de protección en cuanto a garantizar y resguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que “los sistemas nacionales de protección de los derechos de la niñez, deberían constituir el andamiaje fundamental y las estructuras operativas necesarias para la efectiva vigencia, protección y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes […)”[2]

De las prevenciones realizadas por los autores de la moción, urge la situación de niños y niñas entre 0 y 3 años que se encuentran en instituciones de protección, aludiendo a las conclusiones obtenidas del Estudio realizado por

[1] UNICEF, “*Convención sobre los Derechos del Niño: ¿Qué es la Convención?*” (febrero 2014), disponible en: http://unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-nino/ (último acceso 3 de agosto de 2018)

[2] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), “*Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*”, p. 16.

UNICEF, en tanto indican que "[…] en todas las regiones se encontraron niños y adolescentes que siendo menores de tres años de edad se encuentran institucionalizados en residencias siendo que lo adecuado a su corta edad es que ellos sean colocados en Familias de Acogida y no en Residencias"[3].

De los argumentos expuestos, y que finalmente proponen implementar en nuestro país, entre otras reformas en los sistemas de protección, la prohibición de adoptar como medida de protección a favor de niños y niñas de 0 a 3 años de edad carentes de cuidado parental su internación en instituciones de protección, es menester tener en consideración las dificultades o complejidades que actualmente se observan en esta materia.

**Cuarto.** Que actualmente, en Chile se pueden observar un total de 74 programas de familias de acogida, simple o especializada, de administración directa de SENAME o dependientes de Organismos Colaboradores, con un total de 4.780 plazas convenidas para la atención de NNA. De acuerdo a lo informado en el Anuario Estadístico 2016 de SENAME[4], el total de NNA atendidos en estos programas durante ese año correspondió a 6.159, cifra que al ser desagregada por edad muestra 1.176 niños y niñas entre cero y tres años. Por lo tanto, el 19% de la población que se encontraba en 2016 en un programa de familias de acogida correspondía a menores de 3 años. Además, dicho Anuario informa que el tiempo de permanencia de los niños, niñas y adolescentes en programas Familias Acogida especializada es superior a 2 años (30%).

Si bien son diversas las recomendaciones y argumentaciones expuestas en la iniciativa que avalan la necesidad e importancia de mantener vínculos o una convivencia de tipo familiar en niños menores de 3 años, es de gran relevancia contrastar con las estadísticas institucionales el déficit de programas de protección con relación al total de NNA que lo requieren de manera urgente.

[3] Convenio UNICEF y Poder Judicial, "*Proyecto de levantamiento y unificación de información referente a niños, niñas y adolescentes en el sistema residencial de Chile*" (2012). Citado en: Boletín N°11.922-07, Proyecto de Ley que pretende modificar Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, prohibiendo el ingreso de niños y niñas entre cero y tres años a residencias, como medida de protección, p. 4.

[4] SENAME, *Anuario Estadístico* 12/2016. Unidad de Estudio Disponible en: http://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2017/01/Anuario-Estadistico-2016_V-21-03-2018.pdf (último acceso 3 de agosto de 2018).

Sumado a lo anterior, en las observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, el Comité recuerda su recomendación anterior (CRC/C/CHL/CO/3, párr. 45) instando al Estado parte a que: "Promueva la colocación en hogares de acogida como modalidad alternativa de cuidado que procure que los niños solo sean internados en instituciones como último recurso, y teniendo en cuenta su interés superior"[5].

**Quinto:** Que en el año 2015 el Consejo Nacional de la Infancia desarrolló un plan de acción intersectorial cuyo objetivo general era propender al tránsito desde el acogimiento residencial hacia un sistema de protección especial de base familiar y comunitaria, que hiciera efectivo los derechos de niños y niñas. Se estableció, como primer objetivo específico, la pretensión de garantizar el derecho a vivir en familia de niños y niñas de 0 a 3 años, a través de la desinternación de la protección residencial en Chile[6].

Si bien, entre sus objetivos se encuentra también la importancia de trabajar prioritariamente los vínculos con la familia de origen ('revinculación familiar'), de los resultados expuestos en el estudio se observa que "La revinculación familiar, a juicio de los actores entrevistados de SENAME y Residencias, tiene implicancias de tiempo mayor, y requiere condiciones más específicas para su realización. Es por esto que desde las residencias, si bien, ven como primera opción la revinculación familiar también evalúan como opciones legítimas de desinstitucionalización las familias de acogida y la adopción"[7].

La revinculación con familia de origen, como indica el estudio, es el objetivo primordial. Para lograrlo, es necesaria la implementación de programas de 'acompañamiento familiar' que persigan el propósito de intervenir o guiar el

[5] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "*Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*" (octubre de 2015), Doc ONU CRC/C/CHL/CO/4-5, párra. 55a.

[6] CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA Y CENTRO DE ESTUDIOS PRIMERA INFANCIA, *Estudio de evaluación de Estrategia de intervención de los niños y niñas de 0 a 3 años que viven en residencias en las regiones de Valparaíso y Biobío* (enero de 2018), p. 10.

[7] CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA Y CENTRO DE ESTUDIOS PRIMERA INFANCIA, "*Estudio de evaluación…" op. cit.*, p. 32.

trabajo destinado a potenciar el vínculo entre adulto y niño por un tiempo extendido, evitando, así, la vulneración de los derechos del niño o niña.

Asimismo, como se indicó anteriormente, los programas de familias de acogida parecen los más indicados para la protección de NNA, toda vez que entregan una base sólida y familiar a los niños y niñas. Sin embargo, se ha observado que, debido al déficit de oferta, se dificulta facilitar este beneficio a todos los NNA.

Finalmente, cabe mencionar que para aquellos casos excepcionales en los que la revinculación familiar no resulte posible en atención a la concurrencia de conductas vulneratorias del interés superior del niño en dicha instancia, declaradas por autoridad competente, los programas de adopción surgen como potencial medida destinada a resguardar la protección de los niños y niñas, tal como lo dispone el artículo 9 en concordancia con el artículo 21 de la CDN, con objeto de permitir a los niños y niñas el pleno desarrollo de su personalidad "en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"[8].

**Sexto:** Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos[9] reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que esta debe ser protegida por la sociedad y el Estado[10]. En relación con ello, la Convención sobre los Derechos del Niño[11] establece la obligación del Estado de "velar por que el niño no sea separado de sus padre contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño"[12].

---

[8] Véase el Preámbulo de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y de la niña. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

[9] Suscrita por el Estado de Chile con fecha 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 21 de agosto de 1990. Vigente en el país desde el 5 de enero de 1991.

[10] Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[11] Suscrita por el Estado de Chile con fecha 26 de enero de 1990 y ratificada el 13 de agosto de 1990. Vigente en el país desde el 27 de septiembre de 1990.

[12] Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Actualmente, nuestra legislación entrega a los Juzgados de Familia la competencia para conocer y resolver sobre "[T]odos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos"[13], situaciones frente a las cuales pueden adoptar una serie de medidas, entre ellas, el ingreso del niño o niña a un establecimiento residencial[14]. La Ley que crea los Tribunales de Familia indica respecto de esta medida que:

"Artículo 74.- Medida de separación del niño, niña o adolescente de sus padres. Sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En este caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza y, sólo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección. La resolución que disponga la medida deberá ser fundada".

**Séptimo:** Que complementando dicha disposición, la Ley de Menores, en su artículo 30, señala que aquella medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses.

Mediante las referidas disposiciones se intenta proteger y realizar el derecho del niño o niña a vivir con su familia, de manera que la medida de separarlo de sus padres solo debería aplicarse como último recurso. En consecuencia, la normativa siempre propenderá a la protección del niño o niña bajo el supuesto de la menor intromisión posible en el seno familiar[15].

Por lo tanto, la medida de protección de separar al niño o niña de sus padres es un mecanismo excepcional que debe proceder en último caso, lo que

[13]artículo 8. 7) de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia

[14] Artículos 71 de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y 30 de la Ley 16.618 de Menores.

[15] Comité de los Derechos del Niño, "*Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*" (mayo 2013), Doc ONU CRC/C/GC/14, párra. 61.

adquiere especial trascendencia para aquellos menores de 3 años. Tal es el sentido dispuesto por las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado”[16], adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando expresamente señalan que:

“21. De conformidad con la opinión predominante de los expertos, el acogimiento alternativo de los niños de corta edad, especialmente los de menos de 3 años, debería ejercerse en un ámbito familiar. Pueden admitirse excepciones a este principio para evitar la separación de los hermanos y en los casos en que el acogimiento tenga carácter de urgencia o sea por un tiempo prefijado y muy limitado, al finalizar el cual esté prevista la reintegración en la familia u otra solución apropiada de acogimiento a largo plazo”.

**Octavo.** Que a partir lo anterior, se entiende que el Sistema Universal de Derechos Humanos promueva la inversión en formas de atención alternativa y el apoyo a esas otras formas de atención[17] para evitar la internación de niños y niñas, especialmente de aquellos menores de 3 años, puesto que la “atención institucional de baja calidad raramente promueve el desarrollo físico y psicológico saludable y puede tener consecuencias negativas graves para la integración social a largo plazo, especialmente en niños menores de 3 años, pero también entre niños de hasta 5 años de edad. En la medida en que se necesitan cuidados alternativos, la colocación temprana en lugares donde reciben atención de base familiar o parafamiliar tiene mayores probabilidades de producir resultados positivos entre niños pequeños”[18].

**Noveno:** Que la modificación propuesta por el proyecto de ley en estudio es sin duda positiva desde un enfoque de derechos, toda vez que intenta evitar la internación residencial de niños y las niñas de hasta 3 años, respetando y realizando su derecho a vivir en familia.

---

[16] Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2009.

[17] Comité de los Derechos del Niño, “*Observación general Nº 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia*” (septiembre 2005), Doc ONU CRC/C/GC/7/Rev.1, párra. 36.b).

[18] Ibíd.

Sin perjuicio de ello, desde el estudio de la iniciativa legal se identifican ciertos aspectos que merecen especial atención.

El primero dice relación con el carácter absoluto de la prohibición que intenta incluir la norma, ya que no considera casos excepcionales en los cuales el juez pueda decretar la medida de internación, respetando siempre los criterios básicos que rigen las medidas de separación de un niño o niña de su familia, a saber, la excepcionalidad y la transitoriedad de la institucionalización[19]. En determinados casos la adopción de esta medida puede ser necesaria para respetar, proteger o realizar los derechos de niñas y niños, por ejemplo, cuando se quiera evitar la separación de hermanos o cuando el acogimiento tenga carácter de urgencia[20]. En atención a estas consideraciones, se sugiere incluir, en la iniciativa legal, cláusulas que permitan a los jueces decretar la medida de internación de niños y niñas entre 0 y 3 años en aquellos casos en que sea lo adecuado de acuerdo al interés superior del niño y niña y siempre con carácter transitorio y de última ratio.

El segundo punto que merece atención refiere a aspectos prácticos de la propuesta, en particular, la insuficiente e insatisfactoria oferta programática para cumplir la demanda de programas que permitan garantizar y restituir el derecho a vivir en familia de niños y niñas menores a 3 años.

**Décimo.** Que la moción en estudio pretende incorporar un artículo transitorio con la pretensión de desinstitucionalizar a niños y niñas que se encuentren sujetos a una medida de protección de internación en una residencia y que tengan entre 0 y 3 años. El objetivo perseguido es propender a la reunión con su familia de origen o extendida, si ello fuera posible, o decretando su cuidado alternativo por parte de una familia de acogida. Luego, el proyecto de ley propone un plazo máximo de 6 meses, contados desde la eventual fecha de publicación de la ley, para hacer efectivo el proceso de desinternación. Aunque

[19] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones* (junio 2018), Doc ONU CRCICICHIJINQII, párra. 59.

[20] ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños* (junio 2009), Doc ONU A/HRC/11/L.13, directriz 21.

la desintitucionalización de niños y niñas menores de 3 años es deseable para el mejor desarrollo de estos y promovida, además, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esta norma transitoria podría, eventualmente, generar ciertos riesgos para los propios niños y niñas que pretende proteger, fundamentalmente, por dos razones.

En primer lugar, distintos estudios han concluido que el sistema proteccional, en general, y la oferta de programas especializados para restaurar y proteger a niños y niñas vulnerados en sus derechos, en particular, presentan una serie de deficiencias en nuestro país, que llevan a reflexionar sobre las reales posibilidades de cumplir con una prescripción como la pretendida.

En segundo lugar, el plazo de 6 meses que considera el artículo transitorio para hacer efectivo el proceso de desintitucionalización de todos los niños y niñas menores de 3 años que se encuentren en residencias en el país, podría resultar escaso por cuanto ello implica decretar su cuidado alternativo por parte de una familia de acogida, llevando adelante los procesos judiciales correspondientes y garantizando los cupos suficientes para ellos en dichos programas, o una transición de regreso a sus familias. Esto último es un proceso complejo que contempla una serie de etapas, entre ellas, entregar apoyo terapéutico a la familia que ha perdido el cuidado personal de su hijo posibilitando la continuidad o restauración del vínculo familiar, restituir los derechos vulnerados de los niños y niñas a través de una intervención que repare los efectos de la separación e internación, representar jurídicamente a los niños y niñas ante los Tribunales de Familia, activar un seguimiento permanente a las medidas de protección y articular las redes sociales y comunitarias que permita revincular a los niños y niñas con sus espacios sociales de pertenencia del cual fueron desarraigados[21].

**Undécimo:** Que en relación con lo anterior, es pertinente recordar que el Consejo Nacional de la Infancia, precisamente, implementó un programa piloto para la desinternación de niños y niñas de 0 a 3 años que viven en residencias

[21] CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA Y CENTRO DE ESTUDIOS PRIMERA INFANCIA, *Estudio de evaluación de Estrategia de intervención… op. cit.*, p. 14.

en las regiones de Valparaíso y Biobío. A partir de las evaluaciones de dicho programa se identificaron una serie de nudos críticos que ejemplifican lo complejo del proceso de desintitucionalización, a saber: tensión entre la sensibilidad de la etapa del desarrollo de los niños y niñas y los tiempos necesarios para la intervención familiar; falta de comunicación efectiva entre las residencias y el Poder Judicial; problemas de salud mental en los padres y dificultad para acceder a diagnósticos y tratamientos; y desarticulación de la oferta de protección[22].

Por consiguiente, es posible concluir que la restitución del derecho a vivir en familia de niños y niñas debe venir acompañada de recursos humanos y financieros suficientes y adicionales para llevar adelante procesos complejos y multidimensionales que son necesarios para reunir a los niños y niñas con sus familias. Al pretender la iniciativa llevar a cabo las modificaciones que propone desconsiderando tales aristas, se abre el riesgo para los niños y niñas de sufrir nuevamente graves vulneraciones a sus derechos al volver a su familia. Lo propio sucedería respecto de la implementación general del programa de familias de acogida especializada, que procedería en defecto de la propuesta anterior. Estos recursos, así como los programas que se implementarían y los responsables de ello, no aparecen considerados en el proyecto de ley en estudio.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expuestos** el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.968 a fin de prohibir el ingreso de niños y niñas entre 0 y 3 años a residencias como medida de protección. (Boletín N°11.922-07)

Ofíciese.

PL-19-2018.-

[22] Ibíd., p. 95.

Saluda atentamente a V.S.

**HUGO DOLMESTCH URRA**
Presidente (S)

**JORGE SÁEZ MARTIN**
Secretario