**Modifica las disposiciones que indica, estableciendo un nuevo régimen respecto del curador ad litem**
**Boletín N° 5671-07**

**VISTOS:**

Lo dispuesto en los artículos 63 y 65 de la Constitución Política de la República; lo prevenido por la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y lo establecido por el Reglamento de la H. Cámara de Diputados.

**CONSIDERANDO:**

1.- Que, el gran desarrollo que ha tenido la legislación nacional en pro de tutelar de adecuada manera los derechos de los incapaces, ha generado una conciencia a nivel público y privado de la necesidad de revisar los criterios jurídicos conforme a los cuales se otorga esta protección. Es en este marco, en que se desarrolla toda la judicatura especializada en materias de familia, así como, indirectamente, la reforma a la justicia penal.

2.- Que, todas estas reformas, han tendido a materializar los principios jurídicos contenidos, en la Carta Fundamental, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como el Pacto de San José de Costa Rica, y la Convención por los Derechos del Niño.

Así, principios como el interés superior del niño, el derecho de este a ser oído, la doctrina de la protección integral, y el radical cambio en torno a la consideración del incapaz como un sujeto y no un objeto de derecho, han traído como consecuencia que, en la esfera jurisdiccional, se promuevan cada día más, causas tendientes a buscar una reparación de los derechos de los incapaces, principalmente de niños, niñas y adolescentes víctimas de vulneración de derechos.

3.- Que, la persecución de esta restauración, luego de la promulgación de la Ley 19.968 que incorporó mejoras relativas a la representación del incapaz, se está efectuando al menos ante tribunales de familia, por entidades especializadas, generalmente dependientes de la Corporación de Asistencia Judicial, que asumen ante la falta de representación del menor, o la existencia de intereses contrapuestos con sus representantes, como curadores ad litem de los mismos, ya sea nombrados por la judicatura de oficio, o debido a su propio requerimiento, constituyéndose como un ente protector de los derechos de los incapaces involucrados en todos aquellos casos en que no cuenten con un representante legal constituido, o bien, cuando existiendo este, sus intereses fueren contradictorios, ya sea porque, tiene interés en los actos de que conoce el tribunal (generalmente relacionados con bienes), ha participado en la vulneración de derechos del incapaz, o se ve enfrentado al supuesto en que la vulneración de derechos ha sido cometida por alguna parte con la que tenga un interés directo (la vulneración de derechos ha sido cometida por otro pupilo del mismo representante).

4.- Que, en todos estos casos, los padres (primeros llamados a ejercer la representación del incapaz), se ven enfrentados ya entre ellos, ya a sus propios intereses, ya a otro de sus hijos, como finalmente al sujeto de protección.

5.- Que, la situación antes descrita ha sido ya considerada por el artículo 19 de la Ley 19.968 al establecer que, "En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.", debiendo recaer esta designación en un abogado perteneciente a la corporación de asistencia judicial o en cualquier institución publica o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de los incapaces, "...en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus

intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación."
"La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones del juicio."

6.- Que, si bien la Ley 19.968 reglamentó la institución en la forma recién referida, ésta no ha sido tratada de manera expresa en las demás materias jurisdiccionales en las que puedan verse involucrados incapaces, no contando esta importante figura jurídica, con otra regulación que la establecida en los artículos 494 y 495 del Código Civil.

7.- Que lo anterior, tiene un trascendental efecto principalmente en la defensa de los derechos del incapaz en materia procesal penal. Pues si bien, el artículo 459 del Código Procesal Penal otorga al juez de garantía la posibilidad de nombrar un curador al imputado demente, no contempla la posibilidad de nombrar curador a la victima incapaz, lo que, si bien para algunos jueces de garantía no ha constituido un impedimento para la aplicabilidad de la institución, para otros si lo ha sido, llegándose incluso a señalar que esta institución es improcedente en materia procesal penal, pues si el legislador la ha regulado especialmente respecto del imputado demente, a contrario sensu, no es aplicable respecto de la víctima, o bien, se ha señalado que para la procedencia del nombramiento debe estarse al estricto orden de prelación contenido en el artículo 108 del mismo Código, que señala un conjunto de personas que se consideran víctimas para el caso de que esta no pudiere ejercer sus derechos.

8.- Que, en tal sentido cabe destacar, que no obstante la enumeración contenida en el artículo 108 del Código Procesal Penal, la institución en comento no esta supedita a tal prelación, por cuanto el único factor que deben considerar los jueces para dar lugar al nombramiento del curador ad litem es el interés superior del niño, y dicho interés puede no conciliarse con el de las personas señaladas en el artículo 108 del CPP. Por otra parte, la norma del Código Civil, no refiere en parte alguna que el nombramiento del Curador ad litem deba recaer en persona determinada, y para el caso que quisiéramos remitirnos con precisión a las normas reguladoras de la institución, el artículo 372 del Código Civil, establece que "El magistrado, para la elección del tutor o curador dativo, deberá oír a los parientes del pupilo, y podrá en caso necesario nombrar dos o más, y dividir entre ellos las funciones, como en el caso del artículo 363.", norma aplicable al caso referido, toda vez que la curaduría para pleito es dativa.

9.- Que, por otra parte, si bien, se establece en el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 6, el deber del Ministerio Público de brindar protección a la victima, no podemos soslayar el hecho que la protección de los niños, niñas, adolescentes y en general incapaces, requiere de un acercamiento especializado, integral y no expuesto a la judicialización, principalmente en situaciones de atentados a la indemnidad sexual u otras formas de vulneración grave de derechos; por ello que se hace necesaria que la representación de ellos cuando fueren víctimas de delitos en que existan intereses contrapuestos con sus representantes legales, debe ser asumida por un ente imparcial, que tienda a la efectividad del principio del interés superior del niño.
En este sentido, y con el fin de apoyar la idea de la necesidad de legislar, es menester hacer referencia al oficio número 148 del 27 de marzo de 2003, del Ministerio Público, que "instruye sobre la situación de niños, niñas y adolescentes victimas de delitos en la reforma procesal penal". El referido oficie, entre otros puntos, dispone criterios de actuación que deben adoptar fiscales en casos en que el delito "...sea cometido por los padres o cuidadores del niño, niña o adolescente (en general, delitos cometidos el interior de la familia), en la medida que éste carezca de representación u orientación por parte de un adulto, el fiscal deberá solicitar al Juez de Garantía que designe un curador ad litem para que, según sea el caso, actúe por los niños o niñas, con el deber de escucharlos previamente cuando estén en condiciones de formarse un juicio propio, u oriente a los adolescentes en el ejercicio de sus derechos, todo lo anterior si fuere considerado necesario para garantizar la vigencia de los derechos del niño, niña o adolescente.."

"En caso de solicitar la designación de un curador ad litem, el fiscal propondrá el nombramiento de algún familiar o tercero con quien el niño, niña o adolescente mantenga especiales vínculos de confianza y, en su defecto, de un profesional de Sename. El fiscal deberá tener especial preocupación en que el curador ad litem: asuma un rol protector; no haya contribuido de alguna manera a la comisión del delito del que fue víctima el niño, niña o adolescente, por acción u omisión; no aparezca justificando la actitud de los padres o responsables; ni presente actitudes refractarias hacia la necesidad de proteger al niño, niña o adolescente. )".

En cuanto al procedimiento del nombramiento, el oficio dispone que "... debería consistir en una audiencia ante el Juez de Garantía, por lo general luego de judicializada la investigación, solicitada por el Fiscal, en la que los intervinientes discutan acerca de la procedencia de tal designación, para la posterior resolución del Juez y aceptación por parte del designado..."
Ahora bien, el anterior oficio no es vinculante respecto de la actuación de los fiscales adjuntos, constituyéndose solo en una orientación respecto a los criterios que a juicio de la Fiscalía Nacional se deben seguir en estos casos. Por otra parte, no tiene rango legal y no impone al juez la obligación de nombrar un curador en tales circunstancias.

10.- Que sin perjuicio de lo sostenido, cabe hacer presente que la protección del incapaz debe ser asumida por entes especializados, caracterizados por una intervención integral, tanto desde el punto de vista legal, social y eventualmente psicológico, por ello la necesidad de reformular la figura de marras, para dotar a las distintas instituciones interventoras de los derechos de la infancia y la discapacidad, de la posibilidad de intervenir con un sustrato legal adecuado para exigir su derecho, como entes especializados, a intervenir en los procesos, como colaboradores de la acción jurisdiccional.

11.- Que, a mayor abundamiento, en el derecho comparado, se distinguen distintas realidades:

a. Por una parte esta la situación latinoamericana, caracterizada por la poca innovación habida en la materia, en algunos países, desde los procesos de codificación, al igual que en Chile. Así, los Códigos Civiles de Ecuador y Colombia establecen una norma similar a la contenida en el artículo 494 de nuestro Código Civil, y si bien, el Código Civil Argentino, en su artículo 397 establece un conjunto de supuestos bajo los cuales ha de darse un tutor *especial* al menor. Dicha norma no ha sufrido alteración al texto original redactado por don Dalmacio Vélez Sársfield, ya existiendo voces que claman por una reforma que adecue la norma para dar estricto cumplimiento a los principios de la Convención sobre derechos del niño.

b. La situación existente en la República de Bolivia, que ha establecido un ordenamiento integral respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescente mediante el Código de niños, niñas y adolescentes de Bolivia, Ley 2026 del 27 de Octubre de 1999. Esta Ley establece un sistema de representación del menor, en su artículo 216, para aquellos casos en que existe contraposición de intereses con sus padres y representantes, así como un sistema de "...asistencia gratuita e integral a todo niño, niña o adolescente que lo precise, por medio de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia o abocado de oficio".

c. Respecto al régimen legal creado en la República del Perú, mediante la dictación del Nuevo Código de Niños y Adolescentes, que en sus artículos 146 al 148, dispone que, "El Estado, a través del Ministerio de Justicia, designa el número de abogados de oficio que se encargarán de brindar asistencia judicial integral y gratuita a los niños o adolescentes que la necesiten. En los casos de violencia sexual contra niños y adolescentes, la asistencia legal gratuita al agraviado y a su familia es obligatoria."

d. Por otra parte, en el derecho europeo, destaca la institución del *Defensor Judicial*, el que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 299 del Código Civil español, tiene lugar en los siguientes supuestos: "1. Cuando en algún asunto exista conflicto de

intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

2. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3. En todos los demás casos previstos en este Código". Para estos casos, el Código referido establece que el nombramiento del defensor se efectuara de oficio, a petición del Ministerio fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de parecer en juicio, debiendo recaer el nombramiento en la persona que el juez estime como más idónea para el cargo (artículo 300).
Cabe destacar que en las normas recién descritas, la institución ha sido establecida con un objeto más amplio que la mera administración de los bienes del pupilo y los conflictos de interés que se suscitan en torno a ellos. El conflicto de interés referido tiene una amplitud mayor y se extiende a todos aquellos casos en que puedan verse enfrentados los intereses entre padres e hijos, tutores y curadores.

e. Finalmente, en el derecho estadounidense, se consagra la institución del *guardian ad litem,* figura presente a nivel estatal en la mayor parte de los estados de la federación y que en términos genéricos se consagra como un ente auxiliar de la administración de justicia, que dependiendo del estado, pueden ser abogados o personas sin esta calificación. Ahora bien, la función principal del *guardian ad litem,* es constituirse como una voz calificada de protección de los niños y asesoramiento del juez, en casos de abuso y negligencia en el cuidado del menor[1]. Similar es la aproximación del derecho Británico, a partir de la promulgación de la Children Act de 1989 de Inglaterra, y la Children Scotland Act de 1995, del Reino de Escocia, con la salvedad que en estos últimos casos el nombramiento recae exclusivamente en abogados (Children Act, Part IV, n° 41).

12.- Que el presente proyecto de ley, recoge el gran avance que ha habido sobre la materia en nuestro derecho a partir de la promulgación de la Ley 19.968 y la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, pero asimismo reconoce los déficit habidos, principalmente en esta última materia.
Se recogen además las situaciones descritas, en todos los aspectos del proceso, y se tiende a perfeccionar la normativa general contenida en el Código Civil estableciendo los supuestos de nombramiento del curador ad litem, para todos los procesos en que puedan verse afectados los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tanto respecto de sus bienes, como de su persona. Asimismo, se adecuan las normas del Código de Procedimiento Penal, para establecer de manera expresa la obligación del juez de garantía de propugnar el nombramiento de un curador en los casos en que concurran los supuestos establecidos en el Código Civil.

Por lo tanto, los diputados que suscriben vienen a someter ala consideración de este H. Congreso Nacional el siguiente:

[1] Para mayor información, http://wwwguardianadlitem.org, o http://ww.courts.state.me.us/rules_ forms_fees/rulesIMGalRules %208-04.htm

**PROYECTO DE LEY**

Artículo 1°.- Introducénse las siguientes modificaciones al Código Civil:

Reemplácese el actual artículo 494, por el siguiente: "Artículo 494. Las curadurías especiales son dativas. Los curadores para pleito o ad litem son aquellos dados por la judicatura en todos los juicios en que intervengan incapaces, concurriendo alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando no tuviere representante legalmente constituido.
2. Cuando teniéndolo tuviere un interés independiente o contradictorio con éste.
3. Cuando fuere víctima de actos culpables o dolosos cometidos por su representante.
4. En los demás casos previstos por la Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.

El nombramiento podrá efectuarse de oficio por el Juez, a solicitud del incapaz o por cualquier persona capaz de comparecer en juicio, debiendo éste recaer en la persona que el juez prudencialmente estime conveniente.

La resolución que dispone el nombramiento, eximirá del trámite del discernimiento."

Artículo 2°. Introducénse las siguientes modificaciones al Código de Procedimiento Penal.

Incorpórese al Artículo 111 un nuevo inciso segundo, pasando el actual inciso segundo a ser tercero y así sucesivamente:

"En caso que la víctima fuere menor de edad y se encontrare en alguno de los supuestos del artículo 494 del Código Civil, deberá el juez nombrarle un curador ad litem, debiendo recaer dicho nombramiento, en lo posible, en abogados de instituciones públicas o privadas especializadas en la protección y promoción de sus derechos. En estos casos no tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 852 del Código de Procedimiento Civil."