



UNIVERSIDAD DE CHILE
Departamento de Derecho Privado
Escuela de Derecho

**EL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autora: VALESKA NATHALIA BOBADILLA AYALA
Profesora Guía: Claudia Schmidt Hott

Santiago, Chile
2006

TABLA DE CONTENIDO

Página

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	5
--	---

CAPITULO II

TRATADOS INTERNACIONALES VINCULANTES PARA CHILE CON RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	32
--	----

1. Breve alcance acerca de la interpretación de las normas de derechos humanos: el rol del Derecho interno, la doctrina y la jurisprudencia, como criterios interpretativos.....33
2. Los Derechos Humanos del niño y las obligaciones que implican su protección erga omnes.....35
3. Rol que los Tratados Internacionales asignan a la trilogía familia, Estado y sociedad.....36
4. El interés superior del niño, su derecho a ser oído y el derecho a expresar su opinión como cimientos hacia una verdadera democracia.....39
5. Derechos económicos, sociales y culturales de los niños.....43

5.1. Derecho a la salud.....	45
5.2. Derecho del niño a estar protegido contra toda forma de explotación económica y el trabajo infantil.....	47
5.3. Derecho del niño a ser protegido de toda forma de explotación y abuso.....	50
5.4. La educación, en base al interés superior del niño.....	53

CAPITULO III

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y PROYECTADA EN LA MATERIA.....	57
--	----

1. La competencia de los tribunales de Familia, en relación a la debida protección de los niños, niñas y adolescentes.....	59
1.1. El interés superior del niño en la Ley que crea los Tribunales de Familia y en la Ley de Matrimonio Civil, en especial relación con el cuidado personal y la relación directa y regular.....	60
1.2. El interés superior de los hijos en materias de alimentos: Ley N° 19.741 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y la competencia de los Tribunales de Familia.....	67
1.3. Niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.....	72

2. Maltrato infantil. Un análisis de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar.....	76
3. Un sistema de atención para la niñez y la adolescencia: Ley 20.032.....	82

CAPITULO IV

ANTINOMIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN INTERNA Y EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS, A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE.....	85
---	----

1. Situación del art. 225.....	87
2. Situación del art. 228.....	89
3. Situación del art. 234, inc.1º.....	91
4. Situación del art. 234, inc. 3º.....	92
5. Abandono, su tratamiento en el Código Civil y en el Código Penal.....	94
6. Patria potestad, art. 243.....	98
7. Situación del art. 323.....	102

CONCLUSIONES.....	109
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	121
-------------------	-----

RESUMEN

El contenido de la presente memoria está dirigido al análisis del rol subsidiario del Estado en la protección de los niños, niñas y adolescentes.

Este trabajo parte con un estudio de los fundamentos constitucionales de este rol subsidiario, en base a un análisis comparado que abarca la Constitución Española de 1978, la Constitución Política Nacional de Argentina, la Constitución Política Mexicana, la Constitución Política de Perú de 1993, la Constitución Política de Bolivia, la Constitución Política de Colombia, y la Constitución de Venezuela.

Luego se analizan los Tratados Internacionales vinculantes para Chile con respecto a la protección de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo cuál es el rol del Derecho interno, la doctrina y la jurisprudencia, en materia interpretativa, enfatizando el rol que estos instrumentos otorgan a la trilogía familia, Estado y sociedad.

Acto seguido se efectúa un análisis crítico de la legislación vigente y proyectada, que se relaciona con la protección de los niños, niñas y adolescentes, tarea para lo cual se aborda la Ley de Menores, la Ley de Matrimonio Civil, la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, la Ley que Crea los Tribunales de Familia, y la Ley que establece un Sistema de Atención a la Niñez y la Adolescencia a través de la red de Colaboradores del Sename, y su Régimen de Subvención. Además se incluyen en el análisis, algunos proyectos que modifican estas leyes, y que hemos considerado trascendentes para la protección de la infancia y la adolescencia.

Finalmente, se contempla un estudio de las antinomias que se originan entre la legislación interna y el Sistema de Derechos Humanos, a la luz de los Tratados Internacionales ratificados por Chile, desde una perspectiva crítica que tiene por objeto contribuir a la derogación de las normas que se oponen a los principios establecidos en este sistema en materia de niños, niñas y adolescentes, razón por la cual además de enfocar el problema, se proponen soluciones, tomadas principalmente del estudio del Derecho comparado, en especial de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente LOPNA.

INTRODUCCIÓN

Estas páginas nacen al alero del Taller de Memoria “Aspectos Sustantivos de la Nueva Ley de Tribunales de Familia”, dictado por la profesora Claudia Schmidt Hott, entre el primer y segundo semestre del año 2006.

En él se abordaron diferentes temas del Derecho de Familia, desde un punto de vista crítico e integral, principalmente desde la óptica de los principios que rigen la materia, como el interés superior del niño y su derecho a ser oído, la solidaridad familiar, la coparentalidad, y la igualdad en las relaciones de familia, tanto en lo que respecta a los cónyuges, como a los hijos. Es justamente este análisis, lo que motivó la elección del tema que da el título a esta Memoria, y que a continuación expondré, considerando que, el Derecho de Familia, y en especial el Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes, no pueden ser analizados sin efectuar un estudio pormenorizado del Sistema de Derechos Humanos, enfatizando en los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, hito que marca el reconocimiento de ellos como sujetos plenos de derecho, que por su condición de autonomía en desarrollo merecen una protección especial.

Este trabajo realiza un recorrido por diferentes modelos constitucionales, pues el Derecho Comparado, a diferencia de lo que ocurre en Chile, ha avanzado a paso muy firme, adecuándose a los principios consagrados en los diferentes Tratados sobre Derechos Humanos, reforzando la protección desde la perspectiva de lo que llamaremos la trilogía familia, Estado y sociedad. Es en este punto donde recalamos la necesidad de que exista una asunción de responsabilidades con respecto al desarrollo integral de los niños, no sólo por parte de sus padres, sino que también por parte del Estado, quien además de

poner preocupación por los niños que viven situaciones difíciles, debe hacerse cargo del bienestar de TODOS los niños, facilitando su acceso a los distintos servicios que ofrecen los órganos de la administración, reconociéndoles su derecho a ser oído y a que se tomen debidamente en cuenta sus opiniones, y garantizando de una manera efectiva sus derechos de provisión, protección y participación.

Los niños no pueden seguir siendo utilizados como una bandera de lucha, sin que antes se reconozca que la legislación vulnera gravemente los derechos que les reconocen los Tratados Internacionales, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño. Es por esta razón que este trabajo parte de la hipótesis de que nuestro país aún no se encuentra en una etapa de protección integral, sino que camina a paso muy lento hacia esa dirección. Para confirmar lo expuesto realizaremos un estudio de la legislación vigente y proyectada en la materia, efectuando una comparación con la legislación extranjera, para cuyo cometido utilizamos principalmente como modelo la Ley Orgánica para la Protección de los Niños y Adolescentes LOPNA, de Venezuela, por considerarla una pauta para Latinoamérica en la materia.

La sociedad, como componente de la trilogía, también es responsable de la protección de los niños, niñas y adolescentes. Un punto no desarrollado aún por la doctrina, que considera que las relaciones familiares son esencialmente privadas. Bajo nuestra perspectiva, en cambio, ella tiene un rol protagónico en lo que respecta a la fiscalización de las políticas dirigidas hacia la infancia, a través de la posibilidad de que en su interior se generen movimientos sociales que demanden al Estado su pronto cumplimiento, por medio de las redes de participación ciudadana.

Recordemos que el Estado no sólo se obliga a disponer y ejecutar directamente medidas de protección a favor de los niños y adolescentes, sino que también está obligado a beneficiar de la manera más amplia la fortaleza del núcleo familiar, que se considera la célula básica de la sociedad. Pensamos que si se hace una buena distribución de recursos, que incluya su fortalecimiento, se está invirtiendo en una labor preventiva que en el futuro se traducirá en un menor gasto en sistemas de represión y contención de los niños, niñas y adolescentes.

Recalcamos la labor de los padres, que son los primeros llamados a velar por la mayor realización material y espiritual de sus hijos, en su mejor interés. Pese a ello vemos que en situaciones de ruptura este estándar se reduce, como es el caso de los alimentos que los padres deben a sus hijos.

La ley tal y como se encuentra redactada hoy, fomenta esta reducción del nivel de exigencia en el cumplimiento de los deberes de los progenitores, temática que incide en el concepto de abandono, aún no desarrollado a nivel doctrinario, que abarca no sólo la esfera física y patrimonial, sino que también la esfera afectiva, lo que en psicología se conoce como abandono emocional, definido como la situación en que el niño no recibe el afecto, la estimulación, el apoyo ni la protección necesaria para cada estadio de su evolución, y que inhibe su desarrollo óptimo. Abandono que se subsume dentro del concepto de violencia familiar, ambas temáticas desarrolladas en este trabajo.

Esta memoria de prueba pretende convertirse en un aporte al estudio de la protección de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, desde una perspectiva que tiene como principal sustento el Sistema Internacional de Derechos Humanos, de donde derivan los principios que rigen el nuevo

Derecho de Familia, los cuales se enfrentan con una visión crítica, herramienta fundamental e invaluable adquirida gracias al Taller de Memoria.

Postulo que la falta de resguardo a nivel legislativo, se deriva de la carencia de conocimientos que poseen los operadores jurídicos sobre los problemas que afectan a los niños, niñas y adolescentes, situación que se fundamenta principalmente en el hecho de que los temas de familia aún no son abordados como una disciplina separada del Derecho que rige las obligaciones entre particulares, dadas sus características propias derivadas de una naturaleza sustentada en principios jurídicos, morales y espirituales, que lo hacen cualitativamente diferente. Por esta razón analizaremos cómo el tema de la especialización de los operadores jurídicos, que debe comenzar desde la instrucción en las universidades, por profesores que aborden esta nueva perspectiva, por jueces que además de conocer el derecho nacional, conozcan el Derecho Comparado, y por legisladores que realmente estén facultados para tomar sobre sus hombros la responsabilidad que implica el dictar leyes; influye en las deficiencias que presenta nuestra legislación, y en los errores de interpretación que se producen a nivel doctrinario.

Confío en que esta investigación sea de utilidad para el estudio de este tema tan importante, pero tan olvidado, pues los niños aún no son materia prioritaria ni para el Estado, ni para la sociedad, ni para nuestro sistema de justicia.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

En líneas generales podemos decir que el objetivo de todas las Constituciones analizadas en este Capítulo, es reforzar lo que llamaremos la trilogía familia, Estado y sociedad, otorgándole a cada uno de estos órganos diversas funciones, dependiendo de si realmente el texto constitucional se ha adaptado a los principios consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño o si aún se encuentra en una etapa de transición.

En épocas anteriores a la Convención, las Constituciones no contemplaban consagraciones especiales para los niños y adolescentes, pues la ley se encargaba de regular los conflictos que se suscitaban con los niños en situación de riesgo: niños abandonados, niños de la calle y niños en conflicto con la ley. El único rol que asumía el Estado era de corte paternalista, en cuyo cometido se apoyaba en la judicatura de menores, la policía y los órganos administrativos que estaban encargados de otorgar amparo al niño. A esta etapa, en que el Estado todavía no asume un rol protagónico en la protección de los niños, pues no los considera como sujetos autónomos, separados de la voluntad de sus padres, la doctrina le ha dado el nombre de Teoría de la Situación Irregular. En Chile, la Ley de Menores N° 16.618, es su clara exponente.

Con la Convención, se marca el inicio del reconocimiento del niño como un sujeto dotado de autonomía, que tiene el derecho de expresar sus preferencias. Con esta consagración especial, él se transforma en un protagonista de la sociedad, dando paso a la Teoría de la Protección Integral.

Con la ratificación por parte de los Estados de la Convención, viene un proceso de adecuación de los principios consagrados en ella, lo que en algunos países se traduce en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derechos en la Constitución Política, ya no sólo desde el ámbito familiar, sino como una persona que debido a sus condiciones especiales necesita de protección. Surgen también los Códigos de la Niñez y Adolescencia, con el objetivo de sistematizar el conjunto de leyes y hacerlas aplicables según los principios consagrados en la Convención. En este sentido América Latina, ha tenido un rol preponderante, sentando las pautas en la adecuación de las Constituciones.

Chile se ha quedado atrás en esta lucha por la protección de los derechos del niño y de los adolescentes, podemos decir que se encuentra iniciando la senda de la transición hacia una protección integral, pues aún no existe el reconocimiento expreso por parte del Estado del niño como sujeto de derechos a nivel Constitucional, pese a ello, podemos establecer que el rol del Estado en la protección de los niños se deriva de la norma establecida en el artículo 1, inciso 2º, de la Constitución Política de 1980¹, donde se consagra a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, por lo que al Estado le corresponde el deber de otorgarle protección y fortalecerla. En este artículo encontramos dos de los tres componentes de la trilogía: familia y Estado. El constituyente no se pronuncia sobre el rol que le cabe a la sociedad en esta protección, tal vez porque la familia es considerada como la esfera más íntima de las personas, donde no se permite la interferencia de un tercero.

¹ Consulta En: Constitución Política de la República de Chile. Apéndice actualizado a 1 de Enero de 2006. Undécima Edición Oficial con decreto aprobatorio en trámite. Editorial Jurídica de Chile.

Una parte de la doctrina², considera que el artículo se refiere a la protección de la familia matrimonial, unida por vínculos de sangre, formada por padre, madre e hijos, interpretación que atenta contra la igualdad, consagrada en todos los pactos a nivel internacional.

Creo que una interpretación sistémica, nos debe llevar a concluir que la familia corresponde a una estructura social, unida por lazos afectivos, que pueden o no ser sanguíneos, que tenga por fin la convivencia, la cooperación y el desarrollo pleno de sus miembros, no importando si existe vínculo matrimonial de por medio, sobre todo considerando que la familia, es un concepto que alude al ámbito biológico, más que al ámbito jurídico.

Con una omisión con respecto al rol del Estado en la protección de los niños y considerando que Chile ratificó la Convención en el año 1990, la solución proviene de la aplicación de la triple vía³, pues el art. 5, inc. 2º, de la Constitución Política, otorga rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos, ratificados por Chile, de tal suerte que las normas contempladas en la Convención se pueden invocar a falta de ley que resuelva el asunto, por aplicación directa y en caso de conflicto, prevaleciendo la norma internacional, por sobre la norma interna.

Además, considerando que el niño es un sujeto de derechos, le son plenamente aplicables todas las garantías establecidas en la Constitución, especialmente las que contempladas en los arts.1, 19, N° 3, 4 y 7.

² Consulte el libro Derecho Constitucional, Tomo I. Verdugo, Mario – Pfeffer Emilio y Nogueira, Humberto. Editorial Jurídica de Chile, año 1997, pág 11.

³ El constitucionalismo contemporáneo se ha proyectado con vigor en el Derecho Familiar, cuando no ha sido objeto de desarrollo legislativo, por una triple vía: aplicación directa en algunos casos, derogación de normas contrarias a ella en otros, y como fuente integradora del ordenamiento jurídico en otras ocasiones. Conclusiones y recomendaciones del IX Congreso mundial sobre Derecho de Familia: 22 - 27 de septiembre de 1996. Atlapa, Panamá. Revista de Derecho Puertorriqueño. Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. Facultad de Derecho. 35(3): 603-604, 1996.

Pese a la aplicación de la triple vía, es urgente una consagración directa a nivel constitucional, que exprese que el niño es sujeto de derechos, al igual que un adulto, y que imponga a la familia, Estado y sociedad, el resguardo de las garantías reconocidas para él en la Convención, teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, en todos los asuntos que le conciernen.

Pero no sólo es necesaria la consagración de la norma, sino que también su ubicación. Así, en casi la generalidad de las Constituciones, la protección se enmarca dentro de los Derechos Económicos, Políticos y Sociales, lo que hace muy difícil su ejecución, pues la Convención establece que en este caso, se debe dar el cumplimiento progresivo de ellos, agotando hasta el máximo de sus recursos. Entonces, en el momento en que los Estados dan cuenta de los progresos, señalan que pese a que han hecho lo imposible, la situación económica del país, les impide cubrir todas las necesidades. De esta manera el reconocimiento del niño, pasa a ser sólo una declaración de buenas intenciones.

En este sentido España, no sé si de manera conciente, consagra en su Constitución Política⁴, dentro del Capítulo III, que establece los principios rectores de la política social y económica, en el art. 39, N° 4, la protección de los niños de acuerdo a la Convención, asegurando en el N° 1 del mismo art., la protección social, económica y jurídica de la familia. Cabe agregar que en el anteproyecto, no se hacía mención expresa de ello⁵.

⁴ Constitución Española, sancionada por don Juan Carlos I, Rey de España. Publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 29 de diciembre de 1978. En línea: <http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/index.html>; [consulta: 06 de julio de 2006].

⁵ En lo que se refiere al proceso de discusión parlamentaria del precepto a lo largo del debate constituyente, se ha de decir que no fue un art. que generase grandes enfrentamientos políticos entre las distintas fuerzas presentes en el proceso. Se puede apuntar como curiosidad que el

Dada la ubicación del precepto y en base a una interpretación armónica del Sistema de Derechos Humanos, de que España es parte, podemos establecer las siguientes pautas de interpretación:

España ratificó la Convención en el año 1990, por remisión al art. 96. 1, es incorporada automáticamente al sistema interno y en relación con el art. 39, Nº 4, la protección debe ser integral, no siendo suficiente la intervención del Estado en situaciones de riesgo y desamparo⁶. De esta manera el Estado debe preocuparse de reforzar los derechos políticos y culturales, de aquella parte de la población infantil que tiene sus necesidades económicas y afectivas satisfechas.

La protección dentro del marco de la política económica y social, debe tener como fin el logro de una protección integral, contemplando la lucha efectiva contra la pobreza y exclusión social, armonizando la vida familiar y la creación de espacios de participación del niño. Se deben fomentar las políticas preventivas, por lo que el Estado tiene una participación protagónica en los asuntos de familia, creando mecanismos efectivos que permitan detectar situaciones de riesgo.

precepto del Anteproyecto constitucional comprendía sólo tres apartados, no aparecía la mención expresa de la protección del niño según los acuerdos internacionales que velen por sus derechos que aparece en el vigente 39.4 de la CE; y tampoco aparecía la referencia a que la ley posibilitase la investigación de la paternidad prevista en el apartado segundo, que fue introducida por enmienda del Senador Villar Arregui en el debate de Pleno del Senado. En:<http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>, [consulta: 22 de agosto de 2006]

⁶ La distinción entre situaciones de riesgo y de desamparo, aparece por primera vez, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Consultada En:http://www.congreso.es/constitución/ficheros/leyes_espa/lo_001_1996.pdf; [consulta: 06 de julio de 2006]. Nótese que aún la ley ocupa el término menor, en contradicción con lo establecido en la Convención de Derechos del Niño.

En el caso de España el sistema de protección se apoya en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor⁷, que retoma la idea de la protección social, económica y jurídica de la familia y en especial del niño, reconociendo en el art. 3, que ellos gozan de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. En el art. 10, se contemplan distintos mecanismos para facilitar el ejercicio de sus derechos⁸, se establece que para su defensa y garantía, el niño puede solicitar recursos sociales disponibles en las administraciones públicas, es por esta razón que el Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, ha lanzado un Plan Estratégico Nacional de la Infancia y Adolescencia 2006-2009⁹, que tiene como objetivo establecer un sistema de planificación en el mediano plazo, que permita conseguir el desarrollo de los niños, respetando la capacidad de autogobierno de cada Comunidad Autónoma, a través de la puesta en marcha de planes regionales y locales, prestando especial preocupación en las zonas o barrios más desfavorecidos, lo que facilitaría la implantación de criterios homogéneos en las Comunidades y permitiría establecer una detección precoz de las necesidades que no se cubren o que se hacen de manera deficiente; logrando un mejor aprovechamiento de los recursos existentes. Para el logro de este cometido se han establecido objetivos estratégicos que comprenden diversas materias¹⁰.

⁷ En:http://www.congreso.es/constitución/ficheros/leyes_espa/lo_001_1996.pdf; [consulta: 06 de julio de 2006].

⁸ Entre ellos se contemplan:

- i. La tutela y protección de la entidad pública competente. A través del Ministerio Fiscal, poniendo en conocimiento de éste las situaciones que considere que son atentatorias de sus derechos.
- ii. Planteamiento de quejas ante el Defensor del Pueblo, medida que parece ser la más adecuada, producto de la división en comunidades autónomas del país. Una instancia a nivel local, que esté reforzada por redes a nivel municipal, permiten detectar tempranamente situaciones de riesgo y hacer más expedito el acceso a la justicia, sobre todo cuando la figura del Defensor del Pueblo se hace cargo permanentemente de los asuntos relacionados con los niños.

⁹ El Plan Estratégico Nacional de la Infancia y Adolescencia 2006-2009, se encuentra En:http://www.tt.mtas.es/periodico/serviciosociales/200605/plan_inf_ad.pdf; [consulta: 20 de julio de 2006].

¹⁰ Entre ellos se cuentan: el establecimiento de sistemas permanentes de información con el objetivo de mejorar el conocimiento de la situación de los niños en España, el mejoramiento de

Con la implementación de este Plan donde se destaca una preocupación por el niño, en cada una de las áreas de desarrollo, España avanza hacia una protección integral, que progresivamente debe tender hacia la satisfacción plena de sus necesidades económicas, sociales, políticas y culturales. Tiene una base a nivel Constitucional, que contempla la protección del niño dentro de las políticas sociales y económicas del Estado y una Ley Orgánica que se encarga de reforzar la consagración a nivel Constitucional.

Sin embargo y pese a que hay intentos serios por mejorar la situación de los niños en España, el país se encuentra en una etapa de transición, pues es necesario aún un cambio a nivel social, con respecto a la consideración de los niños como sujetos de derecho y el respeto por todos ellos, independientemente de su sexo, raza, origen y religión¹¹.

Está aún pendiente la modificación del art.154 del Código Civil, que autoriza a los padres a corregir RAZONABLE Y MODERADAMENTE A SUS HIJOS. Norma cuya interpretación es contraria al art. 19 de la Convención de

las políticas de la infancia, a través de la coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas, el avance en la promoción de políticas de apoyo a las familias en lo que respecta a los deberes de los padres con los hijos y la armonización de la vida familiar y laboral, el fortalecimiento de redes sociales y la sensibilización sobre los derechos de los niños a nivel comunitario. También se contempla el impulso de los derechos y protección de los niños, en los medios de comunicación y nuevas tecnologías, una especial preocupación por los niños en situación de riesgo y/o exclusión social, el establecimiento de mecanismos de carácter preventivo y de rehabilitación ante situaciones de conflicto social. Garantizar una educación para todos, fomentar el desarrollo de intervenciones de prevención, promoción y protección de la salud de niños y adolescentes, con especial atención en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades mentales y discapacidades, favorecer un entorno físico, medioambiental, social, cultural y político que permita el desarrollo de las capacidades de niños, niñas y adolescentes, de zonas urbanas y rurales. Garantizar la participación efectiva de los niños, en todas las materias que les afecten, como sujetos plenos de derecho. Para el logro de estos objetivos, está previamente establecido el órgano competente y los organismos que colaborarán en la consecución de tales fines.

¹¹ Especial preocupación nos produce la situación de los niños inmigrantes y gitanos, según lo denunciado por el informe preparado por la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT), para el Comité de los Derechos del Niño, elaborado en el año 2002, y que se encuentra disponible En: http://www.omct.org/pdf/cc/Espagne_Web_ESP.pdf; [consulta: 06 de agosto de 2006].

los Derechos del Niño¹², pues las estadísticas nos muestran que el maltrato ha aumentado en el último tiempo¹³. Según la ley española, cuando el niño es víctima de violencia, puede elevar una demanda ante un tribunal. El problema es que éste no existe en todas las capitales de las comunidades¹⁴ de manera que no hay un criterio uniforme y los fallos frecuentemente se contradicen. Por esta razón es importante que el Estado dentro de sus políticas, tome en consideración la especialización de los operadores jurídicos relacionados con los temas de familia.

En el caso de Argentina, como Estado Federal, se contempla la existencia de una Constitución Política Nacional¹⁵, que no estatuye de manera directa la protección de los niños, y una Constitución Política por cada provincia.

¹² Art. 19. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

¹³ Entre el año 2000 a 2004 se ha incrementado en un 108.67% el número de niños maltratados. El grupo de edad donde se presenta la mayor incidencia de maltrato es en los menores de 13 años, el incremento de maltrato es mayor en el caso de las niñas, con un 90.61%. En el caso de los niños, el incremento hacia el año 2003, era de un 49.89%. Entre los niños de 16 a 17 años hay una mayor prevalencia de la violencia. El número de niños muertos en el ámbito familiar, se incrementó de 9 el año 2000 a 16, en el año 2004. Lo que representa un incremento del 77.78%. De los niños maltratados un 20% sufre agresiones físicas, un 86% negligencias, un 35% sufre violencia psicológica y un 3.5% sufre abuso sexual, aunque siempre existe una cifra negra, pues muchos de estos casos jamás son denunciados, por lo que esta cifra representa una parte muy limitada de la realidad. Fuente: <http://www.amnistia-infantil.org/Maltrato-Infantil-Domestico.htm>; [consulta: 12 de agosto de 2006].

¹⁴ El año 2004 existían 70 juzgados de Familia, que se encuentran distribuidos en 25 provincias. Otras 26 provincias, más Ceuta y Melilla, no tienen ninguno. De los 70 Juzgados de familia, la mayoría están ubicados en las capitales de provincia. En las localidades donde no existen juzgados, los asuntos pasan al conocimiento de jueces de primera instancia e instrucción. En: <http://www.prodeni.org/juzgados%20de%20familia%20en%20españa.htm>; [consulta: 11 de agosto de 2006].

¹⁵ En: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/atribuciones.php>; [consulta: 11 de agosto de 2006].

El problema que se provoca cuando se manejan distintos ámbitos de protección, es que conforme el niño se mueva dentro del territorio de la República, el rol que asume cada provincia en su resguardo varía, lo que es completamente atentatorio, siempre que la Constitución Provincial no se oriente hacia una protección integral del niño, y la Constitución Nacional no contemple un estándar mínimo de protección¹⁶. En el caso específico, la Convención de los Derechos del Niño, tiene rango Constitucional, según el art. 75, N° 22¹⁷ En el numeral 23¹⁸, se contemplan las medidas de acción positiva (una obligación

¹⁶ Constitución de la Provincia de Santa Fe (1967): Art. 23. La Provincia contribuye a la formación y defensa integral de la familia y al cumplimiento de las funciones que le son propias con medidas económicas o de cualquier otra índole encuadrada en la esfera de sus poderes. Procura que el niño crezca bajo la responsabilidad y amparo del núcleo familiar. Protege en lo material y moral la maternidad, la infancia, la juventud y la ancianidad, directamente o fomentando las instituciones privadas orientadas a tal fin.

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Art. 39. La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes.

Provincia de Santa Cruz: No existe norma que proteja a las niñas, niños y adolescentes. El art. 81, se encarga de establecer la educación primaria como gratuita y obligatoria.

Provincia de Mendoza: No existe norma que regule la protección de los niños y adolescentes en la Constitución, sin embargo la condición de los niños mejora con la ley N° 6354, de 22 de noviembre de 1995, que en el art. 1, señala que la ley tiene por objeto la protección integral del niño y el adolescente, como sujeto principal de los derechos establecidos en la misma y el ordenamiento legal vigente. Para tal efecto, quedan comprendidas todas las personas que no hubieran alcanzado la mayoría de edad.

En: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constituciones/cuerpo1.php>; [consulta: 11 de agosto de 2006].

¹⁷ Art. 75. Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

¹⁸ 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

activa del Congreso dirigida a promover las medidas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato), de manera que los poderes deben intervenir, ya sea de manera directiva, dictando leyes o medidas de promoción, o por la vía directa, con medidas concretas de acción del gobierno para lograr el equilibrio. Se trata de nivelar los derechos de los sectores más desprotegidos, como son los niños y dentro de ello, establecer un régimen especial con respecto a aquellos que se encuentran en situaciones extremadamente difíciles. Así, el rol del Estado se traduce en la fiscalización de políticas públicas, la correcta asignación de los recursos y el aumento del gasto social en educación y salud, lo que aumenta el crecimiento económico y el progreso de la sociedad.

El art. 86, contempla la existencia del Defensor del Pueblo, cuya misión es la defensa y protección de los Derechos Humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Debemos señalar que la experiencia en América Latina ha demostrado que esta figura ha dado excelentes resultados¹⁹.

Los Estados deben tener en consideración que las pautas para la focalización de las políticas están dadas en la Convención, es decir, las metas ya están fijadas en ella con respecto a temas como la salud, en el art. 24, educación, en el art. 29, y el trabajo bajo ciertas condiciones y requisitos de edad, en el art.32. Por tanto más que plantear ideales, se deben hacer operativos los derechos consagrados en ella, lo que se relaciona con el art. 75,

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 período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

¹⁹ Es así como en el caso de El Salvador, se contempla la existencia de una procuraduría para la defensa de los Derechos Humanos, que se divide en cuatro sectores, uno de ellos dedicado exclusivamente a la defensa del niño.

Nº 19, de la Constitución Política, que consagra que la política nacional debe propender al desarrollo económico de sus miembros y a la igualdad.

En el caso de la Constitución Política Mexicana²⁰, producto de la necesidad de adecuación del nuevo rol que tienen los niños dentro de la sociedad, se aprueba una modificación del art. 4, en el año 1999²¹, consagrando de manera general el derecho a satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y esparcimiento. Acto seguido, se consagra el deber del Estado de proveer lo necesario para el ejercicio pleno de sus derechos y fomentar la dignidad de la niñez, otorgando facilidades a los particulares para que colaboren en el cumplimiento de estos derechos. Sin embargo el proyecto original contemplaba la definición de niño, como todo ser humano menor de 18 años, establecía el rol de los padres, Estado y Sociedad en la protección de los niños, señalaba instrumentos y apoyos para el cumplimiento de este cometido y reconocía un catálogo de derechos fundamentales para los niños. Pese a que la norma se adapta mejor a lo establecido por la Convención, a juicio de los legisladores, los derechos establecidos en el proyecto, limitaban los derechos reconocidos en el instrumento internacional. Sin embargo una interpretación alternativa, llegaría a la conclusión, que si bien es cierto, la enumeración no es taxativa, el Estado, conforme a la realidad mexicana, otorga a ciertos derechos básicos, una protección especial.

²⁰ En: <http://constitucion.presidencia.gob.mx/docs/constitucion.doc>; [consulta: 11 de agosto de 2006].

²¹ El 13 de Diciembre de 1999 se aprobó en la Cámara de Diputados una reforma Constitucional relativa a los Derechos de la Niñez. En el mes de marzo del 2000 la reforma fue ratificada al menos por la mitad de los Estados de la Federación, por lo que a partir de entonces ya es decreto. En: <http://www.derechosinfancia.org.mx/Legislacion/legislacion8.htm>; [consulta: 05 agosto de 2006].

Tal como está redactado el texto vigente con la frase: “El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”, no se adapta al nuevo rol del Estado en la protección de los niños, sino como un ente que proporciona a los particulares (entendiéndose por ellos familia, tutores, curadores y sociedad) los mecanismos para que a través de ellos se proteja a la infancia, lo que atenta con lo establecido en el art. 4 de la Convención de los Derechos de Niño, que estipula que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, hasta el máximo de recursos de que dispongan, para dar efectividad a los derechos establecidos por la Constitución, y se asemeja más a una acción paternalista por parte del Estado. En este sentido, y frente a los posibles problemas de interpretación del art. 4 cabe preguntarse entonces ¿Qué es lo necesario? y ¿Qué se entiende por el máximo de recursos? Según el sentido natural de la palabra, necesario es todo aquello que hace falta para un fin. En el caso en cuestión, lo necesario no está dado por simples deseos o declaraciones de buena voluntad por parte del Estado, debido a que se establece en la Convención, p.ej. en lo que respecta a la reducción de la mortalidad infantil, en el art. 24. Cosa distinta es el cumplimiento progresivo de estos derechos, que se encuentra en función de los recursos de que se disponga. La Convención en el mismo art., obliga al Estado ha disponer hasta el máximo de recursos de que disponga, por tanto, contempla la actuación directa de éste, con respecto a las políticas públicas. Sin embargo el máximo de recursos para que la protección sea efectiva, debe darse necesariamente, en función de parámetros concretos, como podría ser un porcentaje del producto interno bruto.

La omisión de la Constitución se ve corregida por el art. 7, de la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes²², que

²² En: <http://constitucion.presidencia.gob.mx/docs/constitucion.doc>; [consulta: 11 de agosto de 2006].

establece de manera directa cuál es el rol que corresponde a las autoridades o instancias federales, no sólo asegurando la protección de los niños, sino que también tomando las medidas necesarias para su bienestar. De la misma forma consagra el rol de la sociedad en el respeto y auxilio de estos derechos, dentro de las obligaciones que se impone al Estado está el reconocimiento del niño en las políticas públicas, el resguardo para que pueda vivir al interior de su familia estableciendo programas de ayuda económica, pues ningún niño debe ser separado de sus padres por razones económicas. Este principio no debe admitir excepciones, pues el hecho de no tener las condiciones económicas necesarias, no priva del derecho de ser padres. En lo que se refiere a la salud, la Ley para la Protección del Niño, se adecua cabalmente a las metas que se proponen para los Estados, en la Convención²³. Se reconocen además una serie de derechos tales como el derecho de participación, la regulación de la imagen del niño en los medios de comunicación masivos, su protección contra injerencias arbitrarias, el derecho de ejercer las garantías consagradas en la Constitución y las leyes, el derecho a la vida, a la no discriminación, el derecho a vivir en condiciones de bienestar, la protección de su integridad, el derecho a la identidad y el derecho a vivir en familia. Cabe considerar que esta consagración no es taxativa.

La Constitución Mexicana otorga valor supralegal, según el art. 133, a la Convención de Derechos del Niño, y en general a todos los tratados internacionales, ratificados por México²⁴. En relación a esta norma, se contempla en la Ley de Protección de los Niños y Adolescentes, art. 6, que a

²³ Así se establecen como metas la reducción de la mortalidad infantil, la promoción de la lactancia materna, el fomento de programas de vacunación, disposiciones tendientes a prevenir el embarazo adolescente, y la puesta en marcha de medidas que tiendan al mejoramiento de la atención de los niños.

²⁴ Art. 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la **Ley Suprema** de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

falta de disposición expresa o tratados internacionales, en los términos del art. 133, se estará a los principios generales del ordenamiento o a falta de ellos, los principios generales del Derecho, por lo que aún tenemos a salvo el principio pro homine, que exige procurar la alternativa de solución más beneficiosa para el niño y sus derechos esenciales.

Tanto en la Constitución, como en los tratados internacionales, los derechos de los niños priman por sobre los demás, es el llamado derecho de preferencia, que se contempla en la Convención y que se vincula principalmente a su interés superior. De esta manera en materia de cuidado personal de la crianza la ley ya no debería establecer normas en función de los padres, sino en base al interés superior del hijo, lo mismo en materias de alimentos y relación directa y regular; creando los mecanismos para que el niño sea efectivamente oído.

La Constitución Política de Perú de 1993²⁵, en el art. 4, señala que la comunidad y el Estado, protegen especialmente al niño y al adolescente en situación de abandono, pero no se pronuncia sobre una protección a los demás niños, por lo que aún el texto no consagra una protección integral. El Estado pasa a tomar un rol subsidiario en la protección de niños abandonados, estableciendo una discriminación que atenta contra lo establecido en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga al Estado parte a asegurar la aplicación de los derechos reconocidos en ella a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. Actualmente existe un Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución²⁶, que reconoce los derechos del menor (nótese que aún utiliza el término menor, aunque ha ratificado la Convención y el propio art. 4 ya hablaba de niño). La reforma al artículo me parece un retroceso en la

²⁵ En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 15 de julio de 2006].

²⁶ En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 15 de julio de 2006].

búsqueda del camino hacia una protección integral, debido a que mantiene términos inapropiados y discriminatorios, como es la utilización de la palabra menor. Creo que la redacción adecuada abarca el reconocimiento de los derechos de todos los niños, tomando en consideración su interés superior, pues el Estado no puede agotar sus recursos otorgando protección sólo en el caso de los niños en situación de abandono. El Estado peruano se encarga de enfatizar en que otorgará protección a los niños en situación de abandono, por lo cual es importante ahondar en el concepto.

En este sentido la Ley del Distrito Federal de México²⁷, ha introducido una nueva figura en el art. 3, definiendo el abandono como una situación de desamparo que vive el niño, cuando sus progenitores o aquel que lo tiene bajo su cuidado deja de proporcionarle los medios básicos de subsistencia y los cuidados necesarios para su desarrollo integral. Además introduce la definición de maltrato psicoemocional, que consiste en actos u omisiones, cuyas formas de expresión pueden ser silencios, prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, insultos, actividades de descuido, devaluatorias o abandono, que provoque al niño daño, en cualquiera de sus esferas cognoscitivas, conductual, afectiva y social. Lo que queremos explicar con esto, es que el concepto de abandono no sólo debe ser analizado como una situación de desamparo económico, sino que también espiritual y/o afectivo, pues ambos traen consecuencias, que amenazan el desarrollo integral del niño. Del análisis del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27.337²⁸, se desprende que el concepto de abandono sólo hace alusión a los niños que carecen de un hogar, sobre todo por el análisis del Título de la Adopción, donde se habla de la declaración del estado de abandono como un requisito previo al

²⁷ Consultada En: <<http://constitucion.presidencia.gob.mx/docs/constitucion.doc>>, [consulta: 11 de agosto de 2006]

²⁸ Consultada En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm> [consulta: 15 de julio de 2006]

procedimiento de Adopción. Sería interesante que Perú considerara esta interpretación amplia del concepto de abandono, al igual que México, en base al interés superior del niño. De esta manera el Estado podría rápidamente poner en marcha sus instituciones y reestablecer la situación del niño o niña, lo que sería concordante con lo establecido en la propia Constitución, que en el art. 6, que establece el derecho y deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.

Con respecto a las medidas de acción que debe tomar el Estado peruano en el rol de protección, el Código del Niño, se señala en el art. 25, que el Estado garantizará los derechos consagrados en la ley, mediante políticas, medidas y acciones permanentes y sostenidas, contempladas en el Código²⁹. En Perú existen las Defensorías del Niño, desde 1997, sin embargo estos organismos no cuentan con la suficiente información sobre su situación, por los costos que tiene la inscripción de los recién nacidos, y que no pueden ser cubiertas por el sector más pobre de la población. Por lo que el llamado es a reforzar y actualizar las redes de información, para que las políticas públicas puedan ser correctamente focalizadas.

Otro país que aún presenta problemas con respecto al registro de nacimiento es Bolivia, cuya Constitución Política³⁰, consagra en el Título Quinto, Del Régimen familiar, en el art. 199.I, la protección de la salud física, mental y moral de la infancia, y resguarda los derechos del niño al hogar y educación. Así, el ámbito de protección que se otorga es restringido, sin embargo,

²⁹ En este sentido es importante señalar, que Perú cuenta con distintas instituciones encargadas de otorgar protección a los niños, tales como: Sistema de Atención Integral al Niño y Adolescente. El Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH), que es el encargado de coordinar las medidas destinadas a los niños y adolescentes, a través de programas de promoción, prevención, asistencia, protección y rehabilitación. El país también cuenta con una Defensoría del Niño y Adolescente. A nivel jurisdiccional, la ley también contempla a los Juzgados de Familia.

³⁰ En: < <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm> > [consulta: 02 de agosto de 2006]

debemos recordar que Bolivia ratificó la Convención de Derechos del Niño, por tanto el art. 2.1 es plenamente aplicable. De esta forma el Estado no se puede eximir del cumplimiento de los demás derechos. Es importante señalar que el art. 197, I, consagra que la autoridad del padre, la madre así como su tutela, se establecen en el interés superior del niño.

El país además cuenta con un Código del Niño, Niña y Adolescente³¹, que en art. 5, los reconoce como sujetos de plenos de derechos, asegurando que el Código tiene como fin proporcionar una protección integral del niño, para lo cual el Estado debe ser capaz de asegurar por todos los medios, las facilidades y oportunidades, para garantizar su desarrollo integral, en base a la igualdad y equidad. En el art. 7, se recurre a la trilogía familia, sociedad y Estado, como los encargados de asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. Con respecto a la trilogía, no creo que establezca un orden de prelación, no se trata que cuando exista una omisión por parte de uno, el otro deba actuar, sino que todos, en conjunto, deben colaborar para asegurar los fines establecidos en la Convención, fines, que como ya explicamos, están claramente determinados en ella. En el art. 3, se establece que la aplicación de las normas del Código son de Orden Público y de aplicación preferente. Se establece también el rol de la sociedad como ente fiscalizador de la labor que efectúan los padres, así como también se impone el deber de denunciar situaciones en que los niños vean gravemente amenazados o vulnerados sus derechos. Dentro de las normas que protegen la integridad del niño, las circunstancias de maltrato, establecidas en el art. 109³², incorpora nuevas figuras, como la utilización del

³¹ En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 02 de agosto de 2006].

³² Art. 109. Se considera que el niño, niña o adolescente es víctima de maltrato cuando:

1. Se le cause daño físico, psíquico, mental o moral, así sea a título de medidas disciplinarias o educativas;
2. La disciplina escolar no respete su dignidad ni su integridad;
3. No se le provea en forma adecuada y oportuna alimentos, vestido, vivienda, educación o cuidado de su salud, teniendo los medios económicos necesarios;

niño como objeto de chantaje en problemas familiares, situación que apunta directamente al tema de los alimentos, en la que los padres, olvidándose del niño, en la lucha por el monto de la pensión, ocupan como herramienta la privación al padre o madre que da los alimentos, de tener una relación directa y regular con el niño, como un medio de presión. También se considera como maltrato la indiferencia de los padres o la prolongada incomunicación con ellos, así el progenitor que se preocupa de mandar a tiempo mensualmente el monto de la pensión, depositándola en la cuenta corriente, sin saber de su hijo, también incurre en una causal de maltrato. Lo más importante es que esta lista no es taxativa, ya que en el numeral 10, se contempla la existencia de otras situaciones, lo que contribuye enormemente a la protección integral del niño.

Pese a los instrumentos jurídicos, instituciones e iniciativas gubernamentales³³, los niños bolivianos se encuentran en situación de precariedad. Un Informe de la UNICEF, sobre la situación de la Infancia 2005, denuncia que Bolivia mantiene las peores formas de trabajo infantil y que si no

-
4. Se lo emplee en trabajos prohibidos o contrarios a su dignidad o que pongan en peligro su vida o salud;
 5. El desempeño de trabajo en régimen familiar no cumpla con las condiciones establecidas en este Código;
 6. Se lo utilice como objeto de presión, chantaje, hostigamiento o retención arbitraria, en los conflictos familiares y por causas políticas o posición ideológica de sus padres o familiares;
 7. Sea víctima de la indiferencia en el trato cotidiano o prolongada incomunicación de sus padres, tutores o guardadores;
 8. Sea obligado a prestar su servicio militar antes de haber cumplido la edad fijada por Ley;
 9. Se lo utilice o induzca su participación en cualesquier tipo de medidas de hecho como huelgas de hambre, actos violentos y otras que atenten contra su seguridad, integridad física o psicológica;
 10. Existan otras circunstancias que impliquen maltrato.

³³ Dentro de las Instituciones Bolivia cuenta con el Viceministerio de la Juventud, Niñez y Tercera Edad, la Oficina del Defensor del Pueblo y Defensorías Municipales de la Niñez y Adolescencia. Dentro de las Iniciativas Gubernamentales se contemplan el Plan Nacional por la Niñez y Adolescencia en Situación de Riesgo, el Plan Decenal de Acción para la Niñez y la Mujer (1992 a 2002), el Plan Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (aprobado en el año 2001), el Programa de Atención al Menor de seis años (PAN), el Plan Nacional por el Buen Trato del Niño, Niña y Adolescente, el Plan de Participación y Movilización del Niño, Niña y Adolescente y el Otorgamiento gratuito de Certificados de Nacimiento.

fuera por el esfuerzo que realizan los niños, la pobreza aumentaría en un veinte por ciento. De esta manera se hace urgente una cooperación a nivel internacional, tanto de los países más ricos, como de las organizaciones no gubernamentales, para que poco a poco el país pueda hacer efectivos todos los mecanismos que tiene a su disposición para lograr la protección integral del niño.

Distinta es la situación de Colombia, que en el art. 44 de su Constitución Política³⁴, reconoce los derechos fundamentales de los niños, lo que obliga a remitirse a la Convención, tal como se señala al final del inciso, por lo que este reconocimiento no es taxativo, ni puede depender de decisiones políticas, sólo debe considerarse como los derechos que el legislador estima de mayor énfasis, según la realidad imperante. Acto seguido le otorga a la trilogía familia, Estado y sociedad, el deber de proteger al niño para lograr su desarrollo armónico. Lo importante de esta protección, es que a diferencia de lo que sucedía con Bolivia, el Estado es el garante de los derechos de todos los niños y no sólo de aquellos que se encuentran en situación de desamparo, adecuando de esta manera la Constitución, al nuevo rol como sujeto en autonomía que consagra la Convención.

En el art. 45, se establece la protección de los adolescentes, en función de su etapa de desarrollo, se encarga de garantizar la participación activa de éstos en organismos públicos y privados que tengan a cargo tanto su protección como su educación. Es decir, en lo que pone énfasis el legislador, es que ellos serán protagonistas en el desarrollo de planes y políticas. Los hace partícipes también de su enseñanza, incentivando de esta manera el perfil de un joven que tenga una visión crítica con respecto a los cambios que le afectan.

³⁴ En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 02 de agosto de 2006]

En el art. 44, se establece que cualquier persona puede exigir el cumplimiento de las garantías y la sanción para los infractores, consagrando así una verdadera acción pública en la defensa de los niños. En este sentido es importante señalar que lo más apropiado debido a sus caracteres, es la acción de tutela, que permite a la persona, la oportunidad de acudir a la administración de justicia, de manera informal, con el interés de obtener una protección directa e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellas circunstancias en que no disponga de otros medios de defensa judicial³⁵, mecanismo que ha sido trascendente para la protección de los derechos constitucionales de los niños.

Se establece en el art. 50, que los niños menores de un año que carezcan de protección o seguridad social, tendrán atención gratuita en los servicios de salud. De esta manera, el Estado ejerce acciones positivas³⁶, con el fin de equilibrar la situación de los niños de escasos recursos, para cumplir de esta manera con la reducción de la mortalidad infantil, que es uno de los objetivos que impone la Convención.

En Colombia existe el Código del Menor, Decreto N° 2737³⁷, anterior a la Constitución de 1991, cuya estructura aún no está orientada hacia una protección integral. Persevera en utilizar el término menor, sin embargo el propio Código establece que la Convención es guía para la interpretación del

³⁵ Iguarán, A. Mario. Jurisprudencia de la rama Judicial Colombiana, Mecanismo de Protección de los Derechos Fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 1998. En: Derechos de la Niñez y Política Social. Cadena, Lucero. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia. “La familia de hoy y la familia del futuro”: 3-7 de septiembre de 2000. Universidad del Externado. Colombia, Bogotá. pág 5.

³⁶ Colombia cuenta con diferentes organismos que brindan apoyo a los niños y adolescentes, entre ellos: el Instituto de Bienestar Familiar, el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los Defensores de Familia, los Jueces de Familia y los Planes Nacionales de Desarrollo.

³⁷ En: http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/C_MENOR.HTM; [consulta: 07 de agosto de 2006].

mismo. Además señala que las normas establecidas en el código son de orden público, lo que les da el carácter de irrenunciables.

Los derechos constitucionales reconocidos a los niños, tienen la relevancia de enfocar y construir el pensamiento jurídico, tanto en el campo normativo como en la formulación de políticas públicas, contenidas en los planes de desarrollo, lo que además se vincula con el concepto de democracia participativa, no sólo en el ámbito público, sino que también en el ámbito familiar.

Es importante considerar las razones que ha dado la Corte Constitucional, para explicar porqué las Constituciones deben consagrar de manera expresa la protección de los derechos fundamentales de los niños: la protección especial de los derechos fundamentales de los niños, no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentran frente al mundo que no conocen y que no están en capacidad de afrontar por sí solos. La Constitución Política, pretende promover un orden basado en los valores que orientan a cualquier Estado civilizado: la libertad, igualdad, la tolerancia y la solidaridad. No obstante, un orden tal de valores solo es verdaderamente efectivo si los sujetos a quienes se orienta lo conocen y lo comparten. En este sentido, el constituyente quiso que las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las opiniones y creencias ajenas. En estas circunstancias, es razonable suponer que el niño accederá a la mayoría de edad, como una persona libre y autónoma, que conoce los valores de igualdad

y justicia que conforman la Carta Política y que, por tanto, se encuentra en capacidad de defenderlos y promoverlos³⁸.

Pese a todos estos esfuerzos, no hay que olvidar que Colombia enfrenta problemas de orden estructural, que derivan de los conflictos sociales y de la propia organización socioeconómica y política, que ponen en riesgo a la población infantil³⁹.

Hemos señalado que el Estado, como garante de los derechos fundamentales de la persona, debe rodear a los niños de la máxima protección, considerando, tal y como lo señala la Convención de los Derechos del Niño, que por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, a esto hay que agregar el fundamento de la Corte Constitucional Colombiana, que se apoya en los ideales de justicia e igualdad, valores a que todo Estado aspira.

En este sentido, y apuntando de manera brillante a este fin, la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela⁴⁰, vigente desde diciembre de 1999, en el Capítulo V, titulado: De los Derechos Sociales y de las Familias, art. 78, señala que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos

³⁸ Sentencia SU-225, del 20/05/98, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En: Derechos de la Niñez y Política Social. Cadena, Lucero. ob. cit., pág.4

³⁹ Los principales problemas que presenta la población infantil en Colombia, según informaciones de organismos internacionales, como la UNICEF, son los siguientes: Aproximadamente millón y medio de niñas y niños, de 7 a 17 años, trabajan en Colombia. Dos millones de niñas y niños son maltratados al año y cerca de la mitad sufren maltrato severo. Se estima que 50.000 mujeres, niñas y niños colombianos han sido víctimas del tráfico de personas hacia el exterior. En Colombia la prostitución infantil ha crecido tres veces en los últimos tres años, existiendo cerca de 30.000 niñas y niños vinculados al mercado sexual. La privación de la libertad, en el caso de los niños en conflicto con la ley es una medida común, contrariando su carácter excepcional. Pero sin duda una de las situaciones más graves es la participación de niños en conflictos armados.

⁴⁰ Consultada En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 14 de julio de 2006].

de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados. Impone la obligación al Estado, familia y sociedad, de la protección integral del niño, tomando en cuenta su interés superior, y con absoluta preferencia. A través de esta norma el Estado se compromete a crear un sistema con este fin. En el art. 79, el Estado se compromete a crear oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta, y algo muy importante, como es la capacitación y el acceso hacia el primer empleo. Se considera que los jóvenes son sujetos activos del proceso de desarrollo, para lo que es necesaria la participación solidaria de la familia y la sociedad.

La pauta que marca la Constitución de Venezuela, en lo que respecta a la protección de los niños y adolescentes, se ve fuertemente respaldada con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente (LOPNA)⁴¹, que señala que su objetivo es garantizar la protección integral del niño, que el Estado, la familia y la sociedad deben asegurarle desde la época de su concepción. Es la propia ley la que marca el deber de cada uno de ellos, así, al Estado se le impone la obligación general e indeclinable, en el art. 4, de tomar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales y de cualquier otra índole que sean apropiadas para asegurar el pleno goce de las garantías para los niños. Es decir, el Estado venezolano se adecua de esta manera a lo establecido por el art. 4 de la Convención⁴², pero se le impone también la obligación a la familia, como institución natural, de manera prioritaria, inmediata e indeclinable, en lo que respecta al disfrute de los derechos del niño, estableciendo que tanto el padre, como la madre, tienen obligaciones comunes e iguales en el cuidado,

⁴¹ En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 15 de julio de 2006].

⁴² Art.4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

desarrollo y educación de los hijos⁴³, se establece la obligación del Estado de respaldar a los padres, para que puedan asumir esta obligación de la mejor manera posible.

En este cometido, es importante la participación ciudadana, como ente fiscalizador de las políticas dirigidas a los niños y adolescentes. Apuntando a este objetivo, la ley, en el art. 7 letra b), otorga el derecho de prioridad al niño en la asignación privilegiada y preferente en el presupuesto de los recursos públicos para las áreas relacionadas con los derechos y garantías y para los programas de protección. La ley también se encarga de establecer programas de formación, culturales, comunicacionales, de abrigo, de prevención, de colocación familiar y de protección, entre otros. Venezuela cuenta con una serie de instituciones que tienen por tarea la protección del niño y adolescente, señaladas en la propia ley, como los Consejos de Derechos del Niño y del Adolescente, los Consejos Estadales de Derechos, los Consejos Municipales de Derechos, los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente. En el ámbito jurisdiccional cuenta con los Tribunales de Protección de Niños y Adolescentes, y las Defensorías del Niño y Adolescente.

En el caso de hechos punibles en los que se vean afectados niñas, niños y adolescentes, la ley otorga una verdadera acción pública para su denuncia. Pero lo más interesante se da en el caso de infracción o sanción de los derechos establecidos para estos niños, donde se impone una pena de multa

⁴³ Art. 5.Obligaciones Generales de la Familia. La familia es responsable, de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. El Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres y las madres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

que varía dependiendo del derecho transgredido (es cuestionable una pena pecuniaria, que no siempre produce el efecto sancionatorio que pretende, para la protección de los niños). Se impone a todos quienes trabajen en una entidad de atención, en Defensoría del Niño y del Adolescente, en escuelas, planteles o institutos de educación o centros de desarrollo infantil o de adolescentes y viole, amenace, permita la violación o impida el efectivo y pleno ejercicio de los derechos y garantías consagrados en esta Ley, será sancionado, de acuerdo a la gravedad de la infracción, con multa de tres a seis meses de ingreso⁴⁴. De la misma manera en el art. 253 y ss., se establecen las sanciones penales, por los delitos cometidos contra niños y adolescentes, logrando sistematizar de manera efectiva, todas las materias que tengan que ver con la infancia, evitando la fragmentación de la normas, que trae consigo problemas de antinomia y falta de interpretación sistemática del conjunto de derechos de los niños y adolescentes,

En el art. 276, se contempla la acción de protección, como un recurso judicial, que tiene por fin que el tribunal haga cesar la amenaza y ordene la restitución del derecho, mediante la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer. La legitimación se otorga tanto al Ministerio Público, a los Consejos de Derechos, como a toda organización encargada de su protección, que tenga al menos dos años de funcionamiento. Además se consagran procedimientos administrativos para dicha protección.

Creo que no existe una ley más completa que ésta, que se refuerza con una protección constitucional y diversas organizaciones encargadas de los adolescentes y niños. Sin embargo toda esta iniciativa debe ser contrastada con una realidad que aún presenta problemas muy graves con respecto a la situación de los niños, como es el caso de los niños indígenas y afro descendientes, la falta de inscripción en los registros, la situación de los niños

⁴⁴ Ver art. 220 y ss. de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños y Adolescentes.

que viven en la frontera con Colombia y que se encuentran envueltos en conflictos armados y la violencia contra los niños, en que se han visto involucrados agentes de la policía venezolana. En este marco de protección cabe preguntarnos si el atiborrar un sistema jurídico con normas que traten de regular todos los aspectos en la vida de los niños es suficiente para solucionar sus problemas. El legislador debe tomar en cuenta la realidad, para que la norma se dirija realmente a una solución, de lo contrario se transforma en letra muerta. Por eso, Venezuela debería lograr de manera urgente, establecer políticas que tengan por objeto lograr una coordinación de todos los organismos de los que dispone. Creo que además, es necesario implantar un sistema que interactúe en materias de información, que cuente con una constante evaluación de las políticas públicas destinadas a los niños y adolescentes. De la misma manera, se debe lograr establecer un sistema de registro que alcance a los niños de las comunidades más pobres.

Los organismos que se preocupan por los temas de la infancia deben tener un enfoque multidisciplinario, tomando en cuenta las necesidades y opiniones de todos los niños. Es importante tomar especial consideración en la situación de los niños indígenas, que lamentablemente, como es la tendencia de la mayoría de los Estados, son excluidos e invisibles.

La especialización se debe dar no sólo en el ámbito judicial, pues la conciencia y el respeto por los niños debe ser promovido, educando a la sociedad, que es aquella que tiene una participación directa en su defensa. La protección integral implica terminar con las consideraciones sociales y culturales, que conciben al niño como un sujeto de menor valor.

Es necesario establecer sistemas accesibles con respecto a la salud mental, para dar apoyo a las víctimas y establecer los focos de riesgo. Todo ello se engloba dentro de las POLÍTICAS DE BUEN TRATO.

Para terminar, deseo reiterar que todo el catálogo de derechos fundamentales para los niños se transforma sólo en aspiraciones si el Estado no se propone instaurar una cultura a favor de la familia, en su papel educador, y de la niñez, como el grupo protagonista de los cambios en el futuro. En este sentido es importante reflexionar sobre el argumento del Tribunal Constitucional de Colombia, para la protección de los niños y adolescentes. Si queremos una sociedad sana, debemos formar personas que crezcan bajo los ideales de igualdad y justicia, con una participación activa de la ciudadanía, el sector privado y los municipios; de otra manera es imposible que el Estado exija lo que no ha sabido dar, y en el caso de América Latina, que tiene altísimos niveles de maltrato y explotación infantil, se hace urgente que los niños se desenvuelvan en una atmósfera de respeto por los derechos humanos, para que en un futuro sean personas justas. Creo que éste debería ser el fin primordial y máxima aspiración de todo Estado.

CAPÍTULO II

TRATADOS INTERNACIONALES VINCULANTES PARA CHILE CON RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Los derechos humanos se generan y fundamentan en la naturaleza misma del ser humano, razón por la cual deben ser reconocidos a todas y cada una de las personas sin distinción alguna, entre ellos los niños, niñas y adolescentes. Su condición de autonomía en desarrollo no puede ser una limitación para el pleno goce efectivo de los derechos de los cuales son titulares. La consideración del ser humano se efectúa en base a su dignidad, que si bien en concreto es difícil de definir, es claro a la hora de identificar caso a caso, a la luz del Sistema Internacional de los Derechos Humanos, que se sitúa históricamente⁴⁵.

Recordemos que cuando el sistema interno no ha sido objeto de desarrollo legislativo, el problema se soluciona por una triple vía: aplicación directa del tratado, derogación de normas contrarias a él, y como fuente integradora del ordenamiento jurídico⁴⁶.

Antes de comenzar con el análisis de los Tratados Internacionales, es necesario señalar cuál es el rol que ocupan el derecho interno, la doctrina y la jurisprudencia, en la interpretación de las normas sobre Derechos Humanos.

⁴⁵ MEDINA QUIROGA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, año 2003, pág. 4.

⁴⁶ Conclusiones y Recomendaciones del IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia: 22 - 27 de septiembre de 1996. Atlapa, Panamá. Revista de Derecho Puertorriqueño. Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. Facultad de Derecho. 35(3): 603-604, 1996.

1. Breve alcance acerca de la interpretación de las normas de derechos humanos: el rol del Derecho interno, la doctrina y la jurisprudencia, como criterios interpretativos

Las diversas fuentes del Derecho Internacional se influyen recíprocamente. Los principios generales del Derecho, el Derecho Consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los Tratados. Pero también existe reciprocidad entre la fuente internacional y la fuente doméstica, pues los principios generales del Derecho se originan, justamente en el Derecho interno de los Estados, por tanto éste puede ser fuente de una norma internacional, así como también una pauta para la interpretación extensiva de las normas sobre derechos humanos contenidas en los Tratados Internacionales.

La interpretación de la norma internacional también puede beneficiarse de la jurisprudencia, que puede dar un alcance y contenido más preciso a la norma. Es así como también, el juez nacional, para interpretar una norma sobre derechos humanos, debe tener en consideración tanto a la norma como a la jurisprudencia internacional.

Las doctrinas de mayor competencia en el plano interno de las diferentes naciones, así como los órganos de control internacional son medios auxiliares para la determinación de las reglas de Derecho Internacional.

El objeto y fin de las Convenciones es la protección de todos los seres humanos, y este objeto y fin es trascendente a la hora de interpretar la norma internacional, que debe enmarcarse en el principio pro homine, que es una de las características más importantes en la interpretación de las normas sobre derechos humanos.

¿Cuál es la responsabilidad que asumen los Estados al aprobar un tratado de esta naturaleza? Los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos asumen las obligaciones de respetar, promover y garantizar, sin embargo esta obligación no es asumida en relación con otros Estados, sino en relación a los individuos sometidos bajo su jurisdicción⁴⁷. La ratificación del Tratado también obliga al Estado a organizar la sociedad, de manera que se garantice el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en él.

En relación con los niños, niñas y adolescentes en la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se fijan ciertas pautas acerca de la interpretación de la norma, disponiendo que los niños son titulares de derecho, y no sólo objetos de protección. En efecto, son sujetos de derecho los niños y no la infancia o la niñez. El titular de derechos es el ser humano de carne, hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente⁴⁸.

⁴⁷ Opinión Consultiva 02/82, párrafo 29. En: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, [consulta: 23 de septiembre de 2006].

⁴⁸ Opinión Consultiva 17/2000. Voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade, párrafo 6. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/votos/vsa_cancado_17_esp.doc, [consulta: 23 de septiembre de 2006]

2. Los Derechos Humanos del niño y las obligaciones que implican su protección erga omnes

El derecho de protección comprende el derecho de todos los niños, niñas y adolescentes a ser resguardados de ciertos actos o prácticas que atenten contra sus posibilidades de desarrollo integral como seres humanos. Así lo consagra la Declaración de los Derechos del Niño⁴⁹, en el principio 2, y la Convención sobre Derechos del Niño⁵⁰, señalando en el art. 2.1, que los Estados Partes deben respetar los derechos enunciados en la Convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a jurisdicción. Deben asegurar además, la protección del niño contra toda forma de discriminación.

La Convención Americana⁵¹, por su parte, señala que los Estados tienen el deber, conforme a los arts. 17 y 19, en relación con el art. 1.1 (que consagra la obligación de respetar los derechos reconocidos en la Convención), de tomar todas las medidas positivas de protección, que por su condición de niño, requiere por parte de la familia, el Estado y la sociedad en su conjunto.

En el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo

⁴⁹ Proclamada por la asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959, en su Resolución 1.386 (XIV). En: FELDMAN, Gustavo. Los Derechos del Niño. Cuidad Argentina. Editorial de Ciencia y Cultura, año 1998, pág. 159.

⁵⁰ Adoptada y abierta para firma, ratificación o adhesión por la Resolución 44/25 de la Asamblea General de la ONU del 20 de noviembre de 1989. En: FELDMAN, Gustavo. Los Derechos del Niño. Ob. Cit, pág. 282.

Art. 2. 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.

⁵¹ Firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. En: FELDMAN, Gustavo. Los Derechos del Niño. Ob. Cit, pág. 134.

de San Salvador ⁵², se obliga a los Estados Parte a adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna. Se consagra el derecho de toda persona al disfrute más alto posible de salud física y mental, normas que deben relacionarse con el art. 2.2, que obliga a los Estados Partes a garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en el pacto, sin discriminación alguna.

3. Rol que los Tratados Internacionales asignan a la trilogía familia, Estado y sociedad.

Se considera que la familia es la principal responsable del cuidado, crianza y protección de los niños. La introducción a la cultura, los valores y las normas sociales se inician en ella. Para lograr un desarrollo pleno y armónico, los niños deben crecer en un ambiente familiar y en una atmósfera de alegría, amor y comprensión; tal como se manifiesta en la Declaración de los Derechos del Niño (principio 6), en el Preámbulo y el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del niño.

Sin embargo en esta labor los padres no se encuentran solos, el Estado es quien debe prestar la ayuda necesaria para el logro de dicho cometido⁵³

⁵² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Texto Promulgatorio, Decreto N° 789, Diario Oficial N° 33.542 de 9 de Diciembre de 1989. En: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm; [consulta: 23 de septiembre de 2006]. Art. 10. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Art. 12.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

⁵³ Art. 18.

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el

cuando los padres no están en condiciones de proporcionar los medios materiales suficientes al niño, puesto que él no puede ser separado del alero de sus padres en base a consideraciones económicas, debido a que con tal separación se infringen otros derechos consagrados en la Convención, como son el derecho del niño de vivir en un ambiente familiar, y no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Desde esta perspectiva se mira como un derecho del niño a crecer en el seno familiar, y no del derecho de los padres a vivir con el niño. La condición económica no es fundamento que por sí solo baste para separarlo de sus padres, así también lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se señala que a toda persona le asiste el deber de alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad. Un establecimiento muy tenue del gran deber que les asiste a los padres, considerando a la familia sólo como una institución de subsistencia. La misma Declaración reconoce que todo niño tiene derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales⁵⁵.

El Pacto San José de Costa Rica, reconoce a la familia como una institución natural y fundamental de la sociedad, razón por la cual debe ser

desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

⁵⁴ Opinión Consultiva, OC17/2002, Ob. cit. Párrafo 76. La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención

⁵⁵ Art. VII. Todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

protegida no sólo por el Estado, sino que también por la sociedad en su conjunto⁵⁶. En la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos y deberes de los padres para impartir al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, la dirección y orientación apropiada⁵⁷.

Con respecto al rol que tiene la sociedad en esta protección, la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño ⁵⁸ nos entrega un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones erga omnes de protección de los derechos de la persona humana en toda circunstancia, afirmando categóricamente que el deber de los Estados Partes como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones, el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos, es exigible no sólo en relación con el poder estatal, sino que también en relación con las actuaciones de los terceros particulares . De esta forma se plasma el espíritu de la Declaración de los Derechos del Niño, que ya en el año 1959, proclamaba en su Preámbulo

⁵⁶ Art. 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

⁵⁷ Art. 5 Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

⁵⁸ Ob. cit, párrafo 87.

que la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle, enfatizando también en la trilogía familia, Estado y sociedad, de la que venimos hablando.

De esta manera los Tratados Internacionales consagran a la familia no sólo como una institución de abastecimiento económico de sus miembros, sino como el núcleo principal de la entrega de valores, amor y orientación, herramientas bajo las cuales los hombres se desarrollarán en beneficio de toda la comunidad.

La familia es la célula básica de la sociedad, el Estado sin ella no puede concebir su existencia. Constituye la base de la estructura social, sin la cual no existe la sociedad como tal. Del fortalecimiento de las relaciones familiares dependerá la salud y el progreso de las Naciones. Si se desea una sociedad sana, el Estado debe utilizar todos sus esfuerzos para lograr el fortalecimiento de los lazos familiares.

4. El interés superior del niño, su derecho a ser oído y el derecho a expresar su opinión como cimientos hacia una verdadera democracia

El concepto del interés superior del niño implica el reconocimiento de éste como titular de derechos autónomos, susceptibles de ser ejercidos incluso en contra de la voluntad de sus padres. Tal como lo reconoce la Corte Constitucional de Colombia *Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía*⁵⁹.

⁵⁹ Sentencia N° 477/95. Proceso de Tutela, Sala Séptima, de 23 de octubre de 1995. En: SCHMIDT, Claudia- VELOSO, Paulina. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Editorial ConoSur, año 2001, pág. 48.

La Convención sobre los Derechos del Niño señala que en todas las medidas concernientes que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, la consideración primordial será el interés superior del niño⁶⁰, consideración fundamental que se reitera a lo largo de la Convención en materias como la separación del niño de sus padres⁶¹, el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres⁶², los deberes de los padres en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño⁶³, y en materia de adopción⁶⁴, educación⁶⁵, y salud, sobre todo cuando se refiera a las intervenciones quirúrgicas a que puede ser sometido.

Se reconoce también que el niño tiene el derecho de expresar libremente su opinión, en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Con este fin, el niño debe ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le

⁶⁰ Art. 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁶¹ Art. 9.1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

⁶² Art. 9.2. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

⁶³ Art. 18.1. 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

⁶⁴ Art. 21. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial.

⁶⁵ Art. 28. 2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

afecte, ya sea de manera directa o por medio de un representante u órgano apropiado.

De este principio se desprende el derecho del niño a ser escuchado y el deber simétrico de los adultos a escucharle. Sin embargo este derecho no se puede reducir tan sólo a que el niño exprese sus ideas a otros niños y adultos, sino que significa que el adulto debe aprender de los niños, penetrar cuanto sea posible al interior de su perspectiva, medir a través de ello la validez de sus propias opiniones y actitudes y estar dispuesto a modificarlas⁶⁶.

Tal como dice Baratta⁶⁷, el ejercicio del derecho a ser escuchado de manera que los adultos puedan aprender de los niños, puede ser considerado como una forma de participación del niño en la democracia política o social. El vínculo de comunicación entre niños y adultos determina la calidad y legitimidad de las decisiones que se adopten a nombre colectivo.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala en el art. IV, que toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

La Convención Americana, por su parte, en el art. 13, reconoce la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁶⁶ BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. En: www.iin.oea.org, [consulta: 23 de septiembre de 2006].

⁶⁷ Ob. cit.

Con respecto al derecho del niño a expresar su opinión libremente, como principio general de la Convención, éste debe extenderse no sólo a la expresión verbal, sino que a todos aquellos signos intelectuales o emotivos, considerando las necesidades de los niños en cada situación, atendiendo a su edad y madurez. El derecho a ser escuchado, a la luz de los principios de la Convención, lo tiene también el niño nacido prematuramente, para que el especialista perciba con el estetoscopio los signos de sus problemas vegetativos y de sus necesidades, así como el adolescente que pretende hacer sentir su voz en la escuela a la hora de establecerse los contenidos y la metodología de la enseñanza⁶⁸.

En definitiva el interés superior del niño debe visualizarse desde la óptica del niño como titular de derechos fundamentales, reconocidos en instrumentos de carácter internacional. Desde el punto de vista del Estado, debe considerarse como una limitación, pues deberá tomar las medidas respectivas, sin olvidarse de este principio, de manera que si así fuese, el niño puede invocarlo para ejercer plenamente sus derechos. De esta forma el interés superior del niño es un mandato a todos los órganos del Estado para ejecutar sus funciones, teniendo siempre en consideración que el niño es un titular de derechos al igual que un adulto.

En este sentido el Comité General de los Derechos del Niño, al analizar el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la protección y promoción de los derechos del niño, señala que corresponde a las instituciones nacionales un papel esencial en la promoción del respeto por las opiniones del niño en todos los asuntos que le afecten por parte del gobierno y toda la sociedad. Este principio general debe aplicarse en el establecimiento, organización y actividades de las instituciones nacionales de

⁶⁸ Ob. cit.

derechos humanos, las que deben asegurar que se mantenga un contacto directo con los niños y que éstos participen y sean consultados en la forma adecuada⁶⁹.

Con respecto al derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, deseo enfatizar en el poder que tiene este principio como fuente de transformación social, en consonancia con el respeto de los derechos de todos y cada uno de los seres humanos. De esta manera se puede construir paso a paso una verdadera democracia, que hasta hoy no ha contado con la participación de los niños, ni siquiera en las políticas que a ellos van dirigidas.

5. Derechos económicos, sociales y culturales de los niños

La Convención sobre los Derechos del Niño, incorpora y reconoce todos los derechos humanos sin efectuar una distinción entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, siguiendo la tendencia de los instrumentos internacionales sobre derechos de los grupos más vulnerables.

Si analizamos el preámbulo y el art. 4, a primera vista parecería que la Convención también se sujeta al principio de progresividad. Sin embargo hay derechos económicos, sociales y culturales cuya exigibilidad es inmediata, tal es el caso de el derecho al descanso y esparcimiento (art. 31.1) y el derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita (art. 28). En el caso de los demás derechos, en base al derecho de prioridad que tiene el niño, y en el supuesto que el Estado no cuente con los recursos suficientes, la asignación de ellos deberá ser siempre en primer término para los niños, niñas y adolescentes.

⁶⁹ 31º Período de Sesiones 2002. Observación General Nº 2, párrafo 16. En: http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu2/6/crc_sp.htm; [consulta: 24 de septiembre de 2006].

La Declaración de los Derechos del Niño establece la protección contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. En la misma Declaración se reconoce el derecho de prioridad del niño para ser protegido en todas las circunstancias⁷⁰.

Como punto de partida en la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado⁷¹, lo que configuraría la raíz del cual emanan los demás derechos económicos, sociales y culturales⁷². Se advierte que en todos los países del mundo hay niños que viven en circunstancias excepcionalmente difíciles, y que esos niños necesitan de especial consideración, sin embargo el texto garantiza un nivel de vida adecuado para todos los niños, con un especial interés por los niños en situación de riesgo.

⁷⁰ Ob. cit. Principio 8.

⁷¹ Art. 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

⁷² MAYORGA, Roberto. Naturaleza jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En: Niños y Adolescentes. Sus Derechos en Nuestro Derecho. CILLERO, Miguel- COUSO, Jaime- JUSTE, María Antonia- URZÚA, Paula. Ediciones SENAME, año 1995, pág. 123.

5.1. Derecho a la salud⁷³

Está consagrado en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁴, en consonancia con el art. 27, donde se reconoce el derecho del niño al

⁷³ Consagrado también en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre art. XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

En el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

⁷⁴ Art. 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
 - a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
 - b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
 - c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
 - d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
 - e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
 - f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

disfrute del nivel más alto posible de la salud y el acceso a servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación. Todos los Estados se esforzarán para asegurar que ningún niño sea privado de estos derechos.

Como se reconoce que el completo estado de bienestar físico, mental y social, resulta inalcanzable, se establece como una meta, a la que cada Estado debe aspirar. Si bien esta obligación es de cumplimiento progresivo, se establece la exigibilidad inmediata en la consecución de ciertas metas establecidas en el art. 24, párrafo II.

Sin embargo, teniendo en cuenta de que hay situaciones que son imposibles de combatir con las precarias herramientas con que cuentan algunos Estados menos desarrollados, se establece la cooperación internacional, pues la situación de los niños es también un compromiso de la sociedad.

En los casos de intervenciones quirúrgicas o el sometimiento del niño a un tratamiento médico, el principio rector debe ser el interés superior del niño, su derecho a ser oído, y a ser debidamente informado, en un lenguaje acorde a su edad.

En materia de salud reproductiva, el art. 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce el derecho de acceso a la información y material que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual, moral, y su salud física y mental. En este sentido es cuestionable la discusión sobre si los padres deben irrumpir en derechos que son inalienables e inseparables de la

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

condición de persona del niño, como es el caso del consentimiento de los padres para la entrega de la píldora anticonceptiva de emergencia.

5.2. Derecho del niño a estar protegido contra toda forma de explotación económica y el trabajo infantil

Hay cientos de millones de niños y jóvenes en todo el mundo que viven presos, atrapados no en cárceles materiales, sino sujetos a un cautiverio más duradero del que pueden crear los candados y barrotes. Son los niños dedicados a ejercer tareas que perjudican su cuerpo, su mente su espíritu y su futuro⁷⁵.

Debido a la enorme preocupación que existe en la comunidad internacional en lo que respecta a la explotación económica, se ha reforzado la protección de los niños en base a dos instrumentos muy importantes con respecto al trabajo infantil: el Convenio N° 138 de la OIT⁷⁶, sobre edad mínima de admisión al empleo y el Convenio N° 182, sobre la Prohibición de las peores formas de trabajo infantil⁷⁷. En el primero de ellos, los Estados Partes, se comprometen a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo, a un nivel que se asegure el más completo desarrollo físico y mental de los niños. Esta edad mínima no puede ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso los 15 años. En trabajos que resulten peligrosos para la salud, seguridad o moralidad de los niños, la edad mínima no

⁷⁵ Eliminar el Trabajo Infantil Afirmando los Derechos del Niño. UNICEF, año 2001, pág. 1

⁷⁶ Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 26 de junio de 1973. En: http://www.ilo.org/public/spanish/comp/child/standards/ilo_conv/conv.htm; [consulta 24 de septiembre de 2006].

⁷⁷ Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y congregada en dicha ciudad el 1º de junio de 1999 en su octogésima séptima reunión. En: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>; [consulta: 23 de septiembre de 2006].

podrá ser inferior a 18 años⁷⁸. El Convenio N° 182, describe entre las peores formas de trabajo infantil: la prostitución, los trabajos forzados, la utilización de niños para la realización de prácticas ilícitas, y los trabajos que debido a sus condiciones provoque daño a la salud, seguridad o moralidad de los niños⁷⁹.

De los distintos instrumentos de carácter internacional, no es posible concluir en que existe un concepto específico de trabajo infantil, sólo hay reglas generales que establecen límites y exigencias concretas. Se ha privilegiado definir que se entiende por las peores formas de trabajo infantil, y el establecimiento de edades mínimas, pero todos los esfuerzos a nivel internacional para erradicar el trabajo infantil; no se plasman en el establecimiento de los elementos centrales que la configuran, apuntando hacia una comprensión desde una perspectiva amplia que contempla el trabajo bajo subordinación y dependencia, pero también el trabajo por cuenta propia, lo que alimentaría al sistema jurídico interno, que sólo contempla normas con respecto al trabajo subordinado, prestado a un empleador formal. Lo que constituye a mi juicio la causa de que estas prácticas no sean efectivamente fiscalizadas, y

⁷⁸ Existen diferentes Convenios para regular el trabajo infantil, entre ellos: Convenio Internacional N° 123, relativo a la edad mínima de admisión al trabajo subterráneo de las minas. Convenio Internacional N° 124, relativo al examen médico de aptitud de los menores para el empleo en trabajos subterráneos de las minas. Convenio Internacional N° 112, relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores. Convenio Internacional N° 16, relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de buques. Convenio Internacional N° 58, que fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo. Convenio Internacional N° 90, relativo al trabajo nocturno de los menores en industrias.

⁷⁹ Art. 3. A los efectos del presente Convenio, la expresión las peores formas de trabajo infantil abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

sancionados los responsables, conjuntamente con la debilidad de los mecanismos establecidos para sancionar e imponer el cumplimiento de la ley.

En base a la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 32⁸⁰, cabe entender el trabajo infantil en su sentido más amplio y nocivo, como una violación a la dignidad de los niños, un menoscabo a su integridad y pleno desarrollo. Una violación a su derecho a la educación, a su derecho al descanso y esparcimiento, y a su interés superior, un menoscabo a su derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, moral y social, y como una omisión por parte del Estado de la protección contra los abusos hacia los niños.

La explotación infantil es uno de los rostros más visibles que adopta la pobreza, razón por la cual los Estados y la comunidad internacional, deben poner todos sus esfuerzos en combatirla, pues impide que los niños puedan salir del ambiente en que están inmersos, que los condena tanto en el presente como en su futuro. Por esta razón se hace urgente el establecimiento de programas sociales de asistencia, de prevención y de intervención judicial a favor de los niños que la padecen.

⁸⁰ Art. 32.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

5.3. Derecho del niño a ser protegido de toda forma de explotación y abuso

En la Resolución sobre los Derechos de los Niños⁸¹, se decidió preparar urgentemente un Protocolo de la Convención de los Derechos del Niño, destinado específicamente a reforzar las medidas para proteger a los niños de la prostitución y otras formas de abuso y explotación sexual. A su vez la II Conferencia Mundial de los Derechos Humanos⁸² insta a todos los Estados, para que con el apoyo de las Naciones más adineradas, se comprometan con los niños que enfrentan situaciones especialmente difíciles, debiendo combatirse la explotación y el abuso de los niños, en base al establecimiento de medidas eficaces contra el empleo de los niños en trabajos peligrosos, venta, prostitución, pornografía y otros tipos de abuso.

El art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸³, protege al niño contra el descuido, trato negligente, maltrato, abuso físico, mental o sexual y explotación. Obliga a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para ejercer la protección, estableciendo

⁸¹ Aprobada en Viena, Austria, el 21 de junio de 1993. En: FELDMAN, Gustavo. Los Derechos del Niño. Ciudad Argentina. Editorial de Ciencia y Cultura. Año 1998, pág. 430.

⁸² En: http://www.unhchr.ch/spanish/html/50th/vdparev_sp.htm; [consulta: 24 de septiembre de 2006].

⁸³ Art. 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

además programas de asistencia social, que sean capaces de detectar las situaciones de riesgo, con el fin de sacar al niño del entorno que le es perjudicial.

Al igual que en el caso del trabajo infantil, la Convención señala que el abuso trae como consecuencia que los otros derechos del niño, que inciden en su desarrollo, se vean igualmente afectados. Por esta razón proponemos que el abuso sea interpretado en un sentido amplio.

En base al art. 19 de la Convención Americana, el niño tiene derecho a recibir medidas de protección por parte de los Estados, en ellas se debe tomar en consideración el principio del interés superior del niño. Estas medidas de protección exigen una política integral a favor de la infancia.

Dentro del abuso infantil, surge el concepto de maltrato infantil, definido como todo aquello que se opone al buen trato y bienestar de los niños. Todo comportamiento o discurso adulto que transgreda o interfiera con los derechos del niño⁸⁴.

⁸⁴ Definición En: < http://www.sename.cl/interior/maltrato/maltrato_01.asp>; [consulta: 23 de septiembre de 2006]. Agrega que dentro de los tipos de maltrato se encuentra:

El **abuso sexual**, definido como cualquier tipo de actividad sexual con un niño o niña, en la cual el agresor está en una posición de poder y el niño o niña se ve involucrado en actos sexuales que no es capaz de comprender y detener. La violencia sexual incluye el abuso sexual, la violación, el estupro, etc.

El **maltrato físico**, que es toda acción no accidental, por parte de un adulto, que provoque daño físico, lesión o enfermedad en el niño, niña o joven (es siempre activo).

El **maltrato emocional**, es también llamado invisible, porque no registra huellas en el cuerpo; sin embargo se sabe a mayor invisibilidad mayor daño. Se expresa por medio de insultos, críticas permanentes, ridiculizaciones, rechazo explícito o implícito, amenazas, y constantes bloqueos de las iniciativas de los niños.

El **maltrato abandono - negligencia**, se refiere a situaciones en que los padres o cuidadores, estando en condiciones de hacerlo, no dan el cuidado y protección que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan para su desarrollo.

La violencia hacia los niños es una de las más graves transgresiones a sus derechos, por las consecuencias inmediatas, a mediano y a largo plazo que tiene para ellos. No discrimina por razones sociales, económicas ni culturales, tampoco conocemos cuál es el real impacto que tiene en la población, debido a que la mayoría de estas situaciones no son denunciadas, por la poca accesibilidad que los niños tienen en la práctica a las instituciones que velan por su protección.

La Convención sobre los Derechos del Niño es estricta a la hora de otorgar protección contra los abusos, pues no sólo se refiere a la explotación sexual, económica, trato negligente, maltrato o explotación; sino que a toda forma de explotación. De esta manera, la norma no se restringe a una enumeración taxativa, en consideración de que cualquier acto nocivo para la salud física y mental del niño, puede perjudicar su desarrollo integral.

Esta preocupación también se plasma en la Convención Americana, que en el art. 5 consagra el derecho a la integridad personal, y en el art. 19 que reconoce el derecho de protección al niño, en concordancia con el art. 1 que impone la obligación de respetar los derechos de las personas sin discriminación alguna. Protección que se reitera en el art. 10.3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todo esto en el contexto del resguardo de la dignidad e integridad personal, pilares del sistema de derechos humanos.

5.4. La educación, en base al interés superior del niño⁸⁵

Si bien los padres tienen respecto de sus hijos el derecho función de participar en su orientación educativa, esta facultad no sólo les corresponde a ellos, sino que también al Estado, como garante de los derechos fundamentales de los niños.

La Convención presenta un modelo democrático, que otorga al niño que esté en condiciones de formarse su propio juicio, el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, de acuerdo a su edad y madurez⁸⁶. Si bien concuerdo con el derecho del niño a expresar su opinión, para que este modelo sea realmente democrático, el niño debe ser escuchado siempre, no siendo una limitante la palabra, para lo cual es necesario, como hemos señalado anteriormente, atender a todos los signos que exprese y que reflejen su inclinación o aversión.

El derecho a la educación se reconoce en la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁷, en base a dos consideraciones fundamentales:

⁸⁵ El derecho a la educación ha sido consagrado en diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, que en su art. XII señala que toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

⁸⁶ GROSMAN, Cecilia. Los derechos del niño y adolescente al cuidado de su propio cuerpo. En: Derecho Constitucional de Familia. GIL, Andrés- FAMA, María- HERRERA, Marisa. Editora Ediar. Tomo I, año 2006, pág. 657.

⁸⁷ Art. 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

1. El derecho a recibir una enseñanza primaria obligatoria y gratuita.
2. El derecho a que los planes y programas, así como la disciplina escolar, respete su dignidad, su opinión y escuche sus inquietudes, es decir, que se considere el principio del interés superior, como fundamento de una sociedad democrática. Argumento que ya veníamos planteando.

De la lectura del precepto se pueden distinguir tres dimensiones del derecho a la educación:

- i. El derecho por la educación, que se refiere a los objetivos que se plantea el derecho a la educación.
- ii. El derecho en la educación, que dice relación con el respeto de la dignidad humana en el sistema escolar. Es importante que el niño tenga una voz efectiva en su propia formación, y que tanto sus profesores, como autoridades del gremio tomen efectivamente en cuenta sus opiniones.

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

iii. El derecho a la educación, que es la obligación que se le impone a los Estados Partes para la implementación de la educación primaria.

La responsabilidad del Estado, tiene una doble función: el resguardar el rol preponderante de la familia dentro de la educación del niño, y la intervención en el seno familiar cuando el derecho a la educación deba ser protegido contra interferencias. Dicha intervención se justifica en el derecho del niño de acceder a una educación, que le permita el goce de sus derechos⁸⁸.

Cabe destacar que la educación no sólo prepara al niño para que pueda enfrentar de mejor manera su futuro, sino que también tiene un impacto social que no sólo se refleja en índices económicos, contribuyendo al desarrollo, sino que también en la construcción de una sociedad más sana, fundamentada en el valor por el respeto de los derechos de cada cual.

De esta manera podemos concluir que no existe una normativa más importante para los niños, que los Tratados Internacionales, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, y su Declaración. Es más trascendente aún, considerando que a nivel interno, si bien es cierto existe un compromiso por parte de los Estados en cuanto a los derechos de provisión y protección, no está desarrollado aún el tema de los derechos de participación infantil; lo que nos produce dudas sobre si realmente los niños, niñas y adolescentes, son considerados como sujetos, capaces de expresar y formar su propio juicio. Por otra parte hay barreras económicas imposibles de traspasar, por lo que es fundamental la cooperación internacional.

⁸⁸ Derecho Constitucional de Familia. GIL, Andrés- FAMA, María- HERRERA, Marisa. Ob. cit, pág. 623

Como conclusión final, quiero enfatizar en la necesidad de un Derecho de Familia, en especial el Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes, que sea abordado desde la perspectiva del Sistema Internacional de Derechos Humanos, sobre todo cuando estamos frente a un grupo vulnerable, cuyos derechos están siendo reconocidos hace muy poco.

En muchos países se ha producido una renovación en el ordenamiento interno, debido a los principios vigentes en materia de derechos humanos, razón por la cual se habla de la Constitucionalización del Derecho Civil. Sin embargo el Derecho tiene por objeto regir las relaciones personales, está dirigido a reconocer la dignidad humana, que es la base de todos los instrumentos internacionales, razón por la cual no sólo los operadores jurídicos, sino que la sociedad en su conjunto, deben estar conscientes del valor del ser humano, que es asignado por los Pactos Internacionales, y que nos permiten detectar con mayor perspectiva las desigualdades que se producen en el plano interno.

Este trabajo pretende abordar los temas relacionados con los niños, niñas y adolescentes, en una perspectiva centrada principalmente en los derechos humanos, para detectar las imperfecciones de nuestro sistema interno. Ese es el objetivo que me he propuesto para los siguientes capítulos.

CAPÍTULO III

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y PROYECTADA EN LA MATERIA

Son diversas las leyes que abordan temas que se relacionan con la protección de los niños, niñas y adolescentes, sin embargo nuestro país, a diferencia de lo que marca la tendencia extranjera, no cuenta con los mecanismos ni instituciones adecuadas para la protección de sus derechos.

Como vimos en el capítulo anterior, los Pactos sobre Derechos Humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a la familia, al Estado y a la sociedad, a proporcionar el completo bienestar a los niños, niñas y adolescentes. En este capítulo abordaremos desde la perspectiva de la trilogía, el cumplimiento que, a través de la legislación, se está dando al mandato contemplado a nivel supraconstitucional. Efectuaremos este análisis, abarcando el Derecho vigente, y parte de la legislación proyectada en la materia, analizando los proyectos de ley que el actual gobierno contempla para la infancia y adolescencia, desde un análisis crítico, que pretende establecer propuestas concretas, en lo que respecta a la protección de los niños, niñas y adolescentes.

El gobierno actual se ha propuesto, a través del Decreto Supremo N° 072⁸⁹, implementar un Sistema de Protección a la Infancia, destinado a igualar las oportunidades de desarrollo de los niños, desde su gestación y hasta el fin

⁸⁹DS. N° 072, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 04 de abril de 2006, que crea la Comisión Asesora Presidencial Consejo Asesor para las Políticas de Infancia. En: http://www.gobierno.cl/comisiones/docs/anexos/anexo_8.1.pdf; [consulta: 15 de octubre de 2006].

del primer ciclo de su enseñanza básica, independientemente de su origen, género, conformación del hogar o cualquier otro factor potencial de inequidad⁹⁰. En miras de este objetivo se ha creado el Consejo Asesor Presidencial para la Reforma a las Políticas de Infancia⁹¹.

En el informe final del Consejo, se establecen los fundamentos de porqué es necesario un Sistema de Protección Integral a la Infancia, donde se contemplan principios tales como la universalidad de las políticas destinadas a los niños, niñas y adolescentes, acompañadas de prestaciones que deben ser también universales y de calidad, destinadas a complementar los recursos de desarrollo que éstos tienen disponibles en su familia y comunidad, la visión integral del desarrollo de los niños, y la familia como principal agente en su formación, respaldada por una sociedad que tiene un rol fiscalizador, sobre todo en lo que respecta al papel que se asigna a las Municipalidades, en la gestión de la red local de la infancia. Además se reconoce la necesidad de adoptar Sistemas Integrales de Servicios y Prestaciones, que se adapten de manera flexible a las necesidades de cada niño y adolescente. Todo esto enmarcado en la consideración de la infancia, como una etapa de desarrollo de alta potencialidad, y el planteamiento de la inversión en el desarrollo infantil, como estratégica para el país. Muchas de las propuestas del Consejo serán analizadas en este capítulo, en la medida en que vayamos abordando la acción del Estado en la protección de los niños.

⁹⁰ Propuestas del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma de las Políticas de Infancia. En: http://www.consejoinfancia.cl/Informe_final_infancia.pdf; [consulta: 16 de octubre de 2006].

⁹¹ El consejo tiene por objeto elaborar un diagnóstico de la situación actual y de las insuficiencias en materia de protección de la infancia, para luego formular y proponer un conjunto de políticas y medidas idóneas para efectos de implementar un Sistema de Protección a la Infancia. Propuestas del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma de las Políticas de Infancia. En: http://www.consejoinfancia.cl/Informe_final_infancia.pdf; [consulta: 16 de octubre de 2006].

Nuestro país cuenta con la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia⁹², la Ley N° 20.032, que establece un Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del Sename, y su Régimen de Subvención⁹³, la Ley N° 16.618, mal llamada Ley de Menores⁹⁴, que aún contiene preceptos en vigencia y la Ley 19.741, que modifica la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticia⁹⁵. Todas ellas iniciativas con las que se espera concretar una completa modernización de la legislación y políticas que se orientan a garantizar y promover el desarrollo integral de la infancia. En este capítulo demostraremos que pese a las continuas modificaciones, este conjunto de leyes aún no logra la Protección Integral, meta que el país se ha fijado al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño.

1. La competencia de los Tribunales de Familia, en relación a la debida protección de los niños, niñas y adolescentes

Antes de la dictación de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, la regulación de estos temas se encontraba dispersa en diversas leyes, códigos y disposiciones reglamentarias. El conocimiento de las materias estaba entregado tanto al juez de letras en lo civil, como al juez de menores, situación que muchas veces provocaba que las soluciones fuesen contradictorias.

⁹² Cuya publicación data de 30 de agosto de 2004, pero por art. 134, se posterga su entrada en vigencia para el 1° de octubre de 2005. En: <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/229557.pdf>, [consulta: 13 de octubre de 2006].

⁹³ Publicada en el Diario Oficial el 25 de julio de 2005, disponible para ser consultada En: www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/6929.pdf, [consulta: 12 de octubre de 2006].

⁹⁴ En: <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/172986.pdf>; [consulta: 15 de octubre de 2006].

⁹⁵ En: <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/172986.pdf>; [consulta: 15 de octubre de 2006].

En este sentido, la Ley N° 19.968, ha procurado sistematizar las principales materias, debido a la regla general de la acumulación necesaria⁹⁶, que permite al juez conocer de todas aquellas materias que una o ambas partes sometan a su consideración, siempre que se rijan por el mismo procedimiento, y se encuentren en la misma instancia. Sin embargo la Ley de Tribunales de Familia aún se remite a las leyes que regulan las materias entregadas a su conocimiento, como las Leyes N°s 16.618 de Menores, 19.741 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, 19.620 sobre Adopción de Menores y 19.947 de Matrimonio Civil; que aún no se han adecuado a los principios que rigen la protección integral del niño, por lo que pese a que existe la intención de mejorar la justicia de familia, y en especial, lo que respecta a los niños, niñas y adolescentes, es necesario que estas leyes sean también reformadas, y que finalmente se adecuen al mandato establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en lo que se refiere al interés superior del niño y su derecho a ser oído, tema al que nos referiremos a continuación.

1.1. El interés superior del niño en la Ley que crea los Tribunales de Familia y en la Ley de Matrimonio Civil, en especial relación con el cuidado personal y la relación directa y regular⁹⁷

La Ley N° 19.968, constituye un verdadero cambio de paradigma, al reconocer que la familia, como lo veníamos explicando anteriormente, constituye el núcleo básico de la sociedad, razón por la cual es deber del

⁹⁶ Art. 17 de la Ley N° 19.968.

⁹⁷ Art. 8. Competencia de los Juzgados de Familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

- 1) Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes.
- 2) Las causas relativas al derecho y el deber del padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular.

Estado protegerla y fortalecerla, objetivo que se consagra en el Mensaje con el que se inicia el proyecto que crea los Tribunales de Familia⁹⁸.

En este sentido la creación de esta judicatura especializada, asesorada por un Consejo Técnico⁹⁹, que entre otras, tiene la atribución de asesorar al juez para la adecuada comparecencia del niño, niño o adolescente; constituye un verdadero cambio con respecto a la participación, que hasta este momento se le otorgaba a la infancia y adolescencia en los asuntos que les afectan directamente, dentro de un sistema adversarial y de alta discrecionalidad, como era el contemplado en la Ley N° 16.618, que en su art. 36¹⁰⁰, establecía que el juez de menores *si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente*. Redacción bastante criticable a mi juicio, porque dejaba a discrecionalidad del juez calificar en qué casos escuchaba al niño, además la frase *y si fuere posible*, da la idea de que aludía a la edad de éste, lo que implica que se atendía sólo a la expresión verbal, tesis, que como ya lo he señalado en el capítulo anterior, no comparto, pues el niño siempre debe ser oído, establecer una edad para que ejerza este derecho, me parece sólo una forma de simplificar la labor del juez, y la consideración del niño como un ente incapaz de formarse su propio juicio sobre lo que siente y ve a diario.

⁹⁸ Mensaje N° 81-336, de 3 de noviembre de 1997. Dentro de los objetivos y fundamentos generales del proyecto, se ve con preocupación la grave y deficitaria situación de la administración de justicia respecto de la niñez, la adolescencia y la familia, que debe ser corregida para dar cabal cumplimiento al deber del Estado de proteger a la familia, que proclaman tanto el texto constitucional, como los múltiples instrumentos internacionales.

⁹⁹ Cada tribunal tendrá un Consejo Técnico, que constituye un cuerpo de asesoría especializada, compuesto por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia. Tienen la tarea de asesorar al juez en la comprensión de las situaciones que se ventilen, permitiéndole tener una visión interdisciplinaria, que es indispensable en los conflictos de familia.

¹⁰⁰ Hoy derogado por la Ley N° 19.968, que en el art. 121 contempla modificaciones a la Ley N° 16.618, en el N° 5 señala la derogación del art. 36.

El juez debe, con la ayuda de profesionales especializados, no sólo atender a la palabra, sino que a cualquier signo que demuestre las orientaciones y preferencias del niño. Trabajo para el cual, entendemos, el juez no está preparado, por eso creo que en este punto es de suma importancia el apoyo del Consejo Técnico, como equipo multidisciplinario, para el cabal entendimiento de los conflictos que aquejan a la infancia y adolescencia.

Con respecto al ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se consagra el principio del interés superior del niño¹⁰¹, consagrado en la Ley N° 19.968, de manera clara, como el reconocimiento del ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías¹⁰². Este principio se manifiesta en la ley, como principio de carácter rector, y que por tanto debe concretarse en todos los procedimientos regidos por ella, donde se encuentren comprometidos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, el legislador se encarga de enunciarlos especialmente en los casos en que el juez tiene la obligación de designar un curador ad- litem¹⁰³, en el supuesto de estimar que existen intereses independientes o contradictorios con los de su representante legal, en la asesoría al juez por parte del Consejo Técnico para la adecuada comparecencia del niño, niña o adolescente¹⁰⁴, en la consideración de este interés para que el juez decrete de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes¹⁰⁵, en lo relativo a la aprobación de las convenciones probatorias que involucren

¹⁰¹ Art. 16.

¹⁰² Cabe recordar que el concepto del interés superior del niño en la Ley N° 16.618 fue utilizado para afianzar los más variados convencionalismos, es así como el antiguo art. 46, derogado por la Ley N° 19.585, contemplaba la posibilidad de que el juez privara de la tuición al progenitor que contrajese nuevo matrimonio, en base al interés del niño.

¹⁰³ Art. 19.

¹⁰⁴ Sin embargo, vemos un problema con la redacción del art. 5, letra b), que consagra esta atribución y que habla de la declaración del niño. Debemos insistir en que el niño no comparece a declarar, sino que el niño en los procedimientos de familia es oído, principio que se consagra en el art. 16, inc. 2º, como un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución de un asunto sometido a su conocimiento.

¹⁰⁵ Art. 22.

intereses de niños, niñas y adolescentes y en lo que respecta al abandono del procedimiento, donde se excluyen los asuntos a que se refieren los arts. 8, N° 8, 9, 10, 12, 13 y 18, todos ellos que dicen relación con materias donde aparecen involucrados o amenazados los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Como hemos señalado anteriormente, la familia es la principal responsable del cuidado, crianza y protección de los niños. Para lograr ese bienestar del que se habla en todos los Tratados Internacionales, es necesario que el niño crezca en un ambiente familiar y en una atmósfera de amor, alegría y comprensión. Sin embargo, en situaciones de ruptura de los padres, esta atmósfera generalmente se ve interrumpida, si es que los progenitores consideran a sus hijos como objetos susceptibles de ser transados, o como un medio de presión, sobre todo en materia de cuidado personal de los hijos, relación directa y regular y alimentos.

En materia de cuidado personal de los hijos debemos distinguir entre la atribución convencional, legal y judicial. En este sentido la Ley 19.947, de Matrimonio Civil¹⁰⁶, conforme a la relevancia que otorga a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, entrega como primera fuente de atribución del cuidado de los hijos, a los acuerdos de los progenitores. Esta opción del legislador se justifica por el hecho de que son ellos los que generalmente viven con los niños, y son los primeros llamados a escuchar sus preferencias. Sin embargo, en una situación de ruptura, es poco probable que los progenitores atiendan a las opiniones de sus hijos y respeten su condición de autonomía en desarrollo, pero consideramos que es justamente esta falta de escucha, un

¹⁰⁶ Publicada por el Ministerio de Justicia con fecha 17 de mayo de 2004. Disponible En: <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/225128.pdf>, [consulta: 14 de octubre de 2006].

elemento que el juez debe tomar en consideración a la hora de aprobar el convenio regulador¹⁰⁷.

Con respecto a la atribución legal, el Código Civil, en el art. 225, inc. 1º, señala que si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos. Norma que además de ser inconstitucional, debido a que atenta contra el principio de igualdad, no considera el interés superior del niño, al establecer una presunción sobre la aptitud de la madre, por sobre la del padre, en lo que respecta al cuidado de los hijos, y la imposibilidad en la práctica de que el padre pueda acceder a tener a sus hijos en su compañía, cuando a la madre no le afectan las causales de inhabilidad física o moral. Creo que en lo que respecta al cuidado personal, las decisiones judiciales se deben orientar hacia la igualdad de roles de padre y madre, y las preferencias del niño, sin olvidar que aquél progenitor que queda privado del cuidado personal, no se exime del deber que le impone su rol de padre o madre.

Pese a estas dos normas, el juez puede entregar el cuidado personal, a aquél progenitor que en ese momento no lo ejerce, en los casos de maltrato, descuido, abandono o cualquier otra causa calificada, según lo establece el art. 225, inc. 3º del Código Civil. Además, conforme al art. 226, el juez puede en los casos de inhabilidad física o moral de los padres, entregar el cuidado personal al otro progenitor o a las personas que estime pertinentes, que deberían ser los parientes más cercanos del niño, antes de considerar a un tercero. Creo que en los casos en que por causa calificada el niño debe ser encargado a un tercero, es necesario ahondar en sus características propias, por lo tanto es

¹⁰⁷ Es así como en España, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de marzo de 1998, deja sin efecto una medida pactada en el convenio regulador, en un auto de separación matrimonial, donde un matrimonio había acordado la custodia temporal de sus hijas. La sentencia se basa en la oposición de las hijas mayores que no fueron consultadas en el procedimiento de separación. En: LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Cuidado Personal de los Hijos. Análisis de la Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia. Editorial PuntoLex S.A., pág. 19, año 2005.

imprescindible que el juez tome en consideración no sólo la palabra, sino también todos aquellos signos que reflejen los temores, inclinaciones y preferencias, tarea para la cual es imprescindible la colaboración del Consejo Técnico. El antiguo art. 227 del Código Civil, establecía que en estas materias, el juez resolvería breve y sumariamente, oyendo a los hijos y a los parientes¹⁰⁸.

En lo que se refiere al convenio regulador, contemplado en la Ley de Matrimonio Civil, el criterio de suficiencia, requisito necesario para la aprobación del juez, está dado por un parámetro que considera el resguardo del interés superior de los hijos. De esta manera, cuando el juez aprueba dicho convenio, deberá tener en especial consideración el derecho del niño a la coparentalidad, es decir, el derecho a ser criado por su padre y su madre, labor que no se restringe a la unidad de domicilio, sino que guarda estrecha relación, en el caso de los padres en ruptura, con el derecho del niño a tener una relación directa y regular con el padre o madre que no lo tiene bajo su cuidado. De esta manera un juez no debería aprobar un convenio en que se contemple, por ejemplo, que el niño va a ver a su padre un fin de semana al mes, o semana por medio.

Además es necesario que antes de que el convenio sea aprobado, se escuche efectivamente al niño, con la ayuda de un especialista, para dilucidar sus verdaderas necesidades, y contrastarlas con el acuerdo que se presenta, análisis que debe ser contemplado desde la óptica del respeto de los derechos fundamentales de los niños, consagrados especialmente en la Convención. De lo contrario, este acuerdo se transformará en un trámite más, dentro del procedimiento previsto en los casos de ruptura, transformando la relación

¹⁰⁸ Modificado por la Ley N° 19.968, que en el art. 126, N° 4 dispone: Sustitúyase, en el inc. 1° del art. 227, el texto “el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente, oyendo” por el siguiente: “el juez oirá”.

directa y regular, en una visita por parte del progenitor que no vive con el niño¹⁰⁹.

Cuando los padres viven una situación de ruptura, en la mayoría de los casos, también se provoca una ruptura con los hijos, quedando éstos gravemente vulnerados, tanto afectiva, como económicamente; radicándose la carga económica generalmente en uno de los progenitores, a quien el juez no le pregunta, como sí lo hace con el progenitor que no tiene el cuidado personal, si tiene la capacidad económica suficiente para asumir esta función. De esta manera es cuestionable si realmente el Sistema de Familia, tiene como consideración fundamental el interés superior de los hijos, en materia de cuidado personal y relación directa y regular, pues en la práctica, sabemos que lo esencial en estos derechos no es tanto su enunciado, sino que puedan ser realmente ejercidos por los niños, como titulares de derechos.

En definitiva el Sistema de Familia debe propender a estimular la participación activa de los padres, para que los hijos puedan entablar luego de la separación o divorcio lazos paterno-filiales más seguros, basados en la consideración de que tanto el padre como la madre, tienen el mismo status en relación a la crianza de sus hijos, por lo que deben tener también igualdad de responsabilidades y derechos.

¹⁰⁹ En la LOPNA se establecen medidas sobre la guarda en los casos de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio y residencias separadas, en las que el criterio fundamental para la evaluación del juez es el interés superior del hijo, inclusive se faculta al niño para que presente una solicitud para la revisión y modificación de la guarda, cuando cuenta con 12 años o más. En este procedimiento si no es el propio niño el que presenta la solicitud, y son el padre o madre, o el Ministerio Público, se contempla de manera imperativa la escucha del niño, y la participación del Fiscal del Ministerio Público en el procedimiento. Creo que en nuestro país, para la verdadera participación del niño en los procedimientos de cuidado personal y relación directa y regular, se deberían instituir los mecanismos apropiados, para que sea el propio niño, quien pueda presentar una solicitud para la revisión y modificación de la sentencia, para lo cual se hace necesario, como adelantábamos anteriormente la creación de un figura como el defensor de niños, en el Proyecto de Ley sobre Protección de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia.

1.2. El interés superior de los hijos en materias de alimentos: Ley N° 19.741 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y la competencia de los Tribunales de Familia¹¹⁰

En los juicios de alimentos, sobre todo cuando los niños tienen una corta edad, la mayoría de las veces son utilizados como medios de presión por sus progenitores, quienes lejos de solucionar los temas relacionados en pos de su mejor interés, se envuelven en una disputa, que colisiona con los derechos de sus propios hijos. Es por esta circunstancia que es imprescindible la creación de la figura del defensor de niños, pagado por el Estado, quien debe velar por el reconocimiento efectivo de sus derechos¹¹¹.

En esta orientación, la Ley de Tribunales de Familia, en el art. 19 contempla la figura del curador ad- litem, en los casos en que aparezcan involucrados los intereses de niños, niñas y adolescentes. Es el juez quien debe velar en primera instancia porque los intereses de los niños se encuentren debidamente representados, pues si bien es cierto que son los padres, los llamados de manera preferencial a ello, en situaciones de ruptura o crisis matrimonial, generalmente, no se encuentran aptos para distinguir entre sus intereses y los de sus propios hijos.

Uno de los problemas más serios que presentan las relaciones familiares cuando se han producido crisis o rupturas entre los cónyuges o entre los padres

¹¹⁰ Art. 8. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:
4) Las causas relativas al derecho de alimentos.

¹¹¹ En la LOPNA se contempla al Ministerio Público, como el órgano especializado en la defensa de los intereses del niño y del adolescente en procedimientos judiciales y administrativos, según lo establecido en el art. 170, letra c). Actualmente en nuestro país existe un Proyecto de Ley que descansa en el parlamento desde el año 2004, y que se encuentra sin urgencia legislativa, Boletín N° 3500-07, que crea la Defensoría de la Infancia.

no casados de hijos menores de edad, es la dificultad para hacer efectivas y percibir, en forma periódica y regular, las pensiones alimenticias que han sido decretadas. Son variadas las prácticas en que el alimentante incurre para poder exonerarse de este deber.

La ley N° 19.741 no contempla en los asuntos de alimentos, mecanismos efectivos desde la óptica del interés superior del niño, ni la consecución de su efectivo bienestar material, tampoco se contempla la escucha del niño. Sin embargo, al ser esta materia competencia de los Tribunales de Familia, según lo dispuesto en el art. 8, N° 4, y al contemplarse este principio en el art. 16, con un carácter general, es necesario que el juez de familia, más que preocuparse de no menoscabar la situación patrimonial del progenitor alimentante, logre establecer las necesidades reales del niño en materia económica.

En este sentido parece del todo atentatorio que los alimentos habiliten al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, debido a que se establece una suerte de discriminación entre los hijos que viven con sus padres, y que no se someten al procedimiento de alimentos, donde se exige que la preocupación fundamental de los progenitores sea el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor preocupación espiritual y material posible¹¹²; y los hijos que se someten al procedimiento de alimentos, donde este estándar de padre devoto, da paso a una suerte de reducción del deber del progenitor alimentante, cuando éste no vive con el niño. Recordemos que dentro de los requisitos para estar en presencia de una relación alimentaria, es necesario que exista un estado de necesidad en el alimentario, esto es, que en el caso del niño, no pueda sustentar su vida con sus propios medios; y que el alimentante tenga las condiciones para otorgarlos.

¹¹² Frente a esta norma el juez dentro de su labor interpretativa debe contemplarla como un nuevo estándar jurídico, que llamaremos de padre devoto, de la misma manera que el estándar de buen padre de familia, abordado en el art. 44 del Código Civil.

Mucho peor es la situación del hijo que solicita alimentos junto con sus hermanos, pues el monto que recibe cada cual se determina en función de los intereses del padre, y no en función de los intereses de sus hijos¹¹³.

Esta norma si bien tiene la finalidad de no constituirse en un mecanismo de abuso en contra del alimentante, es tal la cautela con que los jueces la utilizan, que en la práctica el monto de los alimentos resulta ser ridículo, en relación con las necesidades del niño. De esta manera, todo el peso patrimonial que implica el deber de padres recae en el progenitor que convive con el niño, a quien el juez no pregunta si carece de los medios económicos para cumplir con esta función, o lo exime de este deber si el niño se puede sustentar con sus propios medios. Así, se contempla y fomenta por el legislador, una suerte de abandono, respaldada por el juez que decreta el monto de los alimentos del hijo sólo desde la óptica del alimentante progenitor, lo que además de afectar al bienestar económico del niño, obstruye la relación con su progenitor, lo que atenta contra el derecho del niño a la coparentalidad.

La solución dada por el legislador se vislumbra desde la óptica del endurecimiento de los castigos para el alimentante que no cumple con el deber, entre los que se contemplan el arresto nocturno, medida que puede ser

¹¹³ Art. 3. Para los efectos de decretar los alimentos cuando un menor los solicitare de su padre o madre, se presumirá que el alimentante tiene los medios para otorgarlos.

En virtud de esta presunción, el monto mínimo de la pensión alimenticia que se decrete a favor de un menor alimentario no podrá ser inferior al 40% del ingreso mínimo remuneracional que corresponda según la edad del alimentante. Sin embargo, tratándose de dos o más niños, dicho monto no podrá ser inferior al 30% por cada uno de ellos. Todo lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del art. 7 de la ley, que establece que el tribunal no podrá fijar como monto de la pensión una suma que exceda el 50% de las rentas del alimentante. En este sentido la LOPNA ha sido mucho más clara al establecer una norma que se extraña en nuestra ley, como es la equiparación de todos los hijos para el cumplimiento de la obligación alimentaria, contemplada en el art. 373, donde se establece que el niño o niña que no habite con aquel de los progenitores alimentantes, tiene el derecho a que la obligación alimentaria sea respecto de él, en calidad y cantidad igual a la que corresponde a los demás hijos que convivan con el otro progenitor.

reiterada hasta obtener el pago íntegro de la obligación, hasta por dos veces, caso en que el castigo se transforma en un arresto hasta por 15 días, ampliables hasta por 30 días, si es que proceden nuevos apremios. La única forma en que el alimentante puede suspender el apremio, el arraigo y el devengo de intereses corrientes, se encuentra en una justificación que se basa en probar que carece de los medios necesarios para el pago de la obligación alimenticia¹¹⁴.

Se han establecido diversas iniciativas por parte del legislador, que tienen por objeto hacer efectivo el pago de la pensión de alimentos, a través de la búsqueda de mecanismos que penalizan el ocultamiento de las fuentes de ingreso del demandado, la utilización de documentos falsos, inexactos o que omitan datos relevantes, y la participación de terceros que colaboren con el ocultamiento del paradero del demandante para impedir su notificación o el cumplimiento de medidas de apremio¹¹⁵.

¹¹⁴ Actualmente se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley, Boletín N° 4124-18, que permitiría incorporar al Boletín Comercial a los deudores de pensión alimenticia, como pena accesoria, sólo en los casos en que por ley correspondan apremios, a fin de distinguir los casos graves, de los que no lo son. No se incluirá en dicha nómina al alimentante que acredite ante el tribunal su condición de cesante insolvente, siempre y cuando, presente en el mismo acto y por escrito, un convenio de pago que apruebe el tribunal. En caso de incumplimiento del convenio, se incorporará a la nómina. Este proyecto resulta atentatorio al principio de protección de la intimidad, consagrado en el art. 15 de la Ley de Tribunales de Familia, donde el juez tiene el deber de velar por el respeto a la intimidad de las partes. Con este objetivo podrá prohibir la difusión de datos referidos a las partes o al proceso.

¹¹⁵ Boletín 2600-18. Entre las novedades que presenta este proyecto de ley destaca lo relativo a la admisión a tramitación de la demanda de alimentos provisorios y el pronunciamiento sobre ella por parte del juez, por el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados. Recordemos que hoy el juez de familia debe decretar los alimentos provisorios, en favor de los hijos menores del demandado, siempre que exista fundamento plausible del derecho que se reclama, para lo cual es necesario acreditar el título que le habilita para pedir los alimentos, y la inexistencia de manifiesta incapacidad para proveer. Se contempla también la posibilidad de revocar los actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe, con la finalidad de reducir su patrimonio en perjuicio del alimentario, así como también los actos simulados o aparentes que tengan el mismo fin, conforme a la regla del art. 2468 del Código Civil. Además sin perjuicio de los apremios establecidos en la ley, se contemplan otras medidas, como la retención de la devolución anual de impuestos a la renta que corresponda percibir a los deudores de pensiones alimenticias, por parte de la Tesorería General de la República, y la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo de hasta 6 meses

Pese a todas estas medidas, pienso que es importante entender que el incumplimiento del pago de la pensión de alimentos, es una forma de abandono, al igual que el cumplimiento deficitario por parte del alimentante, que en nuestra sociedad está prácticamente institucionalizado. En razón de ello han surgido diversos proyectos de ley que pretenden castigar al tercero que colabore en el ocultamiento del paradero del demandado para efectos de impedir su notificación o el cumplimiento de alguna de las medidas de apremio establecidas en la ley.

Hoy dentro de los proyectos de ley, se contempla la posibilidad de que no sea necesario el consentimiento del progenitor, para la salida al extranjero de sus hijos, cuando en contra de él se hubiere decretado por dos veces algunos de los apremios señalados en el art. 14 de la Ley sobre Abandono y Pago de Pensión de Alimentos¹¹⁶.

Sin embargo, al decretar estas medidas hay que ser inmensamente cautelosos en no menoscabar el derecho del niño a tener una relación directa y regular con ambos padres, razón por la cual, el análisis de la situación patrimonial del progenitor debe ser estudiada a cabalidad para establecer las posibles sanciones, sin olvidar que este estudio debe tener siempre como objetivo primordial el interés superior del niño, y no el interés del progenitor que vive con el niño, ni el interés de aquel de los progenitores que debe cumplir con la obligación alimentaria, recordando que tanto el padre como la madre tienen las mismos deberes en lo que respecta al cuidado de sus hijos. El juez debe procurar no tomar una decisión que altere las relaciones personales del niño y sus progenitores.

prorrogables, hasta por igual período, si el alimentante persiste en el incumplimiento de su obligación.

¹¹⁶ Boletín N° 2600-18, Refundido con los Boletines N° 3093-18 y 3619-18.

1.3. Niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos¹¹⁷

El numeral 8, del art. 8 de la Ley de Tribunales de Familia merece varios reparos: en primer lugar el legislador no define qué se entiende por niños gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, por lo que el concepto parece ser bastante amplio, además respecto de estos niños, las medidas de protección señaladas en el art. 30 la Ley de Menores nos resultan insuficientes¹¹⁸.

Las medidas contempladas en el art. 30 sólo se ponen en la situación de los niños vulnerados física y psicológicamente, en donde su entorno se estima que es peligroso para su desarrollo, sin embargo considero que este art. no puede ser entendido, sino a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando se habla de niños gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos, es justamente con respecto a las garantías reconocidas en este instrumento, es decir el derecho del niño a la educación, a la salud, a la recreación, a la vida cultural, a un nivel mínimo de subsistencia, etc.; es en estos casos donde este N° 8, del art. 8 de la Ley N° 19.968, se transforma en una herramienta muy poderosa en lo que se refiere a la amenaza o vulneración del catálogo contemplado en la Convención, sin embargo en la práctica la

¹¹⁷ Esta materia es competencia de la Ley de Tribunales de Familia, según lo establecido en el art. 8, N° 8.

¹¹⁸ Artículo 30°. Modificado por la Ley 19.968, art. 121, N° 4. Contempla para el N° 8 de la Ley 19.968:

1°) El disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes.

2°) Disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

amenaza o vulneración de derechos, se confunde con lo establecido en el N° 10, del art. 8, que contempla como medidas, las establecidas en el art. 29 de la Ley de Menores¹¹⁹.

Pese a ello, no se descarta la interposición del recurso de protección, cuando se prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de los derechos contemplados en el art. 19 de la Constitución Política, especialmente en lo que respecta al derecho a la vida y a la integridad psíquica del niño, la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra del niño y su familia, la inviolabilidad de su hogar y de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia y libertad de culto, el derecho a la protección de la salud, la libertad de enseñanza y su libertad de opinión e información.

Al respecto, el Proyecto de Ley sobre Protección de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia¹²⁰, contempla en su Título IV, Párrafo I, Art. 17 una

¹¹⁹ Art. 29. En los casos de la presente ley, el juez de letras de menores podrá aplicar alguna o algunas de las medidas siguientes:

1. Devolver el menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación;
2. Someterlo al régimen de libertad vigilada, lo que se efectuará en la forma que determine el reglamento;
3. Confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que esta ley señala, y
4. Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación.

En el caso del N° 4, el menor quedará sometido al régimen de libertad vigilada establecido en el N° 2.

Estas medidas durarán el tiempo que determine el juez de letras de menores, quien podrá revocarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias, oyendo al consejo técnico de la Casa de Menores o a alguno de sus miembros en la forma que determine el reglamento. En caso de no existir Casa de Menores, deberá oír al funcionario indicado en la letra l) del artículo 3.

Tratándose de un menor que ha sido víctima de maltrato, el Juez podrá, además de decretar las medidas indicadas en el inciso primero, remitir los antecedentes a los Tribunales competentes para aplicar sanciones penales a quienes resulten responsables, o para decretar otras medidas cautelares en beneficio del menor y de su grupo familiar.

En caso alguno el juez de letras de menores podrá ordenar el ingreso de una persona menor de dieciocho años en un establecimiento penitenciario de adultos.

acción especial de protección, sin perjuicio del recurso de protección contemplado en el art. 20 de la Constitución. Todo niño, niña o adolescente o cualquiera a su nombre podrá solicitar la protección de los Juzgados de Familia, cuando por causa de omisiones arbitrarias o ilegales sufra perturbación, privación o amenaza en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos o garantías contemplados en el precepto constitucional. Sin embargo esta acción no procederá en los casos relativos a materias contempladas en el art. 8 de la ley N° 19.968, lo que refuerza nuestra teoría de que el legislador dentro del numeral 8 jamás contempló los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, donde justamente se encuentran las garantías señaladas en el art. 19 de la Constitución Política, restringiendo de esta forma, el ámbito de aplicación de la expresión *niños gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos*, en vez de relacionarla con la Convención.

De esta manera el legislador incurre en un error al excluir el art. 8 de la Ley de Tribunales de Familia, para la procedencia de esta acción especial de protección, a mi juicio, porque considera suficientes los mecanismos de protección contemplados en esta ley, y el sistema de recursos, dentro de los cuales se regula el de apelación, que por regla general se concede en el sólo efecto devolutivo, salvo las materias referidas a las acciones de filiación, autorizaciones para salir del país, procedimientos de adopción, acciones de separación, nulidad y divorcio, y declaraciones de interdicción; caso en el cual se concederá en ambos efectos.

Así, si a un niño se le ha vulnerado gravemente su derecho a la educación, por ser una materia que el legislador no contempla dentro del art. 8, puede ser revisada por los Tribunales de Familia, a través de la acción especial

¹²⁰ Boletín N° 3596-18. De Protección de los Derechos de la Infancia y Adolescencia. Fecha de ingreso: 07 de julio de 2004. En: <http://www.sil.congreso.cl/pags/index.html>; [consulta: 15 de octubre de 2006].

de protección, en pos de la motivación que crea a los tribunales, y que consiste en someter a un mismo órgano especializado, el conocimiento de los asuntos de familia, quedando también la posibilidad de entablar el recurso de protección ordinario. Sin embargo para materias contempladas en el art. 8, además del procedimiento especial contemplado para las medidas de protección, existe la vía de revisión de una instancia superior, como es la Corte de Apelaciones respectiva, y el recurso de protección ordinario. La verdad es que no se encuentra un fundamento razonable para excluir la revisión de las materias contempladas en el numeral 8, del art. 8, de esta acción especial de protección, más aún cuando en ella no se contempla formalidad alguna para su interposición, pudiendo hacerse incluso de manera oral, y se substancia de manera preferente a cualquier otro asunto, excepto en el caso de las medidas de protección contempladas en el proyecto de ley.

2. Maltrato infantil. Un análisis de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar¹²¹

El maltrato infantil, es todo aquello que se opone al buen trato y bienestar de los niños. Todo comportamiento o discurso adulto que transgreda o interfiera con los Derechos del Niño¹²².

Dentro de los tipos de maltrato se encuentra el abuso sexual, definido como cualquier tipo de actividad sexual con un niño o niña en la cual el agresor está en una posición de poder y el niño se ve involucrado en actos sexuales que no es capaz de comprender y detener, el maltrato físico, el maltrato emocional, que es también llamado invisible, porque no registra huellas en el cuerpo (sin embargo se sabe a mayor invisibilidad mayor daño), se expresa por

¹²¹ Los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito serán de conocimiento del los Juzgados de Familia, según art. 8, N° 18, a su vez el maltrato de niños figura en el N° 12.

De acuerdo a un estudio realizado por UNICEF el año 2000 con alumnos de octavo básico de seis regiones y de todos los grupos socioeconómicos, más del 70% de los niños y niñas ha sufrido algún tipo de violencia por parte de sus progenitores. El 25.4% declaró haber recibido violencia grave.

Las investigaciones, en el ámbito internacional, demuestran que en más de un 80% de los casos, los agresores sexuales son conocidos por el niño o la niña, y muchas veces, se trata de un miembro de la propia familia.

Respecto de los datos nacionales, y según las estadísticas de Carabineros y de la Policía de Investigaciones de Chile, en nuestro país se denuncian aproximadamente 4.500 delitos sexuales al año, de los cuales alrededor del 85% son denunciados en Carabineros y un 15% en la Policía de Investigaciones. Los estudios de victimización señalan que por cada delito sexual que se denuncia, existe alrededor de 7 casos que se mantienen en silencio y por tanto permanecen en el desconocimiento de las autoridades.

Debido al ocultamiento en que se dan el maltrato y el abuso, se sabe que por cada caso de abuso sexual denunciado, existen seis no denunciados, lo que expresa la gran magnitud del problema.

En este sentido, de los 66.575 niños y niñas que se encontraban al 30 de junio de 2003, en centros subvencionados por el Sename, el 43,0% habían sido víctimas de maltrato infantil, es decir, 28.642 niños, niñas y adolescentes. De este último universo, el 14.5% había sido víctima de maltrato grave (abuso sexual y maltrato físico grave), es decir, 4.158 niños y niñas. Respecto al maltrato grave, 749 niños y niñas fueron víctimas de maltrato físico grave y 3.409 niños sufrieron abuso sexual, en cualquiera de sus formas. De ellos, un 50.9% corresponde al género femenino y un 49.1% al género masculino.

Información disponible En: http://www.sename.cl/interior/maltrato/f_subportada.html; [consulta: 26 de octubre de 2006].

¹²² Definición En: http://www.sename.cl/interior/maltrato/maltrato_01.asp; [consulta: 25 de octubre de 2006].

medio de insultos, críticas permanentes, ridiculizaciones, rechazo explícito o implícito, amenazas, y constantes bloqueos de las iniciativas de los niños. El maltrato abandono - negligencia, se refiere a situaciones en que los padres o cuidadores, estando en condiciones de hacerlo, no dan el cuidado y protección que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan para su desarrollo.

A esta clasificación que efectúa el SENAME agregaría el maltrato económico, entendido como una forma de abandono, que deriva de la omisión por parte del progenitor o aquél que tiene el deber alimentario, de proporcionar los medios adecuados al niño o al adolescente, para lograr su máximo bienestar, que podría subsumirse dentro del maltrato abandono, y el maltrato institucional, entendido como la actuación errónea u omisión por parte de los poderes públicos o bien derivada de la actuación individual del profesional, que comporte abuso o negligencia, y que traiga como consecuencia la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en instrumentos internacionales, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

El art. 5 de la Ley 20.066¹²³ señala que será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente. El inciso 2º agrega que habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona de menor edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar. Sin embargo, lo criticable de esta definición, es que pese a la

¹²³En:http://www.bcn.cl/publicadores/pub_leyes_mas_soli/admin/leyes_por_numero_ordenadas.php; [consulta: 20 de octubre de 2006].

reforma de la ley, no se haya contemplado el concepto de violencia patrimonial, que sí se encuentra en otras legislaciones¹²⁴.

Además de ampliar en concepto de violencia familiar, es importante abordar el problema desde la perspectiva de los derechos humanos, entendiendo que la violencia es un trato inhumano y degradante, y en especial cuando es ejercida en contra de los niños, que por ser personas especialmente en riesgo, necesitan de una mayor protección. Es por esta razón que creo que es necesario que dentro de nuestra legislación se eliminen las expresiones que aluden a la facultad de corrección que tienen los padres, aunque se señale que se debe cuidar de no menoscabar su salud, ni su desarrollo personal, como el art. 234, inc. 1º del Código Civil.

¹²⁴ En este sentido la Ley N° 7586, de 1996, Ley contra la Violencia Doméstica, de Costa Rica, señala en el art. 2, como una pauta para interpretar la ley, las siguientes definiciones:

- a) Violencia doméstica: Acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela y que produzca como consecuencia el menoscabo de su integridad física, sexual, psicológica o patrimonial. El vínculo por afinidad subsistirá aún cuando haya finalizado la relación que lo originó.
- b) Violencia psicológica: Acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.
- c) Violencia física: Acción u omisión que arriesga o daña la integridad corporal de una persona.
- d) Violencia sexual: Acción que obliga a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales, mediante el uso de la fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará violencia sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.
- e) Violencia patrimonial: Acción u omisión que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos y recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas mencionadas en el inciso a) anterior.

Las definiciones comprendidas en los incisos b), c), d), e) y f) no serán restrictivas.

Se extraña en la ley el enfoque de la Violencia Intrafamiliar, como un problema de salud pública, y la consagración de una norma que haga responsable al Estado, por su omisión en el deber de protección de los niños, niñas y adolescentes, consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño. El Estado no sólo debe actuar, sino que debe hacerlo correctamente, si así no lo hiciera, el niño no sólo se ve afectado por su agresor, sino que también por la omisión por parte del Estado, que debe protegerlo a través de instituciones que no sólo se encarguen de sanar las heridas que presente físicamente, sino que también de aquellas heridas invisibles, proporcionándole una adecuada ayuda psicológica. Es necesaria la creación de instituciones serias que se encarguen de acoger al niño, cuando para él vivir en el seno de su familia, representa un freno a su desarrollo físico y emocional.

También en este caso, insisto en la creación de una defensoría para el niño, que cuente con la participación de abogados especializados en materias de familia.

Sin embargo es necesario un cambio en los operadores jurídicos, con respecto a la consideración de la gravedad no sólo para el niño, sino que para la sociedad toda, del tema de la violencia intrafamiliar. El juez, para el adecuado conocimiento de un caso concreto, debe contemplar que el principio rector debe ser la protección de la víctima y no la sanción al agresor. En este punto la Ley N° 20.066, comete un error al olvidar este principio, contemplando más sanciones, que una eficaz prevención, y un escaso tratamiento a la labor de curación de la víctima. Criticable es además, que dentro de las sanciones por maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, en base a la gravedad, se consagre la pena pecuniaria, puesto que en algunos casos, no cumple con el fin correctivo de la pena.

En el caso que la víctima de violencia sea un niño, el principio rector debe ser la protección de su interés superior. Además el juez debe efectuar una interpretación sistémica, no olvidando cuales son los objetivos que la ley intenta cumplir. En este punto, en la redacción de la ley, no queda muy claro si el objetivo principal es el castigo al ofensor o la debida protección de la víctima. Tampoco se establece una protección especial al niño, sin embargo al ser ésta una materia de competencia de los Tribunales de Familia, es posible adoptar las medidas de protección o cautelares, previstas en ese cuerpo legal.

Los jueces disponen de un amplio margen de discrecionalidad para evaluar los hechos y el Derecho en cada situación, razón por la cual las soluciones deben ser creativas. En este sentido, considero pertinente como una respuesta jurisdiccional, en situaciones que reclaman una pronta y expedita intervención la adopción de medidas autosatisfactivas, como una respuesta urgente, no cautelar y autónoma, despachable in extremis, cuya dictación está sujeta a los requisitos de la concurrencia de una situación de urgencia, una fuerte probabilidad de que el derecho material sea atendible, quedando la exigibilidad de la contra cautela sujeta al prudente arbitrio judicial¹²⁵. De acuerdo a la definición se pueden desprender las principales características de una medida autosatisfactiva:

1. Ejecutabilidad inmediata.
2. Mutabilidad o flexibilidad, sin instrumentalidad, ni provisionalidad.
3. Existencia de peligro en la demora.
4. Fuerte probabilidad cercana a la certeza, y no simple verosimilitud de que el derecho sea atendible.

¹²⁵ Conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal "El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio". Realizado entre el 6 al 8 de agosto de 1997. Argentina, Corrientes. En: MOLINARI VALDÉS, Álvaro. De la Responsabilidad Civil al Derecho de Daños y Tutela Preventiva Civil. Editorial LexisNexis, año 2004, pág. 247.

Con respecto a las medidas accesorias contempladas por la ley, no comparto el establecimiento en el art. 9, de la letra d) como una sanción¹²⁶, puesto que la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar, debe contar para el éxito de la medida, con la aceptación de las partes que se someten a ella. Esta letra además refuerza nuestra postura, de que la violencia en la Ley N° 20.066 no es tratada como un problema de salud pública, puesto que la norma debería ser enfocada desde el prisma del apoyo a la víctima principalmente.

En conclusión, con respecto a la nueva Ley de Violencia Intrafamiliar, pese a la reforma, es necesario que se abandone la redacción de tipo penal, puesto que es necesario que la gente la entienda, para que pueda denunciar y comprender que puede hacerlo; además es necesario un nuevo enfoque, que ponga como eje central la protección de los niños, niñas y adolescente, y que se aborde la violencia intrafamiliar, como un tema de salud pública, aumentando

¹²⁶ Art. 9. Medidas accesorias. Además de lo dispuesto en el artículo precedente, el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las siguientes medidas accesorias:

- a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima.
- b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o de estudio. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.
- c) Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.
- d) **La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar.** Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término.

El juez fijará prudencialmente el plazo de estas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a un año, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d), la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes.

los recursos en prevención y terapias a las víctimas, más que en un aparato represor que hoy contempla sanciones ineficaces.

3. Un sistema de atención para la niñez y la adolescencia: Ley 20.032¹²⁷

Este nuevo sistema opera en base a la actuación del SENAME y una red de colaboradores acreditados, que se encargarán de promover los derechos de la niñez, la integración familiar y comunitaria del niño, y las políticas públicas dirigidas a la infancia y adolescencia.

Lo rescatable de esta ley, es que mejora y aumenta la dotación de las instituciones encargadas de los niños y adolescentes, así como también incorpora programas de atención familiar, centros ambulatorios para la atención de los niños, programas de prevención de situaciones de vulneración, y promoción de sus derechos.

Esta iniciativa aspira a una protección integral de los niños, ya que no sólo se encarga de aquellos que se encuentran en una situación especial, sino que también alcanza a todos los niños del país, a través de la promoción y fomento de sus derechos.

El sistema también cuenta con un programa de formación y capacitación en materias relacionadas con el respeto y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y el monitoreo de los proyectos mediante estudios e investigaciones.

¹²⁷ En: <http://www.anfitrion.cl/actualidad/20ulle/2005072520032.html>; [consulta: 28 de octubre de 2006].

Esta ley es aún muy reciente como para ver sus frutos, y en definitiva, si los objetivos planteados por ella se están cumpliendo. Sin embargo, creo que resulta imperiosa la creación de nuevas instituciones, no sólo a nivel judicial, sino que a nivel comunitario, que refuercen la participación de los niños, niñas y adolescentes, y coloquen a la sociedad en el rol fiscalizador, de todas las iniciativas que promueva el Estado, con respecto a la protección de la infancia y adolescencia, sobre todo porque estas instituciones deben ser capaces de detectar los focos de riesgo, y no sólo dar atención a los niños, sino que también a los padres, si lo que anhela el Estado es realmente una sociedad sana.

Cabe destacar, que el Proyecto de Ley sobre Protección de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, pretende modificar la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Menores, sustituyendo la denominación de SENAME, y dar paso a una nueva institución: el Servicio Nacional de Infancia y Adolescencia, a quien correspondería realizar acciones destinadas a la prevención de situaciones de vulneración, protección integral y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo que constituye una gran reforma a la labor que hasta este momento viene realizando el SENAME, y que se ajusta mucho más, a un sistema real de protección de la infancia, que se encarga de TODOS los niños, pero que también tiene especial cuidado en aquellos que se encuentran en una situación de riesgo.

Para concluir este capítulo quiero enfatizar en que la protección integral de los niños, no sólo se logra a través de la ratificación de instrumentos internacionales, como lo ha hecho nuestro país, sino que también a través de la creación de instituciones que velen por este objetivo. Así a nivel jurisdiccional, sería importante la creación de la figura del defensor del niño, puesto que el Sistema de Familia, que contempla la Ley N° 19.968, no contempla la figura de

abogados especializados y pagados por el Estado, que traten de buscar soluciones colaborativas, en el mejor interés de los niños. Además es necesaria en esta reforma de familia, la participación protagónica del Consejo Técnico, para poder llegar a soluciones abordadas desde un punto de vista multidisciplinario, y no sólo desde el prisma jurídico.

Es necesario que el niño, en los asuntos de familia que le competen, sea realmente escuchado. En esta labor el juez y el Consejo Técnico, no sólo deben atender a la palabra, sino a todos aquellos signos que se traduzcan en preferencias del niño. También es importante que las leyes contemplen el principio del interés superior de niño, niña y adolescente, como en materia de alimentos, donde encontramos una deficiencia y un cambio de estándar cuando los padres viven separados, en lo que respecta al deber alimentario de los progenitores.

La Ley de Violencia Intrafamiliar tampoco se encarga de establecer especiales resguardos para los niños, y se empeña en abordar el problema aumentando el castigo, y olvidándose de las víctimas. Es importante que en la ley se incluya el concepto de abandono patrimonial y de maltrato institucional, pues el Estado también es responsable de la falta de protección de los niños, al no brindarle una respuesta rápida, que procure aminorar de la mejor manera posible el daño sufrido por el niño.

Pese a toda la reforma de Familia, es necesario corregir las contradicciones que presentan los diferentes cuerpos legales, a través de la creación de un Código para la niñez y la adolescencia, que sistematice estas materias, que mejore lo creado hasta hoy, y que se encargue de regular íntegramente todos los aspectos relacionados con los niños, niñas y adolescentes, dentro del marco de una verdadera protección integral.

CAPÍTULO IV

ANTINOMIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN INTERNA Y EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS, A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE

Hasta el momento hemos efectuado un análisis de la legislación que protege a los niños y adolescentes, también hemos revisado los pactos sobre Derechos Humanos, con un énfasis especial en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ahora nos corresponde estudiar la manera en que la legislación interna ha absorbido los principios y pilares del Sistema de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, y las contradicciones que se producen por la omisión o falta de sujeción a ellos, hecho que implica una doble vulneración a los niños y adolescentes que se encuentran en situaciones especialmente difíciles; y que configura a través de este daño, derivado de la acción u omisión de los operadores jurídicos, que desconocen o ignoran el contenido de los Tratados Internacionales que como ya explicamos, tienen rango constitucional, los elementos que hacen procedente la responsabilidad del Estado.

Hemos sustentado en este trabajo, que en el nuevo Derecho de Familia, rigen los principios de igualdad entre progenitores, en lo que respecta a sus deberes y derechos, lo que implica responsabilidades familiares compartidas, en materia de Patria Potestad y Autoridad Parental, la igualdad de todos los hijos en materia filiativa, relaciones familiares basadas en el respeto y dignidad de cada uno de sus integrantes, un reconocimiento jurídico con reglamentación propia del fenómeno de la violencia al interior de la familia; lazos basados en la solidaridad familiar, y el principio del interés superior del hijo y la consagración de su derecho a ser oído, como única consideración de los padres.

Para la tarea que nos hemos propuesto, haremos un recorrido por las distintas normas del Código Civil, que presenta contradicciones entre lo que dispone el mismo cuerpo legal, las leyes que se relacionan con la protección de los niños, los principios de los que venimos hablando y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos; razón por la cual consideramos que este texto constituye un grave retroceso para la construcción de la senda de la protección integral de la infancia y la adolescencia.

Sostenemos que parte de las deficiencias que se presentan en nuestra legislación, derivan de la falta de reconocimiento por parte de la doctrina y jurisprudencia de los principios que informan el Derecho de Familia, así como también la aplicación de normas, sin distinguir entre esta rama, que tiene un carácter eminentemente social y emocional, del derecho que rige en materia de obligaciones, que tiene un carácter esencialmente patrimonial, además del capricho que existe por parte de la doctrina de mantener criterios añosos que contravienen las nuevas formas familiares.

En materia de niños, niñas y adolescentes, pese a su reconocimiento formal como sujetos de derechos, en la práctica ellos siguen a merced de sus padres, por lo que es necesario la revisión y derogación de variadas normas, las que señalamos en este capítulo, y que consideramos altamente atentatorias.

1. Situación del art. 225

Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

Es el art. 222 del Código Civil, el que reconoce que los padres deben velar por el interés superior de sus hijos, es decir, los derechos de éstos deben ser atendidos antes que cualquier conflicto personal que se suscite entre los progenitores.

El Convenio Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, hace referencia al derecho de igualdad de ambos progenitores, cualquiera sea su estado civil, asegurando la presencia y permanencia de la madre y el padre en la vida del niño. Existe la convicción internacional, de que las diferencias entre los seres humanos basadas en el sexo, se estiman todas cuestiones o circunstancias irrelevantes para los efectos de establecer distinciones jurídicas. Si un estatuto legal diferencia en virtud de esta circunstancia, puede calificarse de discriminación arbitraria porque no es justificable, racional ni proporcional, y en consecuencia viola el principio de igualdad¹²⁸.

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce en el art. 18, el derecho a que ambos padres asuman la responsabilidad de la crianza y desarrollo de sus hijos, confiriéndoles a éstos, en el art. 10, el derecho a la coparentalidad, es decir, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores.

¹²⁸ VELOSO, Paulina. Igualdad y Relaciones Familiares. En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política-SELA. Universidad de Palermo, año 2000, pág. 234.

Es necesario analizar desde la perspectiva de la protección integral, los beneficios de la coparentalidad, figura jurídica que ha sido definida como el mecanismo mediante el cual la pareja de padres aún viviendo separadamente, participa de la cotidianeidad del hijo, compartiéndose todas las tareas y requerimientos relativos a la conducción de su educación y a la toma de decisiones, de manera que el niño sienta la presencia de ambos padres en su desarrollo y crianza¹²⁹.

El legislador en esta norma establece una presunción, que deriva de la estigmatización de los roles paterno y materno, de que la madre está en mejores condiciones de cuidar a sus hijos. Sin embargo, no se le reconoce al niño el derecho a expresar con cual de los progenitores desea convivir, es más, se faculta a los padres para que mediante un acuerdo, que no necesita homologación judicial, alteren la regla antes establecida, de manera que tampoco aquí surge la instancia para que el niño exprese su opinión. De manera que el precepto además de atentar contra la igualdad de los padres, infringe el art. 12 de la Convención, que reconoce el derecho del niño a expresar su opinión libremente en los asuntos que lo afecten y a que se tenga debidamente en cuenta su opinión.

Pese a ello, en caso de conflicto, el asunto es conocido por los Tribunales de Familia, por el art. 8, N° 1 ley 19.968, que reconoce como principio rector el interés superior del niño y su derecho a ser oído en el art. 16, de manera que el juez, antes de decidir el asunto debe escuchar la opinión del niño, independiente de la edad que éste tenga, porque si no lo hiciera se

¹²⁹ MORALES, Georgina. Las Relaciones Paterno-Filiales bajo el régimen de la Patria Potestad en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. XII Congreso Internacional del Derecho de Familia. La Habana 2002. En: BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. La Patria Potestad y el Rol Garante de los Padres. En: XIII Congreso Internacional de Familia. (13º: 18-22 de Octubre 2004: Sevilla y Huelva: España, pág. 6) [Recurso Electrónico].

produce la nulidad procesal, pues se está originando un vicio, producto del perjuicio que se ocasiona al niño por no haber ejercido su derecho a ser oído.

2. Situación del art. 228

En materia de derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, el Código Civil entrega las pautas, en el Título IX¹³⁰, del Libro I, entre los arts. 222 y s.s. En él se señala como principio rector que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, principio que se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 18, que señala que el padre y la madre tienen deberes comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, y su preocupación fundamental será su interés superior. Este principio también fue recogido en el art. 16 de la Ley que crea los Tribunales de Familia.

Sin embargo este estándar de lo que hemos llamado padre devoto, se rompe en el caso del art. 228, que señala que la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge. Es decir, el legislador pone al arbitrio del otro cónyuge que no es el progenitor, la estabilidad y el derecho del niño a vivir con el padre o madre, a quien se le ha atribuido o con quien se ha convenido el cuidado personal del niño. Así es el propio legislador quien fomenta una suerte de abandono por parte del progenitor que tiene el cuidado personal, atribuyéndole este derecho irrestricto al cónyuge no progenitor, cuya oposición no requiere expresión de causa¹³¹.

¹³⁰ Cabe recordar que este Título fue modificado por el art. 1, N° 24 de la Ley N° 19.585 de 26 de octubre de 1998.

¹³¹ La ley consideraba perjudicial para el hijo la formación de una nueva familia, llegando a establecerse en el art. 46 de la Ley N° 16.618, hoy derogado, la posibilidad de que el juez

Esta norma además de vulnerar la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo que respecta a su interés superior, y al derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, también vulnera el principio de igualdad, que se consagra en el art. 19, N° 2 de la Constitución Política, y la igualdad de todos los hijos que se consagra en el art. 33 del Código Civil, que es pilar de los distintos Tratados Internacionales, entre ellos el art. 17 N° 5 del Pacto San José de Costa Rica, que señala que la ley debe reconocer iguales derechos a los hijos nacidos tanto fuera, como dentro del matrimonio.

Frente a la notoria inconstitucionalidad de la norma, tratamos de abordar su origen en el antiguo art. 278 del Código Civil¹³², que señalaba que la persona casada no podía tener a un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer o marido. Con la reforma pese a que se elimina la denominación de hijo natural, consagrándose la igualdad de todos los hijos, la discriminación hoy ha adquirido mayor magnitud, extendiéndose a los hijos de anterior matrimonio.

El consentimiento del cónyuge no progenitor es injustificable en el caso de los hijos de anterior matrimonio, considerando el concepto de familia que proponemos en esta Tesis y los diferentes Tratados Internacionales.

Es importante que sea el juez de familia, a la luz del art. 8, N° 19, quien conozca y resuelva este conflicto, hasta que se produzca la derogación expresa de la norma, aunque consideramos que en base a los principios que rigen el

privara de la tuición a quien contrajera nuevo matrimonio. Meza Barros, Ramón. En: Manual de Derecho de la Familia. Editorial Jurídica de Chile. 3ª edición, Tomo II, año 1995. págs. 51 a 52. Sostenía que si bien la circunstancia de pasar el padre o madre a otras nupcias no constituía causal de inhabilidad, la situación podía introducir un factor de perturbación en el cuidado de los hijos, por tanto facultaba al juez para alterar las reglas legales.

¹³² Código Civil. Editorial Jurídica, Edición Oficial aprobada por decreto N° 883 de 3 de junio de 1970, del Ministerio de Justicia.

nuevo Derecho de Familia, que se encuentran en los diferentes Tratados Internacionales ratificados por Chile, y utilizando la triple vía como medio de solución, el art. 17 N° 5 del Pacto San José de Costa Rica, que señala que la ley debe reconocer iguales derechos a los hijos nacidos tanto fuera, como dentro del matrimonio y el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, tienen aplicabilidad directa.

3. Situación del art. 234, inc.1º

Este art. reformado por la Ley N° 19.585, faculta a los padres para corregir a sus hijos cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal.

Su redacción nos hace presumir que en Chile, pese a que se eliminó la palabra castigo, éste es aún socialmente aceptado, siempre que no produzca graves daños, pues según su significado natural, la palabra corrección, atiende a la disciplina. Es así como en una de sus acepciones la Real Academia Española de la Lengua¹³³, la define como el castigo leve que el superior impone por las faltas de algún subordinado. Es decir en su redacción además de permitirse el castigo leve, se rompe con la igualdad de todos los miembros de la familia, colocando al padre o madre, en una posición dominante y jerárquica, que fomenta el abuso.

Consideramos que la norma debe avanzar hacia un deber de orientación de los padres, más que un deber de corrección, redacción que nos parece más acorde con la Convención de los Derechos del Niño, que lo protege contra toda forma de abuso físico, maltrato o explotación.

¹³³ Diccionario en línea En: [http:// www.rae.es](http://www.rae.es); [consulta 19 de octubre de 2006].

El art. tal y como se ha redactado, además de infringir los principios que rigen las relaciones familiares, entre ellos el respeto y resguardo de la dignidad de todos sus miembros, atenta contra la Convención Americana, que en el art. 5 consagra el derecho a la integridad personal, el art. 19 que consagra el derecho de protección al niño, en concordancia con el art. 1 que contempla la obligación de respetar los derechos sin discriminación alguna.

Afortunadamente hoy se encuentra en el Congreso un Proyecto de Ley que modifica normas del procedimiento de la Ley N° 19.968, derogando el art. 8, N° 7 y el 234, inc. 2º, 3º y 4º del Código Civil¹³⁴. Lo que denota la voluntad del legislador de dictar preceptos desde la perspectiva del niño como sujeto de derechos, en base a su protección integral.

4. Situación del art. 234, inc. 3º

El Código Civil señala en el art. 234, inc. 3, que cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura del niño, por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad. La Ley que crea los Tribunales de Familia, contempla esta materia dentro del ámbito de su competencia, en el art. 8, N° 7.

Esta norma proviene del antiguo art. 233 que confería al padre la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, otorgándole la posibilidad de recurrir al tribunal de menores, a fin de que éste determinare sobre la vida

¹³⁴Boletín N° 4409-18. Proyecto de ley que modifica las normas de procedimiento en la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y deroga el art. 234 del Código Civil.

futura del niño. La mayoría de la doctrina¹³⁵ considera que este art. se enmarca dentro de la facultad de corrección que la ley confiere a los padres, sin pronunciarse acerca de su constitucionalidad, vislumbrando en él una solución en el caso de niños con problemas conductuales. Esta norma también se encuentra en el Código Civil de Venezuela de 1982¹³⁶.

No es posible que la vida futura del niño sea entregada al juez de familia, puesto que la preocupación fundamental de los padres, es el interés superior de sus hijos, razón por la cual en su tarea procurarán el máximo bienestar tanto material, como espiritual posible. Son los padres, los primeros llamados a hacerse cargo de sus hijos, de tal manera que la norma podría fomentar una suerte de abandono institucionalizado, toda vez que la ley les otorgue la posibilidad de desligarse de su deber de progenitores, entregando al juez la resolución sobre la vida futura, hasta que logre la mayoría de edad.

La norma vulnera además la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce su derecho a vivir y crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión¹³⁷, el derecho del niño a la coparentalidad, es decir, el derecho del niño a ser cuidado por sus padres¹³⁸, el deber que se impone a los padres de proporcionar un nivel de vida adecuado al niño, para lograr su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social¹³⁹, y el deber en la crianza y desarrollo del niño, que corresponden en primer lugar a

¹³⁵Entre los que contamos a MEZA BARROS, Ramón y BAVESTRELLO BONTÁ, Irma.

¹³⁶Art. 266. Si el menor observare conducta irregular y las medidas adoptadas por quien ejerce su guarda no bastaren para su corrección, el guardador podrá ocurrir ante el Juez de Menores del domicilio del menor para que tome las medidas que estime pertinentes. Consultado En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica01.htm>; [consulta: 17 de noviembre de 2006].

¹³⁷Preámbulo, párrafo 6º.

¹³⁸Arts. 7.1 y 8.

¹³⁹Art. 27.1.

sus padres, y la consagración del interés superior del hijo como pauta del buen cumplimiento de este deber¹⁴⁰.

Esta norma no debería existir en el ordenamiento jurídico chileno, por lo que se hace urgente su derogación, más aún cuando la legislación comparada castiga la circunstancia en que el niño sea víctima de la indiferencia en el trato cotidiano o prolongada incomunicación de sus padres, como una forma de maltrato infantil¹⁴¹.

5. Abandono, su tratamiento en el Código Civil y en el Código Penal

En lo que respecta al abandono, la legislación chilena no contempla un concepto jurídico, el tema ha sido abordado en el Código Civil sólo desde el ámbito patrimonial, regulando en el art. 240, la situación del hijo abandonado por sus padres, y que hubiese sido alimentado y criado por otra persona, en el caso de que los progenitores quisieren sacarle del poder de ella, situación donde deberán ser autorizados por el juez, debiendo pagar previamente los costos de crianza y educación, tasados por él. La norma impone una serie de requisitos a los progenitores para evitar que ellos vayan en busca de sus hijos, cuando éstos se encuentren aptos para trabajar. El art. 47 de la Ley N° 16.618, complementa el art. 240 del Código Civil, precisando que el hecho de colocar al menor en casa de un tercero no constituye abandono.

En el art. 267 del Código Civil, se establece como razón suficiente para suspender el ejercicio de la patria potestad, la larga ausencia del padre, que perjudique gravemente los intereses del hijo. Por su parte, el art. 271, N° 2 del mismo cuerpo legal, establece como causal de emancipación judicial el

¹⁴⁰ Art. 18.

¹⁴¹ Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, Ley N° 2026, de 1999. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica01.htm>; [consulta: 18 de noviembre].

abandono por parte del padre o madre. La Ley N° 19.741, que modifica la Ley N° 14.908, Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, señala en el art. 19, que la circunstancia de que constare en el expediente que en contra del alimentante se hubiere decretado dos veces alguno de los apremios señalados en el artículo 14 de la misma ley, será especialmente considerada para resolver sobre la emancipación judicial por abandono del hijo a que se refiere el artículo 271, N° 2, del Código Civil. El art. 225, agrega, que no podrá otorgarse el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo¹⁴².

El art. 12, N° 2, de la Ley sobre Adopción N° 19.620, contempla los casos en que procede la declaración judicial de que el niño es susceptible de ser adoptado, cuando el padre, madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado no le proporcionen atención personal, afectiva o económica durante el plazo de seis meses. Si el niño tuviere una edad inferior a dos años, este plazo será de tres meses, y si fuere menor de seis meses, de cuarenta y cinco días. En el N° 3 se contempla la situación del niño que ha sido entregado a una institución pública o privada de protección de menores, o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus deberes legales.

Considero que esta ley va mucho más allá del concepto patrimonial de abandono, cuyas consecuencias son reguladas por el Código Civil, estableciendo también como causales de la declaración, las pertenecientes a

¹⁴² La Ley N° 2.675 de 4 de septiembre de 1912, establecía que se presumía de derecho el abandono del hijo cuando el padre consentía que se entregara a la prostitución, a la vagancia o mendicidad en lugares públicos, o se le encontraba, si era impúber, al servicio de casa de prostitución o de juego. La presunción era simplemente legal cuando el niño se dedicaba a ejercicios de agilidad o fuerza con propósitos de lucro, se ocupaba en trabajos nocturnos o que le impusieran la permanencia en las calles. En: MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., pág. 91.

las relaciones personales entre padres e hijos, que se vinculan con el abandono afectivo.

Como podemos ver, son claros los efectos que produce el abandono en su esfera patrimonial, sin embargo al no precisar su contenido, se deja a criterio del juez resolver cuando se está en presencia de él. Además advertimos que aún no se regula por parte del legislador el abandono en la esfera afectiva, recordando que para lograr el pleno bienestar del niño, los padres no sólo deben brindarle el máximo de recursos materiales, sino que también su máximo amor. Esta carencia afectiva se conoce en psicología como abandono emocional, definido como la situación en la que el niño no recibe el afecto, la estimulación, el apoyo y protección necesarios en cada estadio de su evolución y que inhibe su desarrollo óptimo. Existe una falta de respuesta por parte de los padres, madres o personas a quienes se les haya confiado su cuidado, a las expresiones emocionales del niño o a sus intentos de aproximación o interacción¹⁴³. Una función que parece tan propia del ser humano, especialmente de la relación de padres e hijos, es justamente una carencia importante en nuestros tiempos, en que la vida se desenvuelve tan rápido, que difícilmente se puede lograr este espacio de afecto y comprensión.

En ámbito penal el delito de abandono se encuentra dentro del Título VII, de los Crímenes y Simples Delitos Contra el Orden de las Familias y Contra la Moralidad Pública¹⁴⁴, norma que castiga sólo el abandono físico, variando la pena según la edad del niño, la persona que lo abandona y si reside a más o menos de 5 kilómetros de un pueblo o lugar en que hubiere un hogar de niños, lo que denota criterios añejos y poco instruidos sobre las materias que tienen

¹⁴³ Definición obtenida en línea En: http://www.centropsicologos.cl/maltrato_infantil.htm; [consulta: 18 de noviembre de 2006].

¹⁴⁴ Consultado En: Código Penal. 19º edición oficial, aprobada por Decreto N° 308, de 20 de octubre de 2004, de Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile, año 2004. Ver art. 346 a 351 del Código Penal.

que ver con los niños y adolescentes. El Código Penal sanciona la acción voluntaria de abandono, mas no castiga las conductas negligentes. Consideramos que por su redacción, ineficacia práctica, y su falta de adecuación a los Pactos sobre Derechos Humanos, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, este art. debe ser derogado.

Como conclusión, es importante señalar la necesidad de un concepto de abandono que abarque la esfera patrimonial y afectiva del niño, y que debe ser incluido como una forma de maltrato, pues no es posible que la determinación se de caso a caso, situación que produce falta de seguridad jurídica, altamente atentatoria de los derechos de los niños y adolescentes.

En el Derecho comparado el tema del maltrato infantil contempla la circunstancia del abandono en ambas esferas, es así como por ejemplo el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia¹⁴⁵, configura en el art. 109, como causales del maltrato infantil el caso en que al niño no se le provea en forma adecuada y oportuna de alimentos, vestido, vivienda, educación o cuidado de su salud, teniendo los medios económicos necesarios, y la circunstancia en que el niño sea víctima de la indiferencia en el trato cotidiano o prolongada incomunicación de sus padres, tutores o guardadores, es decir se aborda tanto la esfera afectiva, como patrimonial¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Ley N° 2026, de 1999. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica01.htm>; [consulta: 18 de noviembre].

¹⁴⁶ El Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, incluye dentro del concepto de maltrato, en el art. 67, toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sea el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente, o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica01.htm>; [consulta: 18 de noviembre].

6. Patria potestad, art. 243

Este art. define la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad también se ejercerá sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.

Esta norma proviene del antiguo art. 240 que establecía que la patria potestad era el conjunto de derechos que la ley daba al padre o madre legítimos sobre los bienes de sus hijos no emancipados, éstos se llamaban hijos de familia, denominación que pese a las modificaciones producidas en virtud de la Ley 19.585, aún sigue en uso, un ejemplo claro de ello es el art. 22, N° 3 del Código de Minería de 1983, que se refiere a la capacidad para adquirir derechos mineros¹⁴⁷.

La modificación disminuyó el ámbito de los derechos de los padres, para reemplazarlos por deberes, pese a ello, el contenido de la patria potestad comprende prácticamente sólo derechos a favor de los padres, como el derecho

¹⁴⁷ Art. 22. Toda persona puede hacer manifestaciones o pedimentos y adquirir concesiones mineras en trámites o constituidas, o cuotas en ellas, o acciones en sociedad regidas por este Código.

Por exigirlo el interés nacional, se exceptúan de lo dispuesto en el inc. anterior:

3) El cónyuge no divorciado perpetuamente y **los hijos de familia** de las personas mencionadas en los números anteriores.

legal de goce sobre los bienes del hijo¹⁴⁸, la facultad de administrar sus bienes¹⁴⁹, y la representación del niño¹⁵⁰.

Según la normativa, el ejercicio de la patria potestad, cuando los progenitores viven juntos, puede ser objeto de acuerdo. En efecto, según el art. 244, inc. 1°, la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento. A falta de acuerdo, el ejercicio de la patria potestad le corresponde al padre.

Esta posibilidad de modificar el ejercicio de la patria potestad entre los padres nos lleva a pensar que estas normas, hoy quedan bajo la autonomía de

¹⁴⁸ Donde no se exige que el padre o madre rinda caución de conservación o restitución, ni fianza, así como tampoco se le exige confeccionar inventario solemne. El autor MEZA BARROS, Ramón, considera que el legislador ha estimado que en el afecto paterno encuentra el hijo una adecuada garantía. En: Manual de Derecho de la Familia, ob. cit, pág. 67. No compartimos su opinión por cuanto la patria potestad debe ser ejercida en el mejor interés del hijo, y no como un derecho absoluto del padre, considerando que el niño, es sujeto de derechos, y su condición especial y esporádica, no debe ser una traba para que el legislador releve a los progenitores de las obligaciones que asisten a todo usufructuario.

¹⁴⁹ El art. 253 del Código Civil señala que aquél que ejerza el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo, tendrá su administración, norma que además de omitir el principio del interés superior del niño, tampoco le otorga la posibilidad de ser oído, en un asunto que le afecta, pues se trata de sus bienes. Las prohibiciones que establece el legislador en el art. 254, con respecto a la enajenación o la constitución de gravámenes sobre los bienes raíces del hijo, aún pertenecientes a su peculio profesional o industrial, y sus derechos hereditarios, sin autorización del juez, tienen poca aplicación práctica, además esta norma deriva de la especial importancia que el legislador atribuye a los bienes raíces, y que se repite a lo largo del Código.

¹⁵⁰ El art. 260, contempla que los actos y contratos del hijo no autorizados por el padre o madre que lo tenga bajo su patria potestad, le obligarán exclusivamente en su peculio industrial o profesional. Es importante enfatizar en que la representación de los hijos, por abarcar sólo el ámbito patrimonial, y no la esfera personal, sólo debería tener aplicación con respecto a los bienes de los hijos no emancipados. SCHMIDT HOTT, Claudia. En: SCHMIDT, Claudia-VELOSO, Paulina. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Editorial LexisNexis, año 2001, pág. 340. De esta manera en las materias que correspondan al ejercicio de derechos personalísimos, como por ejemplo, la libre elección de un método de anticoncepción, como es la llamada píldora del día después, no requeriría el consentimiento del padre o madre que detente la representación legal del adolescente, además esta materia excede el deber de cuidado de la salud, que se contempla dentro del cuidado personal de la crianza.

los progenitores, pues no se exige que en razón del interés del niño, el acuerdo sea homologado por el juez, como tampoco se faculta al niño para ser oído.

Es criticable que se mantenga la denominación de patria potestad, que proviene de la concepción romanista, en donde el hijo era considerado más bien como un objeto, en donde los poderes del pater familias eran absolutos, tanto que ni la autoridad pública podía intervenir¹⁵¹, terminología que no se condice con el ejercicio de esta función que el progenitor debe cumplir en base al criterio del mejor interés de sus hijos¹⁵². Por estas razones la denominación de patria potestad debe dar paso a la expresión de autoridad parental.

Nos adherimos a la opinión de que la patria potestad constituye un deber garantista de los derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes, es decir, de aquellos derechos directamente relacionados al desarrollo oportuno e irreversible de su máximo potencial humano¹⁵³.

En Derecho comparado, la norma es mucho más amplia, estableciendo la esfera personal y la patrimonial, en algunos casos modificando la expresión por autoridad de los padres, o autoridad parental, expresiones que sí se adecuan a la normativa que impulsa al nuevo Derecho de Familia. Es así como la LOPNA, define la patria potestad en el art. 347, como el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría de edad, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de ellos, abarcando la guarda, la representación y la administración de

¹⁵¹ ARGÜELLO, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones. SCHMIDT HOTT, Claudia. En: SCHMIDT, Claudia- VELOSO, Paulina. Ob. cit. pág. 294.

¹⁵² El Código Civil, anterior a la reforma de la Ley N° 5.521, de 19 de diciembre de 1934, definía la patria potestad como el conjunto de derechos que correspondían al padre sobre sus hijos, es decir, sobre su persona y bienes. En: MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho de la Familia, ob. cit, pág. 62.

¹⁵³ BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. La Patria Potestad y el Rol Garante de los Padres. En: XIII Congreso Internacional de Familia. Ob. cit pág. 3.

los bienes de los hijos sometidos a ésta, y su ejercicio corresponde al padre y a la madre durante el matrimonio, de manera conjunta, fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos. En Francia, el Código Civil habla de l'**autorité parentale**, como el un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar el interés del niño. El padre y la madre ejercerán la autoridad parental, hasta que el niño alcance su mayoría de edad o su emancipación, con el objeto de velar por su salud, seguridad y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el debido respeto a su persona. Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez¹⁵⁴.

Concluimos que no hay una justificación para separar el ámbito patrimonial y el ámbito personal, más aún cuando este modelo es practicado sólo en nuestro país. Además es necesario adecuar los términos, para ilustrar que en el nuevo Derecho de Familia, no existen las relaciones de jerarquía, y que no existen derechos absolutos, sólo atribuciones para la consecución del interés del niño.

¹⁵⁴ En: http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/civestxt.htm; [consulta 03 de diciembre de 2006]. Elogiamos la definición del Código Civil Francés, pues cuenta con los principios fundamentales del nuevo derecho de Familia, a saber: el interés del niño, igualdad del padre y madre en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, otorga a ésta un destino y contenido que va más allá de la esfera meramente patrimonial, confiere el debido respeto del niño en esta función, estableciéndose también su participación.

El Código de Familia de Bolivia, de 4 de abril de 1977, se refiere a la autoridad de los padres, que se establece para el mejor cumplimiento de los deberes y derechos que incumben a los progenitores respecto a sus hijos menores, y se ejerce bajo vigilancia de los organismos correspondientes, por el padre y la madre durante el matrimonio. Consulta en línea En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica01.htm>; [consulta: 18 de noviembre de 2006].

El Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador, de 3 de enero de 2003, define la Patria Potestad no solamente como el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica01.htm>; [consulta: 18 de noviembre de 2006].

7. Situación del art. 323

Este art. señala que los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir *modestamente de un modo correspondiente a su posición social*.

La redacción es bastante criticable puesto que clasifica a los hijos y sus necesidades en base a un estándar social, criterio que rompe el principio de igualdad, señalado en la Constitución Política y los Tratados Internacionales, además, contradice específicamente el principio de la igualdad de todos los hijos proclamado por la Ley N° 19.585.

El legislador, al encasillar sus necesidades fundado en un patrón socioeconómico, está reconociendo, diferentes modelos de conducta de los padres, llegando al caso absurdo, por ej. de que un progenitor que tenga una gran capacidad económica, provea sólo lo necesario para que su hijo viva modestamente, en razón de que la persona que detenta el cuidado personal sólo pueda proporcionarle un precario nivel de subsistencia.

Considero que el deber alimentario de los padres debería tener un régimen específico fundado en el interés superior del niño, y basado en el principio de la solidaridad familiar, cuyo origen en este caso es la procreación. Fundamentado en este principio el deber alimentario no comprende sólo lo material, sino que en su sentido amplio, se refiere a la asistencia, lo que en mayor medida satisface el progenitor que tiene el cuidado personal del hijo¹⁵⁵.

¹⁵⁵ MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Visión Jurisprudencial de los Alimentos. Rubinzal - Culzoni Editores, año 2000, pág. 112.

A la madre y al padre, les inviste un deber ineludible no sólo con sus hijos, sino que también con toda la sociedad, interesada en la formación de las nuevas generaciones.

Algunos autores haciendo analogías nos señalan que así como el daño moral equivale al precio del dolor, el deber alimentario es el precio del amor o del desamor en algunos casos¹⁵⁶.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 27 nos habla del derecho a un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, moral y social del niño; en el art. 18 reconoce el derecho a que ambos padres asuman la responsabilidad de su crianza y desarrollo, sin embargo nuestro Código Civil utiliza la expresión *subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social*.

El proyecto del Código Civil Argentino de 1998, señalaba que la obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedades¹⁵⁷.

El legislador chileno, al igual que gran parte de la doctrina chilena, se muestra desconfiado en materia alimenticia, señalando que los alimentos no pueden ser un medio de liberarse de la dura ley del trabajo; otra cosa sería fomentar la pereza y el ocio. El juez debe desechar pues, la demanda de quien no está impedido para trabajar y no lo hace¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Nota introductoria del autor En: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis. Digesto Práctico La Ley: Alimentos. Primera edición, año 2001.

¹⁵⁷ En: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis. Digesto Práctico La Ley: Alimentos, ob. cit, pág. 40.

¹⁵⁸ CLARO SOLAR, Luis. Derecho Civil Chileno. En: MEZA BARROS, RAMÓN. Manual de Derecho de la Familia, ob. cit., pág. 237.

Esta desconfianza se ha extendido también al deber de alimentos que asiste al padre o madre, debido a que en la práctica no se hace una distinción entre el deber que asiste a los progenitores, y los alimentos que se deben entre cónyuges, ascendientes, hermanos y al que hizo una donación cuantiosa, cuyos orígenes son distintos .

Como habíamos explicado en el capítulo anterior, en materia de alimentos, se rompe el estándar señalado en el art. 222, inc 1º, en el que los padres deben procurar la mayor realización material y espiritual posible, basados en el interés superior de sus hijos. Es así como se ha señalado por la doctrina que el deber de alimentos tiene el carácter de condicional y mutable. En efecto, se plantea, que no se está obligado a dar alimentos por el sólo mandato legal, es decir, por el solo hecho de que se tenga la calidad de padre, sino que es necesario que éste encuentre en situación de poder proporcionar los alimentos, y que el hijo carezca de medios de subsistencia.

Sin embargo en el caso de los menores de edad, el legislador presume que el padre o madre posee los medios necesarios para cumplir con el deber alimentario. En Argentina la solución está dada en función de que las necesidades del hijo no deben ser probadas en juicio.

En este punto es importante señalar que el principio del interés superior del niño, no sólo es aplicable al desempeño de la función de los padres, sino que también a los órganos del Estado, entre ellos el poder legislativo y judicial. Lo que implica que en materia alimenticia debería existir un cambio en el procedimiento de alimentos, en base a este interés superior y al deber ineludible que asiste a los padres.

Este cambio de paradigma debe reflejarse en que las necesidades del niño no deben ser probadas en juicio, así como tampoco debería probarse que no puede recurrir a medios propios para sustentarse. Es por esta razón, que el legislador establece que en el caso que el demandante sea menor de edad se presume que el progenitor posee los medios necesarios para cumplir con el deber alimentario.

Los órganos del Estado deben estar a disposición del niño, facilitando su debida comparecencia y escucha, es así como el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen los Tribunales una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, tanto desde la perspectiva del derecho de preferencia que éste detenta, como en la facilitación de los procedimientos; por esta razón el objeto del juicio debería centrarse en las capacidades económicas del demandado, en el caso de que el actor no pueda aportar la prueba y sólo pueda crear presunciones, es éste quien debe demostrar su verdadera situación económica, y quien está mejor capacitado para hacerlo, para que el juez determine en la proporción justa el monto de los alimentos, procurando en su decisión el logro del bienestar del hijo, más que temer por el detrimento económico del padre.

Esta distinción entre los alimentos que se deben al hijo, y a las demás personas que señale la ley, ya se ha abordado en el Derecho comparado, así el Código Civil de la República de Venezuela de 26 de julio de 1982¹⁵⁹, señala en

¹⁵⁹ En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica01.htm>; [consulta: 18 de noviembre de 2006]. El Código Civil de la República de Argentina, sencillo en la redacción del precepto señala en el art.267 que la obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad. Acto seguido y reflejando el rol incondicional que corresponde a los padres, hace el alcance de que la obligación de dar alimentos a los hijos no cesa aún cuando las necesidades de ellos provengan de su mala conducta (art. 268).

el art. 295 que no se requiere la prueba de la necesidad de los hijos, cuando los alimentos se pidan a los padres o ascendientes del menor de edad, y la filiación esté legalmente establecida.

Para abordar a una mejor solución, más que analizar la igualdad de los deberes de los padres, es importante analizar el conflicto desde el punto de vista de los niños. Es muy cierto que la ley no puede obligar a un padre o madre a amar a sus hijos, pero si los puede compeler a comportarse como si así fuera, lo que implica que los progenitores deben cumplir íntegramente los deberes que derivan del vínculo que les une. En base a este criterio, el Estado brasileño de Minas Gerais, condenó a pagar una indemnización por daño moral a un progenitor que cumplía con el deber alimentario, pero que no tenía una relación directa con su hijo. Con esta decisión el Estado de Gerais, está reconociendo lo importante que es para el desarrollo integral del niño y para el logro de una sociedad sana, el amar y tener una relación directa y regular con el progenitor con el que no convive, el que no puede dar por cumplido su deber pagando sólo el monto de los alimentos religiosamente¹⁶⁰.

El principio del interés superior del niño, implica que el Estado debe proporcionar los medios necesarios para su adecuada comparecencia y escucha, e imponer el derecho de preferencia en todas las materias que le afecten; lo que se traduce en la adecuación de los procedimientos, tratando de relevarle de toda carga procesal que origine un perjuicio para sus intereses, razón por la cual éstos no necesitan probar estado de necesidad, una vez acreditado el vínculo que los liga. De esta manera el juicio de alimentos sólo deberá versar sobre el nivel económico del demandado, para que el juez tenga los elementos necesarios para decretar un monto justo.

¹⁶⁰ DÍAZ FREIRE, Dense. El Precio del Amor. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, ob.cit., pág. 3.

Es necesario que a nivel doctrinario, en materia de alimentos, se efectúe una distinción entre aquellos que se deben al hijo y a las demás personas señaladas en la ley (cónyuge, ascendientes, hermanos, y aquél que hace una donación cuantiosa) , si así se hiciera, al deber de alimentos entre padres e hijos no se le asignaría el carácter de condicional¹⁶¹, puesto que la aptitud del progenitor se presume en los casos de hijos menores de edad, y el hijo no debe probar que se encuentra en un estado de necesidad, una vez probado el vínculo que le une a su progenitor.

Para salvar los errores que presentan todas las normas señaladas, es necesario considerar que el Derecho de Familia, tiene características propias, derivada de su naturaleza sustentada en principios jurídicos, morales y espirituales, que lo hacen cualitativamente distinto a las materias que rige el Derecho patrimonial, es por esta razón que es necesaria la preparación de los operadores jurídicos.

Insistimos en que es necesaria la creación de un Código de la Familia, donde se contemplen procedimientos rápidos, que reflejen la naturaleza social de este Derecho. Un buen comienzo es la dictación de la Ley que crea los Tribunales de Familia, donde se contempla la asistencia del Consejo Técnico, y la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes, que merman en mayor medida el conflicto, basadas en el principio de inmediatez, desformalización, concentración, y por sobre ellos, en el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído.

¹⁶¹ MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho de la Familia, ob. cit, pág. 231. El autor no efectúa la distinción entre el deber alimentario que le asiste a todo progenitor. Considera que la obligación alimentaria (como él la denomina) posee el carácter de condicional, puesto que la obligación no existe si no se demuestra la necesidad del acreedor (hijo), y la aptitud patrimonial del obligado (padre).

La labor del Estado radica en no olvidar que es responsable por haber suscrito y ratificado los instrumentos internacionales, y que el Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes debe avanzar hacia una protección integral, lo que implica también un derecho preferente del niño para acudir frente a las autoridades, en el caso de conflicto con sus padres, cuidando siempre de que ello no menoscabe su derecho a la coparentalidad.

Quiero concluir este capítulo haciendo hincapié en que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la violencia, el abuso y la negligencia que se pudiera suscitar en el ámbito familiar que le rodea.

CONCLUSIONES

Al finalizar este estudio quiero poner énfasis en lo que considero son las deficiencias centrales de nuestro Sistema de Protección para la Niñez y la Adolescencia, utilizando el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, como guía para esta Memoria. En cada caso se trata de dar una solución a los distintos problemas que planteamos, pues nuestro objetivo es aportar con conocimientos, que en futuro constituyan cimientos para la formación del Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes, como una disciplina autónoma, que camine hacia la Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia. Sin embargo, todo lo anterior se transforma en anhelos y buenas intenciones si nuestro país no da el primer paso hacia esta protección integral, que implica el reconocimiento expreso a nivel constitucional del niño como sujeto de derechos.

1. Las razones que deben motivar al constituyente para consagrar de manera expresa la protección de los derechos fundamentales de los niños en la Constitución, no sólo se encuentran en la especial condición de fragilidad del niño, sino que también en los valores que la misma Constitución Política debe promover, y que orientan a cualquier Estado civilizado: la libertad, igualdad, la tolerancia y la solidaridad. Para lograr un orden tal de valores a nivel social, los sujetos a quienes se orienta lo deben conocer y compartir, razón por la cual las personas, desde la infancia, deben tener acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las opiniones y creencias ajenas. En estas circunstancias, es razonable suponer que el niño accederá a la mayoría de edad, como una persona libre y autónoma, que conoce los valores de igualdad y justicia que

conforman la Carta Política y que, por tanto, se encuentra en capacidad de defenderlos y promoverlos.

2. En la legislación chilena existe una omisión con respecto al rol del Estado y la sociedad en la protección de los niños, niñas y adolescentes. Considerando que Chile ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1990, la solución proviene de la aplicación de la triple vía, que suple el vacío que existe en la legislación, pues el art. 5, inc. 2º, de la Constitución Política, otorga rango constitucional a los Tratados sobre Derechos Humanos, ratificados por Chile. En base a ello, y considerando que el niño es un sujeto de derechos, al igual que un adulto, le son plenamente aplicables todas las garantías establecidas en la Constitución, especialmente las que contempladas en los arts.1, 19, N° 3, 4 y 7.

Pero aún cuando se utilice la triple vía, como un medio para salvar las deficiencias de la legislación interna, se hace urgente una consagración directa a nivel constitucional, que exprese que el niño es sujeto de derechos, al igual que un adulto, y que imponga a la familia, al Estado y la sociedad, el resguardo de las garantías reconocidas para él en la Convención, teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, en todos los asuntos que le conciernen.

3. Cuando un Estado ratifica un Tratado Internacional, se somete a un orden legal, dentro del cual asume la obligación de respetar, promover y garantizar los derechos. Esta ratificación, obliga al Estado a organizar la sociedad de manera que se asegure el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en él, a través de la creación de organismos especializados en la protección de los niños y adolescentes, como es el caso de la Defensoría del Niño. Pero también a través de redes, que fortalezcan este resguardo, en este

sentido el Proyecto de Ley sobre Protección de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, constituye una reforma muy importante para la adecuación del país hacia una protección integral, a través de la sustitución del SENAME, por el Servicio Nacional de la Infancia y la Adolescencia, ente que no sólo se encarga de los niños que viven situaciones especialmente difíciles, sino que también alcanza a todos los niños del país, a través de la promoción y el fomento de sus derechos.

4. El principio del interés superior del niño, su derecho a ser oído y a expresar su opinión en los asuntos que le conciernen, además de constituir una limitación frente al Estado, debe ser considerado como una contribución hacia el desarrollo de una verdadera democracia, una instancia de participación del niño en la vida social y al interior de su familia, que no sólo se limita a su relación con los demás niños, sino que también constituye una oportunidad para que los adultos aprendan de ellos, y de esta forma se legitimen las decisiones que son tomadas a nombre de la infancia y adolescencia.

5. Pese a que la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, ha procurado sistematizar las principales materias relacionadas con los niños, niñas y adolescentes, aún se remite a las leyes que regulan las materias entregadas a su conocimiento, entre ellas le Ley N° 16.618, 19.741, 20.066, y 19.620, que no se han adecuado al reconocimiento del niño como sujeto de derechos, capaz de formarse un juicio sobre los asuntos que pertenecen a la esfera de sus relaciones familiares, razón por la cual se producen contradicciones , que vulneran los derechos esenciales de los niños. Por esta razón efectuamos las siguientes recomendaciones para cada uno de estos cuerpos legales:

- a) Vemos en la vigencia de la mal llamada Ley de Menores, N° 16.618, un entorpecimiento en el camino de la protección integral, por lo que consideramos que su derogación es absolutamente necesaria y urgente, por corresponder esta ley a una etapa en que la consideración fundamental del Estado, radicaba en la protección de los niños en situación de riesgo, proceso que debe darse por superado luego de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Recordemos que el Estado, cuando ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, en el año 1990, se obligó también a garantizar y promover los derechos reconocidos en ella. Lo que implica que el país debe ir adecuando su legislación interna, empezando por una transformación en el lenguaje jurídico, en las instituciones, y en el fomento de políticas de buen trato para los niños, niñas y adolescentes.

- b) Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, N° 19.741. En materia de alimentos se rompe con el estándar del art. 222 del Código Civil, discriminando entre los hijos que viven con sus padres y que no necesitan recurrir al juicio de alimentos, y los hijos cuyos padres se encuentran en situación de ruptura, y que sí recurren al juicio de alimentos.

Esta ley no reconoce el interés superior del niño y su derecho a ser oído, no sólo en el sentido de que no le faculta para expresar su opinión, en un asunto que le afecta, sino que también porque procedimentalmente hace caso omiso al derecho de preferencia, que es una derivación del principio del interés superior del niño, al no establecer mecanismos adecuados que aseguren su adecuada comparecencia. Sin embargo por ser ésta una materia que conocen

los Tribunales de Familia, al establecerse su competencia en el art. 8, N° 4, cuyo art. 16 señala como principio rector el interés superior del niño y su derecho a ser oído, el juez debe escucharle. Si así no lo hiciera, existiría un vicio que ocasiona un perjuicio al niño, derivado de la imposibilidad del ejercicio de este derecho, dando origen a la nulidad procesal, establecida en el art. 25°.

- c) Con respecto a la nueva Ley de Violencia Intrafamiliar N° 20.066, pese a la reforma del año 2005, es necesario que se reemplace la redacción de tipo penal, por un nuevo enfoque, que ponga como eje central la protección de los niños, niñas y adolescentes, más que el castigo al ofensor.

Se hace urgente ampliar las circunstancias que constituyen maltrato no sólo a la agresión física o psicológica que se produzca al interior de la familia del niño, sino que es importante considerar además:

- i. El hecho de que no se provea de forma adecuada y oportuna de alimentos, vestido, educación, salud y vivienda, teniendo el padre o la madre los medios necesarios para hacerlo. Lo que en este trabajo hemos denominado violencia patrimonial.
- ii. Que el niño sea víctima de indiferencia en el trato con sus padres o personas que tengan a cargo su cuidado, o que no exista una adecuada comunicación con ellos. Lo que hemos denominado como abandono afectivo.
- iii. Que se utilice al niño como medio de presión o chantaje en los conflictos familiares.
- iv. Que se aborde la violencia intrafamiliar, como un tema de salud pública, aumentando los recursos en prevención y terapias a las

víctimas, más que en un aparato represor que hoy contempla sanciones ineficaces.

- v. Es necesario, que en lo referente a la violencia infantil, se aborde la situación que se deriva en torno a la disciplina escolar, cuando no se respetan la integridad ni la dignidad del niño, lo que se denomina violencia escolar.
- vi. En situaciones que demandan una pronta y expedita intervención judicial, es pertinente la adopción de medidas autosatisfactivas, como una respuesta urgente, no cautelar y autónoma, despachable in extremis, cuya dictación está sujeta a los requisitos de urgencia.

Pero el problema más grave, es la falta de desarrollo del concepto de abandono, debido a que quedan sin castigo muchas circunstancias que no se enmarcan dentro del concepto de violencia familiar dado por el legislador chileno, y que igualmente producen un menoscabo al niño en su esfera física, patrimonial y afectiva. Por esta razón surge la necesidad de que la doctrina trabaje en un concepto amplio de abandono, que abarque tanto el ámbito patrimonial, cuyos efectos están regulados por el Código Civil, como la esfera personal, es decir el abandono emocional, situación en la que el niño no recibe el afecto, la estimulación, el apoyo y protección necesarios en cada estadio de su evolución y que inhibe su desarrollo óptimo. Existe una falta de respuesta por parte de los padres, madres o personas a quienes se les haya confiado su cuidado, a las expresiones emocionales del niño o a sus intentos de aproximación o interacción.

- d) Con respecto a la Ley N° 19.947, en materia de cuidado personal de los hijos, conforme a la relevancia conferida a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, se entrega como

primera fuente de atribución del cuidado de los hijos, a los acuerdos de los progenitores.

Esta opción del legislador se justifica por el hecho de que son ellos los que generalmente viven con los niños, y son los primeros llamados a escuchar sus preferencias. Sin embargo, en una situación de ruptura, es poco probable que los progenitores atiendan a las opiniones de sus hijos y respeten su condición de autonomía en desarrollo, por esta razón es importante que los acuerdos sean homologados por el juez de familia, para cuya tarea debe escuchar al niño, apoyado por el Consejo Técnico, organismo especializado, que debido a su carácter multidisciplinario, podrá ahondar en las preferencias y necesidades del niño.

El mismo problema presenta el art. 225 del Código Civil, que faculta a los padres, para que a través de una escritura pública o un acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento, actuando de común acuerdo puedan determinar que el cuidado personal de los hijos corresponde al padre.

Por estas razones no se encuentra claro que en materia de cuidado personal y relación directa y regular, cuando los padres viven separados, la consideración fundamental sea el interés superior de los hijos, pues en la práctica, sabemos que lo esencial en estos derechos no es tanto su enunciado, sino que puedan ser realmente ejercidos por los niños, como titulares de derechos.

La ley debe propender a estimular la participación activa de los padres, para que los hijos puedan entablar luego de la separación o divorcio lazos paterno-filiales más seguros, basados en la consideración que tanto el padre como la madre tiene el mismo status en relación a la crianza de sus hijos. Consecuentemente, deben tener también igualdad de responsabilidades y de derechos.

6. Pese a reconocerse formalmente al niño como un sujeto de derechos, a nivel legal, éste sigue aún a merced de sus padres, por lo que es necesario la revisión y derogación de variadas normas que se encuentran en el Código Civil por ser altamente atentatorias de sus derechos, entre ellas:

- a) Art. 225 del Código Civil, norma que consideramos contraria a lo establecido por el Convenio Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que hace referencia al derecho de igualdad de ambos progenitores, cualquiera sea su estado civil, asegurando la presencia y permanencia de la madre y del padre en la vida del niño. Además no reconoce el derecho del niño a expresar con cual de los progenitores desea convivir, en el acuerdo que faculta a los padres para alterar la regla establecida en el art. 225, inc. 1º, mediante un acuerdo, que no necesita homologación judicial, infringiendo de esta manera el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce el derecho del niño a expresar su opinión libremente en los asuntos que lo afecten y a que se tenga debidamente en cuenta su opinión.
- b) Art. 228 del Código Civil, que señala que la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese

matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge. Esta norma además de vulnerar la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo que respecta a su interés superior, y al derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, también vulnera el principio de igualdad, que se consagra en el art. 19, N° 2 de la Constitución Política, y la igualdad de todos los hijos que se consagra en el art. 33 del Código Civil, que es pilar de los distintos Tratados Internacionales, entre ellos el art. 17 N° 5 del Pacto San José de Costa Rica, que señala que la ley debe reconocer iguales derechos a los hijos nacidos tanto fuera, como dentro del matrimonio.

- c) Art. 234, inc.1° del Código Civil, que faculta a los padres a corregir a sus hijos cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Redacción que además de infringir los principios que rigen las relaciones familiares, entre ellos el respeto y resguardo de la dignidad de todos sus miembros, atenta contra la Convención Americana, que en el art. 5 reconoce el derecho a la integridad personal, el art. 19 que consagra el derecho de protección al niño, en concordancia con el art. 1, que establece la obligación de respetar los derechos sin discriminación alguna. De esta manera pese a haberse eliminado la palabra corrección, concluimos que en Chile el castigo es aún socialmente aceptado.
- d) Art. 234, inc. 3° del Código Civil. Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura del niño, por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad. Concluimos que esta norma fomenta

una suerte de abandono institucionalizado, toda vez que la ley les otorgue la posibilidad a los progenitores de desligarse de sus deberes, entregando al juez la resolución sobre la vida futura del niño, hasta que logre la mayoría de edad. La norma vulnera además la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce su derecho a vivir y crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, el derecho del niño a la coparentalidad, es decir, el derecho del niño a ser cuidado por sus padres, el deber que se impone a los progenitores de proporcionar un nivel de vida adecuado al niño, para lograr su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, el deber en la crianza y desarrollo del niño, que corresponden en primer lugar a ambos padres, y la consagración del interés superior del hijo como pauta del buen cumplimiento de este deber.

- e) Art. 243 del Código Civil, que define la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad también se ejercerá sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer. Es criticable que se mantenga la denominación de patria potestad, que proviene de la concepción romanista, que alude a la consideración del niño como un objeto, en donde los poderes del pater familias eran absolutos, terminología que no se condice con el ejercicio de esta función que el progenitor debe cumplir en base al criterio del mejor interés de sus hijos. Razón por la cual la denominación de patria potestad debe dar paso a la expresión de autoridad parental u otra equivalente.

No existiendo una razón que justifique la separación de la esfera personal y patrimonial en la institución, nos adherimos a la opinión de que la

patria potestad constituye un deber garantista de los derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes, es decir, de aquellos derechos directamente relacionados al desarrollo oportuno e irreversible de su máximo potencial humano, otorgándole un contenido eminentemente personal, y en el mejor interés de los hijos.

- f) Art. 323 del Código Civil, cuya redacción es bastante criticable, puesto que clasifica a los hijos y sus necesidades en base a un criterio social, rompiendo con el principio de igualdad, enunciado en la Constitución Política, Tratados Internacionales, y el art. 33 del Código Civil, que consagra la igualdad de todos los hijos.

Deber alimentario, que comprende no sólo lo material, sino que en su sentido amplio, la asistencia del padre y la madre. Insistimos en que el origen de este deber se basa en la procreación, que debería tener un régimen específico, basado en el interés superior del hijo y en la solidaridad familiar, distinto a los alimentos que se deben al cónyuge, a los ascendientes, a los hermanos y al que hace una donación cuantiosa que ha ido rescindida o revocada.

El principio del interés superior del niño, abordado desde la perspectiva del funcionamiento de las instituciones, implica que el Estado debe proporcionar los medios necesarios no sólo para su adecuada comparecencia y escucha, sino que además debe dotarlo de procedimientos ágiles y eficientes, procurando que con ello no se produzca su indefensión, en base al derecho preferente que le asiste a todo niño. En base a ello debería relevársele de toda carga procesal, que implique una vulneración de las garantías reconocidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, entre las que destaca el deber de alimentos. De esta manera, probando el vínculo que liga a padres e hijos, estos

últimos no necesitarían probar el estado de necesidad, así el juicio de alimentos entre padres e hijos sólo debe versar sobre las capacidades económicas del demandado. El requisito de la prueba del estado de necesidad del demandante, sólo es aplicable en el caso del N° 1, 3, 4 y 5 del art. 321.

6. El Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes, necesita para transformarse en un derecho autónomo, además de la especialización de los operadores jurídicos, un nuevo lenguaje, más acorde con los principios plasmados en los diversos Tratados Internacionales, lo que ayuda a efectivizar el reconocimiento del niño como una autonomía en desarrollo; e instituciones como las Defensorías del Niño, que velen por su salud, educación, integridad física y psicológica, por sus relaciones familiares, por su derecho a participar y ser oído en todos los asuntos que le afecten, y por su adecuada comparecencia, en caso de conflicto con sus padres.

Esto sólo se logra con la sistematización de las materias que se vinculan con los niños, niñas y adolescentes, a través de la creación de un cuerpo legal, como el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, o la Ley Orgánica para la Protección de los Niños y Adolescentes LOPNA, de Venezuela. Es por eso que sería un paso muy importante la Aprobación del Proyecto de Ley sobre Protección de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, debido a que reconoce el rol de la familia, el Estado y la sociedad; como ejes centrales en la formación integral de los niños, fomenta la especialización no sólo de las instituciones relacionadas con ellos, y a nivel judicial otorga la posibilidad de accionar mediante mecanismos adoptados especialmente para las situaciones que se vinculan con la infancia y adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. BAVESTRELLO B., Irma. Derecho de Menores. Editorial Lexisnexis, Santiago de Chile, 2003.
2. BUSTOS, Juan. Políticas públicas y sociales sobre infancia y maltrato infantil. Editorial SENAME, Santiago de Chile, 1997.
3. CANÇADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
4. CILLERO, Miguel - MADARIAGA, Hugo. "Infancia, Derecho y Justicia". Coediciones UNICEF-Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999.
5. D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Menores. 4ª Edición Actualizada y Ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1994.
6. D'ANTONIO, Daniel Hugo - MOSSET ITURRESPE, Jorge-NOVELLINO, NORBERTO José. Responsabilidad de los Padres, Tutores y Guardadores. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1998.
7. FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. Tomo Sexto, Derecho de Familia, Volumen I, Imprenta y Litografía Universo S.A., Santiago, 1959.
8. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas. Tomo I. Rubinzal -Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999.
9. LÓPEZ A.M, MONTÉS V.L, ROCA E. Derecho de Familia. 3ª edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997.

10. MELÉNDEZ Florentín. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia. Estudio Constitucional Comparado. 1ª edición. Fundación Konrad Adenauer, A.C, 2004.
11. MEDINA QUIROGA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.
12. MIZRAHI, Mauricio Luis. Familia, Matrimonio y Divorcio. 1ª reimpresión. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
13. SCHMIDT HOTT, Claudia- VELOSO Paulina. La filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2001.

TEXTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES (VIGENTES O PROYECTOS) E INFORMES PARLAMENTARIOS NACIONALES

1. Constitución Política de la República de Chile. Apéndice actualizado a 1 de Enero de 2006. Undécima Edición Oficial con decreto aprobatorio en trámite. Editorial Jurídica de Chile. Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Texto Promulgatorio, Decreto N° 789, Diario Oficial N° 33.542 de 9 de Diciembre de 1989.
2. Convención sobre los Derechos del Niño. Texto Promulgatorio, Decreto N° 830, Diario Oficial N° 33.779 de 27 de Septiembre de 1990.
3. Código Civil. Editorial Jurídica de Chile, Apéndice Actualizado a Julio de 2005. Reimpresión de la 16ª edición Oficial, aprobada por Decreto N° 838, del Ministerio de Justicia, 20 de Octubre de 2004.
4. Ley 19.741, que modifica la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Diario Oficial N° 37.019 de 24 de Julio de 2001.

5. Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial 30 de Agosto de 2004.
6. Ley N° 20.032. Establece Sistema de atención a la Niñez y Adolescencia a través de red de Colaboradores del Sename, y su Régimen de subvención. Diario Oficial 25 de Julio de 2005.
7. Ley N° 20.084. Establece un Sistema de Responsabilidad de los adolescentes por Infracción a la Ley Penal. Diario Oficial 7 de Diciembre de 2005.
8. Historia de la Ley. Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario. Biblioteca del Congreso Nacional.

TEXTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES EXTRANJEROS:

1. Constitución Política de la República Argentina. De 02 de agosto de 1994. En: http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/preambul_o.php; [consulta: 06 de julio de 2006].
2. Constitución Política de Bolivia. Reformada por Ley 2.650, de 13 de Abril de 2004. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 06 de julio de 2006].
3. Código del Niño, Niña y Adolescente. Bolivia. Vigente desde 4 de abril de 1998. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 06 de julio de 2006].
4. Constitución Política de la República de Colombia. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 06 de julio de 2006].
5. Código del Menor de Colombia. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformaciónJuridica.htm>; [consulta: 06 de julio de 2006]

6. Constitución Política Española. Vigente desde 29 de Diciembre de 1978. En: <http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/index.html>; [consulta: 06 de julio de 2006].
7. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En: http://www.congreso.es/constitución/ficheros/leyes_espa/lo_001_1996.pdf; [consulta: 06 de julio de 2006].
8. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Vigente desde 5 de Febrero de 1917. Actualizada a la Reforma de 29 de Octubre de 2003. En: <http://www.constitucion.presidencia.gob.mx>; [consulta: 06 de julio de 2006].
9. Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Actualizado hasta Ley reformativa del 31 de Diciembre de 2004. En: <http://www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/2.pdf>; [consulta: 06 de julio de 2006].
10. Constitución Política de Perú. Vigente desde 31 de Diciembre de 1993. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 06 de julio de 2006].
11. Código de los Niños, Niñas y Adolescentes. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 06 de julio de 2006].
12. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Vigente desde 30 de Diciembre de 1999. [en línea]. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 06 de julio de 2006]
13. Ley orgánica para la Protección del Niño y Adolescente. Venezuela. Vigente desde 1 de Abril de 2000. [en línea]. En: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>; [consulta: 06 de julio de 2006].

DOCUMENTOS y REVISTAS

1. ALBÁNEZ, Teresa. Derechos Humanos: el caso de los niños. En: Revista de la CEPAL (Santiago, Chile), N° 57, diciembre 1995, pág.33-41.
2. BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia, derecho a tener Derecho. En: UNICEF/IIN, Montevideo, 1998.
3. CILLERO BRUÑOL, Miguel. Infancia, autonomía y derecho: una cuestión de principios .En: UNICEF/IIN, Montevideo, 1998.
4. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). Compromisos básicos para la infancia en situaciones de emergencia. Nueva York, Marzo de 2005.
5. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). Eliminar el trabajo infantil afirmando los derechos del niño. Nueva York, Marzo de 2001.
6. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF).Estado Mundial de la Infancia 2006: Excluidos e Invisibles Nueva York, Diciembre 2005.
7. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). Hojas informativas sobre la protección de la infancia. Nueva York, Mayo de 2006.
8. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). Justicia y Derechos del Niño. N° 6. Santiago de Chile, Noviembre de 2004.
9. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). Los objetivos de desarrollo para el milenio tienen que ver con los niños. Nueva York, Mayo de 2003.

10. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). Manual de Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Ginebra.
11. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). Progreso para la Infancia. Balance sobre la enseñanza primaria y la paridad entre los géneros. N° 2. Nueva York, Abril de 2005.
12. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Legislaciones Infanto Juveniles en América latina: Modelos y Tendencias. En: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Legislaciones_infanto_juveniles.pdf;
13. GOBIERNO DE CHILE- SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER. Análisis y detección de Expectativas y proyecto de vida de niñas, niños y adolescentes. Documento de Trabajo N° 80. Santiago, Octubre 2002.
14. MIDEPLAN. Situación de la Infancia en Chile año 2000. Análisis de la VIII Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN 2000). Santiago de Chile, 2001.
15. MIDEPLAN. Los niños y adolescentes fuera del sistema escolar, año 2000, Análisis de la VIII Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN 2000) documento N° 17. Santiago de Chile, 2001.
16. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Las Constituciones y los tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile. En: *Ius et Praxis* (on line), Derecho en la Región, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Vol. 6, N° 2, 2000.
17. PILOTTI Francisco. Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto. Publicaciones de la CEPAL - Serie de políticas sociales, N° 48, Santiago de Chile, marzo de 2001.

18. VELÁSQUEZ, María del Mar. La Protección de los Menores en la Unión Europea: El Reglamento Comunitario 2001/2003. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 11, 2006.
19. VELOSO Paulina. Igualdad y relaciones familiares. En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Universidad de Palermo, Centro de Estudios de postgrado en Derecho. Argentina, 2000.
20. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión Internacional de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 28 de agosto de 2002,
21. UNIDAD DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES PABLO VALDERRAMA BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE Cambios en la Familia Chilena en las últimas décadas. N° 103, enero 1995.

CONGRESOS

1. ÁLVAREZ, Ignacio J. el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y los Derechos de la Niñez y la Adolescencia: Algunas experiencias relacionadas con la Situación en Colombia. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia "Familia de Hoy y Familia del Futuro". (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia).
2. BENÍTEZ, HAURON, Nancy. El Derecho del Niño (Como Sujeto de Derecho) a ser escuchado. Su participación. Su opinión. En: X Congreso internacional de derecho de Familia "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". (10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).

3. CADENA NAVIA, Lucero. Derechos de la Niñez y Política Social. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia).
4. GORVEIN, Nilda Susana- POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. En: X Congreso internacional de derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
5. GONZÁLEZ MARTIN, Nuria. La Protección Internacional del Menor en el ámbito Americano: Especial Consideración de los CIDIPS. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18-22 de Octubre de 2004: Sevilla y Huelva: España).
6. GÜITRÓN FUENTECILLA, Julián. Análisis de la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia).
7. HERRERA, Marisa – DE GIRARD, Bacigualupo. Derechos Sociales y Derechos de Familia: Una Aproximación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de y para los Niños y su Familia. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18-22 de Octubre de 2004: Sevilla y Huelva: España).
8. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Derechos Humanos y Derecho de Familia. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia).
9. LEÓN, Ana Teresa. Promoción de una cultura de derechos: Rol de la familia, el Estado, la Sociedad Civil y los Medios de Comunicación.

- En: Congreso Panamericano del Niño. (27-29 Octubre de 2004: Ciudad de México).
10. LÓPEZ SAFI, Silvia. Responsabilidad del Estado ante la Familia y el Menor. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia).
 11. MAGISTRIS, Gabriela. MAGISTRIS, Paula. “Evolución de la Relación del Niño con su Familia. Responsabilidad Parental y concepción del Niño como Sujeto de Derecho. Tensiones y Compatibilidades”. En: Anales del XIX Congreso Panamericano del Niño. (19º:27-29 de Octubre de 2004: Ciudad de México, México). (Hipervínculo:http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_ganadores_concurso/Gabriela_MagistrisArgentina/Trabajo_Gabriela_Magistris.doc);).
 12. MARTÍNEZ RAMÍREZ, Marco A.- SANTAMARÍA LÓPEZ Rafael. Protección del Estado a favor de la Familia. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia).
 13. MASCARO, Isabel Adriana. PITRAU, Osvaldo Felipe. El Niño como Sujeto de derecho. El Interés Superior del Niño en las Distintas Instituciones Jurídicas. En: X Congreso internacional de derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
 14. MESA CASTILLO, Olga. Acerca del Principio Constitucional de la Familia como Núcleo. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia).
 15. MIZRAHI, Mauricio Luís. El Ejercicio de los Derechos Personalísimos de los Niños. En: X Congreso internacional de derecho de Familia “El

- Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
16. MIZRAHI, Mauricio Luís. Las Normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y El Derecho Interno. En: X Congreso internacional de derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
 17. MONTESINO CAMPOS, Amparo- GUTIÉRREZ PARDO, Mercedes. Derecho Constitucional a la Seguridad Social. La Familia y el Menor. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia).
 18. MUJIJA, Ana María. Protección Integral de los derechos del Niño. El Interés Superior del Niño en Función del Interés Familiar. Debida Tutela de los Derechos de los Menores a través de la Interpretación Eficaz de la Normativa Aplicable. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
 19. PASTRANA CORRAL, Susana – VALDEZ BERNAL, Ignacio – SANTIAGO HERNÁNDEZ Víctor. La familia y las Instituciones de apoyo en la sociedad Mexicana. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. 25 años de Derecho Familiar (1977-2002). (12º: 22-27 de Septiembre de 2002: La Habana, Cuba).
 20. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. El Interés Superior del Menor. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18-22 de Octubre de 2004: Sevilla y Huelva: España).
 21. REYES RÍOS, Nelson. Enfoque Social de la Familia en la Constitución Política del Perú. En: XI Congreso Internacional de

Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia).

22. WILLS RIVERA, Lourdes. Derechos Fundamentales y Deberes del Niño y Adolescente. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia).

DICCIONARIO

1. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. En: <http://www.rae.es>; [consulta: 7de agosto de 2006].

MEMORIAS

1. GALLEGOS RODRÍGUEZ, Marcos Israel – PRADO URBAN, Pamela Andrea. Las peores formas de trabajo infantil, análisis del Convenio N° 182 de la OIT. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo.2004.
2. JARA ALFARO, Paola. Trabajo Infantil en Chile y el mundo: acción y legislación. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo.2004.

SITIOS WEB

1. Base de datos del alto Comisionado de Naciones Unidas. En: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=2>; [consulta: 12 de agosto de 2006].
2. Casa alianza. Organización no lucrativa que trabaja por los niños desamparados y en riesgo social. <http://www.casa-alianza.org/es/news.php>; [consulta: 7de agosto de 2006].
3. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). <http://www.unicef.org/spanish>; [consulta: 7de julio de 2006].
4. Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente. <http://www.iin.oea.org>; [consulta: 12 de agosto de 2006].
5. HUMAN RIGHTS WATCH. Información por países. En: <http://www.hrw.org>; [consulta: 7de agosto de 2006].
6. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenios de la OIT. <http://www.hrw.org>; [consulta: 15 de agosto de 2006].
7. Trabajo Infantil en Chile: <http://www.trabajoinfantil.cl>; [consulta: 15 de agosto de 2006].