



INFORME FINAL

ESTUDIO DE APOYO JURÍDICO EN FORMULACIÓN DE GARANTÍA JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

JEFA DE PROYECTO

Miriam Lorena Henríquez Viñas

EQUIPO DE CONSULTORES

Miriam Lorena Henríquez Viñas

José Ignacio Núñez Leiva

Ricardo Antonio Garrido Álvarez

Luis Ignacio De Ferari Vial

ADJUDICATARIO DEL ESTUDIO

Luis Ignacio De Ferari Vial

ACCIÓN DE TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

INTRODUCCIÓN

El presente informe es el resultado de la Propuesta Técnica de Estudio “Apoyo Jurídico en Garantía Judicial de los Derechos de la Niñez”, encomendado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia (en adelante MINSEGPRS) y el Consejo Nacional de la Infancia (en adelante e indistintamente, el Consejo), en el marco de la tramitación del Proyecto de Ley de Garantías de los Derechos de la Niñez, boletín parlamentario N° 10315-18 (en adelante, “el Proyecto”). Las bases técnicas y administrativas fueron aprobadas por MINSEGPRES en virtud de la resolución exenta N° 3918, de fecha 9 de noviembre de 2015. El estudio, en conformidad con las bases, se licitó en el portal de compras públicas del Estado, www.mercadopublico.cl, bajo el ID 617-15-LE15, adjudicándose al oferente, Sr. Luis Ignacio De Ferrari Vial, en virtud de la resolución exenta N°4177, del MINSEGPRES, de fecha 14 de diciembre de 2015.

El objetivo general de este trabajo es estudiar y proponer una acción de tutela de los derechos de la niñez, a partir del Informe del año 2014 de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, intitulado “Definición de principios rectores de carácter jurídico e institucional para el desarrollo de una política pública de garantía de los derechos de niños en Chile” (en adelante “el Informe UDP), coherente con el sistema de garantías del Proyecto de Ley de Garantía de los Derechos de la Niñez.

Los objetivos específicos del presente informe son: a) asesorar jurídicamente al mandante en la formulación de un anteproyecto para la garantía judicial de los derechos del niño, niña o adolescente, complementario y coherente con “el Proyecto” y que considere la naturaleza de la acción, sus presupuestos, legitimado activo y pasivo y tribunal competente. No se contempla una asesoría jurídica sobre el procedimiento (plazo, formalidades de la interposición, tramitación, vías de impugnación y en general ningún aspecto procesal) por no formar parte de las bases técnicas. Sin perjuicio de lo anterior, algunos elementos contenidos en este informe conectan con elementos sobre el procedimiento que se mencionarán y analizarán; b) considerar como antecedente de la asesoría jurídica el Informe del año 2014, de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, antes referido; c) analizar el impacto normativo de la propuesta y la factibilidad jurídica de su

implementación; d) analizar la relación de la acción propuesta con otras acciones constitucionales y legales y con la protección administrativa de “el Proyecto”; y e) analizar las estrategias y lineamientos para la discusión e incorporación de la acción en la legislación nacional.

Para la consecución de los objetivos generales y específicos expuestos se seguirá el siguiente plan de trabajo. En primer término, se expondrá la justificación de la necesidad de una acción de tutela de los derechos de la niñez. Luego se analizará la naturaleza de la acción de tutela buscando su coherencia con el contenido de la sentencia, los presupuestos de procedencia, la legitimación activa y pasiva y el tribunal competente. Para dar paso a un examen sobre la relación de la acción de tutela con otras acciones constitucionales y legales vigentes, vinculando éstas con los requisitos de admisibilidad de la acción y lo relativo a la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Para proseguir con un análisis del impacto normativo y de la estrategia de incorporación de la acción en los proyectos legislativos en trámite. Finalmente, las correspondientes conclusiones.

Metodológicamente, en el desarrollo de los acápites antes señalados se harán referencias a “el Informe UDP” sobre su pertinencia e idoneidad, así como de las correcciones que se sugieran, en caso de proceder. Todo, con base en la normativa, dogmática y práctica nacional y comparada sobre la materia, cuyas fuentes se consignarán al final del trabajo bajo el título Fuentes y Bibliografía.

Cabe señalar que este informe, en virtud de su estrecha vinculación con elementos y categorías del Derecho Público y la Teoría del Derecho, fue desarrollado en estas materias por la Dra. Miriam Lorena Henríquez Viñas¹ y el Dr. (c) José Ignacio Núñez Leiva², correspondiendo a los abogados, señores Luis Ignacio De Ferari Vial³ y Ricardo Antonio Garrido Álvarez⁴, desarrollar los componentes que forman parte de la Dogmática

¹ Doctora en Derecho, U. de Santiago de Compostela. Magister en Derecho Constitucional, U. Católica de Chile. Abogado, U. Nacional del Comahue, Argentina. Profesora de Derecho Constitucional y Solución de Conflictos Normativos: U. Alberto Hurtado, LLM UC y Magister en Derecho U. de Chile. Directora Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho U. Alberto Hurtado.

² Doctor © en Derecho, U. Castilla La Mancha. Magister en Derecho Constitucional, U. Católica de Chile. . Diplomado en Metodologías de Investigación e Intervención Social, Universidad Alberto Hurtado, Diplomado en Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay. Abogado, U. Católica de Chile. Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho: Investigador Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Profesor en programa LLM UC, Magister en Derecho Público UFT y Magister en Derecho Constitucional Universidad Surcolombiana.

³ Abogado, Universidad de Chile. Diplomado en Reforma Procesal Penal y Derecho Penal Económico, Universidad Alberto Hurtado. Profesor del ramo Socio-Jurídico “Reformas al Estado”, Universidad Alberto Hurtado.

⁴ Abogado, Universidad de Chile. Magister en Derecho Procesal, Universidad de Rosario. Profesor del ramo Lógica Jurídica, Universidad de Atacama.

relacionada con los Derechos del Niño y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para concluir esta Introducción y para una mejor comprensión de los acápites siguientes se transcribe, en lo pertinente, “el Informe UDP”:

“Art. 37. Acción de tutela jurisdiccional. Todo niño que sea lesionado en el legítimo ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales que hayan sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y en las leyes, o cualquier persona en su nombre, podrá recurrir ante el Tribunal de Familia competente a solicitar la tutela de sus derechos. Quien ejerza la acción de tutela podrá hacerlo personalmente o representado por un abogado.

Se entenderá que los derechos y garantías de un niño resultan lesionados cuando los órganos del Estado, por acción u omisión, limitan su pleno ejercicio sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos en que proceda, no podrá interponer la acción de tutela judicial cuando ésta se refiera a los mismos hechos.

Art. 39. Primeras actuaciones. La presentación en la que se solicita la tutela judicial deberá contener la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la lesión de derechos alegada, y deberán acompañarse todos los antecedentes en los que se fundamente.

Una vez que la acción de tutela es admitida a tramitación, el tribunal, de oficio o a petición de parte, y con el mérito de los antecedentes acompañados en la presentación donde se solicita la tutela judicial, adoptará las medidas cautelares que resulten necesarias para evitar mayores o nuevas lesiones a los derechos del niño afectado.

Art. 41. Sentencia. Con el mérito de lo expuesto por las partes, de las pruebas ellas hayan acompañados al proceso y con las que el mismo Tribunal haya ordenado, se dictará sentencia. En la sentencia se ordenarán todas las medidas que resulten necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del niño cuyos derechos hayan sido lesionados. (...)

I. SOBRE LA NECESIDAD DE CONTAR CON UNA ACCIÓN DE TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

Los enunciados normativos portadores de derechos fundamentales suelen proporcionar los siguientes elementos para que sean identificados por los operadores jurídicos.

| BIEN JURÍDICO PROTEGIDO | TITULAR | CONTENIDO | LÍMITES | SUJETO OBLIGADO | GARANTÍA |
|---|--|--|--|--|--|
| Bien o valor que se protege por intermedio de un derecho. | Sujeto al cual el ordenamiento jurídico le reconoce o asigna un derecho. | Corresponde a aquella facultad dispensada al titular del derecho. Puede ser una habilitación de acción (inmunidad) o la facultad de exigir la satisfacción de una prestación de dar o hacer. | El perímetro de las facultades conferidas al titular del derecho. El primer límite esté constituido por los demás derechos. Sin embargo, en oportunidades la norma establece límites, pero en otras habilita al legislador para que los configure. | Sujeto al cual el ordenamiento impone el deber jurídico de satisfacer el contenido de un derecho. Distintos Niveles: Respeto. Promoción. Protección. Satisfacción directa. | Instituciones a través de las cuales el ordenamiento respalda la satisfacción de los Derechos. Distintos Tipos: Generales. Específicas. Abstractas. Concretas. |

Cuando un derecho adolece de alguno de tales elementos resulta incompleto o trunco. Inclusive, muta en su naturaleza. Por ejemplo, un aparente derecho subjetivo que carece de la identificación de su titular deviene en “obligación” y pierde su pretendida naturaleza de derecho.

En este ámbito, la doctrina nacional e internacional coinciden en que un elemento consustancial al concepto de derecho subjetivo es la existencia de una garantía que permita exigir al sujeto obligado respectivo su cumplimiento, inclusive en contra de su voluntad. De tal manera, suele afirmarse que un derecho carente de garantía constituye una expectativa, aspiración o disposición programática.

En tal sentido el célebre jurista Luigi Ferrajoli afirma que “es la estructura nomodinámica del Derecho moderno la que impone distinguir entre los derechos y sus garantías, en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes; la que obliga a reconocer que los derechos existen y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y prohibiciones existen sólo si también se encuentran normativamente establecidas.”⁵

Dentro del mismo orden de ideas, el catedrático italiano es contundente: “La consecuencia de la distinción entre derechos y garantías es de enorme importancia, no sólo desde el punto de vista teórico sino también en el plano metateórico. En el plano teórico supone que el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y la inexistencia de las segundas; y que, por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”.⁶ (El énfasis es nuestro).

Como bien afirma Santiago Sastre, el término garantía es quizás uno de los más empleados por el lenguaje jurídico. En un sentido amplio, y distinguiéndolo debidamente de los objetos protegidos, podemos entender que con el concepto garantía se alude a los instrumentos o medios mediante los cuales el Derecho protege y tutela un bien o valor⁷ o más específicamente a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales.⁸

Sin lugar a dudas, la principal forma de garantía de un derecho fundamental, es su positivación como tal. No en vano Zagrebelsky expresa – citando un pasaje de una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos - que el auténtico propósito de una declaración constitucional de derechos es sustraer ciertas materias de las controversias políticas⁹. Por ello suele destacarse el carácter contramayoritario de los derechos

⁵ FERRAJOLI (1999), p. 66.

⁶ FERRAJOLI (1999), p. 66.

⁷ SASTRE (2000) p. 48

⁸ FERRAJOLI (2008) p. 60.

⁹ Se trata de la sentencia recaída sobre el caso " *West Virginia Board of Education V. Barnette*", específicamente de la opinión del juez Robert Jackson.

fundamentales, pues el titular de un derecho de esta clase tiene la facultad de ejercerlo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiese estar peor porque ese algo se haga¹⁰.

En el Derecho internacional de los derechos humanos se recoge el enfoque expresado en los párrafos anteriores, en relación con la obligatoriedad de garantizar el ejercicio de los derechos por parte de los estados que suscriben los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En este sentido, la dogmática ha propuesto esquemas de análisis referidos a las normas comunes de los instrumentos internacionales de protección¹¹. En de este esquema, se encuentran las obligaciones generales de los estados, dentro de las cuales está la de garantía. La garantía de los derechos, por tanto, forma parte del elemento de las obligaciones generales de los estados parte, la cual los órganos de control exigen que sea efectiva y no meramente declarativa¹². Como señala Nash, la obligación de garantía “se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas de goce y ejercicio de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales”¹³. En síntesis, la obligación de garantizar “exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos”¹⁴.

En materia de derechos de la niñez, lo expresado resulta plenamente coincidente con los compromisos adquiridos por el Estado de Chile al ratificar los tratados internacionales sobre derechos humanos, especialmente la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En efecto, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en su jurisprudencia¹⁵ como en su Opinión Consultiva 17/2002¹⁶, los

¹⁰ BORDALÍ (2002) p. 63

¹¹ NASH (2008) p. 205

¹² Véase CORTE I.D.H.: *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, N° 1 párr. 166. En lo pertinente, la Corte interamericana señala “La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”. (El énfasis es nuestro)

¹³ NASH (2008) p. 208

¹⁴ MEDINA y NASH (2007) P. 19

¹⁵ Véase *Caso Villagrán Morales y otros*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 188

¹⁶ CORTE I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

niños y las niñas son portadores de “un muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de los derechos de los niños (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana)”¹⁷. La Corte Interamericana ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁸, puesto que “tanto el *corpus iuris* de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. En ésta “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.”¹⁹

La Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 2° que:

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. (El énfasis es nuestro)

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

A su turno, el artículo 4° de la Convención obliga a los Estados partes a adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (El énfasis es nuestro). El Comité sobre los Derechos del Niño ha observado, en relación con el deber de hacer efectivo los derechos de los niños, expresado en el artículo 4°, que es fundamental “hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y

¹⁷ CORTE I.D.H.: Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, par. 24, p. 51.

¹⁸ CORTE I.D.H.: Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, par. 87, p. 70.

¹⁹ CORTE I.D.H.: Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, par. 92, p. 72

disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva²⁰.

Como ha sostenido la doctrina, las garantías jurisdiccionales de un derecho pueden ser de diversa índole. Joaquín García Morillo, al referirse a los diversos mecanismos jurídicos de protección de los derechos fundamentales, distingue entre garantías abstractas y concretas.

Según su esquema, son del primer tipo todas aquellas previsiones constitucionales que no están vinculadas a la vulneración real y concreta de un derecho fundamental, sino que constituyen condiciones o requisitos, de carácter general - pero no por eso menos obligatorios - para la actuación de los poderes públicos o que limitan dicha actuación. Se trata, en síntesis, de limitaciones al margen de actuación de los poderes públicos y, en particular, de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y su objeto es evitar que normas de rango inferior a la Constitución, emanadas de alguno de los poderes citados, desarrollen los derechos fundamentales despojándoles del contenido y eficacia con que la Constitución pretende dotarles. Se las llama también garantías normativas y su destinatario no es el individuo, aunque este puede utilizarlas o invocarlas si conviene a su derecho²¹.

Se cuentan, para el caso chileno, dentro de este elenco de garantías, entre otras: la directa aplicabilidad de la Constitución y de los derechos fundamentales, las distintas reservas legales establecidas a favor de los derechos fundamentales de las personas, la salvaguardia del contenido esencial de los derechos fundamentales, el reconocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como límite al ejercicio de la soberanía y el control de constitucionalidad. Como puede apreciarse, esta clase de resguardos tiene como denominador común su estrecho vínculo con la protección de la supremacía constitucional.

Son, por su parte, garantías concretas, aquellos instrumentos reactivos que se ofrecen a las personas para que, en cada caso singular en que se repute ocurrida una vulneración de un derecho (sea por privación, perturbación o amenaza del mismo) puedan acudir ante el órgano competente y obtener la preservación de su derecho subjetivo o el restablecimiento del imperio del Derecho. Su finalidad no es prevenir una eventual actuación de los poderes públicos que, con carácter general, pretenda menoscabar la eficacia o alcance de los derechos subjetivos, sino proveer a cada persona la facultad de reaccionar ante las vulneraciones a sus derechos fundamentales. Se las denomina también

²⁰ Comité sobre los Derechos del Niño, Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), Observación General 5, CRC/GC/2003/5, 27.11.2003.

²¹ GARCÍA (1994) p. 27

garantías jurisdiccionales, pues todas ellas importan la posibilidad de requerir ante órganos de esa naturaleza la preservación del derecho conculcado²².

Considerando lo anterior, resulta imprescindible que los derechos contenidos y resguardados en “el Proyecto” estén dotados de una garantía jurisdiccional concreta, en virtud de su carácter de derechos subjetivos reconocidos, de la naturaleza de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile, y en consonancia con las ideas matrices del mismo proyecto. Esta garantía jurisdiccional concreta, según se argumentará más adelante, debe ser conocida por tribunales especializados, tener carácter cautelar y tutelar todos los derechos resguardados por el proyecto de marras.

II. NATURALEZA DE LA ACCIÓN

Las acciones protectoras de derechos fundamentales, ya constitucionales o legales, son: a) declarativas; b) cautelares; y c) de naturaleza contencioso administrativa.

Las acciones declarativas tienen como propósito proclamar la existencia de un derecho o la ocurrencia de una infracción a la preceptiva protectora de los derechos fundamentales. Son ejemplos de ellas, la reclamación por pérdida o desconocimiento de nacionalidad, contenida en el artículo 12 de la Constitución; la declaración de error judicial por la Corte Suprema, de conformidad con el artículo 19 N° 7 letra i) del mismo cuerpo normativo; y la acción de amparo económico del artículo único de la Ley 18.971²³.

Las acciones de naturaleza cautelar, por su parte, buscan la tutela del afectado en su derecho fundamental, constituyendo ejemplos de este tipo de acciones: el recurso de protección²⁴, el hábeas corpus²⁵; la acción de no discriminación arbitraria de la ley N° 20.609²⁶ y la acción de tutela de los derechos fundamentales del trabajador²⁷. Respecto de estas acciones, el tribunal competente está facultado para adoptar de inmediato todas las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Las acciones contencioso-administrativas tienen por objeto enjuiciar actos de la Administración del Estado. Son ejemplos de esta clase de acciones: el contencioso de

²² GARCÍA (1994) p. 41.

²³ Sobre la acción de amparo económico, ver PONCE DE LEÓN (), p. 119. En el mismo sentido ALVEAR (2013), pp. 184 – 191.

²⁴ PEÑA (2014), p. 35.

²⁵ HENRÍQUEZ (2014), p. 9.

²⁶ CASAS Y LAGOS (2014), p. 128.

²⁷ UGARTE (2006); GAMONAL (2007)

expropiación previsto en el artículo 19 N° 24; y la acción de nulidad de derecho público, deducible del artículo 7 inciso final, ambos de la Constitución.

Nuestra propuesta es que la acción de tutela de los derechos del niño, niña o adolescente (en adelante simplemente: derechos del niño)²⁸ se trate de una acción cautelar de urgencia y principal, cuyo objetivo sea asegurar la protección y el resguardo de sus derechos fundamentales, que dote al tribunal competente de facultades para: a) ordenar el cese inmediato de los actos lesivos de los derechos conculcados; b) instruir a quien corresponda la satisfacción inmediata de los derechos vulnerados; y c) determinar que se adopten todas las medidas tendientes a dispensar protección al niño afectado. Todo, con el objeto de reestablecer a la brevedad las condiciones propicias para el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales.

Por otra parte, sugerimos que además de ser una acción cautelar, sea de urgencia y principal²⁹, carácter que permite configurarla con ciertos méritos procesales, tales como: la posibilidad de adoptar medidas provisorias para proteger al afectado y dar satisfacción a sus derechos, un procedimiento informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado y abierto.

La propuesta coincide con “el Informe UDP”, en sus artículos 38 a 41, que sugiere un proyecto de artículo intitulado “acción de tutela jurisdiccional”. Con todo, parece necesario complementar dicha propuesta mediante la incorporación en los enunciados normativos respectivos, de manera explícita, de un conjunto de medidas de apremio que permitan al tribunal asegurar la celeridad del proceso que se inicie con la presente acción cautelar, además de la posibilidad de imponer multas a beneficio fiscal a las personas directamente responsables de la afectación de los derechos fundamentales del niño.

En tal sentido y sobre el particular, el enunciado que consigne la existencia de la acción podría iniciarse con el siguiente tenor:

“Acción de tutela de los derechos fundamentales del niño. Todo niño afectado en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los derechos del niño, en los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y en las leyes, podrá deducir la acción de tutela de los derechos del niño, ante el

²⁸ Se adopta la palabra “Niño”, para hacer referencia a niños, niñas y adolescentes, de conformidad a lo dispuesto por el artículo N°1 inciso final del proyecto de ley que expresa: “Para los efectos de esta ley, se entenderá por niño toda persona menor de dieciocho años, sin distinción de sexo. En caso de duda sobre si una persona es o no menor de dieciocho años, y siempre que vaya en beneficio de sus derechos, se presumirá que lo es.”

²⁹ Autónoma o principal, es decir no instrumental o accesoria a un proceso de declaración o ejecución definitivo. ZÚÑIGA (2007) p. 65.

Tribunal de Familia competente, a fin de obtener el restablecimiento del derecho y asegurar su debida protección, de conformidad a los artículos siguientes.”

De la misma manera, en un artículo distinto, se recomienda establecer un enunciado destinado a señalar las medidas de apremio y multas que puede aplicar el tribunal. Ello, en virtud de las razones expresadas a efectos de justificar la necesidad de esta acción: en Derecho, las “obligaciones” no acompañadas de mecanismos que aseguren su eficacia resultan estériles, lo que se torna especialmente relevante en materia de tramitación de acciones cautelares que eviten, rectifiquen o reparen, los efectos nocivos de conductas lesivas de derechos.

Medidas y multas para restablecer el imperio del Derecho. *Cuando la acción se interponga en contra de un órgano de Estado, si el funcionario responsable no evacua los informes o no diere cumplimiento a las diligencias, resoluciones o sentencias dentro de los plazos que el juez determine conforme a lo establecido en esta ley, el tribunal podrá imponer al renuente, oyéndolo o en su rebeldía, alguna o algunas de las siguientes medidas de apremio:*

- a) Amonestación.*
- b) Censura por escrito.*
- c) Multa a beneficio fiscal que no sea inferior a 1 ni exceda de 5 unidades tributarias mensuales.*
- d) Suspensión de funciones, hasta por cuatro meses, tiempo en el cual el funcionario gozará de medio sueldo.*

Si hubiere existido afectación de los derechos fundamentales del niño, el tribunal podrá aplicar una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas u órganos del Estado directamente responsables del acto u omisión.

Cuando la mencionada afectación proceda de un acto de carácter positivo, el tribunal ordenará su cesación inmediata. Tratándose de una omisión, se ordenará realizar el acto debido para lo cual el tribunal otorgará un plazo determinado. Esto último también procederá, de manera provisoria y en casos calificados, cuando de los antecedentes aportados por el actor se desprenda que la cesación inmediata de los efectos del acto u omisión denunciados resulta imprescindible para asegurar la vida, integridad o salud del niño.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal podrá adoptar cualquier otra medida que juzgue necesaria para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado.

III. CAUSALES DE PROCEDENCIA

El inciso segundo del artículo 37 del proyecto de articulado contenido en “el Informe UDP” señala que la acción procederá “cuando los órganos del Estado, por acción u omisión, limitan su pleno ejercicio sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.”

Sin perjuicio de lo que más adelante se expresará en torno a la condición de sujeto pasivo de la acción en análisis, es necesario tener presente que el artículo segundo de “el Proyecto” dispone respecto de los principales obligados a respetar los derechos de los niños que: “Es deber de los órganos de la Administración del Estado, de la familia y de la sociedad respetar, promover y proteger los derechos de los niños. La responsabilidad por el cuidado, asistencia, protección, desarrollo, orientación y educación corresponde preferentemente a los padres del niño. El padre y la madre ejercerán esta responsabilidad individual o conjuntamente, y en condiciones de igualdad, sea que vivan o no en el mismo hogar. Toda persona debe respetar y facilitar el ejercicio de los derechos de los niños, según las disposiciones del Título II de la presente ley. Las organizaciones de la sociedad civil que lleven a cabo funciones relacionadas con el desarrollo de los niños deben respetar, promover y velar activamente por sus derechos”

Por otra parte, y a propósito de la aplicación e interpretación de los derechos, se establece en los incisos segundo y tercero del artículo de “el Proyecto”: “Dicha interpretación deberá fundarse en el principio del interés superior del niño, así como en su edad, y grado de desarrollo y madurez. Aquellas limitaciones de derechos que sean el resultado de una decisión de un órgano del Estado deben ser excepcionales, por el menor tiempo posible y tener una duración determinada; sólo podrán tener lugar cuando estén previstas en la ley y sean estrictamente necesarias y proporcionales en relación a los derechos que pretende proteger”.

Por lo tanto, cualquier determinación de las causales de procedencia de una acción que garantice los derechos asegurados por “el Proyecto” debe tener como punto de partida los siguientes lineamientos básicos. A saber: a) que los sujetos obligados a satisfacer los derechos fundamentales de los niños no son únicamente los órganos del Estado; b) que la interpretación (y por tanto aplicación) de esos derechos está sujeta al principio del interés superior del niño, así como su edad, y grado de desarrollo y madurez; y c) se autoriza la aplicación de limitaciones al ejercicio de tales derechos por parte de los órganos de Estado

en la medida de que estén previstas en la ley y sean estrictamente necesarias y proporcionales en relación con los derechos que pretende proteger.

Sobre este último elemento, debemos hacer la prevención – aunque no sea directamente materia de este informe – que no compartimos la redacción empleada tanto en “el Proyecto” como en “el Informe”, pues ambos se refieren a las limitaciones que pueden establecer los órganos del Estado como una situación de excepción (en “el Proyecto”) o como un presupuesto de procedencia de la acción de tutela (en “el Informe”).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional y comparada, se encuentran contestes en que el establecimiento de “limitaciones a los derechos” es resorte de la autoridad legislativa³⁰ y que se trata de una facultad que la ley no puede delegar, cuestión que sí autorizarían los preceptos precitados³¹. En este mismo sentido, la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos entiende que las medidas que restringen un derecho humano, deben ser establecidas por la ley³². Como señala Nash, este requisito “es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que a expresión “ley” implica exigencias de forma y de fondo”³³

Considerando lo anterior, nuestra propuesta se aparta de la configuración de los supuestos de procedencia de la acción sugeridos por el “Informe UDP”, pues estimamos adecuada una acción que: a) amplíe los sujetos pasivos a todos quienes están obligados por “el Proyecto” a proteger los derechos de los niños; y b) establezca presupuestos distintos a las limitaciones de los derechos, pues éstas últimas sólo pueden configurarse por ley, no pudiendo ejercerse por una autoridad distinta del legislador; c) determine las condiciones de la actuación atentatoria del ejercicio de los derechos del niño, definiendo de qué tipos de actos se trata, el parámetro de la actuación antijurídica, los grados posibles de afectación del ejercicio de los derechos del niño, y finalmente la explicitación de los derechos que se encuentran amparados.

³⁰ Por eso la frase empleada en el enunciado arriba transcrito “Aquellas limitaciones de derechos que sean el resultado de una decisión de un órgano del Estado deben ser excepcionales, por el menor tiempo posible y tener una duración determinada; sólo podrán tener lugar cuando estén previstas en la ley” (el destacado es nuestro) puede generar dificultades e incluso potenciales inconstitucionalidades. Con todo, entendemos que el espíritu de la norma se orienta a regular y permitir condicionadamente limitaciones al ejercicio de los derechos, no limitaciones a los derechos. Por este motivo resulta aconsejable enmendar la redacción del texto para emplear este concepto.

³¹ Un claro ejemplo de norma de esta índole se encuentra en la parte final del inciso segundo del artículo 19 N° 24 de la Constitución, cuando expresa que: Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental (el énfasis es nuestro).

³² NASH (2008) p. 220

³³ *Ibidem*.

Presupuestos de procedencia: “Se entenderá que los derechos y garantías de un niño resultan lesionados cuando los órganos del Estado o particulares, mediante actos u omisiones, ilegales o arbitrarias, priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales asegurados en esta ley.”

Desde luego, consideramos que esta proposición de enunciado normativo satisface de mejor forma los ya mencionados criterios básicos de aplicación e interpretación contenidos en “el Proyecto”. Empero, también permite eludir dificultades conceptuales y de aplicación a que podría conducir la propuesta del “Informe UDP”.

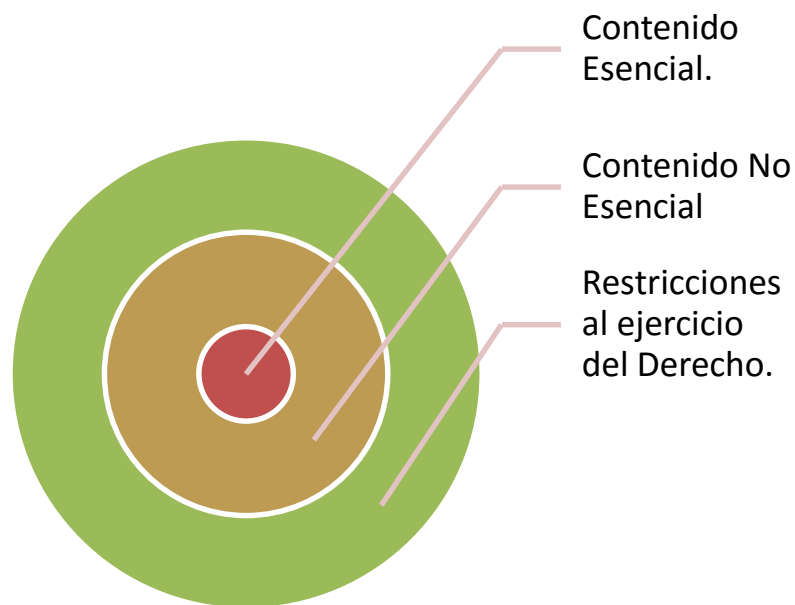
En efecto, el “Informe UDP” en este punto configura un *tipo infraccional* en base a una combinación de conceptos susceptible de conducir a importantes complejidades interpretativas. Como ya se ha expresado, la imposición de restricciones al ejercicio de derechos fundamentales se encuentra sujeta a reserva legal en virtud de numerosas disposiciones constitucionales, razón por la cual tanto para los órganos del Estado, como para los particulares, la única fundamentación para incurrir en conductas de tal índole puede encontrarse en la legislación. Luego, ampliar los casos en que se puede limitar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales a casos que tengan “justificación suficiente” desprotege los derechos fundamentales en lugar de tutelarlos.

Por otra parte, ya no en el ámbito de la justificación de las limitaciones, sino en el de su intensidad o severidad, los criterios sugeridos por el informe comentado emplean como baremos a la arbitrariedad, desproporción y respeto por el contenido esencial. Respecto de los dos primeros no se observan diferencias semánticas relevantes en su ámbito denotativo, pero sí en su filiación con instrumentos hermenéuticos. El empleo del binomio proporción/desproporción para evaluar la intensidad de actuaciones limitativas conecta directamente con el conocido *test de proporcionalidad*, metaprincipio frecuentemente empleado para resolver conflictos entre derechos fundamentales con estructura de principios explícitos. Sin embargo, a continuación, mediante el empleo de una conjunción alternativa se alude al respeto por el *contenido esencial* del derecho, instituto que tradicionalmente se emplea en otros ámbitos y que en su aplicación práctica genera dificultades de cohabitación con el test de proporcionalidad.

La noción de contenido esencial – generalmente – se ha empleado como un límite para las acciones legislativas que limitan el ejercicio de derechos³⁴. Tal como lo hace el artículo 19 N° 26 de la Constitución. Por tanto, no es de uso frecuente a la hora de resolver

³⁴ GARCÍA PINO (2000)

conflictos entre particulares o entre particulares y órganos de Estado distintos al legislador. De otra parte, la idea misma de contenido esencial es ambivalente. La identificación de un contenido esencial en un derecho implica necesariamente la existencia de otro contenido no esencial, el que por ser no esencial resultaría disponible. Luego ¿Es compatible asegurar el pleno ejercicio de derechos fundamentales con estimar que ellos tienen un segmento de sus contenidos que no son esenciales y por tanto prescindibles? ¿Cuál es - al fin - el derecho realmente protegido, el consignado en la ley o aquél que resulta luego de separar lo esencial de lo no esencial de su contenido?



Por otra parte, como lo reconoce el principal defensor del test de proporcionalidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán revela las posiciones encontradas en el nexo “proporcionalidad – contenido esencial”. En efecto, en algunas sentencias aquélla magistratura ha expresado que el contenido esencial es un límite a las medidas justificadas por el test de proporcionalidad, pero en otras, ha señalado que ese contenido esencial de los derechos fundamentales no sería otra cosa que en lo que caso a caso termina subsistiendo del derecho en cuestión luego de aplicar el referido test³⁵.

En atención a lo anterior, pareciera ser que la redacción que proponemos evita incurrir en los nudos gordianos que a nuestro juicio se siembran con la propuesta de “el Informe UDP”. Elude los mencionados inconvenientes al contemplar:

³⁵ ALEXY (2007), p. 257 y ss.

1. Los hechos (actos u omisiones) que pueden afectar el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños.
2. Los potenciales agentes de hechos lesivos de derechos fundamentales de los niños (evitando dificultades como las ya mencionadas).
3. Reduce la complejidad del razonamiento jurisdiccional al establecer como causales de justificación para la actuación del denunciado a la legalidad y la razonabilidad.
4. Las maneras de afectación de derechos fundamentales: amenaza, perturbación y privación. Secuencia cronológica y de intensidad que permitiría el ejercicio de esta acción con efectivos resultados cautelares, al mismo tiempo que proporciona al tribunal competente la facultad de adoptar, caso a caso, las medidas cautelares o de restablecimiento del imperio del Derecho más adecuadas.
5. Previene los inconvenientes hermenéuticos contenidos en el “Informe UDP”.
6. Determina que la evaluación de aceptación de la acción depende de la constatación elementos prácticos, a saber, el legítimo ejercicio del derecho potencialmente vulnerado y la ocurrencia de actos lesivos, todo lo anterior disminuyendo los márgenes de discrecionalidad judicial y sin optar por metaprincipios de solución de conflictos.
7. Resuelve la ambivalente relación entre “proporcionalidad” y “contenido esencial”.
8. Los tribunales de primera instancia se encuentran habituados a resolver asuntos de fondo, no solamente cautelares, tales como la procedencia de multas u otras sanciones o medidas de apremio que se sugieren en este informe.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

El artículo 37 de “el Informe UDP” expresa que la legitimación activa corresponde a “todo niño que sea lesionado en el legítimo ejercicio de los derechos” o “cualquier persona en su nombre”. Además, agrega que “Quien ejerza la acción de tutela podrá hacerlo personalmente o representado por un abogado.”

Nuestra propuesta no coincide con el referido Informe en tanto la amplía a un legitimado que excede al agraviado en el ejercicio de algún derecho fundamental o a sus representantes legales, para extenderla a cualquier persona que estime apropiado deducirla fundado en el interés general y en el máximo principio rector del Derecho de la Infancia: el interés superior del niño, establecido en “el Proyecto” en su artículo noveno.

Como se sabe, las alternativas posibles de legitimación activa de acciones de tutela de derechos fundamentales son: a) legitimado restringido: el afectado, como en el caso del *habeas data* cuyo legitimado es el titular de los datos³⁶; b) legitimado amplio: el afectado o cualquiera a su nombre, como en la acción constitucional de protección³⁷; c) legitimado subsidiario, al modo del artículo 4º de la Ley 20.609 que crea la acción de no discriminación arbitraria y que distingue dos supuestos. El primero, cuando el lesionado en el ejercicio de sus derechos fundamentales está en condiciones de interponer la acción, el segundo cuando el afectado esté imposibilitado de hacerlo, carezca de representante para tal cometido o el representante está impedido de deducirla. En el primer caso, la acción puede ser interpuesta por el afectado, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o su educación, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación. En el segundo supuesto, la acción puede ser interpuesta por cualquier persona a favor del afectado; d) el legitimado amplísimo: la acción popular, como en el caso del *hábeas corpus*³⁸ y la acción de amparo económico³⁹.

Nuestra propuesta concibe la acción de tutela de los derechos del niño como una acción popular amplia y con fines concretos.

Como se sabe existen dos corrientes de acciones populares: a) restringida – llamada por algunos como pública *strictu sensu* - en la medida que no permite a cualquier persona el ejercicio de la acción, sino que se lo adjudica a determinados entes, públicos o privados; y b) amplia, pues entiende las acciones populares como mecanismos de protección, ya de derechos colectivos o en los que está involucrado un interés común amenazado o dañado, al cual tiene acceso cualquier persona, tenga o no interés en el asunto. Con relación a los fines, las acciones populares pueden: a) perseguir fines abstractos, tales como la protección del principio de supremacía constitucional (en tal sentido el artículo 93 N° 7 de la

³⁶ Artículo 16 de la Ley 19.628.

³⁷ Artículo 2 del Auto Acordado sobre recurso de protección.

³⁸ Así la afirma Francisco Zúñiga quien dice que se trata de una acción popular de conformidad con el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal. ZÚNIGA Y PERRAMONT (2003), p. 124. Por su parte, José Luis Cea señala que el amparo es una acción popular o acción pública constitucional, circunstancia que la distingue del recurso de protección. CEA EGAÑA (2004), p. 276.

³⁹ PONCE DE LEÓN (2014), p. 103.

Constitución Política) o el principio de legalidad; y b) perseguir fines concretos, que buscan proteger intereses colectivos como derechos de niños, mujeres, discapacitados, etc.

La acción popular amplia y con un fin concreto se justifica en el interés de toda la sociedad en que los derechos del niño, amenazados o dañados, se restablezcan y para los afectados se dispongan medidas que aseguren su debida protección⁴⁰.

En tal sentido, nuestra propuesta de articulado sugiere:

Legitimación activa. *La acción podrá interponerse por cualquier persona en favor de los derechos lesionados del niño. Quien ejerza la acción de tutela podrá hacerlo personalmente o representado por un abogado.*

Por otra parte, y como anunciamos, el artículo 37 inciso segundo de “el Informe UDP” señala que la acción procederá contra los órganos del Estado”, excluyendo la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir descarta la posibilidad de que pueda accionarse vía tutela cuando el ejercicio de los derechos del niño ha sido afectado por otra persona, humana o jurídica, distinta del Estado. De esta forma, la propuesta contenida en “el Informe” es restringida, puesto que circunscribe los presupuestos de procedencia a ciertas limitaciones y que éstas provengan sólo del Estado.

Sin embargo, y en lo que respecta a este acápite, no se advierten razones para excluir como sujetos pasivos de la acción a la familia, a la sociedad o a todo particular, máxime si estos últimos también son destinatarios (sujetos obligados) de los derechos del niño de conformidad con el artículo segundo primer inciso de “el Proyecto” y, por ende, posibles ofensores de sus derechos, ya por actos u omisiones. El referido artículo segundo prescribe: *“Es deber de los órganos de la Administración del Estado, de la familia y de la sociedad respetar, promover y proteger los derechos de los niños.”* En un sentido coincidente, “el Proyecto” al referirse al interés superior del niño, en su artículo noveno, dispone que *“Todo niño tiene derecho a que en las actuaciones y decisiones que les afecten, sea que ellas provengan de autoridades legislativas, judiciales o administrativas, de las organizaciones de la sociedad civil, de instituciones privadas, o de los padres, representantes legales o personas que lo tengan legalmente bajo su cuidado, se considere su interés superior, entendido como el disfrute y satisfacción de sus derechos (...)”* (El énfasis es nuestro).

Por lo mismo, si lo que se busca en “el Proyecto” es que un niño no sea afectado en sus derechos fundamentales y que en el caso que lo sea pueda deducir una acción de tutela

⁴⁰ En un sentido coincidente la Constitución Colombiana de 1991, artículo 44, penúltimo inciso dispone: “Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

de sus derechos, no basta con prohibírsele sólo a los órganos del Estado, sino que también a las organizaciones de la sociedad civil, a las instituciones privadas, a los padres, a los representantes legales o a las personas que lo tengan legalmente bajo su cuidado, en fin, a toda persona, pública o privada, natural o jurídica⁴¹.

La estructura constitucional chilena, puntualmente las disposiciones constitucionales previstas en el artículo 6 inciso segundo (que trata sobre la eficacia directa de la Constitución y que señala que las disposiciones de la Constitución obligan también a toda persona, institución o grupo) y la amplísima redacción del artículo 20 (en cuanto a que el origen no se encuentra limitado en absoluto respecto de la persona de quien puede provenir) han favorecido la recepción en nuestro medio de la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁴².

A su vez, la doctrina constitucional chilena coincide mayormente en que el Estado no es el único sujeto pasivo de los derechos y que lo anterior se confirma atendida la formulación de las acciones de protección y amparo⁴³.

Por su parte, las acciones protectoras de derechos fundamentales, creadas paulatinamente por vía legal, han recogido de manera explícita la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Tales son los casos de la acción de no discriminación arbitraria y la tutela de los derechos del trabajador⁴⁴. Las acciones constitucionales, como el hábeas corpus y la acción de protección, reconocen implícitamente - al no distinguir el sujeto ofensor - como sujetos pasivos no sólo a los órganos del Estado, sino también a los particulares.

En tal sentido, nuestra sugerencia es un articulado del siguiente tenor:

Legitimación pasiva. *La acción podrá interponerse contra todo acto u omisión que provenga del Estado y los particulares.*

⁴¹ En un sentido coincidente la Constitución Colombiana de 1991, artículo 44, penúltimo inciso dispone: “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.”

Asimismo, el artículo 4 de la Constitución Mexicana, reformada en 2011, expresa: “Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.” Luego agrega: “El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”

⁴² ALDUNATE (2003), pp 14 y 15.

⁴³ NUÑEZ POBLETE (1997), pp. 315 – 330. MARTÍNEZ ESTAY (1998), pp. 59 - 64.

⁴⁴ AGUILAR Y CONTRERAS (2007), pp. 205 – 243.

V. TRIBUNAL COMPETENTE

El artículo 37 de “el Informe UDP” expresa que el tribunal facultado para conocer de la “acción de protección jurisdiccional” es “el tribunal de familia competente”.

Nuestra propuesta coincide con la del Informe, pero avanza al explicitar cuál es el tribunal de familia “competente”, disponiendo que puede serlo el tribunal de familia en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión antijurídica que afecta los derechos fundamentales del niño; o el tribunal de familia en cuyo territorio jurisdiccional tenga residencia o domicilio el afectado, a elección de este último⁴⁵.

Se excluye como tribunal competente en primera instancia a las Cortes de Apelaciones del país o la Corte Suprema, quienes tradicionalmente son competentes para conocer de las acciones constitucionales de amparo y protección.

Esto, por los siguientes motivos:

- a) Se cumple con un criterio fundamental en materia judicial que señala que las personas deben poder recurrir en primera instancia al tribunal más cercano posible, máxime si a quien se pretende proteger es a un niño cuyo derecho fundamental fue lesionado⁴⁶.
- b) Reconoce la especialidad de los tribunales de familia en la tutela de los derechos del niño. Las reformas procesales llevadas a efecto en el ámbito penal, laboral y de familia han revalorizado la primera instancia, permitiendo al juez un control total y acabado del proceso, tomando contacto directo con las partes, sus alegaciones y la prueba rendida.
- c) Favorece el acceso a la justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a ser oído – especialmente para las víctimas – se materializa que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones⁴⁷.

⁴⁵ En un sentido semejante el artículo 195 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, Ley N° 17.823 que señala en su artículo 195° inciso quinto referido a la acción de amparo para la protección de los derechos de los niños y adolescentes: “Serán competentes en razón de la materia los Jueces Letrados de Familia.”

⁴⁶ Como dice Bordalí a propósito del recurso de protección y lo inconveniente que sea conocido por los tribunales de alzada: “Y si se trata de la tutela de derechos fundamentales, los bienes jurídicos más preciados por nuestra sociedad, con mayor razón ese ciudadano debe poder pedir tutela al tribunal que le es más cercano territorialmente.” Quien agrega: “idealmente ubicado próximo a su vecindario, pueblo o ciudad”. BORDALÍ (2006), p. 206.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 72; Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de octubre de 2008, párrafo 101; y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párrafo 140.

- d) Resulta fiel a la naturaleza de las acciones cautelares. Como es sabido, las Cortes de Apelaciones en determinados casos se encuentran lejos del ciudadano común. En los pueblos y zonas rurales implica que el afectado o su abogado tengan que trasladarse a otra ciudad. Si los tribunales competentes fueran las Cortes de Apelaciones del país se dificultaría y se encarecería el acceso a la justicia⁴⁸.
- e) La necesidad de mantener el sistema de doble instancia en las Cortes de Apelaciones. En tal sentido, la sentencia definitiva, la resolución que declare la inadmisibilidad de la acción y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución serán revisables la Corte de Apelaciones que corresponda.
- f) Faculta a que sea el legitimado activo quien decida si será competente el Tribunal de Familia en cuya jurisdicción se cometió el acto u omisión antijurídica o el Tribunal de Familia en cuyo territorio jurisdiccional tenga residencia o domicilio el afectado, según sea su conveniencia.

La propuesta de articulado en este acápite sugiere: ***Tribunal competente.*** *La acción deberá interponerse ante el Juzgado de Familia en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos del niño, niña o adolescente; o en cuyo territorio jurisdiccional tenga residencia o domicilio el afectado, a elección de este último.*

V. RELACIÓN CON OTRAS ACCIONES

Relación de la propuesta con las acciones de amparo o protección y demás acciones protectoras de derechos fundamentales

La Constitución Política de la República establece las siguientes acciones protectoras de derechos fundamentales que comparten su naturaleza cautelar: a) el hábeas corpus del artículo 21, que ampara la libertad personal y la seguridad individual; y b) la acción de protección del artículo 20, que protege los siguientes derechos previstos en el

⁴⁸ Como dice Bordalí a propósito del recurso de protección y lo inconveniente que sea conocido por los tribunales de alzada: “Y si se trata de la tutela de derechos fundamentales, los bienes jurídicos más preciados por nuestra sociedad, con mayor razón ese ciudadano debe poder pedir tutela al tribunal que le es más cercano territorialmente.” Quien agrega: “idealmente ubicado próximo a su vecindario, pueblo o ciudad”. BORDALÍ (2006), p. 206.

artículo 19: derecho a la vida, igualdad ante la ley, derecho a ser juzgado por los tribunales que establece la ley y que estén establecidos antes de la ejecución del hecho, derecho a la protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia, inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, libertades religiosas, derecho a elegir el sistema de salud, sea estatal o privado, libertad de enseñanza, libertad de opinión e información, derecho de reunión, derecho de asociación, libertad de trabajo, su libre elección y libre contratación, derecho de sindicalización, libertad para desarrollar cualquier actividad económica, derecho a no ser discriminado en el trato del Estado en materia económica, libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, derecho de propiedad, derecho de propiedad intelectual e industrial, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cuando sea afectado por un acto u omisión ilegales imputable a una persona o autoridad determinada.

Por su parte, en los artículos 1º primer inciso, 5º segundo inciso y en el encabezado del artículo 19º de la Constitución se dispone que el titular de los derechos son las personas. A diferencia de otras Constituciones, como la Constitución argentina, mexicana y colombiana, la Constitución Política de la República no contempla como un titular diferenciado de los derechos a los niños⁴⁹.

Como puede advertirse, las acciones constitucionales de amparo y protección tutelan: a) a todas las personas sin referencia a titulares diferenciados; y b) sólo ciertos derechos constitucionales. Es decir, algunos derechos contemplados en el artículo 19 de la Carta quedan excluidos de su amparo. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho a la

⁴⁹ Corresponde destacar el artículo 75 N° 23 de la Constitución de la Nación Argentina que dispone como atribución del Congreso Nacional: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

A su vez la Constitución Colombiana de 1991, artículo 44 dispone: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

El artículo 4 de la Constitución mexicana, modificado en 2011, establece: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”

educación y el derecho de petición. A diferencia de “el Proyecto” que considera las particularidades del niño como titular de derechos y consagra nuevos derechos (como el derecho a la identidad del artículo 12 y el derecho a vivir en familia del artículo 13) o reconoce al niño como titular de derechos no constitucionalizados directamente (tales como la protección contra la violencia, artículo 11 y la libertad ambulatoria del artículo 15).

En tal sentido, la acción de tutela de los derechos del niño se trata de una acción especial y diferenciable de las acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales de naturaleza cautelar, es decir, habeas corpus y acción de protección, pues se distingue: a) respecto de la acción de protección, en la legitimación activa amplísima; b) respecto de ambas, en el tribunal competente más cercano al afectado; c) respecto de ambas, en las medidas que puede disponer el tribunal, por ejemplo multas que se puede imponer al ofensor de los derechos del niño; y d) ampara los derechos de la niñez de modo específico al diferenciar el titular de los derechos y al tutelar derechos no previstos constitucionalmente o previstos con un contenido más restringido.

Por tanto, una acción de tutela de derechos del niño resulta pertinente y necesaria, pues sin introducir modificaciones a la Constitución, otorga un tratamiento integral y efectivo a los derechos del niño; al establecer una garantía jurisdiccional idónea que permita cautelar sus derechos cuando las acciones constitucionales no sean suficientes; o cuando se pretenda proteger derechos no previstos en la Constitución o que estén consignados con un contenido más restringido que en “el Proyecto”; o cuando además del restablecimiento del derecho y la debida protección del afectado se pretenda la imposición de sanciones. Por razón de tales diferencias, la acción de tutela de derechos del niño es no solo compatible con las acciones constitucionales de amparo y protección, sino que distinta y mayormente protectora.

Sin embargo, para evitar cualquier atisbo de incompatibilidad, nuestra propuesta es que sea: a) una acción que proceda alternativamente con las acciones legales especiales. Con ello se busca salvaguardar las distintas acciones especiales que existen o puedan existir. Se trata de no derogar los recursos o acciones especiales, dejando al recurrente la decisión de cual mecanismo optar; y b) una acción subsidiaria de las acciones constitucionales de amparo y protección.

Para lograr el segundo objetivo, es que se sugieren las siguientes causales de inadmisibilidad que pretenden: a) evitar y resolver los conflictos por duplicidad de acciones con eventuales resultados contradictorios; b) evitar que se deduzca la acción cuando existen otros medios más idóneos como los recursos procesales o la acción de inaplicabilidad por

inconstitucionalidad; y c) impedir la litigación infundada o sin porvenir por extemporaneidad.

Admisibilidad. *No se admitirá a tramitación la acción de tutela de los derechos del niño en los siguientes casos:*

a) *Cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Si la declaración de admisibilidad referida se produce después de que haya sido admitida a tramitación acción de tutela de los derechos del niño, niña o adolescente, el proceso iniciado mediante esta última acción terminará por ese solo hecho.*

b) *Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes.*

c) *Cuando se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la Constitución o la ley.*

d) *Cuando carezca de fundamento. El juez deberá decretarla por resolución fundada.*

e) *Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.*

f) *Cuando existan procedimientos especiales para satisfacer la pretensión del actor.*

Relación de la propuesta con potencial responsabilidad patrimonial del Estado

En general, en el ámbito del Derecho, se utiliza el concepto *responsabilidad* para referirse a la obligación de quien, bajo diferentes títulos, debe hacerse cargo de la reparación de las consecuencias de un hecho ilícito y dañoso. La doctrina se manifiesta conteste en reconocer que la figura de la responsabilidad, como instituto general del Derecho, experimentó evoluciones diversas en el ámbito del Derecho Público y en el del Derecho Privado. De hecho, durante tiempo prolongado los intentos de endosar el deber reparatorio por actos dañosos al Estado se construyeron en base a categorías del Derecho Civil.

Así, desde la etapa del Estado de Policía y la construcción teórica del Estado Fisco - que permitió lo que en épocas pretéritas parecía imposible: llevar al Estado ante los tribunales - pasando por: los *inra quaesita* (derechos adquiridos de súbdito), las célebres distinciones formuladas por Forsthoff o Hauriou en torno a las diferentes justificaciones y distintos derechos del administrado según sea si el daño sufrido proviene de la actividad lícita o ilícita del Estado y la consecuente independencia conceptual entre compensación y reparación; las formulaciones teóricas que permitieron la transferencia de la responsabilidad por el acto dañoso desde el funcionario hacia el Estado; la personificación jurídica de éste; el surgimiento del concepto de falta de servicio y la sustitución de la responsabilidad

subsidiaria del Estado por su responsabilidad directa; hasta el surgimiento de la polémica figura de la responsabilidad objetiva del Estado, el factor causal protagónico ha sido el progresivo sometimiento del Estado al Derecho.

Con todo – inclusive en terrenos fértiles para la doctrina de la responsabilidad estatal por falta de servicio – continúan siendo elementos esenciales de tal instituto: a) el acto u omisión estatal; b) que la conducta sea contraria a Derecho; c) la existencia de un daño acreditable; y d) la existencia de un nexo causal entre el acto u omisión estatal y la producción del daño por el que se reclama compensación. En tal sentido, una acción de naturaleza cautelar como la propuesta no contiene méritos por sí misma para generar deberes compensatorios por parte del Estado.

Más aún con la naturaleza cautelar propuesta, que denuncia la existencia de amenazas, perturbaciones o privaciones al ejercicio de Derechos, lo cual, junto con atribuir competencias a la magistratura para remediar las situaciones denunciadas, disminuye exponencialmente la eventualidad de establecer relaciones de causalidad entre las actuaciones y/u omisiones estatales en la satisfacción de derechos fundamentales de los niños.

Por otra parte, en el caso de acreditar la existencia de privaciones de su ejercicio no convierte en automática una eventual condena al Estado: se debe probar la existencia del perjuicio junto con el nexo causal. Cuestión que en sede cautelar no es de frecuente ocurrencia. Basta revisar cuantos recursos de protección han derivado en sentencias condenatorias por responsabilidad del Estado.

VI. ANÁLISIS DEL IMPACTO NORMATIVO Y ESTRATEGIA DE INCORPORACIÓN EN PROYECTOS LEGISLATIVOS EN TRÁMITE

Considerando el estado de tramitación de “el Proyecto” a la fecha de entrega del presente informe se sugiere incorporar las recomendaciones efectuadas en el mismo por el equipo de especialistas que lo suscribe. Lo anterior resulta factible en virtud de los siguientes elementos:

Primero, cada opinión vertida en este informe resulta plenamente coherente con las ideas matrices del proyecto de ley analizado, por lo que resulta perfectamente susceptible de ser incorporado por la vía de indicaciones durante su tramitación.

Segundo, los recursos adicionales que eventualmente se requieran en virtud de estas sugerencias pueden ser incorporados de manera progresiva en posteriores proyectos de ley, pues el de marras constituye una “Ley Marco” para la protección de la infancia.

Y, tercero, todo lo anterior ha sido además, identificado como objetivo del proyecto de ley de “Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez”, actualmente en tramitación, iniciada mediante mensaje presidencial N° 959/363, que dentro de sus ideas matrices señala: “Esta ley espera incorporar en el Derecho interno un sistema proteja integralmente los derechos de los niños reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención, en los demás tratados internacionales que hayan sido ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y en las demás leyes”.

Con todo este equipo, sugiere la realización de estudios cuantitativos y cualitativos respecto de la jurisprudencia de los tribunales de alzada en materia de protección de los derechos de la infancia, a efectos de acreditar empíricamente la insuficiencia de las acciones constitucionales protectoras de derechos constitucionales de naturaleza cautelar en esta materia.

CONCLUSIONES

Resulta imprescindible que los derechos contenidos y resguardados en “el Proyecto” estén dotados de una garantía jurisdiccional concreta, en virtud de su carácter de derechos subjetivos reconocidos, pero también como resultado de los compromisos internacionales contraídos por el Estado de Chile y en consonancia con las ideas matrices del mismo proyecto.

Nuestra propuesta es que la acción de tutela de los derechos del niño se trate de una acción cautelar de urgencia y principal, cuyo objetivo sea asegurar la protección y el resguardo de sus derechos fundamentales. Además, sugerimos que se trate de una acción con ciertos méritos procesales, tales como la posibilidad del tribunal de adoptar medidas provisionales para proteger al afectado y dar satisfacción a sus derechos, un procedimiento informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado y abierto. Lo anterior, acompañado de las facultades del tribunal de disponer de medidas de apremio que le permitan asegurar la celeridad del proceso además de imponer multas a beneficio fiscal a las personas directamente responsables de la afectación de los derechos fundamentales del niño.

Consideramos que los presupuestos de la acción debe referir: como sujetos pasivos a todos quienes están obligados por “el Proyecto” a proteger los derechos de los niños; y

determine las condiciones de la actuación atentatoria del ejercicio de los derechos del niño, definiendo de qué tipos de actos se trata (actos u omisiones), el parámetro de la actuación antijurídica (arbitrario, ilegal o que no respete el interés superior del niño), los grados posibles de afectación del ejercicio de los derechos del niño (privación, perturbación o amenaza), y finalmente la explicitación de los derechos que se encuentran amparados (los derechos asegurados en esta ley).

Nuestra propuesta concibe la acción de tutela de los derechos del niño como una acción popular amplia y con fines concretos.

El sujeto pasivo de la acción de tutela de los derechos del niño son tanto los particulares como el Estado. Esto, en virtud de que cualquier persona, la familia, la sociedad y los órganos del Estado son los destinatarios de los derechos del niño y, por ende, posibles ofensores de sus derechos.

El tribunal de familia es el tribunal facultado para conocer de la acción de tutela de los derechos del niño, pues así se favorece el acceso a la justicia por parte de los niños, siendo al mismo tiempo fiel a la naturaleza de las acciones cautelares.

La acción de tutela de los derechos del niño es compatible con las acciones de amparo y protección, y subsidiaria de aquellas. Para asegurar tales características se sugieren una serie de causales de inadmisibilidad que pretenden: a) evitar y resolver los conflictos por duplicidad de acciones con eventuales resultados contradictorios; b) evitar que se deduzca la acción cuando existen otros medios más idóneos como los recursos procesales o la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; y c) impedir la litigación infundada o sin porvenir por extemporaneidad.

Finalmente, con la naturaleza cautelar de la acción propuesta disminuye exponencialmente la eventualidad de establecer relaciones de causalidad entre las actuaciones y/u omisiones estatales en la satisfacción de derechos fundamentales de los niños. Por otra parte, en el caso de acreditar la existencia de privaciones de su ejercicio no convierte en automática una eventual condena al Estado: se debe probar la existencia del perjuicio junto con el nexo causal. Cuestión que en sede cautelar no es de frecuente ocurrencia

Por último, el articulado consolidado propuesto tiene el siguiente tenor:

Acción de tutela de los derechos fundamentales del niño. *Todo niño afectado en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los derechos del niño, en los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se*

encuentren vigentes, y en las leyes, podrá deducir la acción de tutela de los derechos del niño, ante el Tribunal de Familia competente, a fin de obtener el restablecimiento del derecho y asegurar su debida protección, de conformidad a los artículos siguientes.”

Presupuestos de procedencia: *Se entenderá que los derechos y garantías de un niño resultan lesionados cuando los órganos del Estado o particulares, mediante actos u omisiones, ilegales o arbitrarias, priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales asegurados en esta ley.*

Legitimación activa. *La acción podrá interponerse por cualquier persona en favor de los derechos lesionados del niño. Quien ejerza la acción de tutela podrá hacerlo personalmente o representado por un abogado.*

Legitimación pasiva. *La acción podrá interponerse contra todo acto u omisión que provenga del Estado y/o los particulares.*

Tribunal competente. *La acción deberá interponerse ante el Tribunal de Familia en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos del niño; o en cuyo territorio jurisdiccional tenga residencia o domicilio el afectado, a elección de este último.*

Admisibilidad. *No se admitirá a tramitación la acción de tutela de los derechos del niño en los siguientes casos:*

- a) Cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Si la declaración de admisibilidad referida se produce después de que haya sido admitida a tramitación acción de tutela de los derechos del niño, niña o adolescente, el proceso iniciado mediante esta última acción terminará por ese solo hecho.*
- b) Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes.*
- c) Cuando se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la Constitución o la ley.*
- d) Cuando carezca de fundamento. El juez deberá decretarla por resolución fundada.*
- e) Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.*
- f) Cuando existan procedimientos especiales para satisfacer la pretensión del actor.*

Medidas y multas para restablecer el imperio del Derecho. *Cuando la acción se interponga en contra de un órgano de Estado, si el funcionario responsable no evacuare los informes o no diere*

cumplimiento a las diligencias, resoluciones o sentencias dentro de los plazos que el juez determine conforme a lo establecido en esta ley, el tribunal podrá imponer al renuente, oyéndolo o en su rebeldía, alguna o algunas de las siguientes medidas de apremio:

a) Amonestación.

b) Censura por escrito.

c) Multa a beneficio fiscal que no sea inferior a 1 ni exceda de 5 unidades tributarias mensuales.

d) Suspensión de funciones, hasta por cuatro meses, tiempo en el cual el funcionario gozará de medio sueldo.

Si hubiere existido afectación de los derechos fundamentales del niño, el tribunal podrá aplicar una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas u órganos del Estado directamente responsables del acto u omisión.

Cuando la mencionada afectación proceda de un acto de carácter positivo, el tribunal ordenará su cesación inmediata. Tratándose de una omisión, se ordenará realizar el acto debido para lo cual el tribunal otorgará un plazo determinado. Esto último también procederá, de manera provisoria y en casos calificados, cuando de los antecedentes aportados por el actor se desprenda que la cesación inmediata de los efectos del acto u omisión denunciados resulta imprescindible para asegurar la vida, integridad o salud del niño.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal podrá adoptar cualquier otra medida que juzgue necesaria para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AGUILAR, Gonzalo y CONTRERAS, Cristián, “El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile”, en Revista Ius et Praxis, 13 (1), 2007, pp. 205 – 243.

ALDUNATE, Eduardo, “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en La Constitucionalización del Derecho Chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

ALVEAR, Julio, “La jurisprudencia del amparo económico. Los tres grandes déficit de la última década”, en Revista Estudios Constitucionales, Año 11, N° 1, pp. 184 – 191.

BORDALÍ, Andrés, “Temas de derecho procesal constitucional”, Santiago, Editorial Fallos del Mes, 2002.

CASAS, Lidia y LAGOS, Catalina, “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 10, 2014, pp. 127-137.

CEA EGAÑA, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y Garantías, la ley del más débil, Madrid, Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, “Garantías” en CARBONELL, Miguel (Editor) “Luigi Ferrajoli: Democracia y Garantismo”, Madrid, Trotta, 2008, pp. 27 – 41.

GAMONAL, Sergio, “El nuevo procedimiento de tutela de derechos laborales, Lexis Nexis, 2007.

GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La protección judicial de los derechos fundamentales” Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994.

última década”, en Revista Estudios Constitucionales, Año 11, N° 1, pp. 184 – 191.

GARCÍA PINO, Gonzalo, “La garantía del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales en el derecho constitucional comparado : los casos de Alemania, Portugal, España y Chile”, en Revista Persona y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado, Vol. 14, No. 3.

HENRÍQUEZ, Miriam, “Habeas corpus”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam (coordinadoras), *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 5 – 29.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos”, en revista Chilena de Derecho, Número especial, 1998, pp. 59 – 64.

MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio, *Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007.

NASH ROJAS, Claudio, “La protección internacional de los derechos humanos”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales*, México, 2008.

NOGUEIRA, Humberto, “Dogmática constitucional”, Talca, Editorial Universidad de Talca, 1997.

NUÑEZ POBLETE, “Los instrumentos procesales para la protección de los derechos humanos”, en García Huidobro y otros (coordinadores) “Lecciones de Derechos Humanos”, Valparaíso, Edeval, 1997, pp. 315 – 330.

PEÑA, Marisol, “Acción de protección”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam (coordinadoras), *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 31 – 60.

PONCE DE LEÓN, Sandra, “Acción de amparo económico”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam (coordinadoras), *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 97 – 126.

RÍOS, Lautaro, “El Recurso de Protección y sus innovaciones procesales”, *Gaceta Jurídica* N° 171, 1994, pp. 7-25.

SASTRE ARIZA, Santiago, “Derecho y Garantías”, en *Revista Jueces para la democracia* (N° 38), 2000, pp. 47 -55.

UGARTE, José Luis, “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”, *Ensayos Jurídicos*, Universidad Alberto Hurtado, 2006.

ZÚÑIGA, Francisco y PERRAMONT, Alfonso, *Acciones constitucionales*, Santiago, LexisNexis, 2003.


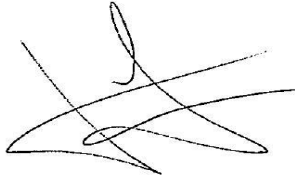
ZÚÑIGA, Francisco, “El recurso de protección en proyecto de ley de Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 2007, pp. 61-82.


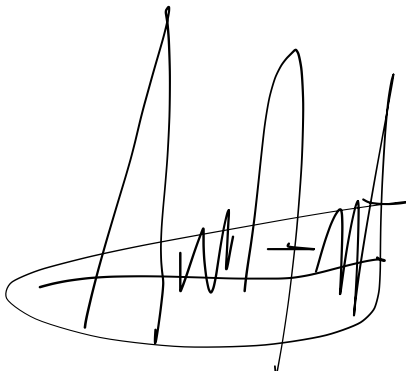
ANEXO N° 4
INFORME DE PROFESIONALES Y CONTRIBUCIONES ESPECÍFICAS
AL INFORME N° 617-15-LE15

Sr./a. Subsecretario/a

Presente

Declaro haber participado en el Informe N° 617-15-LE15, correspondiente al servicio denominado "ESTUDIO APOYO JURÍDICO EN FORMULACIÓN DE GARANTÍA JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ"

| Nombre | Contribuciones específicas y/o Actividades Realizadas | Firma |
|-------------------------------|--|--|
| Miriam Lorena Henríquez Viñas | <p>Propuesta regulativa de una acción de tutela que comprende la naturaleza de la acción, los presupuestos de procedencia, la legitimación activa y pasiva y el tribunal competente.</p> <p>Examen de la compatibilidad de la acción de tutela con otras acciones constitucionales y legales vigentes.</p> |  |
| José Ignacio Núñez Leiva | <p>Justificación de la necesidad de una acción de tutela de los derechos de la niñez.</p> <p>Examen de la compatibilidad de la acción de tutela con la responsabilidad patrimonial del Estado.</p> <p>Análisis del impacto normativo y de la estrategia de incorporación de la acción en los proyectos</p> |  |

| | | |
|---------------------------------|--|---|
| | legislativos en trámite. | |
| Ricardo Antonio Garrido Álvarez | Propuesta dogmática del Interés Superior del Niño Exposición del contenido de las obligaciones internacionales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos |  |
| Luis Ignacio De Ferari Vial | Exposición del contenido de las obligaciones internacionales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos Examen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Opinión Consultiva 17/2002 de la misma Corte. Revisión de la Observación General N°5 del Comité sobre los Derechos del Niño |  |

Saluda atentamente a Ud.,



Nombre del oferente y su firma o la del representante legal, según corresponda.