



o,f.s.

Santiago, 5 de enero de 2018.

OFICIO N° 35-2018

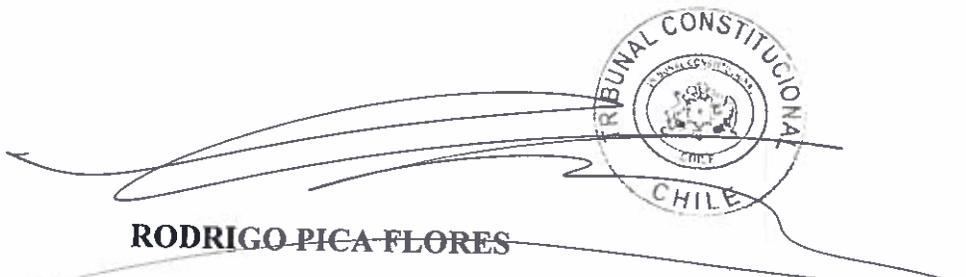
Remite sentencia.

**EXCELENTISIMO SEÑOR
PRESIDENTE DEL H. CAMARA DE DIPUTADOS:**

Remito a V. E. copia autorizada de la sentencia definitiva dictada por esta Magistratura con fecha 4 de enero de 2018, en el proceso **Rol N° 4.201-17-CPR**, sobre el proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, correspondiente al boletín N° 10.584-07.

Dios guarde a V. E.


IVAN AROSTICA MALDONADO
Presidente


RODRIGO PICA FLORES
Secretario



A S. E.
EL PRESIDENTE DE LA H. CAMARA DE DIPUTADOS
DON FIDEL ESPINOZA SANDOVAL
HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO.-

08.01.18
12:47



Santiago, cuatro de enero de dos mil dieciocho.

VISTOS

Y CONSIDERANDO:

I. PROYECTO DE LEY REMITIDO PARA SU CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

PRIMERO. Que, por oficio N° 262/SEC/17, de fecha 19 de diciembre de 2017 -ingresado a esta Magistratura el día 21 del mismo mes y año-, el Senado ha remitido copia autenticada del **proyecto de ley**, aprobado por el Congreso Nacional, **que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, correspondiente al Boletín N° 10.584-07**, con el objeto de que este Tribunal Constitucional, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de los artículos 13, incisos primero y sexto; 18, incisos primero y cuarto; y, 19, incisos segundo y tercero, del proyecto de ley;

SEGUNDO. Que el N° 1° del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: "Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;"

TERCERO. Que, de acuerdo al precepto invocado en el considerando anterior, corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre las normas del proyecto de ley remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

II. NORMAS DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDAS A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD.

CUARTO. Que las disposiciones del proyecto de ley remitido que han sido sometidas a control de





constitucionalidad, son las que se indican a continuación:

"Artículo 13.- El Defensor sólo podrá ser removido por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República o de un tercio de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, por incapacidad sobreviniente declarada judicialmente, por alguna de las causales contenidas en los números 1°, 5°, 6°, 7° u 8° del artículo 256 del Código Orgánico de Tribunales, o por negligencia manifiesta e inexcusable en el ejercicio de sus funciones. La Corte conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio, habiendo oído previamente al Defensor.

(...)

Durante la vigencia de su mandato y en el ejercicio de sus funciones, el Defensor no podrá ser acusado o privado de su libertad, salvo en el caso de delito flagrante, si la Corte de Apelaciones de Santiago, en pleno, no declara previamente haber lugar a formación de causa. La resolución podrá apelarse ante la Corte Suprema."



"Artículo 18.- Las personas que presten servicios para la Defensoría se regirán por el Código del Trabajo. Con todo, serán aplicables a este personal las normas de probidad contenidas en la ley N° 20.880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses, y las disposiciones del Título III de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, promulgado el año 2000 y publicado el año 2001, debiendo dejarse constancia en los contratos respectivos de una cláusula que así lo disponga.

(...)

El Defensor será sujeto pasivo de la ley N° 20.730, que Regula el Lobby y las Gestiones que Representen Intereses Particulares ante las Autoridades y Funcionarios, y deberá realizar declaración de patrimonio e intereses conforme a lo dispuesto en la ley N° 20.880, ya referida."

"Artículo 19.-

(...)

Asimismo, la Defensoría estará sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en lo que concierne a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas.



Las resoluciones del Defensor de la Niñez estarán exentas del trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República.”.

III. NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA QUE ESTABLECEN EL ÁMBITO DE LAS LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES RELACIONADAS CON EL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO.

QUINTO. Que, el artículo 8°, inciso tercero, de la Constitución Política, establece que:

“Artículo 8.

(...)

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.”;



SEXTO. Que el artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental, prescribe que:

“Artículo 38. Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.”.

SÉPTIMO. Que, el artículo 77, inciso primero, de la Constitución Política, norma que:

“Artículo 77. Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.”.

OCTAVO. Que, los artículos 98, inciso primero y, 99, inciso final, de la Carta Fundamental, regulan que:



"Artículo 98.- Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva."

"Artículo 99.-

(...)

En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional."



IV. NORMAS DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO QUE REVISTEN NATURALEZA DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL.

NOVENO. Que, de acuerdo a lo expuesto en el considerando segundo de esta sentencia, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre las normas consultadas del proyecto de ley remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional.

1. Artículo 13, incisos primero y sexto.

DÉCIMO. Que, el artículo 13, en sus incisos primero y sexto, regula materias que deben normadas por las leyes orgánicas constitucionales que prevén los artículos 38, inciso primero y 77, inciso primero, ambos de la Carta Fundamental;

DECIMOPRIMERO. Que, el artículo 13, inciso primero, del proyecto de ley, establece el procedimiento de remoción del Defensor de la Niñez, cuestión de competencia de la Corte Suprema a requerimiento del Presidente de la República o de un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados, dadas las causales previstas en la norma, el que será fallado por el Pleno de dicho Tribunal, conforme la mayoría de sus miembros en ejercicio y oyendo previamente al enunciado Defensor.



Dicho precepto regula cuestiones que el Constituyente ha reservado a los legisladores orgánico constitucionales precedentemente enunciados, conforme ya fuera establecido por esta Magistratura en la STC Rol N° 1051, c. 20° y 21°, respecto de la que se transformaría en la futura Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, criterio que será refrendado en esta oportunidad;

DECIMOSEGUNDO. Que, para lo anterior se debe tener presente que el precepto en comento no sólo otorga nuevas atribuciones a los tribunales de justicia para que, conforme lo refiere la norma bajo examen, la Corte Suprema conozca y falle la solicitud de remoción del Defensor de la Niñez (así, STC Rol N° 1509, c. 5°), sino que también abarca el ámbito competencial de la ley orgánica constitucional prevista por el artículo 38, inciso primero constitucional.



Ello puesto que el artículo 1°, inciso primero, del proyecto de ley, define a la institución "Defensoría de los Derechos de la Niñez" como una "corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio", con lo que crea un organismo con autonomía sin reforma constitucional al efecto. Por ello, forzoso es concluir que, en lo atinente a su naturaleza jurídica, ésta debe insertarse bajo la sistemática que nuestro ordenamiento jurídico regula desde el artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental, estableciendo una autoridad -el Defensor de la Niñez- que es nombrada por el Senado y no por el Presidente de la República. El criterio en comento fue seguido por esta Magistratura en la ya anotada STC Rol N° 1051, al reforzar el carácter orgánico constitucional de la normativa que regula las causales y procedimiento de remoción de los consejeros del Consejo Para la Transparencia (artículo 38 de la Ley N° 20.285), subsumiéndolo no sólo en el artículo 77, inciso primero de la Constitución, sino que también en el recién anotado precepto constitucional.

En dicho contexto, cobra sentido reiterar lo que fuera ya declarado por el Tribunal Constitucional en la STC Rol N° 3312, c. 47°, al examinar preventivamente la que se transformaría en la Ley N° 21.000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero. En aquella oportunidad y tal como sucede con la institucionalidad establecida a través del articulado examinado en autos,



se estimó que, en conformidad con el artículo 6°, inciso primero, de la Carta Fundamental, los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, por lo que a la "Defensoría de los Derechos de la Niñez" le son aplicables aquellas leyes orgánicas constitucionales que, con carácter común y permanente, se aplican a los servicios u organismos que la componen, por sobre sus leyes especiales, como son, precisamente y entre otras, la ley a que hace mención el artículo 38, inciso primero constitucional.

El recién expuesto criterio debe ser seguido en la sentencia de estos autos, retomando así pleno vigor el anotado entendido de la STC Rol N° 3312, c. 47°, dadas las características de la institucionalidad con que el proyecto de ley en examen innova;



DECIMOTERCERO. Que, unido a lo anterior, el **inciso sexto del artículo 13**, en examen, al prescribir que el Defensor no puede ser acusado o privado de su libertad, salvo delito flagrante o que la Corte de Apelaciones de Santiago en pleno declare haber lugar a formación de causa, resolución apelable para ante la Corte Suprema, también regula normativa que es parte de la esfera de competencia de la ley orgánica constitucional del artículo 77, inciso primero, de la Constitución.

Lo anterior y conforme lo asentara esta Magistratura en la STC Rol N° 1511, c. 11° y, recientemente, en las STC Roles N°s 3489, c. 11° y 3739, c. 10°, la determinación de competencias a un tribunal es siempre constitucional en el entendido de que ésta sea referida a normativa de naturaleza orgánica constitucional, toda vez que la expresión "atribuciones" que emplea la Carta Fundamental en el artículo 77, en su sentido natural y obvio y en el contexto normativo en cuestión, debe ser comprendida como la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus funciones (así, previamente, STC Rol N° 271, c. 14°, en referencia al entonces artículo 74 de la Constitución). En la especie, se está en presencia de una nueva competencia tanto para la Corte de Apelaciones de Santiago como, por vía del recurso de apelación, para la Corte Suprema, por lo que debe seguirse el criterio jurisprudencial ya anotado.



2. Artículo 18, incisos primero y cuarto.

DECIMOCUARTO. Que, la referida normativa regula materias que la Constitución Política ha reservado en su artículo 8°, inciso tercero, a la ley orgánica constitucional, con la excepción de la primera parte del inciso primero, puesto que la expresión "[l]as personas que presten servicios para la Defensoría se regirán por el Código del Trabajo", no ostenta dicha naturaleza jurídica;

DECIMOQUINTO. Que, el artículo 18, en su inciso primero, establece la aplicación general a las personas que prestan servicios para la Defensoría de la Niñez, de la normativa contenida en la Ley N° 20.880 sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Interés, así como de lo dispuesto en el Título III de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo Texto Coordinado, Refundido y Sistematizado fue establecido por el D.F.L. N° 1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, no obstante regirse por el Código del Trabajo en su régimen laboral.

Conforme lo define el artículo 52, inciso segundo del último cuerpo legal recién anotado, el principio de probidad administrativa consistente en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular. Ello puesto que, no obstante regirse sus funcionarios por el régimen laboral común, desempeñarán una función pública para el logro de las funciones y atribuciones que la nueva institucionalidad consagra, plasmados en el artículo 4° del proyecto de ley.

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional en STC Rol N° 1990, c. 20°, razonó que, al disponer el artículo 8°, inciso primero, de la Constitución Política que el ejercicio de las funciones públicas obliga a todos sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones, con ello está abarcando a todos los órganos del Estado, ya sea que se encuentren comprendidos los creados por la propia Carta Fundamental como los que ejerzan algún tipo de función pública, como sucede, precisamente, con la institución





denominada "Defensoría para la Niñez", introducida por el proyecto en examen.

Lo expresado es plenamente coherente con lo prescrito en el artículo 2°, inciso primero, de la ya anotada Ley N° 20.880, al normar que "[t]odo aquel que desempeñe funciones públicas, cualquiera sea la calidad jurídica en que lo haga, deberá ejercerlas en conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, con estricto apego al principio de probidad", precepto que fuera declarado en la STC Rol N° 2905, c. 7°, como materia de ley orgánica constitucional bajo el ámbito del artículo 8°, inciso tercero, de la Constitución, criterio que será reafirmado en la sentencia de autos.



DECIMOSEXTO. Que, a su turno, el **inciso cuarto del artículo 18**, al establecer al Defensor de la Niñez como sujeto pasivo de la Ley N° 20.730 que Regula el Lobby y las Gestiones que Representes Intereses Particulares ante las Autoridades y Funcionarios, exigiéndole, también, la realización de la declaración de patrimonio e intereses que prevé la Ley 20.880, también incide en la esfera competencia del artículo 8°, inciso tercero constitucional.

Tal como fuera declarado recientemente, en STC Rol N° N° 3312, (c. 18°), referida a los consejeros de la Comisión para el Mercado Financiero; STC Rol N° 3758, (c. 12°), en idéntica exigencia a los consejeros del Consejo Nacional de las Culturas, las Artes y el Patrimonio; y, en STC Rol N° 3940, c. 18°, respecto de lo integrantes del Comité Directivo Local de los Servicios Locales de Educación, la normativa que el proyecto de ley introduce en este apartado, en materias de probidad administrativa, trata sobre las cuestiones que el Constituyente ha mandatado en el artículo 8°, inciso tercero, deban ser reguladas por un cuerpo orgánico constitucional y así será declarado.

3. Artículo 19, incisos segundo y tercero.

DECIMOSEPTIMO. Que, el **artículo 19, en sus incisos segundo y tercero**, del proyecto de ley, incide en el espectro normativo que el Constituyente ha reservado a la ley orgánica constitucional de que tratan los artículos



98, inciso primero y, 99, inciso final, ambos de la Carta Fundamental;

DECIMOCTAVO. Que, la preceptiva examinada establece el sometimiento de la Defensoría de la Niñez a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en lo que concierne a su personal, así como al examen y juzgamiento de sus cuentas, mas, refiere que las resoluciones del Defensor de la Niñez estarán exentas del trámite de razón por el anotado órgano contralor.

Siguiendo lo reafirmado recientemente en la STC Rol N° 4118, c. 13°, y conforme fuera asentado por esta Magistratura ya en la STC Rol N° 796, c. 8°, las funciones de la Contraloría General de República pueden constar en cuerpos normativos diversos a su ley orgánica, siendo requisito para su validez normativa seguir el carácter orgánico constitucional, como sucede con el precepto de autos;

DECIMONOVENO. Que, unido a lo anterior, el **inciso tercero del artículo 19**, al eximir del trámite de toma de razón a las resoluciones de la autoridad que el precepto enuncia, también abarca materias propias de las leyes orgánicas constitucionales que prevé la Constitución en sus artículos 98, inciso primero y, 99, inciso final.

En la STC Rol N° 1051, c. 26°, al examinar la futura Ley N° 20.285 y, en particular, su artículo 43, incisos quinto y sexto, disposiciones análogas a las que son introducidas por el proyecto de ley de estos autos, estimó que éstas regulaban materias propias del ya mencionado legislador orgánico, dejando a salvo el control de juridicidad que confiere al órgano contralor el artículo 98, inciso primero de la Constitución, criterio que será reafirmado en lo declarativo de esta sentencia (en igual línea argumental, STC 384, c. 11).

V. NORMAS ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO, QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ CONFORMES CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

VIGESIMO. Que, las disposiciones del proyecto de ley que a continuación se señalan, son conformes con la Constitución Política:

a. Artículo 13, incisos primero y sexto;



- b. Artículo 18, incisos primero -salvo la frase "[l]as personas que presten servicios para la Defensoría se registrarán por el Código del Trabajo"- y cuarto; y,
- c. Artículo 19, incisos segundo y tercero.

VI. NORMA DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDAS A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA CUAL ESTA MAGISTRATURA NO EMITIRÁ PRONUNCIAMIENTO.

VIGESIMOPRIMERO. Que, la disposición contenida en el artículo 18, inciso primero, del proyecto de ley, en la frase "[l]as personas que presten servicios para la Defensoría se registrarán por el Código del Trabajo", no es propia de las leyes orgánicas constitucionales mencionadas en los considerandos precedentes de esta sentencia, ni de otras leyes que tengan dicho carácter orgánico.



De esta forma, este Tribunal Constitucional no emitirá pronunciamiento, en examen preventivo de constitucionalidad, respecto de dicha norma del proyecto.

VII. CONCURRENCIA DE CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY

VIGÉSIMOSEGUNDO. Que, en el oficio remitido del Senado, individualizado en el considerado primero de esta sentencia, se especificó que se suscitó cuestión de constitucionalidad en la tramitación del proyecto de ley enviado a examen preventivo de constitucionalidad.

Al efecto, fue remitida copia del acta correspondiente a la Sesión 76ª de la Cámara de Diputados, de fecha 10 de octubre de 2017, de la Legislatura 365ª;

VIGESIMOTERCERO. Que, el inciso final del artículo 48 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional dispone que "*si durante la discusión del proyecto o del tratado se hubiere suscitado cuestión de constitucionalidad de uno o más de sus preceptos, deberán enviarse al Tribunal, además, las actas de las sesiones, de sala o comisión, o el oficio*



del Presidente de la República, en su caso, donde conste la cuestión de constitucionalidad debatida o representada". Por su parte, el inciso quinto del artículo 49 de la misma ley establece que "si el Tribunal encontrare que el proyecto es constitucional y se hubiere producido la situación prevista en el inciso final del artículo anterior, el Tribunal deberá declarar la constitucionalidad del proyecto fundándola respecto de los preceptos que, durante su tramitación, hubieren sido cuestionados";

VIGESIMOCUARTO. Que, en la enunciada acta, consta reserva de constitucionalidad formulada por el H. Diputado señor Ricardo Rincón González, bajo los siguientes términos:

"El señor Rincón.- Señor Presidente, vamos a concurrir con nuestro voto favorable a este proyecto de ley, pero hemos solicitado desagregar, y por lo tanto votar en forma separada algunos artículos, toda vez que creemos que algunos de ellos disminuyen derechamente, y en forma importante, lo que debería ser esta -valga la redundancia- importante institución.

Se ha dicho latamente que esta nueva institución, la Defensoría de los Derechos de la Niñez, junto con otras iniciativas legales, constituyen un sistema de protección y de garantía de los derechos de la infancia en Chile. Al respecto, si bien pudiera existir algún tipo de discusión respecto de si ese es el mejor camino -la presentación de varias iniciativas distintas-, creo que lo importante es refrendar con esa voluntad política, expresada en distintas iniciativas, el deseo del gobierno, que interpreta transversalmente a la sociedad y, por cierto, al Congreso Nacional, de generar instituciones que garanticen los derechos de la infancia en nuestro país.

El punto está en que ya sea que se escoja el camino de un proyecto de ley integral o el de distintas iniciativas, como ha hecho nuestro gobierno, uno y otro camino deben ser el reflejo real y concreto de esas garantías y derechos que se quieren defender y proteger legítimamente.

¿Por qué lo decimos? Porque este proyecto, al igual como señalamos respecto de aquel que establecía una ley de garantías, contiene ciertas falencias y déficits que, lamentablemente, harán que esa voluntad no se pueda expresar a cabalidad. Me refiero, por ejemplo, a un punto que se pretende soslayar sosteniendo que será la ley de presupuestos la encargada de dotar a esta institución de los recursos para que tenga el carácter de nacional. Si así será, eso debió haberse reflejado en una propuesta presupuestaria concreta, al menos conocida por el Congreso Nacional, si se hará gradualmente, o a lo menos conocida en función de la ley de presupuestos para el año 2018, si se hará realidad de una sola vez.





Ahí surge mi primer signo de interrogación, porque lo que garantiza el proyecto es la instalación de la defensoría, con escasos recursos y personal, en la Región Metropolitana, y se agrega un vocablo que señala que se propenderá a su establecimiento en el resto de las regiones del país. No olvidemos que la Región Metropolitana es una de quince. Aun así, quiero dejar constancia de que en la propia Región Metropolitana la nueva institución será feble en su presupuesto y en su dotación de personal, que será de poco más de veinte funcionarios.

Ya ahí se advierte un problema que requiere una respuesta concreta respecto de lo que he planteado y que solo toca a la Presidenta de la República responder, dado que tiene iniciativa exclusiva en materia presupuestaria, ya en este proyecto, ya en la ley de presupuestos.

Eso no está resuelto, señor Presidente.

Se pretende complementar a esta institución con un abogado que no se sabe a dónde estará, porque los procesos de licitación de defensa jurídica han fracasado o están limitados a planes piloto, que incluso en su carácter de piloto son insuficientes en las regiones donde están.

Se plantea que el carácter de amigo de la corte -no utilizaré latinismos que pueden no entenderse- dará potencia y fuerza a esta institución; pero resulta que no se le otorga capacidad para que genere pruebas, ni menos para que su opinión sea considerada como elemento en los fallos.

Por lo tanto, ante la pretensión de que el ser amigo de la corte es suficiente, la verdad es que los que conocen algo sobre esos temas saben que el carácter de amigo de la corte se lo gana una institución, y ello no requiere refrendación legal. Por tanto, esa condición no es algo que verdaderamente potencie a la Defensoría.

Lo más grave, a mi juicio, está en la representación jurídica. Esta institución debiera tener una representación jurídica con ciertas características, como demandan la convención inter-nacional suscrita y ratificada por Chile y todas las normativas internacionales sobre la materia. Debiera ser una representación jurídica especializada, pero no lo es; debiera ser una representación jurídica dotada de recursos para que pueda propender a esa especialización y profesionalización, pero no los tiene, y debiera ser autónoma del gobierno, autónoma del Ejecutivo, autónoma de los poderes del Estado si verdaderamente quiere, como se dice, re-presentar para defender los derechos de la infancia. No es autónoma, desde el minuto en que el grueso de este instituto -así lo dice el texto legal, y nadie puede desmentirlo porque se trata del texto expreso que se propone a la Sala- otorga su desarrollo a un decreto presidencial. No es la ley la que desarrolla en definitiva a esta institución que hoy estamos aprobando, ya que el grueso de ella queda entregado a un decreto presidencial.





Es una cosa curiosa si hablamos de autonomía, porque claramente no hay autonomía en esas condiciones.

Peor aún -a uno le corresponde decirlo- es lo siguiente: no puede entenderse que hay re-presentación jurídica cuando esta se otorga a los casos "socialmente relevantes". ¿Qué son los casos "socialmente relevantes"? ¿Alguien puede explicar lo que son esos casos? Es decir, ¿hay casos que son "socialmente relevantes" y otros que no son "socialmente relevantes"? ¿La violación y el abuso sexual de un niño puede ser "socialmente relevante", pero otra conducta de similares características podría no ser "socialmente relevante"? Eso no está definido en la ley.

No estoy jugando con las palabras, señor Presidente, porque si eso tuviera una definición y un marco legal, lo que estoy diciendo no tendría sustento jurídico y mi crítica no sería fundada. Pero en el proyecto no se define lo que es "socialmente relevante" y, por lo tanto, esa materia queda entregada a la potestad de la autoridad.

El Tribunal Constitucional ha sido categórico en señalar reiteradamente que si usted quiere hacer una discriminación, tiene que establecerla fundamentadamente en la ley; no puede otorgársela a una autoridad ni delegársela. Aquí no se establece fundamentadamente nada.

Además, el Tribunal Constitucional ha dicho que esa fundamentación debe tener un carácter objetivo. Si se dijera que los menores internados en hogares del Sename o en instituciones colaboradoras, que han sufrido vulneraciones y abusos, y que no tienen protección familiar, parental ni maternal de ningún tipo son los más vulnerables de una sociedad y que a ellos se les dará una protección jurídica especializada y garantizada a todo evento, porque se les consideraría "socialmente relevantes", ahí habría una definición legal, ahí habría un objetivo legal, ahí habría una objetivación de esa discriminación, con fundamento.

El Tribunal Constitucional ha dicho que la discriminación debe estar en la ley, pero no está; que debe ser definida en la ley, pero no lo ha sido; que debe ser objetiva y tener un contenido de razonabilidad que pase los estándares de razonabilidad. Claramente, lo que no está definido en la ley, lo que queda entregado a la discrecionalidad de la autoridad, lo que no tiene carácter objetivo, no pasa ningún estándar de razonabilidad. De este modo, no se garantiza la defensa de los derechos de la infancia.

Hago expresa reserva de constitucionalidad respecto de ese artículo, ya que es total y absolutamente inconstitucional, por lo que recomiendo a la Sala, bajo el supuesto de que se trata de un error."

VIGESIMOQUINTO. Que, este Tribunal Constitucional, conforme lo prescribe el artículo 93, N° 1° de la Constitución Política, y, en la forma en que ha sido





asentado en su jurisprudencia reciente (STC Rol N° 3023, c. 31), sólo puede revisar la constitucionalidad de normas que revistan carácter de ley orgánica constitucional, circunstancia que no ocurre con la norma contenida en el artículo 10, inciso cuarto, del proyecto de ley, al que hace mención el H. Diputado señor Rincón, precepto que no fue declarado como propio de ley orgánica constitucional, por lo que se omitirá pronunciamiento respecto a las cuestiones de constitucionalidad formuladas a su respecto, precedentemente reproducidas.

VIII. INFORMES DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIAS DE SU COMPETENCIA.

VIGESIMOSEXTO. Que, conforme consta en autos, en lo pertinente, se ha oído previamente a la Corte Suprema, dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política, conforme consta en oficios de dicho Tribunal N° 147, de 11 de octubre de 2016, dirigido al señor Presidente de la Comisión Especial Encargada de Tramitar Proyectos de Ley Relacionados con los Niños, Niñas y Adolescentes del Senado; N° 153, de 6 de septiembre de 2017, remitido al señor Presidente de la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados; y, N° 195, de 10 de noviembre de 2017, despachado al señor Presidente de dicha Corporación.



IX. CUMPLIMIENTO DE LOS QUÓRUM DE APROBACIÓN DE LAS NORMAS DEL PROYECTO DE LEY EN EXAMEN.

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, de los antecedentes tenidos a la vista, consta que las normas sobre las cuales este Tribunal emite pronunciamiento, fueron aprobadas, en ambas Cámaras del Congreso Nacional, con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política;

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los artículos 8°, inciso tercero; 38, inciso primero; 77, inciso primero; 93, inciso primero; 98, inciso primero; y, 99, inciso final, todos de la Constitución Política de la República y, lo prescrito en los artículos 48 a 51 de



la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

SE DECLARA:

1°. Que, este Tribunal Constitucional no emite pronunciamiento en examen preventivo de constitucionalidad, por no versar sobre materias propias de ley orgánica constitucional, de la disposición contenida en el artículo 18, inciso primero, del proyecto de ley, en la frase "[l]as personas que presten servicios para la Defensoría se regirán por el Código del Trabajo."

2°. Que, las disposiciones del proyecto de ley que a continuación se señalan, son conformes con la Constitución Política:

- a. Artículo 13, incisos primero y sexto;
- b. Artículo 18, incisos primero -salvo la frase "[l]as personas que presten servicios para la Defensoría se regirán por el Código del Trabajo"- y cuarto; y,
- c. Artículo 19, incisos segundo y tercero.



DISIDENCIAS

Acordada la constitucionalidad del precepto contenido en el artículo 19, inciso tercero, del proyecto de ley, con el voto en contra de los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente), señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar, quienes estuvieron por declarar su carácter contrario a la Carta Fundamental por las siguientes razones:

1°. Que la norma recién indicada, cuya naturaleza jurídica declarada en la sentencia de estos autos abarca la esfera de competencia de las leyes orgánicas constitucionales previstas en los artículos 98, inciso primero y, 99 inciso final, de la Constitución, exime del trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República a las resoluciones que dicte el Defensor de la Niñez, autoridad introducida por el proyecto de ley;



2°. Que, a juicio de estos disidentes, ello no es admisible en derecho, conforme nuestra Carta Fundamental. No puede ser admitido que vía reforma legislativa, no mediando una modificación constitucional, la Controlaría General de la República se vea privada de las atribuciones que le han sido entregadas por nuestro ordenamiento jurídico para el control de legalidad de los actos de la administración;

3°. Que si bien el proyecto de ley define en su artículo 1°, inciso primero, a la Defensoría de la Niñez como una corporación autónoma de derecho público, dicha autonomía no puede exceder la necesaria distribución de competencias para un adecuado ejercicio de contrapesos en el marco del Estado de Derecho que rige a nuestro país, cuestión que ha fundamentado la atribución entregada por el Constituyente al órgano contralor en el artículo 98, inciso primero y que el proyecto, a través del artículo 19, inciso tercero, desvirtúa, incurriendo en clara inconstitucionalidad.



El Ministro señor Juan José Romero Guzmán también considera que el artículo 13, incisos primero y sexto del proyecto de ley son materias propias de ley orgánica constitucional, pero disiente respecto de la línea argumentativa seguida, en especial, en los considerandos 12° y 13° del fallo, por las razones que se indican a continuación:

Es efectivo que con la creación de la entidad denominada "Defensoría de los Derechos de la Niñez" el proyecto establece una innovación institucional. Ésta se aprecia por algunas características únicas (por ejemplo, su mecanismo de nombramiento, en donde el ejecutivo no tiene participación -al menos directamente-), como por otras que estando presentes en otros órganos de creación legal son, sin embargo, excepcionales (es decir, se apartan de la lógica general del sistema).

Lo que parece preocupar a la mayoría del Tribunal es la creación de instituciones que se aparten de la lógica de uniformidad y orden del sistema orgánico de la administración del Estado. En otras palabras, existe cierta reticencia a la fragmentación de la institucionalidad general del Estado en aspectos que, a modo ilustrativo, van desde mecanismos atípicos de nombramiento y remoción (como en el caso de este



proyecto) a aquellos que establecen estatutos laborales especiales o más cercanos al régimen común o privado (como en el caso de la Comisión para el Mercado Financiero).

Lo recién indicado permite explicar la afirmación de que se está creando un "organismo con autonomía sin reforma constitucional al efecto". En otras palabras, la mayoría del Tribunal estima que sólo cabe apartarse de aquel régimen general uniforme mediante disposición de rango constitucional y no a través de una ley orgánica constitucional como ocurre en este caso.

Dado lo anterior, este Tribunal intenta aclarar la naturaleza jurídica o posición de la entidad en la estructura orgánica del Estado dispuesta por el legislador por la vía su subsunción en el artículo 38, inciso primero de la Constitución. En efecto, lo que la mayoría del Tribunal busca con el entendido es que a la "Defensoría de los Derechos de la Niñez" le sean aplicables aquellas leyes orgánicas constitucionales que, con carácter común y permanente, se aplican a los servicios u organismos que la componen, por sobre sus leyes especiales, como son, precisamente y entre otras, la ley a que hace mención el artículo 38, inciso primero constitucional.



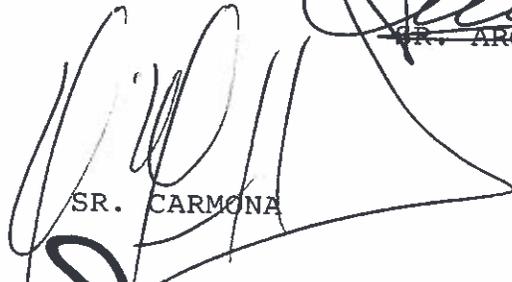
La aspiración recién anotada se sustenta en argumentos errados, tal como ya se explicó por este Ministro en la disidencia respecto del considerando 47º de la STC 3312 (Comisión para el Mercado Financiero) al que se ha aludido. Así, en primero lugar (y a modo sintético), el fallo parece razonar teniendo como parámetro de revisión no normas constitucionales, sino sólo legales y, en segundo lugar, parte de la base que existen leyes orgánicas constitucionales que tienen un carácter preeminente respecto de otras leyes orgánicas constitucionales.

Redactaron la sentencia las señoras y los señores Ministros que la suscriben.

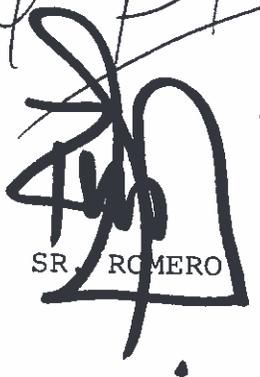


Comuníquese al Senado, regístrese y archívese.
Rol N° 4201-17-CPR.

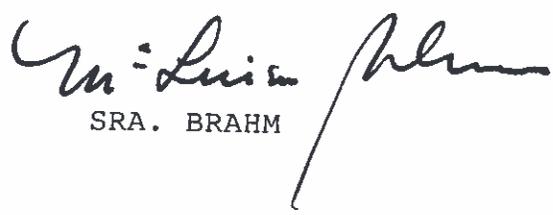

SR. AROSTICA

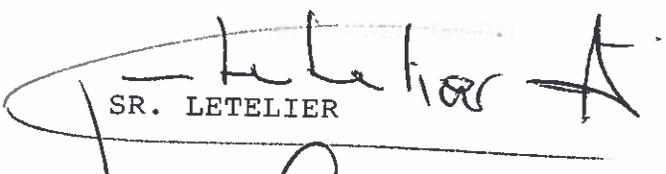

SR. CARMONA

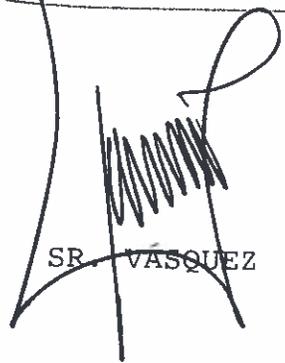

SR. GARCÍA

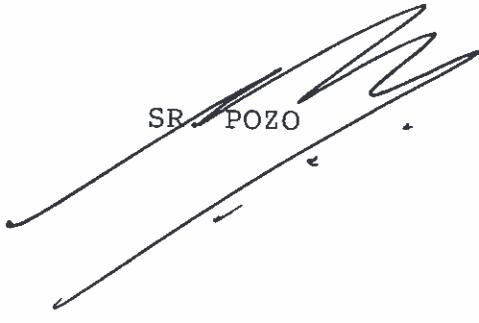

SR. ROMERO




SRA. BRAHM


SR. LETELIER


SR. VÁSQUEZ


SR. POZO

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

