

Hacia una tutela estatal de niños, niñas y adolescentes privados de cuidado parental en Chile*

Towards a State Guardianship for Children Deprived of Parental Care in Chile

Fabiola Lathrop^a

Universidad de Chile, Chile

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8324-5908>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj73.hten>

Recibido: 01 noviembre 2023

Aceptado: 21 mayo 2024

Publicado: 12 julio 2024

Resumen:

El presente trabajo de investigación afirma que el ordenamiento chileno no contempla reglas sobre la responsabilidad legal de niños, niñas y adolescentes (NNA) privados de cuidado parental. Con el objeto de sentar las bases de una reforma que colme este vacío, se analizan estándares internacionales específicos en la materia y las legislaciones mexicana, española, catalana, inglesa y argentina. Se propone: a) establecer una tutela que atribuya al Estado la responsabilidad legal de NNA privados de cuidado parental; b) en defecto de lo anterior y como solución más inmediata, que el juez de familia atribuya a la persona que recibe al NNA en acogimiento, el derecho y el deber de adoptar decisiones en lugar de sus progenitores; y c) revisar la regulación civil de las instituciones de protección de derechos de las personas incapaces para hacer más pertinentes e idóneas las relativas al cuidado alternativo de NNA.

Palabras clave: acogimiento, guardas, tutela estatal, cuidado alternativo.

Abstract:

This research affirms that the Chilean legal system does not contemplate rules on state guardianship of the children deprived of parental care. In order to lay the foundations for a reform that fills this gap, specific international standards on the subject and Mexican, Spanish, Catalan, English and Argentine legislation are analyzed. It is proposed: a) to establish a guardianship that attributes to the State the legal responsibility for children deprived of parental care; b) in the absence of the above, and as a more immediate solution, the family judge should attribute to the person who receives the child in foster care the right and duty to make decisions in place of the parents; and c) review the civil regulation of institutions for the protection of the rights of incapable persons to make those related to the alternative care of children more relevant and suitable.

Keywords: Foster Care, Guardianship, State Responsibility, Alternative Care.

Introducción: la responsabilidad legal de NNA privados de cuidado parental

Este trabajo afirma que la atribución de la responsabilidad legal de un niño, niña o adolescente (NNA) privado de cuidado parental no está regulada en Chile y que las instituciones de protección de sus derechos no han sido objeto de reformas legales conformes a estándares internacionales.

El término *responsabilidad legal* proviene de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de Niños,¹ entendiéndolo como aquel que faculta a adoptar decisiones en lugar de los progenitores.²

Los ordenamientos han adoptado distintas alternativas para determinar la responsabilidad legal de NNA privados de cuidado parental. Este trabajo describe algunas de estas y arroja ciertas soluciones y conclusiones para el caso chileno de cara a una futura regulación.

A grandes rasgos, podría decirse que un primer camino, seguido, entre otros países, por España, es la declaración de una “tutela estatal automática”, respecto de todo NNA alejado de su familia no sujeto a patria potestad ni a guarda ordinaria de terceros, que autoriza a delegar el cuidado de tales NNA a personas, familias o instituciones sin fines de lucro, que asumen deberes determinados y suficientes para garantizar su bienestar.

Notas de autor

^a Autora de correspondencia. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl

En otras latitudes, en cambio, se traslada la responsabilidad parental por completo, y con esa denominación, directamente a las personas que pasan a ser responsables legalmente del NNA privado de cuidado parental, quienes pueden compartirla con los progenitores (Inglaterra y Gales); o bien, se configura una situación jurídica de “desamparo” que da lugar a lo que se denomina “tutela legítima” o al llamado “acogimiento” (México Federal y Distrito Federal de México, y Cataluña).

Conforme a lo examinado en este trabajo, el otorgamiento de esta responsabilidad legal, atendida la restricción del derecho a la vida familiar del NNA que le antecede, debe realizarse en una norma de jerarquía al menos legal. Asimismo, el tratamiento de la responsabilidad legal de NNA privados de cuidado parental debería implicar, en principio, la revisión de las normas sustantivas referidas a instituciones de protección de derechos, como las guardas y el acogimiento, garantizando estrictos estándares de idoneidad. Todo esto, con miras a promover modalidades alternativas de cuidado que respeten plenamente el derecho del NNA a la vida familiar y su interés superior.

¿Por qué regular la responsabilidad legal de NNA privados de cuidado parental?

En primer lugar, entenderé por NNA privado de cuidado parental todo NNA que se encuentra en una situación de vida en la que carece de manera sostenida en el tiempo de un referente adulto (sea uno o ambos padres, o adultos que reemplacen su función) que los cuide, proteja y apoye.³ La privación de cuidado parental de NNA en Chile se produce a consecuencia de una grave vulneración o amenaza de sus derechos,⁴ estableciendo el inciso 3.º del artículo 27 de la Ley 21.430, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia⁵ (LG), que

sólo en caso de acreditarse vulneración de derechos, el niño, niña o adolescente podrá ser incorporado a una modalidad temporal de cuidado alternativo que se ajuste a su propio interés superior, prefiriéndose las modalidades basadas en familia o una solución definitiva de cuidado en familia adoptiva, en conformidad con lo dispuesto en la ley.

Al dictarse una medida de protección que separa al NNA de su familia,⁶ sus progenitores son privados del cuidado personal, mas no de la titularidad ni ejercicio de la patria potestad; es decir, los deberes de representación legal y de administración de los bienes de sus hijos siguen vigentes en manos de los progenitores. La LG mencionada, la Ley 19.968 de Tribunales de Familia (LTF) y la Ley 16.618, de Menores (LM),⁷ nada dicen sobre otras facultades que las personas, familias o instituciones, que reciben al NNA en acogimiento, pudieren tener a su respecto, tales como su representación legal y de administración de los bienes.⁸

La legislación actual no obliga al juez de familia a pronunciarse sobre la titularidad de las funciones de representación legal del NNA y de administración de bienes si los tuviere, indicando en quién se mantiene o a quién se le traslada y a través de qué mecanismo. El juez no está obligado a nombrar tutor o curador al NNA privado de cuidado parental. Por tanto, de ser necesario ejercer estas funciones, la persona natural⁹ que mantiene al NNA en acogimiento deberá propiciar el otorgamiento de una guarda en un juicio separado.

Al respecto, cabe indicar que son cinco los tipos de guarda que pueden ejercerse, en general, en favor de un NNA: a) tutela o curatela general ante la suspensión de la patria potestad (artículos 348 primera parte y 267 CC); b) tutela o curatela general ante la inexistencia de patria potestad —artículos 248 y 257 CC—; c) curaduría adjunta del NNA —artículos 348 y 251 CC—; d) guarda interina del NNA —artículos 842 Código de Procedimiento Civil y 371 CC—; y e) curaduría especial —artículo 494 CC—.

Los dos primeros tipos de guarda son de carácter general, lo que significa que se extienden tanto a los bienes como a la persona del pupilo —artículo 340 CC—, y son los que, al tener asociadas las funciones de

representación legal, judicial y extrajudicial, deberían determinarse en un procedimiento iniciado a solicitud de la persona que mantiene al NNA en acogimiento.

Como se ha dicho, ambas clases de guarda proceden ante la inexistencia o suspensión de la patria potestad. Pero ¿qué ocurre, como sucede en la mayoría de los casos, si la patria potestad de ese NNA existe y no ha sido suspendida? ¿Quién tiene la facultad legal de adoptar decisiones respecto de NNA alejados de su contexto familiar, en lugar de sus progenitores, si tal responsable del acogimiento no gatilla el nombramiento de guardador, como suele acontecer?

No hay norma de jerarquía legal que deje la responsabilidad de este NNA en el Estado ni que obligue al juez de familia a determinarla. El artículo 57 LM establece solo que el director de las residencias o el jefe del hogar sustituto asumirá el cuidado personal y la dirección de la educación de los NNA en ellos acogidos. La Ley 21.302, que Crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica (LS), no llena este vacío; el inciso 4.º de su artículo 24 indica que

el director de la residencia, o quien tenga el cuidado legal del niño, niña o adolescente en caso de acogimiento familiar, asumirá el cuidado personal y la educación del niño, niña o adolescente, respetando las limitaciones que la ley o la autoridad judicial impongan a sus facultades, en favor de los derechos y de la autonomía de ellos, así como de las facultades que conserven sus padres o las demás personas que la ley disponga.

Es decir, reitera que se asumen solo roles de cuidado personal y de educación.

Esta regulación no guarda armonía con lo dispuesto en las Directrices, que prescriben que una vez determinada la entrega en acogimiento y previa audiencia del NNA, la autoridad debería atribuir a la persona o entidad designada (acogedor), el derecho y la responsabilidad legal de adoptar decisiones en lugar de los progenitores que respondan al interés superior del NNA.¹⁰ Cabe destacar también que la responsabilidad legal otorgada debería ser supervisada por la autoridad competente o por entidades acreditadas formalmente. La responsabilidad por los actos del acogedor debería recaer en la autoridad otorgante.¹¹ Asimismo, las funciones y responsabilidades específicas de los acogedores deberían:

(1) Velar por la protección de los derechos de los NNA. En especial, por que cuenten con cuidado, alojamiento, salud, educación, oportunidades de desarrollo, apoyo psicosocial y lingüístico adecuados, acceso a representación legal y otra asistencia en caso de ser necesario.¹²

(2) Contribuir a la determinación de una solución estable que responda al interés del NNA.¹³

(3) Servir de enlace entre el NNA y las organizaciones prestadoras de servicios.¹⁴

(4) Si redundan en el interés superior del NNA, asistirlo en la búsqueda de su familia y ayudarlo a mantener contacto con ella.¹⁵

En suma, las leyes chilenas no determinan claramente quién asume la responsabilidad legal de estos NNA, lo cual se aleja de lo dispuesto en las Directrices N.º 68, 100 y 101. Y si bien las mencionadas directrices no constituyen norma obligatoria en Chile, formando parte del denominado *soft law*, pueden tener efectos muy significativos, ya sea como paso previo para la creación de derecho, o como instrumento que influye en la toma de decisiones.¹⁶

¿Por qué es importante determinar en quién recae esta responsabilidad legal? Porque cuando la ley requiere la intervención de un representante legal para el ejercicio de ciertos derechos de NNA se plantean problemáticas si concurren a su cuidado otras personas o instituciones distintas de sus progenitores —que ejercen su patria potestad y, por ende, tienen la representación legal—. ¹⁷ Algunas son de orden patrimonial, como la dificultad al abrir cuentas de ahorro bancarias, cobrar becas o ayudas, bonos o incentivos de control sano en hospitales, apoyos a la escolaridad, y una serie de beneficios municipales; otras son de naturaleza extrapatrimonial, como internaciones psiquiátricas forzosas, o el ejercicio de acciones referidas a la salud, interrupción voluntaria del embarazo e identidad de género.¹⁸

Comparar para mejorar: la responsabilidad legal de NNA privados de cuidado parental en otros ordenamientos

Explicación metodológica

Escapa a los propósitos de este trabajo ofrecer un estudio comparado exhaustivo de la responsabilidad legal de NNA privados de cuidado parental; más bien, se expone un análisis suficientemente representativo de legislaciones recientes en la materia, que suelen ser consultadas en el área del derecho de familia y de la infancia en Chile, especialmente en las discusiones parlamentarias.

Por otra parte, este apartado presenta un examen predominantemente normativo, con lo cual solo cuando ello es pertinente se confrontan las leyes citadas con doctrina especializada. Y si bien fueron estudiados ordenamientos de países cuyas leyes aquí no se comentan,¹⁹ por razones de pertinencia al objeto de este trabajo, de espacio, y debido a que preferí detenerme en las legislaciones más recientes, las normativas seleccionadas fueron las siguientes.

Considerando las dos grandes regiones del continente latinoamericano, podemos afirmar que entre los países de México, Centroamérica y el Caribe, México Federal y Distrito Federal de México destacan no solo por declarar expresamente en sus Códigos Civiles la responsabilidad legal de NNA privados de cuidado parental, mediante una tutela legítima,²⁰ sino también por presentar la regulación más reciente de este grupo de naciones.²¹ En efecto, ella ha comenzado a construirse en 2008, siendo uno de sus últimos hitos una ley de 2015.

En lo que respecta a Sudamérica, Argentina cuenta con una moderna y reciente regulación de las instituciones de protección de derechos de NNA privados de cuidado parental —contenida en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) vigente desde 2015, en concordancia con la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 26.061 de 2005—, aunque sin declarar la existencia de una tutela automática del Estado.

En Europa destacan España, Cataluña, e Inglaterra y Gales. La primera, por contar, desde 1987, con una norma que declara una tutela estatal automática de la cual deriva el cuidado que la autoridad competente entrega a la persona o institución de amparo, y por haber implementado, en 2015, mediante las Leyes 8/2015 y 26/2015, una modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La Ley 14/2010, de 2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña, por su parte, es pionera en la delimitación de las hipótesis de intervención estatal.

Finalmente, con el objeto de ofrecer una breve pero necesaria mirada al sistema anglosajón, expondré el ordenamiento vigente en Inglaterra y Gales, cuya legislación, de 1989 y sus modificaciones de 2002, trasladan por completo la responsabilidad parental a la persona o personas con quienes pasa a vivir el NNA alejado de su familia.

Análisis legislativo

Al confrontar las leyes extranjeras examinadas con la realidad chilena, es posible confirmar la idea de que nuestro país carece de una regla legal que determine quién adopta decisiones en lugar de los sujetos titulares de la patria potestad —o de los guardadores en su caso— de un NNA separado de su medio familiar.

México Federal y Distrito Federal de México

El Código Civil Federal²² —CC Federal mexicano— y el Código Civil para el Distrito Federal²³ —ciudad de México— (CC del DF de la Ciudad de México) definen expresamente la situación jurídica de los NNA en acogimiento alternativo producto del desamparo: son puestos bajo tutela legítima de la persona que los hubiera acogido, que son los responsables del Centro de Asistencia Social (CAS), o la madre o el padre de la Familia de Acogida (FA),²⁴ quedando suspendida la patria potestad de los progenitores.

El desamparo es requisito para el consecuente acogimiento alternativo como medida especial de protección del NNA²⁵ (de forma similar a la catalana, como se verá luego). Cuando el NNA está en situación de desamparo bajo tutela de la persona que brinda el acogimiento alternativo, la ley otorga la tutela legítima a la persona física o moral²⁶ a cargo de su acogimiento.²⁷ En caso de que el NNA en situación de desamparo no haya sido acogido en CAS, la tutela será otorgada al gobierno del Distrito Federal, quien la ejercerá por medio del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.²⁸ La tutela otorga a los encargados del acogimiento las siguientes obligaciones: 1) alimentar y educar al NNA; 2) destinar, de preferencia los recursos del NNA, a la curación de sus enfermedades o rehabilitación si tiene problemas con el alcohol o las drogas; 3) administrar sus bienes (los que adquiera con su trabajo los administrará el adolescente si es mayor de 16 años); 4) representarlo judicial y extrajudicialmente, y 5) solicitar oportunamente la autorización judicial en los asuntos que se requiera.²⁹

España

Se ha afirmado que en España existen dos modelos: uno institucional y otro de índole funcional o asistencial.³⁰ El primero es el establecido por el legislador para cubrir, al menos teóricamente, aquellas situaciones en las que en condiciones normales (no de riesgo social) pueda verse envuelto un menor; aquí se ubican la patria potestad, la tutela, la curatela y el defensor judicial. El segundo modelo tiene lugar cuando por cualquier circunstancia el menor se ve apartado de esa normalidad, es decir, cuando no se cuenta con la asistencia necesaria para su desarrollo, encontrándose desamparado; aquí se ubican, fundamentalmente, la tutela y la guarda administrativa, los acogimientos con sus diversas modalidades y la adopción.³¹

Una vez que la entidad pública a que está encomendada en el territorio la protección de los menores constata que uno de ellos se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela automática de este.³² Esta es una medida administrativa de intervención rápida para hacer frente a las necesidades más inmediatas del menor, suspendiéndose la patria potestad.³³

Entonces, a diferencia de lo que ocurre en Chile, pero similarmente a lo comentado respecto de México Federal y Distrito Federal de México, existe claridad en cuanto a que los progenitores mantienen la titularidad de la patria potestad —no el ejercicio—, pero las funciones parentales son reemplazadas por funciones tutelares. Así, la guarda cede en favor de la Administración, la cual, a su vez, la ejerce a través de la figura del acogimiento, el que será preferencialmente familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del NNA, de carácter residencial. Sin ir más lejos, la entidad pública podrá establecer la cantidad que deben abonar los progenitores por concepto de alimentos y de gastos derivados del cuidado del menor y de la responsabilidad civil que pudiese imputársele.³⁴ La previsión de esta tutela legal en el Código Civil español (CCe) fue hecha por la Ley 21/1987, referida a la adopción; su establecimiento, compatibilizado con la patria potestad y la tutela ordinaria, permitió a las comunidades autónomas desarrollar su configuración, a excepción de Cataluña, que regula directamente el acogimiento.³⁵

El acogimiento fue introducido en el ordenamiento español por la mencionada Ley 21/1987; posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996 amplió su regulación. Recientemente, la figura ha sido objeto nuevas

reformas con las Leyes 8/2015 y 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha configurado su actual régimen jurídico.

Cataluña

La Ley 14/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña (LDOIA), se refiere a la declaración de desamparo,³⁶ la cual produce la asunción inmediata de las funciones tutelares por parte de la autoridad (Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia) y la suspensión de la potestad parental, aunque mantiene el deber de alimentos y pago de los servicios utilizados por los menores.³⁷ La tutela legal es recogida con un criterio distinto al del legislador nacional, pues su ejercicio se realiza mediante el acogimiento en sus distintas modalidades: acogimiento familiar,³⁸ acogimiento preadoptivo,³⁹ acogimiento en un centro público o concertado⁴⁰ y acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa⁴¹.

Inglaterra y Gales

La Children Act de 1989 regula la responsabilidad parental⁴² que asume la autoridad local (administrativa), por una parte, y la tutela de NNA respecto de los cuales no hay ejercicio de la responsabilidad parental, por otra.⁴³

La autoridad local, en virtud una orden de cuidado,⁴⁴ pasa a ejercer esta responsabilidad frente a NNA privados de cuidado parental, existiendo la posibilidad de que esta misma autoridad determine si alguien más puede ejercerla.⁴⁵

En otros casos, la autoridad local, al dictarse una orden de cuidado, puede compartir la responsabilidad parental de NNA con sus progenitores, pero bajo su control.⁴⁶

En tercer lugar, puede ejercer la responsabilidad parental un particular o la autoridad local en virtud de una orden de protección de emergencia, por no más de ocho días y solo para adoptar las medidas que resulten razonablemente necesarias.⁴⁷

Finalmente, el tutor o los tutores pueden ejercer la responsabilidad parental exclusivamente en virtud de la denominada *tutela especial*.⁴⁸

Argentina

A diferencia de las leyes extranjeras referidas, la Argentina no contiene una declaración general de adjudicación de responsabilidad legal de NNA en situación de acogimiento. No obstante, las situaciones en que estos NNA se encuentran son reguladas de forma tal que no queda duda de la existencia de un titular de la responsabilidad legal.

El encargado del hogar o el encargado de la familia de acogida en que se encuentre el NNA separado de su medio familiar podría ser designado tutor por el juez si es considerado la persona más idónea para brindarle protección y no tiene la tutela de otro NNA; en caso de ser otorgada la tutela general, el tutor administrará los bienes del NNA y ejercerá su responsabilidad legal en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de la actuación personal del NNA en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o el juez.⁴⁹

Los encargados de la familia de acogida o del hogar podrán ser designados tutores especiales del NNA, lo que implica que tienen solo facultades de administración de los bienes y de representación legal circunscrita

específicamente a un encargo encomendado, salvo cuando existen razones de urgencia hasta que se tramite la designación de un tutor, circunstancia en la que el tutor especial ejercerá las mismas facultades que el tutor general.

Conforme a la ley argentina, la tutela general a la que se ha hecho referencia está destinada a brindar protección a la persona y los bienes de los NNA sin plena capacidad civil y que no están sujetos a responsabilidad parental,⁵⁰ sea porque se extinguió su titularidad, o porque hay privación o suspensión de su ejercicio.⁵¹⁻⁵²

Como puede advertirse, además de la declaración de la responsabilidad legal de NNA privados de cuidado parental, los ordenamientos analizados cuentan con figuras legales específicas asociadas a la protección de estos NNA, como la tutela legítima, el acogimiento frente al desamparo, la delegación de la responsabilidad parental, la guarda judicial o la tutela general. Estas figuras se encuentran separadas de otras instituciones de protección de las personas en general (no solo de NNA) en los países que se estudiaron; salvo en el caso de Argentina, que mantiene en su ley de protección integral de NNA la regulación del acogimiento y, separadamente —en el CCyC—, las figuras de protección de NNA no sujetos al ejercicio de la responsabilidad parental (tutela) y de las personas incapaces en general (curatela).

Así, en Cataluña, las normas sobre tutelas y curatelas están contenidas en el Título II del Libro Segundo del Código Civil de 2010 (libro relativo a la persona y la familia), separadas de las relativas al acogimiento familiar y el preadoptivo, que están dentro del mismo Título II, sobre las “instituciones de protección de la persona”, pero en capítulos distintos.

En el caso de Inglaterra y Gales, la regulación sobre las tutelas (*guardianships*) de NNA de la Children Act data de 1989 —mismo año de esta ley— y ha sido modificada en 1991, 2005 y 2014, encontrándose regulada de forma separada de la responsabilidad parental.

En México, el Código Civil para la Ciudad de México, en su artículo 461, reformado en 2008, diferencia claramente entre los tipos de tutelas: cautelar, testamentaria, legítima, dativa y de los menores en situación de desamparo.

No es este el método seguido por el legislador chileno, como se explica en el siguiente apartado.

Soluciones para Chile: ¿qué ocurre con las guardas?

Como se ha afirmado, Chile no cuenta con normas que determinen específicamente las funciones jurídicas asociadas al cuidado que deben ejercer las personas e instituciones de protección de NNA privados de cuidado parental;⁵³ a mayor abundamiento, la regulación de los tipos de cuidado respecto de NNA se encuentra dispersa en la legislación.⁵⁴ En efecto, en estos casos pueden concurrir medidas de protección, que son esencialmente provisorias; la atribución del cuidado personal del NNA a terceras personas conforme al artículo 226 del Código Civil (CCch),⁵⁵ que ofrece mayor estabilidad en el tiempo en comparación con las medidas de protección pero que, como estas, incide solo en cuestiones de cuidado cotidiano y de residencia; y la guarda, conforme se verá enseguida, que es un estatuto protector más completo. Por ende, nuestro ordenamiento carece de complementariedad, existiendo, más aún, una superposición de figuras asociadas a la privación de cuidado parental, con aquellas de naturaleza más general vinculadas a la protección de incapaces, como las guardas.⁵⁶

El Estado chileno, a través de los tribunales de justicia, confiere el cuidado y la educación de tales NNA a las personas naturales o jurídicas a quienes el NNA es entregado. La resolución que priva de cuidados parentales entregando el NNA a personas, centros, residencias y familias de acogida no confiere atribuciones patrimoniales ni de representación legal respecto de este, sino solo de cuidado personal y educación. Señalé algunas de las problemáticas que esto puede ocasionar, tanto de orden patrimonial como extrapatrimonial.

La legislación actual no obliga al juez con competencia en materia de familia a pronunciarse sobre la titularidad de las funciones de representación judicial y extrajudicial del NNA y de administración de bienes si los tuviere, indicando en quién se mantiene o a quién se trasladan estas funciones y a través de qué mecanismo. El juez no está obligado a nombrar tutor o curador al NNA privado de cuidado parental; por tanto, de ser necesario ejercer estas funciones, la persona natural que mantiene al NNA en acogimiento deberá propiciar el otorgamiento de una guarda.⁵⁷

Y, como se indicó, son cinco los tipos de guarda que pueden ejercerse en favor de un NNA, de los cuales, la tutela o curatela ante la suspensión de la patria potestad (artículos 348 inciso primero y 267 CCch)⁵⁸ y la tutela o curatela ante la inexistencia de patria potestad (artículos 248 y 257 CCch),⁵⁹ son de carácter general, lo que significa, de acuerdo con el artículo 340 CCch,⁶⁰ que se extienden tanto a los bienes como a la persona del pupilo. Es decir, a ellas van asociadas las funciones de representación legal judicial y extrajudicial del NNA.

Por tanto, la regla general para los casos de NNA privados de cuidado parental debería ser la determinación de la guarda que tiene lugar ante la suspensión o inexistencia de la patria potestad; o bien, ante la concurrencia de la emancipación judicial, debido a que, en virtud del artículo 226 CCch,⁶¹ se ha declarado inhábiles a ambos progenitores (artículo 271 n.º 4 CCch)⁶² y ello posibilitaría la emancipación.

Ante esta situación, podría proponerse como solución que sea el propio juez con competencia en materia de familia el que dicta la medida de protección y quien determine la guarda del NNA, ya sea porque se suspende la patria potestad, o porque no existe o se verifican causales de emancipación judicial. Si bien las medidas de protección, que son provisorias, en principio no justificarían la emancipación judicial, esto podría matizarse, pues el CCch, en el artículo 271, en sus números 1.º y 2.º, considera la emancipación judicial en supuestos equiparables a la grave vulneración de derechos que justifica la aplicación de la medida de protección que priva al NNA de cuidado parental. Estos casos son: “1º. Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro. 2º. Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente”. Por su parte, varias de las situaciones en las que procede el nombramiento de guardador revelan incumplimiento grave de las funciones parentales —como las contenidas en el artículo 267 CCch⁶³—.

A mayor abundamiento, los deberes de cuidado y educación, conferidos por la medida de protección que separa al NNA de su familia, tienen como presupuesto la inhabilidad física o moral de sus progenitores —artículo 226 CCch,⁶⁴ en relación con el artículo 42 LM⁶⁵⁻⁶⁶—. Entonces, al verificarse conforme a esta interpretación, causas suficientes que justifican la emancipación judicial —artículos 271 y 273 CCch⁶⁷—, se pondría término a la patria potestad —artículo 269 CCch⁶⁸—, debiendo procederse a nombrar un tutor —si el NNA es menor de 12 o 14 años, según si es varón o mujer— o un curador —si es púber menor de 18 años—.

A falta de personas llamadas por ley a servir este cargo (guarda legítima), el juez que dicta la medida de protección en cuestión debe nombrar tutor o curador general a la persona que le parezca más idónea (guarda dativa), aunque sea provisoriamente. Nada impide que esta persona sea quien tiene por atribución judicial el cuidado personal del NNA de modo estable (según sea familiar o residencial el acogimiento). La persona nombrada por el juez como tutor o curador del NNA (aunque solo sea provisoriamente) tiene la representación legal del NNA y administra sus bienes en el caso de que los tenga.

Conclusiones

(1) La responsabilidad legal del NNA separado de su medio familiar no se encuentra establecida explícitamente en nuestro ordenamiento, con lo cual Chile se aleja de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de Niños.

(2) Para corregir esta situación, podría preverse una tutela estatal, al estilo español, que presente la ventaja de hacer patente el compromiso del Estado frente a la infancia y la adolescencia, y que podría efectuarse a nivel constitucional o, al menos, en la Ley 21.302 (Crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica) o en la Ley 21.430 (Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia).

(3) Otro camino es seguir las legislaciones mexicana y catalana expuestas, que contemplan directamente instituciones de protección para el cuidado alternativo una vez declarado el desamparo, institutos que podrían introducirse en la mencionada Ley 21.302; teniendo en cuenta que esta opción debería implicar modificaciones al Código Civil en materia de patria potestad, para regular su suspensión como consecuencia del desamparo, y adecuar las guardas, en lo que corresponda, a tales instituciones de protección.

(4) En subsidio, y como mínimo requerimiento, la autoridad competente —en nuestro país el juez con competencia en materia de familia— debería atribuir a la persona que recibe al NNA privado de cuidado parental en acogimiento el deber de adoptar decisiones en lugar de sus progenitores. Así, el juez de familia debería, en conformidad con las Directrices, una vez determinada la entrega en acogimiento y audiencia previa del NNA, atribuir a la persona o entidad designada como acogedora el derecho y la responsabilidad legal de adoptar decisiones en lugar de los progenitores que respondan al interés superior del NNA.

(5) A su vez, esta responsabilidad atribuida debería ser supervisada por el juez y/o por el Servicio de Protección a la Niñez (creado por la Ley 21.302), con el objeto de dar eficaz cumplimiento a las Directrices y satisfacción plena al interés superior del NNA, su derecho a ser oído conforme a su autonomía progresiva y su derecho a la vida familiar.

(6) Atendiendo al derecho vigente, esta última solución propuesta en orden a que sea el juez de familia que dicta la medida de protección en cuestión quien nombre, a falta de personas llamadas por ley a servir este cargo (guarda legítima), al tutor o curador general (guarda dativa), aunque sea provisoriamente, mejora solo parcialmente el problema expuesto en estas páginas.

(7) En efecto, el estatuto de las guardas no ha sido reformado integralmente, obedeciendo, no obstante el paso de los siglos, a las concepciones del Código Civil original de 1855. Entre los cuerpos que introdujeron las modificaciones sustanciales y transversales más recientes a las guardas destaca la Ley 19.585, de 1998, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, la cual contiene, en efecto, la última reforma al Título XXIII sobre las “Reglas Especiales Relativas a la Curaduría del Menor”. No obstante, esta curaduría no fue modificada por la Ley 19.968 de Tribunales de Familia, de 2004, ni por las citadas leyes 21.302 y 21.430, de 2021 y 2022, respectivamente.⁶⁹

(8) Este estatuto debería ser flexible e incorporar los principios arraigados en la legislación de familia e infancia, en general. En México Federal⁷⁰ y Distrito Federal de México,⁷¹ por ejemplo, la tutela legítima procede cuando no hay quien ejerza la patria potestad (ni otro tipo de tutor), y corresponderá a los hermanos; o, por falta o incapacidad de estos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive. Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez podrá elegir entre ellos al que le parezca más apto, salvo que el adolescente tenga 16 años, en cuyo caso decidirá él. Sin perjuicio de esto, el juez, por resolución motivada, podrá alterar el orden antes descrito atendiendo al interés superior del NNA. De forma similar, Argentina abandonó la preferencia por ciertos parientes, de forma que el juez debe otorgar la tutela general a la persona más idónea para brindar protección al NNA, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican su idoneidad.⁷²

(9) Creo que estas previsiones deberían implementarse en Chile. Constituye un desafío para el derecho civil nacional emprender la revisión del Código Civil para la sistematización y adecuación de su regulación sobre guardas, conforme a estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales.⁷³

Referencias

- Alejandra Illanes, *El derecho a vivir en familia y la subsidiaridad de la adopción a la luz del interés superior del niño*, 6 Revista de la Facultad de Jurisprudencia 37-69 (2019), <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=600263450002>
- Álvaro Paúl, *Soft law: ni Derecho ni tan blando*, *Temas de derecho internacional para el debate constitucional chileno* (2020), <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3688364>
- Carlos Martínez de Aguirre, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro derecho civil)*, 45 Anuario de Derecho Civil 1391-1498 (1992).
- Carolina Duprat, *Responsabilidad parental* (Erreius, 2019).
- Cristina Argelich, *Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo*, IV Revista de Derecho Civil 123-180 (2017), <http://hdl.handle.net/10459.1/70799>
- Daniela Jarufe, *Instituciones jurídicas de protección en sustitución de la familia. Tutelas y curatelas*, en Jorge Del Picó, Dir., *Derecho de familia* 615-640 (Thomson Reuters, 2016).
- Fabiola Lathrop, *Relaciones de cuidado y representación legal de niños, niñas y adolescentes*, en Fabián Elorriaga, coord., *Estudios de derecho civil XV* 133-142 (Thomson Reuters, 2020).
- In Brief, *Emergency Protection Orders (EPOs) in respect of children*, <https://www.inbrief.co.uk/child-law/emergency-protection-orders-children/>.
- Karen Broadhurst & Judith Harwin, *Crisis in child welfare and protection in England. Causes, consequences and solutions?*, en John Eekelaar and Rob George, eds., *Routledge Handbook of Family Law and Policy* 249-261 (Routledge, 2021).
- María de Montserrat Pérez, *Derecho de familia y sucesiones* (Universidad Nacional Autónoma de México, 2010).
- María Isabel Rodríguez, *Algunos problemas en torno a la duración del acogimiento familiar*, en María Elisa Morales & Pamela Mendoza, coord., *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Derecho Privado* 277-296 (DER, 2020).
- María Sara Rodríguez, *Manual de derecho de familia* (Jurídica, 2019).
- Marisa Herrera, *Manual de derecho de las familias* (Abeledoperrot, 2015).
- Mauricio Mizrahi, *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos* (Astrea, 2018).
- Mejor Niñez, <https://www.mejorninez.cl/colaboradores-2022.html>.
- Mide UC, *Informe Final Un diagnóstico del sistema de cuidados alternativos del Estado de Chile Niños, niñas y adolescentes privados de cuidado parental o en riesgo de estarlo* (Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013), http://www.observaderechos.cl/site/wp-content/uploads/2013/12/INFORME_FINAL.pdf
- Nel Greveen, *El cuidado personal de los niños en caso de muerte de ambos padres*, II Revista de Derecho de Familia 1-14 (2016).
- Save the Children, *Mapa sobre legislación y políticas en países en América Latina y el Caribe referidas a la participación de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones* (2018), https://resourcecentre.savethechildren.net/node/14317/pdf/mapa_legislacion_y_politicas_lac_participacion_nna_en_toma_de_decisione.pdf

Normas citadas

Derecho internacional

Convención sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 61/106, 13 de diciembre de 2006.

Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de Niños. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 64/142-2009, 24 de febrero de 2010.

Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores. Organización de Estados Americanos, Asamblea General, 15 de junio de 2015.

Derecho interno

Argentina

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina. Ley 26.994. Boletín Oficial, 8 de octubre de 2014.

Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Ley 26.061. Boletín Oficial, 26 de octubre de 2005.

Chile

Ley 16.618, Fija el texto definitivo de la Ley de Menores. Diario Oficial de la República de Chile, 8 de marzo de 1967.

Ley 19.585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario Oficial de la República de Chile, 26 de octubre de 1998.

Ley 19.620, Dicta normas sobre adopción de menores. Diario Oficial de la República de Chile, 5 de agosto de 1999.

Ley 19.968, Crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial de la República de Chile, 30 de agosto de 2004.

Ley 21.302, Crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica. Diario Oficial de la República de Chile, 5 de enero de 2021.

Ley 21.430, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Diario Oficial de la República de Chile, 15 de marzo de 2022.

Colombia

Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia. Ley 1.098. Diario Oficial, 8 noviembre de 2006.

España

Código Civil español. Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889.

Código Civil de Cataluña. Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, 13 de enero de 2003.

Ley 21/1987, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción, acogimiento familiar y otras formas de protección. Boletín Oficial del Estado, 17 de noviembre de 1987.

Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor. Boletín Oficial del Estado, 17 de enero de 1996.

Ley 14/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, 10 de diciembre de 2010.

Ley Orgánica 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado, 29 de julio de 2015.

Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado, 23 de julio de 2015.

Inglaterra y Gales

Children Act 1989, 16 de noviembre de 1989.

Adoption and Children Act 2002, 7 de noviembre de 2002.

México

Código Civil Federal. Diario Oficial de la Federación, 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

Código Civil para el Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal. 26 de mayo de 1928.

Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Diario Oficial de la Federación, 4 de diciembre de 2014.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 2867-2015, de 12 de abril de 2016.

Re D (2014) EWCA 315 & C v D & Anor (2018) EWHC 3312 (Fam), 28 de septiembre de 2018.

Notas

- * Artículo de investigación.
- 1 Naciones Unidas [NU], Asamblea General. N.º 64/142-2009. Al referirme a las “Directrices” o a la “Directriz”, aludo a ellas.
- 2 Directriz N.º 101.
- 3 Mide UC, *Informe Final. Un diagnóstico del sistema de cuidados alternativos del Estado de Chile Niños, niñas y adolescentes privados de cuidado parental o en riesgo de estarlo* 7 (Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013).
- 4 El artículo 8.º n.º 7 de la Ley 19.968, de Tribunales de Familia, de 2004, otorga a estos tribunales la competencia para conocer: “todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores”.
- 5 Este cuerpo normativo constituye la primera ley de protección integral de derechos de NNA en Chile y entró en vigencia en 2022.
- 6 La cual debe tener naturaleza judicial conforme a la primera parte del inciso 3.º del artículo 27 LG: “Ningún niño, niña o adolescente podrá ser separado de quien lo tenga legalmente a su cuidado, sin una orden judicial en la que se fundamente la necesidad y pertinencia de dicha medida de conformidad con las causales contempladas en la ley. La mera carencia de recursos materiales no podrá ser fundamento de la resolución que ordene la separación de un niño, niña o adolescente de su familia.”
- 7 Esta ley, que data de 1967, no fue derogada por la LG, cuestión altamente criticable, pues la LM contiene una normativa previa a la Convención sobre los Derechos del Niño, fundada en la doctrina de la situación irregular de menores. No obstante, el pasado 15 de septiembre de 2023, fue ingresado un proyecto de ley que la deroga (Boletín N.º 16.286-07. Proyecto de ley, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que modifica la Ley N.º 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y otros cuerpos legales, adecuándolos a la Ley N.º 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, y deroga la Ley N.º 16.618, Ley de Menores).
- 8 El artículo 30 LM señala que “en los casos previstos en el art. 8.º, números 7) y 8), de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. En particular, el juez podrá: [...] 2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial”.
- 9 La persona jurídica (o moral) no puede ser guardadora.
- 10 Directrices N.º 100 y 101.
- 11 Directriz N.º 101.
- 12 Letras a) y b) de la Directriz N.º 103.

- 13 Letra c) de la Directriz N.º 103.
- 14 Letra d) de la Directriz N.º 103.
- 15 Letras e), d) y g) de la Directriz N.º 103.
- 16 Álvaro Paúl, *Soft law: ni Derecho ni tan blando, Temas de Derecho Internacional para el debate constitucional chileno* 20 (2020). A mayor abundamiento, las Directrices son citadas y analizadas por la doctrina especializada de Derecho de Familias en Chile: Alejandra Illanes, *El derecho a vivir en familia y la subsidiaridad de la adopción a la luz del interés superior del niño*, 6 Revista de la Facultad de Jurisprudencia 47 (2019) y María Isabel Rodríguez, *Algunos problemas en torno a la duración del acogimiento familiar*, en María Elisa Morales & Pamela Mendoza, coords., *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Derecho Privado* 289 (DER, 2020).
- 17 Artículo 243 inciso 1.º CCCh. “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados”. El Título X del Libro I del CCCh, titulado “Patria Potestad”, contiene los siguientes párrafos: § 1. Reglas Generales; § 2. Del derecho legal de goce sobre los bienes de los hijos y de su administración; § 3. De la representación legal de los hijos; § 4. De la suspensión de la patria potestad; y § 5. De la emancipación.
- 18 Fabiola Lathrop, *Relaciones de cuidado y representación legal de niños, niñas y adolescentes*, en Fabián Elorriaga, coord., *Estudios de derecho civil XV* 133-142 (Thomson Reuters, 2020).
- 19 Es el caso colombiano, que si bien declara que el Estado, en la cabeza de todos y cada uno de sus agentes, tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de derechos de NNA (inciso 2º del artículo 11 y artículo 41 N°6 Código de la Infancia y la Adolescencia, de 2006), no contiene un cuerpo actualizado de figuras de protección de derechos de NNA privados de cuidado parental en leyes civiles, asemejándose en este punto a Chile.
- 20 Adelanto que esta tutela legítima es similar a lo que el Código Civil chileno denomina *guarda legítima*; su artículo 366 establece que tiene lugar cuando falta o expira la testamentaria y, especialmente, cuando existe emancipación y suspensión de la patria potestad por decreto del juez.
- 21 Véase Save the Children, *Mapa sobre legislación y políticas en países en América Latina y el Caribe referidas a la participación de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones* 22 (2018).
- 22 Publicado el 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, modificado en lo que respecta a las materias que se comentan en 1997.
- 23 Publicado el 26 de mayo de 1929, modificado en lo que respecta a las materias que se comentan en 2008 y 2015. Cabe hacer notar que algunas de estas normas mexicanas y la gran mayoría de las disposiciones españolas —que revisaremos más adelante— se refieren al “menor” o a “menores”, término que merece cuestionamientos pues anula la calidad de sujetos de derechos de NNA. En adelante hablaré de menor o menores solo cuando haga referencia a la norma original citada.
- 24 Artículos 492 y 493 CC Federal mexicano, y artículos 492 a 494 D CC del DF de la Ciudad de México.
- 25 Artículo 26 Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (LGDNNA). De acuerdo con el artículo 492 CC Federal mexicano y los incisos 2.º y 3.º del artículo 492 CC del DF de la Ciudad de México, se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley están obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen; cuando la situación de desamparo se refiere a un menor cuyo origen se desconoce, se considera abandonado. Se considera situación de desamparo la que se produce de un hecho a causa de la imposibilidad, del incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la patria potestad, tutela o custodia de los menores de edad, cuando queden privados de la necesaria asistencia material o moral, ya sea en carácter de expósitos o abandonados. Por su parte, el artículo 30 bis I LGDNNA señala que los NNA acogidos en CAS serán considerados expósitos o abandonados una vez que transcurran 60 días naturales (corridos) sin que reclamen derecho sobre ellos o se tenga información que permita conocer su origen, salvo que la Procuraduría no cuente con elementos suficientes que den certeza sobre su situación, en cuyo caso el plazo se podrá extender por hasta 60 días naturales más.
- 26 Las personas morales desempeñarán la tutela en conformidad a la ley y a cada estatuto de la institución. María de Montserrat Pérez, *Derecho de familia y sucesiones* 168 (Universidad Nacional Autónoma de México, 2010).
- 27 De acuerdo con el inciso final del artículo 494 A CC del DF de la Ciudad de México, las responsabilidades, obligaciones y restricciones de los tutores existen independientemente de si el acogimiento es formal o informal; serán las mismas respecto de cualquier persona que, por cualquier circunstancia, brinde acogimiento.
- 28 Artículo 494 A CC del DF de la Ciudad de México. Conforme al inciso final del artículo 494 C del mismo cuerpo, la asunción de la tutela acarrea la suspensión provisional de la patria potestad y de la tutela ordinaria, no obstante, son válidos los actos patrimoniales de los padres o tutores que sean beneficiosos para al NNA.
- 29 Artículo 537 CC Federal mexicano y artículo 537 CC del DF de la Ciudad de México.
- 30 Distinción de Carlos Martínez de Aguirre, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro derecho civil)*, 45 Anuario de Derecho Civil 1478 (1992).

- 31 Daniela Jarufe, *Instituciones jurídicas de protección en sustitución de la familia. Tutelas y curatelas*, en Jorge del Picó, Dir., Derecho de Familia, nota al pie 733 (Thomson Reuters, 2016).
- 32 Artículo 172.1 Código Civil español (CCe). Con “Entidad Pública” refiere a la Administración.
- 33 El CCe trata de que la constitución de la tutela sea inmediata al hecho o situación que la determina. Para ello establece la actuación de oficio o a instancia de parte, la acción pública de denuncia, la obligación de denunciar impuesta a determinadas personas y al Ministerio Fiscal, con la peculiaridad de que el incumplimiento de la obligación de promover la constitución de la tutela impuesta a los particulares, lleva consigo, en su caso, la de indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme a su artículo 229. Martínez de Aguirre, *supra* nota 30, pág. 1469.
- 34 Artículo 172.4 CCe.
- 35 Cristina Argelich, *Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo*, IV Revista de Derecho Civil 139 (2017).
- 36 Artículos 105-150. El artículo 105 LDOIA señala que “se consideran desamparados los niños o los adolescentes que se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar”.
- 37 Artículos 109.1, 4 y 5 LDOIA y 228-6.2, Código Civil de Cataluña (CCCat).
- 38 Conforme al artículo 126 LDOIA este acogimiento puede ser simple o permanente. El primero debe acordarse si se prevé que el desamparo será transitorio, y puede tener diferentes modalidades; su tipología y duración deben establecerse reglamentariamente. El acogimiento familiar permanente debe acordarse si se prevé que el desamparo será definitivo y no se considera más favorable para el interés del niño o el adolescente la aplicación del acogimiento preadoptivo o cuando este no sea posible. De acuerdo al artículo 127.1 LDOIA, el acogimiento familiar, simple o permanente, puede constituirse en la familia extensa del niño o el adolescente o en familia ajena, teniendo preferencia la primera de ellas (párrafo 3.º). Por su parte, el artículo 120.2 y 3 LDOIA señala que las medidas de acogimiento familiar, siempre que sea posible, tienen preferencia respecto de las que conllevan el internamiento del menor o la menor en un centro público o concertado; y que el niño o el adolescente para cuya protección es necesaria la aplicación de la medida de acogimiento en familia ajena o en centro tiene derecho a ser acogido lo más cerca posible de su domicilio, salvo que no le resulte beneficioso.
- 39 De acuerdo al artículo 147.1 LDOIA se trata de un paso previo para la adopción, y se acuerda en los siguientes casos: a) cuando no es posible la reintegración del niño o adolescente en su familia de origen y se considera que lo más favorable a su interés es la plena integración en otra familia mediante la adopción; b) cuando los progenitores o titulares de la tutela lo solicitan a la entidad pública competente y hacen abandono de los derechos y de los deberes inherentes a su condición.
- 40 De acuerdo con el artículo 132.1 LDOIA, procede cuando se prevé que el desamparo o la necesidad de separación de la propia familia serán transitorios y no ha sido posible o aconsejable el acogimiento por una persona o una familia. Es también aplicable cuando, existiendo los requisitos para el acogimiento preadoptivo, este no ha podido constituirse.
- 41 Conforme al artículo 131.2 LDOIA, tiene lugar respecto de niños o adolescentes con diversidad funcional, grupos de hermanos y otros en dificultades especiales o con necesidades educativas especiales.
- 42 La responsabilidad parental comprende el conjunto de derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tiene un padre o madre de un niño, en relación al niño y sus bienes (section 3[1]). No puede ser removida de los progenitores, salvo en el caso de la adopción y, de forma particularmente excepcional, por un tribunal, cuando se den circunstancias especialmente graves (Re D [2014] EWCA 315 & C v D & Anor [2018] EWHC 3312 (Fam), 28 de septiembre de 2018).
- 43 Section 5-6.
- 44 Una orden de cuidado es una medida decretada por el tribunal, a petición de la autoridad local, que tiene por objeto proteger a un niño en alguna de las siguientes hipótesis: (1) que el niño en cuestión sufre, o es probable que sufra, un daño significativo; y (2) que el daño, o la probabilidad de daño, sea atribuible a: (i) el cuidado que se le brinda al niño, o que es probable que se le brinde si no se concede la orden, no siendo lo que sería razonable esperar de un progenitor; o (ii) el hecho de que el niño esté fuera del control parental (Children Act 1989, section 31[2]).
- 45 Children Act 1989, section 33(3).
- 46 Children Act 1989, section 3.4.
- 47 Children Act 1989, section 44(5)(b). La orden de protección de emergencia es una figura de naturaleza cautelar que otorga responsabilidad parental temporalmente. Es una orden emanada del tribunal frente a la solicitud formulada por cualquier persona (un particular o la autoridad local) si se considera que un niño necesita protección inmediata frente a la posibilidad de sufrir un daño significativo inminente. Véase In Brief, *Emergency Protection Orders (EPOs) in respect of children*.
- 48 Establecida en la Adoption and Children Act 2002, que modificó la sección 14 de la Children Act 1989. La tutela especial se ubica entre la orden de arreglo de niños (que determina que un niño debe vivir con alguien, lo que solía llamarse orden de residencia) y la adopción, que corta todos los lazos legales entre un niño y su familia biológica. Karen Broadhurst &

- Judith Harwin, *Crisis in child welfare and protection in England. Causes, consequences and solutions?*, en John Eekelaar & Rob George, eds., Routledge Handbook of Family Law and Policy 257 (Routledge, 2021).
- 49 Artículo 411 CCyC.
- 50 Inciso 1.º artículo 104 CCyC.
- 51 Artículos 700 a 703 CCyC.
- 52 Cabe señalar que el NNA puede encontrarse, además, en otras situaciones. En primer lugar, en virtud de la delegación de la responsabilidad parental, los progenitores, en interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente por el plazo máximo de un año, renovable por razones fundadas, acuerdo que deberá ser homologado judicialmente debiendo oírse al NNA (artículo 643 CCyC). Esta delegación importa que la protección de la persona y bienes del NNA (y la consecuente representación legal en las cuestiones de carácter patrimonial) quede a cargo del pariente por decisión del juez, si ello es beneficioso para el interés superior del NNA (inciso 3.º artículo 104 CCyC; Mauricio Mizrahi, *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos* 324, 325 y 458 [Astrea, 2018]; y C. Duprat, *Responsabilidad parental* 515 [Erreius, 2019]). Por su parte, la guarda judicial del NNA es otorgada a un pariente, por un año prorrogable, por razones de especial gravedad relacionadas con un inadecuado o imposible ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 657 CCyC); en este caso los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio de esta institución, teniendo el pariente guardador el cuidado personal del NNA, las facultades para tomar decisiones relativas a su vida cotidiana (Marisa Herrera, *Manual de derecho de las familias* 640 [Abeledoperrot, 2015] y Mauricio Mizrahi, *Id.*, pág. 460) y estando el juez facultado, en caso de ser más beneficioso para el interés superior del NNA, a otorgarle también la protección de los bienes y la representación legal a este pariente guardador (esta última limitada exclusivamente a cuestiones patrimoniales) (inciso 3.º artículo 104 CCyC). Finalmente, el NNA podría encontrarse bajo la guarda delegada de su progenitor afín, es decir, del cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del NNA (artículo 672 CCyC); y que para ejercer la administración de los bienes y representación legal del NNA, deberá solicitar se le designe como tutor.
- 53 Existen solo orientaciones técnicas y protocolos que pueden consultarse en la página de internet de Mejor Niñez del 2022.
- 54 Existen al menos seis tipos de cuidados de NNA regulados en el CCch y leyes especiales: a) cuidado de hecho a consecuencia del abandono del NNA o de ausencia de su hogar (artículos 240 y 241 CCch); b) cuidado personal provisorio concedido a posibles adoptantes (artículo 19 de la Ley 19.620, de Adopción); c) cuidado personal en contextos de separación de los progenitores (artículos 225 y 225-2 CCch); d) cuidado personal que ejerce una persona en caso de inhabilidad física o moral de ambos progenitores (artículo 226 CCch); e) el concedido como medida cautelar especial en virtud de la letra b) del artículo 71 LTF; f) el otorgado mediante medida de protección de acogimiento residencial o familiar, que separa al NNA de su familia (artículo 30 LM).
- 55 Artículo 226 CCch: “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”.
- 56 Greveen alude a la confusión derivada de pervivir paralelamente el cuidado personal y las guardas: las confusiones sobre a qué se extienden las guardas, particularmente en sus diferencias con la patria potestad que subrogan, pueden derivar del hecho de que el CCch hizo una innovación respecto de las legislaciones de la época: distinguió entre patria potestad y cuidado personal, y cuando tuvo que traspasar esa diferenciación a las guardas incurrió en renuncios. Pero también puede derivar de la circunstancia de que la normativa del Título XIX del Libro I del CCch no haya sido tocada desde su dictación, al contrario de la referida al cuidado personal y patria potestad, que sí ha sido transformada. Nel Greveen, *El cuidado personal de los niños en caso de muerte de ambos padres*, II Revista de Derecho de Familia 5 (2016).
- 57 Sobre las guardas, puede revisarse María Sara Rodríguez, *Manual de derecho de familia* 93-133 (Jurídica, 2019).
- 58 Artículo 348 inciso primero CCch: “No se puede dar tutor ni curador general al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda en alguno de los casos enumerados en el artículo 267”. Artículo 267 CCch: “La patria potestad se suspende por la demencia del padre o madre que la ejerce, por su menor edad, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes, y por su larga ausencia u otro impedimento físico, de los cuales se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee. En estos casos la patria potestad la ejercerá el otro padre, respecto de quien se suspenderá por las mismas causales. Si se suspende respecto de ambos, el hijo quedará sujeto a guarda”.
- 59 Artículo 248 CCch: “Se nombrará tutor o curador al hijo siempre que la paternidad y la maternidad hayan sido determinadas judicialmente contra la oposición del padre y de la madre. Lo mismo sucederá respecto del hijo cuyos padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad o cuya filiación no esté determinada legalmente ni respecto del padre ni respecto de la madre”. Artículo 257 CCch: “Habrá derecho para quitar al padre o madre, o a ambos, la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo, o de grave negligencia habitual, y así se establezca por sentencia judicial, la que deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. Perderá también la administración siempre que se suspenda la patria potestad, en conformidad con el artículo 267”.

- 60 Artículo 340 CCch: “La tutela y las curadurías generales se extienden no sólo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ellas”.
- 61 Véase *supra* nota 55. Cabe recordar que si bien estas causales de inhabilidad física o moral son muy graves, no ameritan la suspensión de la patria potestad. Es de recordar también que estas causales deben ser concordadas con el artículo 42 LM (ver nota al pie 66), normativa que, como se señaló anteriormente, es previa a la CDN, razón por la cual no menciona como criterio rector el interés del hijo y utiliza un lenguaje propio de la concepción de situación irregular (en especial, la que alude a “otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”).
- 62 Artículo 271 n.º 4 CCch: “La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez:4.º. En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad”.
- 63 Artículo 267 CCch: “La patria potestad se suspende por la demencia del padre o madre que la ejerce, por su menor edad, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes, y por su larga ausencia u otro impedimento físico, de los cuales se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee. En estos casos la patria potestad la ejercerá el otro padre, respecto de quien se suspenderá por las mismas causales. Si se suspende respecto de ambos, el hijo quedará sujeto a guarda”.
- 64 Véase *supra* nota 55.
- 65 Artículo 42 Ley LM: “Para el solo efecto del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral.1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente.2.º Cuando padecieren de alcoholismo crónico.3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo.4.º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio.5.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores.6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad.7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.
- 66 Cabe recordar que de verificarse alguna de las causales de inhabilidad a que se refiere el artículo 226 CC, se puede declarar la susceptibilidad de adopción, cumpliendo los requisitos legales. Esto está regulado en el artículo de la Ley 19.620, de Adopción: “Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: 1. Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil”.
- 67 Artículo 271 CCch: “La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez.1º. Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro.2º. Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente.3º. Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad, .4º. En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad.La resolución judicial que decreta la emancipación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo”.Artículo 273 CCch: “El hijo menor que se emancipa queda sujeto a guarda”.
- 68 Artículo 269 CCch: “La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso. Puede ser legal o judicial”.
- 69 El Tribunal Constitucional ha hecho notar la desactualización de estas normas al declarar la inconstitucionalidad del artículo 367 CCch para el caso concreto sometido a su conocimiento, estableciendo que esta norma contiene un orden de prelación rígido y carente de garantías para NNA. Véase Sentencia Rol 2867-2015 del 12 de abril de 2016 (considerando 35). El referido artículo 367 establece: “Los llamados a la tutela o curaduría legítima son, en general.Primeramente, el padre del pupilo.En segundo lugar, la madre.En tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo.En cuarto lugar, los hermanos de uno y otro sexo del pupilo, y los hermanos de uno y otro sexo de los ascendientes del pupilo.Si no hubiere lugar a la tutela o curaduría del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones”.
- 70 Artículos 483 y 484 CC Federal mexicano.
- 71 Artículos 483 y 484 CC DF de la Ciudad de México.
- 72 Artículo 107 en relación con el artículo 106 CCyC.
- 73 No son objeto de análisis en este trabajo, pero dicha adecuación debería observar, entre otros instrumentos internacionales, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención de Derechos de las Personas Mayores, ambas ratificadas por Chile, que fijan estándares sobre la protección de la capacidad jurídica de las personas.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Cómo citar: Fabiola Lathrop, *Hacia una tutela estatal de niños, niñas y adolescentes privados de cuidado parental en Chile*, 73 Vniversitas (2024). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj73.hten>