



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

*FACULTAD DE DERECHO*

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO  
EN LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES  
SEGUIDOS ANTE LOS TRIBUNALES DE  
FAMILIA**

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

Autor:

NATALIA ISABEL SALGADO LEIVA

Profesor guía:

Renée Marlene Rivero Hurtado

Santiago – Chile 2012

## INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I: LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO... 3	
1. Evolución Histórica de la condición jurídica de niño previa a la Convención de los Derechos del Niño .....	3
A. Los niños y su inicial consideración como sujetos .....	3
B. Los Derechos Humanos y los niños. ....	4
C. Evolución de la Protección de los niños en relación a los Derechos Humanos. ....	8
a. Regulaciones Estatales.....	9
b. Regulación Internacional.....	11
c. Especificación de Derechos Humanos: Positivización de los derechos de los niños previa a la CDN.....	13
a'. La Declaración de Ginebra.....	15
b'. La Declaración de los Derechos del Niño.....	16
2. Convención de Derechos del Niño: Recepción del Interés Superior del Niño .....	19
A. Convención de los Derechos del Niño. ....	19
a. Contenido y estructura de la Convención de Derechos del Niño. ....	20
B. El Interés Superior del Niño en la Convención sobre los Derechos del Niño..	24
C. El Interés Superior del Niño y los otros artículos de la Convención. ....	27
3. Observaciones del Comité a propósito del Interés Superior del Niño.....	29
A. Observación General N °1 (2001): Propósitos de la Educación.....	30
B. Observación General N ° 2 (2002): El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. ....	31
C. Observación General N ° 3 (2003): El VIH/SIDA y los derechos del niño.....	32
D. Observación General N ° 4 (2003): La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. ....	33
E. Observación General N ° 5 (2003): Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. ....	35
F. Observación General N ° 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.....	36
G. Observación General N ° 7 (2005): Realización de los derechos del niño en la primera infancia. ....	39

H.	Observación General N ° 8 (2006): El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes. ....	42
I.	Observación General N ° 9 (2006): Los derechos de los niños con discapacidad. ....	43
J.	Observación General N ° 10 (2007): Los derechos del niño en la justicia de menores.....	44
K.	Observación General N °11 (2009): Los Niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. ....	47
4.	Contenido y alcance del Interés Superior del Niño. ....	49
A.	Tendencias de objetivización del concepto de Interés Superior del Niño .....	50
B.	El Interés Superior del Niño como concepto indeterminado.....	53
CAPITULO II: LA RECEPCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO POR LA LEY N° 19.968. ....		55
1.	Jerarquía de la Convención de los derechos del Niño en Chile .....	56
A.	Teorías respecto al valor de los Tratados de Derechos Humanos en la Legislación Nacional. ....	56
B.	Efectos de la Teoría de rango Constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. ....	59
C.	Obligatoriedad de la Convención de Derechos del Niño. ....	59
2.	La Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia como legislación de adecuación.....	62
A.	Origen de la ley n° 19.968 de Tribunales de Familia. ....	62
B.	Descripción de los Tribunales de Familia.....	71
C.	Principios del Procedimiento que se aplica en los Tribunales de Familia. ....	75
3.	La recepción del Interés Superior del Niño en la ley n° 19.968 de Tribunales de Familia.....	75
A.	El “Interés Superior del Niño” durante la tramitación de la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia. ....	75
B.	El Interés Superior del Niños y los Principios del procedimiento.....	78
4.	Procedimiento Especial de Aplicación Judicial de Medidas de Protección de los derechos de los niñas, niñas o adolescentes.....	82
A.	El Procedimiento de Medidas de Protección. ....	82
B.	Las Medidas Cautelares Especiales.....	84

CAPITULO III: ANALISIS DE JURISPRUDENCIA EJEMPLIFICADORA DE LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN PROCEDIMIENTOS EN QUE SE VEN COMPROMETIDOS MENORES.....	88
1. En relación a la determinación del contenido y el uso de concepto de Interés Superior del Niño por parte de los Tribunales de Familia.....	88
A. Sentencia de la causa RIT: C-2060-2006 del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 20 de noviembre de 2008. ....	88
B. Sentencia de la causa RIT: C-3254-2007 del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 30 de Enero de 2009.....	90
C. Sentencia de la causa RIT: C-2238-2007 del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal de fecha 13 de Marzo del 2009. ....	91
D. Sentencia de la causa RIT: C-769-2008 del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 16 de Febrero de 2009.....	94
2. En relación a la utilización del Interés Superior del Niño como fundamento para la decisión por parte del Juez de la procedencia de medidas de protección ante la vulneración de derechos de un menor.....	95
A. Sentencia de la causa RIT: P-412-2006 del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Medida de Protección, de fecha 26 de Diciembre de 2007....	95
3. El Interés superior del niño y su función en la relación de los menores con sus padres .....	97
A. Sentencia C-3254-2007, del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 30 de Enero de 2009. ....	97
B. Sentencia C-2723-2009, de Juzgado de familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 19 de Julio de 2010.....	98
C. Sentencia C-1120-2008, del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Régimen Comunicacional, de fecha 16 de Diciembre de 2008.....	99
4. Determinación del titular de la obligación de cautelar el Interés Superior del niño	101
A. Sentencia P-744-2008, del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Medida de Protección, de fecha 4 de Febrero del 2009. ....	101
B. Sentencia C-2060-2006, del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 20 de Noviembre de 2008. ....	102
CONCLUSIONES .....	104
BIBLIOGRAFIA.....	111

## INTRODUCCIÓN

La Ley n° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, asume como uno de sus Principios del Procedimiento el Interés Superior del Niño y señala, además, que el Juez debe tenerlo siempre como una consideración principal en la resolución de los asuntos sometidos a su consideración. Este concepto al ser analizado, hace surgir tres interrogantes:

- Qué debemos entender por Interés Superior del Niño. El Interés Superior del Niño es un concepto jurídico complejo que pese a ser permanentemente reiterado, aún carece de claridad su definición, contenido y objetivo.
- La segunda interrogante es en relación a la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, con respecto a su función de ley de adecuación de la Convención de Derechos del Niño a la regulación nacional chilena, y si efectivamente esta lo satisface como norma facilitadora de la aplicación de dicha Convención en la judicatura Chilena.
- La tercera pregunta es consecuencia de las dos anteriores, ese Interés Superior del Niño, principio de la Convención de Derechos del Niño se satisface con la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia que viene a adecuar la legislación para una fácil aplicación de sus contenidos. Que, no podemos olvidar, también es llamado a ser uno de sus principios del procedimiento de dicha ley.

La posibilidad de ejecución de la Convención de Derechos del Niño en Chile no es un tema menor pues ella consagra todos los derechos de los que son titulares los niños como sujetos de protección especial. Por lo tanto si eso no es así, estaríamos ante una gran vulneración de derechos humanos además de formalmente estar violando un tratado vigente.

La realidad de esta problemática es la que intentaremos dilucidar en este trabajo, el cual no tiene más interés que el de dar cuenta de la existencia o no de una situación, para poder tener una posición y tomar cursos de acción ante cualquiera de los escenarios posibles.

Para ello lo primero que se hará será, en un **Primer Capítulo**, analizar la Evolución del concepto de Interés Superior del Niño a través de cuatro puntos:

- La evolución histórica previa a la Convención de Derechos del Niño del Interés Superior del Niño.
- La recepción del Interés Superior del Niño en la Convención de Derechos del Niño.
- Las discusiones doctrinarias de contenido y alcance del Interés Superior del Niño.
- Las Opiniones y Observaciones del Comité sobre el Interés Superior del Niño.  
En un **Segundo Capítulo** analizaremos la Recepción del Interés Superior del Niño por la ley 19.968 de Tribunales de Familia. Y en ella veremos:
  - La jerarquía de la Convención de Derechos del Niño en Chile.
  - La ley 19.968, como legislación de adecuación de la Convención de Derechos del Niño.
  - La recepción del Interés Superior del Niño en la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia.

Por último en el **Capítulo Tercero**, analizaremos la forma como la jurisprudencia ha venido entendiendo y aplicando el principio del Interés Superior del Niño en procedimientos en que estén comprometido intereses de menores.

Este trabajo terminará con un análisis de los datos obtenidos para dar respuesta a nuestras preguntas iniciales, logrando una imagen del panorama general de la situación del Interés Superior del Niño en nuestro país.

## **CAPITULO I: LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

### **1. Evolución Histórica de la condición jurídica de niño previa a la Convención de los Derechos del Niño.**

El Interés Superior del Niño como concepto logra positivización recién en 1959 a través de la Declaración de derechos del Niño después de la cual ya podemos decir con convicción y gran consenso que el niño es un sujeto con derechos igualitarios a los demás seres humanos y aún es más, con derechos especiales que buscan procurar su llegada a una adultez evitando la mayor cantidad de dificultades posibles. Pero para llegar a ese punto, fue necesario todo un desarrollo de la figura del niño partiendo de una total intrascendencia de él mismo como de sus capacidades y derechos a la sombra de un jefe de familia, pasando por periodos de explotación desmedida de su ser, más allá de su calidad de ser humano.

#### **A. Los niños y su inicial consideración como sujetos**

Desde Roma la visión que se tiene en el derecho de este sujeto niño es de connotación negativa, lo cual se puede demostrar claramente a través del concepto con el que se le identifica en sus primeras etapas, “infante” que viene “del que no habla”. En el concepto de la familia romana no cabe la idea de que pudiera existir un Interés Superior del Niño, siguiendo claramente un pensamiento aristotélico en donde es considerado uno más de los objetos propiedad del *pater* familia y los avances tímidos que se realizan en su beneficio son por el niño<sup>1</sup>.

La visión romana del niño se mantiene casi intacta hasta el Individualismo<sup>2</sup>, que toca de cierta manera el tema de los niños pero en función del Contrato Social.

---

<sup>1</sup> En este sentido, consultar a ALEJANDRO GUZMAN BRITO. Derecho Privado Romano Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1997, p. 21 – 27.

<sup>2</sup> El individualismo fue representado en su forma más perfecta durante el siglo XIX en el trabajo de dos de sus grandes historiadores y filósofos políticos: Alexis de Tocqueville y Lord Acton. En

En este orden de ideas, si el hombre nace bueno pero es corrompido por la sociedad, será entonces necesario que el niño sea preparado a través de la educación para el contrato social. Es aquí cuando se dictan las primeras leyes de enseñanza básica obligatoria haciendo que los niños salgan de sus casas para recibir una educación diferente a la que estaban acostumbrado entregada dentro del hogar.

Podemos observar que las intervenciones tienen fuerte relación con el proceso educativo que será la transmisión de valores trans-generacionales, pero aún es interés por el niño sin hablarse todavía de un Interés Superior del Niño. El aporte de esta etapa está en ver al niño en particular entregándole un trato especial.

## **B. Los Derechos Humanos y los niños.**

Los Derechos Humanos (en adelante DD.HH.), tuvieron siglos de discusión, especialmente desde el siglo XVI en adelante, hasta su declaración propiamente tal. Podemos afirmar que, los DDHH tal como los entendemos hoy en día, son resultado más directo del asentamiento progresivo del individualismo (característico de la Modernidad). Siguiendo este orden de ideas, el concepto de Derechos del Hombre

---

él se trata primordialmente de una teoría de la sociedad. El individualismo verdadero es un intento por conocer las fuerzas que determinan la vida social del hombre y, sólo en segunda instancia, un conjunto de máximas políticas derivadas de esta perspectiva de la sociedad. En este individualismo su argumento básico es [que] no hay otra forma para llegar a una comprensión de los fenómenos sociales si no es a través de nuestro entendimiento de las acciones individuales dirigidas hacia otras personas y guiadas por un comportamiento esperado. La segunda corriente de pensamientos, absolutamente diferente, también conocida como individualismo, está representada principalmente por pensadores franceses y europeos, un hecho que se debe –a mi entender - al papel predominante que tiene el racionalismo cartesiano en su composición. Los representantes más sobresalientes de esta tradición son los enciclopedistas, Rousseau y los fisiócratas; y, por razones que debemos considerar de inmediato, este individualismo racionalista tiende siempre a un desarrollo opuesto al señalado, específicamente hacia el socialismo o colectivismo. En este sentido, HAYEK, FRIEDRICK A., "Individualismo: El Verdadero y el Falso". Ensayo corresponde a una exposición pronunciada en la duodécima Finlay Lecture en la University College de Dublín, en diciembre de 1945. Fue publicado en 1946 en Dublín y Oxford y aparece en el volumen Individualism and Economic Order (The University of Chicago, 1948, reimpreso posteriormente por Gateway Editions Ltd., South Bend, Indiana). Pág. 4 a 12.

surge por primera vez en la lucha burguesa. Toda persona en posesión de su libertad elige adquirir obligaciones ya no es el contrato social lo que lo obliga, si no su propia voluntad libre.

El inicio del desarrollo de los Derechos Humanos tiene como punto histórico la Segunda Guerra Mundial, hasta ella “el derecho internacional, salvo respecto de situaciones muy específicas, como el combate a la esclavitud o su preocupación por otorgar a los extranjeros un estándar mínimo de justicia en el Estado en el que se encontraban, o de promover, desde la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, los derechos sociales, no se preocupó de la protección de los derechos humanos. Estos, en general, eran considerados un asunto de la jurisdicción interna del Estado en que se encontraban<sup>3</sup>”.

En un análisis histórico según nos indica Edmundo Vargas Carreño<sup>4</sup>, la primera individualización en un texto internacional de los derechos humanos fue en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ambas de 1948, pero lamentablemente sin obligatoriedad para los Estados ya que no constituían tratado, característica que adquirieron posteriormente como expresión del derecho internacional consuetudinario.

Posteriormente se comenzó a conferir mayor valor a los derechos humanos a través de su consagración en tratados internacionales exigibles internacionalmente, los cuales al ser incorporados a ordenamientos nacionales eran asimismo obligatorios en forma interna.

Dentro de los iniciales tratados adoptados en materia de derechos humanos, encontramos en el ámbito universal, además de los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, uno de Derechos civiles y Políticos y otro de Derechos

---

<sup>3</sup> VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, Derecho Internacional Público, Editorial Jurídica de Chile, 2007 Pág. 519.

<sup>4</sup> VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, ob. cit., p. 519 a 521.

Económicos, Sociales y Culturales, del mismo año. En cuanto al plano regional, podemos nombrar la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales, de 1950, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.

En forma posterior, universal y regionalmente, se crearon tratados con objetivos de protección de derechos de grupos específicos de personas en estado de mayor vulnerabilidad como las mujeres, los niños, los indígenas, entre otros.

Simultáneamente, diversos países de Europa y América Latina, fueron incorporando en sus respectivas constituciones disposiciones en las cuales los tratados de derechos humanos pasaron a ser parte en forma automática de los respectivos ordenamientos jurídicos internos y, en algunos casos, con un valor igual o superior al de la Constitución. En el caso nuestro, puede verse expresado en el Artículo quinto inciso segundo de nuestra Constitución Política de la República<sup>5</sup>, conforme al cual los derechos reconocidos en tratados de Derechos Humanos ratificados por Chile constituyen límite a la soberanía.

La búsqueda de un concepto de Derechos Humanos, es un asunto de suyo controvertido que excede con creces el ámbito de nuestra investigación, por lo que nos quedamos para estos efectos con lo expresado por Edmundo Vargas Carreño, así “Los derechos humanos pueden ser definidos como atributos inherentes a toda persona humana que al ser reconocidos e incorporados a un instrumento internacional vinculante, establecen para los correspondientes Estados la obligación de respetarlos y garantizar su ejercicio y permiten a las personas destinatarias de esos derechos invocarlos frente al Estado que en se hallen”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la Republica de Chile:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

<sup>6</sup> VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, ob. cit., p. 518.

Se suele clasificar a los Derechos Humanos según su evolución<sup>7</sup>, y según lo expresa el mismo autor, se pueden distinguir tres etapas, correspondiendo cada una de ellas a un momento histórico determinado, ellos serían:

- Derechos de Primera Generación o Derechos Civiles y Políticos: Cronológicamente coincide con la Revolución Francesa y la Independencia de los Estados Unidos. Se caracteriza por el protagonismo del hombre en forma individual reconociéndose el derecho a la vida, libertad, no discriminación, participación política entre otros.
- Derechos de Segunda Generación o Derechos Sociales y Culturales: Esta fase se identifica con fines del siglo XIX y comienzos del XX. Estos derechos tienen un carácter colectivo percibiendo a los hombres como agrupación; se ve al ser humano en un entorno y se ocupa de su relación con otros hombres. Tienen como objetivo fundamental garantizar su bienestar económico. Es así como se habla del derecho al trabajo, seguridad social, derecho a la salud, educación y cultura.
- Derechos de Tercera Generación o de la Solidaridad: Se preocupan de demás garantías colectivas que se ven afectadas ante conflictos armados con carácter supranacional. No están completamente definidos pero se observan ya con claridad consagrados en distintas Convenciones Internacionales como el derecho a la paz, autodeterminación, independencia nacional y cultural, cooperación internacional, el uso responsable de los avances de la ciencia y la tecnología, solución a los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos.

La discusión sobre la clasificación de los Derechos Humanos se mantiene vigente, existiendo autores que plantean la existencia de derechos de cuarta

---

<sup>7</sup> VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, ob. cit., p. 521.

generación<sup>8</sup>. Su contenido aún no es claro, y no se presenta una propuesta única. En términos generales, los diferentes autores que postulan su existencia recogen algunos derechos de la tercera generación y los incluyen en la cuarta, como el derecho al medio ambiente o aspectos relacionados con la bioética. Javier Bustamante<sup>9</sup>, por ejemplo afirma que la cuarta generación viene dada por los derechos humanos que tienen principalmente relación con las nuevas tecnologías.

### **C. Evolución de la Protección de los niños en relación a los Derechos Humanos.**

Respecto a la evolución de los derechos del niño en relación a la de los Derechos Humanos, podemos indicar que se van observando pequeños pasos que van a la par con el desarrollo de los Derechos Humanos.

A fines del siglo XIX y principios del XX, comienzan a surgir discusiones sobre protección y derechos de los niños. En este sentido, Jorge Rojas nos muestra dos ejemplos importantes en relación a la aparición de este fenómeno<sup>10</sup>, según señala, parecen iniciales textos que tratan sobre derechos para los niños, como es el caso de Jules Vallès<sup>11</sup> y su obra "*El niño*" (1879), ella forma parte de una serie de novelas autobiográficas, y es una de las primeras obras que formulan la defensa de los

---

<sup>8</sup> Sobre derechos humanos de cuarta generación consultar autores como Antonio Pérez Luño, Augusto Mario Morello, David Vallespín Pérez y Javier Bustamante Donas.

<sup>9</sup> BUSTAMANTE DONAS, JAVIER, Profesor de Ética y Sociología. Universidad Complutense de Madrid, "La Sociedad de la Información", <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

<sup>10</sup> ROJAS FLORES, JORGE. "Los derechos del Niño en Chile: Una aproximación Histórica, 1910-1930". Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Historia N ° 40, Vol. I, Enero – Junio 2007; 129 – 164. ISSN 0073 – 2435. p. 131 citando a Kate Wiggings, sin referencias bibliográficas.

<sup>11</sup> VALLÉS, JULES (1832-1885) Escritor francés considerado uno de los principales representantes del realismo francés, contrario a Napoleón III y siempre presente en la lucha por la emancipación de los oprimidos. Citado por Rojas F., Jorge en "Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930", Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Historia N ° 40, Vol. I, Enero – Junio 2007; 129 – 164. ISSN 0073 – 2435 p. 130 sin referencias bibliográficas.

derechos de los niños. “*El Niño*” es un aporte en el sentido que muestra la realidad de los malos tratos de los que eran objetos los menores por parte de la sociedad burguesa.

En otras latitudes también sale a la luz pública esta problemática, así es como en Estados Unidos Kate D. Wiggin<sup>12</sup> en “*Children's Rights*” (1892) plantea la necesidad de defender sus derechos y además de darles un contenido específico. “Según la autora, los niños –en cuanto seres humanos- se pertenecen a sí mismos y uno de sus derechos inalienables es a tener infancia. En la práctica esto se ve limitado cuando los adultos moldean su conducta según sus criterios, sin permitir que tengan un espacio propio, adecuado a sus gustos y necesidades”.

Las preocupaciones nacidas en las esferas de la educación y otros actores sociales en su trabajo con niños fue permeando a las regulaciones estatales para dar respuesta a los niños en situación de abandono, vagancia, desnutrición, entre otras.

**a. Regulaciones Estatales.**

Las incipientes leyes de protección del niño se enfocaron al abuso y constituyen las primeras nociones de protección pero dirigidas a una niñez problemática y abandonada. Se trata de una tutela casuística de los niños.

En un comienzo, los intentos más tímidos se dieron en forma individual por cada país, especialmente en países industrializados de Europa y América durante los siglos XIX y XX, estas políticas se caracterizaron por ser protectoras y muy similares. Se puede observar que pese a sus diferencias culturales, religiosas, económicas, sociales y educativas presentan un cierto consenso, aplican en general las mismas políticas, mostrando una relativa unidad en las soluciones para el problema de la

---

<sup>12</sup> WIGGIN, KATE DOUGLAS (1856-1923) Escritora y educadora norteamericana con una permanente preocupación por los niños, especialmente en sus primeros años, por lo cual creo los primeros Jardines Infantiles gratuitos entre otras obras. Citado por Rojas F., Jorge en “Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930”, Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Historia N ° 40, Vol. I, Enero – Junio 2007; 129 – 164. ISSN 0073 – 2435 p. 130 sin referencias bibliográficas.

niñez. Gran parte de esta etapa de incipiente protección se debe a las consecuencias de los procesos de industrialización.

En este contexto, según señala Rafael Sajón, surge una nueva corriente doctrinaria protectora de esta minoría que saca a los niños del Código Penal y crea una rama del derecho autónoma para resguardar a los menores<sup>13</sup>. La legislación tuitiva dirigida a la minoridad dispersa en diferentes textos legales comienza un paulatino proceso de codificación. Significando para algunos países el tratamiento de los niños a nivel constitucional o dictando códigos del niño o de menores y en otros, como el nuestro, la dictación de leyes especiales para resolver particularmente las situaciones de menores en condiciones morales y físicas desfavorables y aquellos que presenten conductas relacionadas con la comisión de infracciones de carácter penal.

Así Chile dicta la ley n° 16.618 de 1934 que buscó, de alguna manera, brindarles un mínimo marco de protección a los menores que se encuentran “en situación irregular”<sup>14</sup>.

La necesidad de una respuesta específica a los menores mantiene desde un comienzo una discusión latente entre el Derecho Penal y el Derecho Civil. Así, según nos explica Rafael Sajón, la evolución del Derecho de Menores derivó en la necesidad de retirar a los menores del ámbito del Derecho Penal, pero a su vez, el Derecho Civil tampoco responde a las necesidades especiales de una protección al Interés Superior del Niño, por lo que el Derecho de Menores responde a la protección cabal del colectivo niño con un matiz eminentemente más social que otras ramas del derecho<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> SAJÓN, RAFAEL, “Situación de la Legislación relativa a la minoridad en Latino América”, Conferencia Latinoamericana sobre la infancia y la juventud en el desarrollo nacional. Santiago de Chile, 1965. p. 260-262.

<sup>14</sup> Más allá de las discusiones sobre si constituyó la “Situación Irregular” por si misma en una doctrina, a nivel jurídico operó bajo el marco del modelo tutelar, que inspiró a la Ley n° 16.618 de Menores como el supuesto fáctico para la intervención estatal en situaciones de menores abandonados, víctimas de abusos o maltratos y supuestos infractores a la ley penal.

<sup>15</sup> SAJÓN, RAFAEL, “Nuevo Derecho de Menores, Fundamentos Doctrinarios y Legislación Vigente”, Colección Desarrollo Social, Editorial Hvmánitas, Buenos Aires, 1967. p. 16-18.

**b. Regulación Internacional.**

Paralelamente, la protección de los niños supuso preocupación de la comunidad internacional a través de la celebración de congresos y tratados gracias a nuevos contextos después de las guerras mundiales y posterior surgimiento de organismos internacionales<sup>16</sup>. La Sociedad de Naciones y su seguidora Naciones Unidas se transforman en un marco que a través de su objetivo, prevenir una nueva guerra, también elaboró una serie de tratados que van estableciendo en el marco de lo positivo la teoría de los Derechos Humanos.

En este avance en la definición de los derechos fundamentales de los niños aparecen de suyo interesante las discusiones en virtud de la definición de estos derechos así como de otros temas relacionados con ellos como el trabajo infantil, su educación, mortalidad, entre otros temas. Así el concepto moderno del niño en estas materias, se encuentra definido principalmente en relación a la regulación de la educación obligatoria y las condiciones mínimas para su trabajo.

El aporte de estos congresos en este proceso de internacionalización, se muestra inicialmente con un interés propagandístico en virtud de una lucha contra las enfermedades extendidas en la época y alertando sobre problemas sociales relacionados con las condiciones en las que vive la niñez de esos días, pero por otro lado también procura extrapolar estos problemas a la sociedad entera, para crear presión a través de la conciencia social que concluya en la intervención social empírica.

Se vislumbran dos centros en las discusiones:

- Una de las posiciones es un planteamiento jurídico, centrado en las responsabilidades que le caben a los Estados y a las familias respecto a los

---

<sup>16</sup> En este sentido consultar a DAVILA B. PAULI y NAYA G., LUIS, “La evolución de los derechos de la infancia: Una visión Internacional”, Encounters on Education, Volume 7, Fall 2006. p. 71-77.

niños en abandono, como se muestra ya en el Primer Congreso Internacional de Protección a la niñez (Paris, 1883).

- Por otro lado, está la preocupación por el problema médico-higiénico especialmente importante en la primera niñez. Este tema tiene como principales exponentes los tres Congresos Internacionales de Gotas de Leche (Paris, 1905; Bruselas, 1907 y Berlín, 1911).

Los dos polos graficados se siguen hasta aproximadamente 1930 a través de consecutivos congresos, manteniéndose como los dos ámbitos a proteger en la niñez; por un lado, ámbitos jurídicos o de aspecto más social preocupado de temas como educación, tribunales tutelares de niños, justicia del niño, pornografía infantil, alcoholismo, etc., y por otro lado, una visión más pragmático de higiene y medicina relativa a cuestiones de salud, pediatría, eugenesia, nutrición, entre otros. Estos dos aspectos sumados recogen las particularidades más importantes y básicas respecto a la protección infantil.

Se observa también una transformación del tipo de protección. Toma gran fuerza el modelo americano y anglosajón preocupado de una protección relacionada con la madre y la educación y se debilita progresivamente la visión preocupada del cuerpo de los niños, sus enfermedades y salud proclamado por Francia y otros países Europeos.

Las asociaciones Internacionales comienzan a cobrar importancia ya que se irán celebrando en forma periódica, como ocurre en el caso de la Asociación Internacional para la Protección de la Niñez, la Unión Internacional para la Protección de la Niñez en la Primer edad, la Unión Internacional de Socorros de Niños y la Liga de Sociedades de la Cruz Roja. Además de estas importantes asociaciones surgen otra serie de ellas a nivel más local y nacional en todas partes del mundo, especialmente en Europa y Norteamérica, las que a su vez se relacionan entre sí en pos de una mejor protección al niño.

La Asociación Internacional para la Protección de la Niñez se considera uno de los primeros y mejores esfuerzos por codificar normas que protegen a los niños. Es creadora de la primera Declaración de Derechos del Niño conocida como Declaración de Ginebra y recogida por la Sociedad de las Naciones, la cual será analizada en capítulos posteriores, donde se observa la tendencia por obtener uniformidad básica en el trato de los niños a nivel universal, garantizando la protección a su vida, familia y desarrollo en general.

También es importante destacar la realización de congresos internacionales, como el Primer Congreso General del Niño (Ginebra, 1925), los Congresos Quinto y Sexto de la Asociación Internacional para la Protección de la Niñez (Roma, 1926; y Milán, 1928) y el Congreso Internacional sobre protección a la Niñez (París, 1928). En estos congresos, en general, se insiste en la obligación de los Estados de proteger la niñez e incluso, se habla de un auxilio pecuniario por parte de este a instituciones privadas de beneficencia y recomendación de hacer estudios sobre los niños en tribunales de niños, establecimientos de educación, etc.

c. **Especificación de Derechos Humanos: Positivización de los derechos de los niños previa a la CDN.**

Todo este contexto histórico comienza a crear un nicho para la discusión y protección de los niños en forma cada vez más explícita. Las Naciones Unidas será un órgano de gran importancia para la protección de los menores<sup>17</sup>. Así, la Declaración de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Sociedad de Naciones en 1924, fue el

---

<sup>17</sup> El nombre de las “Naciones Unidas”, acuñado por el Presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, se utilizó por primera vez el 1° de enero de 1942, en plena segunda Guerra Mundial, cuando representantes de 26 naciones aprobaron la “Declaración de las Naciones Unidas”, en virtud de la cual sus respectivos gobiernos se comprometían a seguir luchando juntos contra las potencias del eje.

La Asamblea General, establecida en 1945 en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, ocupa un lugar central como principal órgano deliberativo, de formulación de políticas y representativo de las Naciones Unidas. La Asamblea está integrada por los 192 Estados Miembros de las Naciones Unidas y proporciona un foro para el debate multilateral de toda la gama de cuestiones internacionales que abarca la Carta. También desempeña un papel importante en el proceso de establecimiento de normas y en la codificación del derecho internacional.

primer instrumento internacional de relevancia que incluyó explícitamente el tema. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. También adoptaron, junto con otras organizaciones internacionales regionales o globales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen los derechos del niño en uno o varios artículos<sup>18</sup>, sembrando así el camino para un instrumento con fuerza vinculante, la Convención de Derechos del Niño. Lo que trataremos a continuación con la finalidad de entender la forma en que se positivizó el Interés Superior del Niño.

---

<sup>18</sup> Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece:

Artículos 10.2 b) “Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”.

Artículo 10.3. “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

Artículo 14.1. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

Artículo 14.4. “En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece:

Artículo 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”.

Artículo 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

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”.

**a'. La Declaración de Ginebra.**

La Declaración de Ginebra de 1924<sup>19</sup>, es la primera declaración sobre los derechos de los niños y niñas y fue aprobada por unanimidad en la Sociedad de las Naciones y pese a ser muy breve en ella se observan una serie de derechos de carácter protector, sin utilizar aun la terminología “Interés Superior del Niño”.

Según se señala en su preámbulo, su objetivo es que los Gobiernos y todos los hombres y mujeres reconozcan que debe concederse a los niños estas mínimas consideraciones según lo que se crea mejor y más beneficioso para ellos independiente de su raza, nacionalidad o creencia religiosa, es así como “se declara que:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser asistido, el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla, el niño desviado de la buena senda debe ser vuelto a ella, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en toda ocasión de calamidad pública.
4. El niño debe ser puesto en condición de ganar la subsistencia y ser protegido contra toda clase explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos”<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> La Declaración de los Derechos del Niño fue bosquejada por Eglantyne Jebb y adoptado por la “International Save the Children Union”, Ginebra, el 23 de febrero en 1923 y respaldado por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones el 26 de noviembre de 1924.

<sup>20</sup> Transcribimos el texto publicado en antecedentes, actas y trabajos de Cuarto Congreso Panamericano del niño, celebrado en Santiago de Chile en el Palacio de Congreso Nacional, los días 12 a 19 de 1924, Santiago , Imprenta Cervantes, 1925, t. I, 148-149, citado por JORGE

Todo este resguardo configura una primera realización de la integridad de los derechos de los niños. Lo que sí debemos destacar es que, estos derechos están planteados a través de una forma a favor de la niñez, incluso podemos decir que se trata de una forma de filantropismo social propio de la época. Esta declaración fue traducida a más de 40 idiomas y recibió gran cantidad de adhesiones.

Esta declaración es también importante como modelo base para otras declaraciones y demás publicaciones donde se van perfilando, agregando y sistematizando los derechos de los niños. Se observa una percepción de la niñez que tiene como principal tesoro el desarrollo de la personalidad de los niños y niñas con especial resguardo de sus necesidades.

Es de gran importancia también rescatar, un proyecto realizado por la Sociedad de Naciones, este es el “Convenio internacional para reintegrar en sus hogares a los niños y adolescentes” en el cual, se presenta el concepto “Interés Superior del Niño” en términos de que en cuestión de asistencia, el interés del niño debe prevalecer ante todo y sobre todo.

**b'. La Declaración de los Derechos del Niño.<sup>21</sup>**

La aprobación en 1959 de este cuerpo normativo específico para los menores constituye un gran paso en relación al reconocimiento de los derechos y garantías de los niños.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba este instrumento que contiene un preámbulo seguido de un decálogo de derechos esenciales para un niño<sup>22</sup>.

---

ROJAS FLORES en “Los derechos del niño en Chile: Una aproximación histórica, 1910-1930 p. 22.

<sup>21</sup> La Declaración de los Derechos del niño fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución n° 1386 (XIV) de fecha 20 de Noviembre de 1959.

<sup>22</sup> Declaración sobre los derechos del niño de 1959:

“Principio 1: El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra

---

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio 2: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 3: El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Principio 4: El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Principio 5: El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Principio 6: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Principio 7: El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Principio 8: El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio 9: El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio 10: El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.”

En él se reconocen derechos importantísimos como son el derecho a la igualdad sin distinción de raza, sexo, credo o nacionalidad; derecho a una protección especial para lograr su desarrollo social, físico y mental; derecho a acceder a alimentación y vivienda digna, entre otros.

Dentro de los principales derechos consagrados en este documento se encuentra el principio 1 y el 2º, el cual establece un mandato directo al legislador para el diseño de las normas referidas o que afecten a los niños, los cuales están indestructiblemente unidos.

En estos dos principios, según señala Ana Luisa Prieto, “se fundamenta el concepto de protección integral que abarca todos los aspectos existenciales del niño y que en el ámbito jurídico se concreta en el derecho del niño a su desarrollo integral y desde el cual se derivan todos sus otros derechos”<sup>23</sup>.

Se destaca también en relación al interés superior del niño el principio 7º, ya que, según continúa la autora, “el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación: dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.”<sup>24</sup>

Es importante además, que se reconozca la dependencia biológica absoluta del niño en ciertas etapas respecto de sus progenitores así como, la concepción de entender a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños<sup>25</sup>.

---

Documento obtenido de la página de las Naciones Unidas, enlace: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/145/78/IMG/NR014578.pdf?OpenElement>.

<sup>23</sup> PRIETO PERALTA, ANA LUISA, De la Declaración de los Derechos del Niño a la Convención de los Derechos Del Niño: Nuevas bases para los deberes de la sociedad con respecto de los niños, Revista UNICEF p. 22.

<sup>24</sup> PRIETO PERALTA, ANA LUISA, Ob. cit. p. 23.

<sup>25</sup> Esta concepción ya fue recepcionada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, expresamente en su artículo 16 el cual señala: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Pese a ser un paso trascendental respecto a reconocimiento de derechos y garantías para los menores sólo sirvió de inspiración para normativas nacionales pues se trató de un instrumento sin poder vinculante, sin perjuicio del valor hermenéutico para la interpretación de la Convención de Derechos del Niño.

## **2. Convención de Derechos del Niño: Recepción del Interés Superior del Niño.**

### **A. Convención de los Derechos del Niño.**

La Convención de Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989. Su principal aporte es que “transforma al niño de ser objeto de derecho a recibir una protección especial, en sujeto de una amplia gama de libertades y derechos”.<sup>26</sup>

Las Convención de los derechos del Niño tiene como principales características<sup>27</sup>:

- Transformar al niño en sujeto de derechos y libertades. La Convención confirma el estatus del niño como sujeto de derechos fundamentales.
- Reafirma y consolida los derechos del niño. Refuerza jurídicamente derechos fundamentales correspondientes a todo ser humano correspondiente también a los niños como sujetos de derecho que son.

---

<sup>26</sup> O'DONELL, DANIEL, “La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido”. En Infancia Boletín Instituto Interamericano del Niño. OEA. N° 230. Tomo 63, Julio de 1990 p. 1. Traducción disponible en el banco de datos jurídicos del IIN ([www.iin.oea.org/badaj/docs](http://www.iin.oea.org/badaj/docs))

<sup>27</sup> CROXATO, ALEJANDRA; OCAMPO, LUIS FELIPE, “Manual de Derecho de Menores, Visión crítica y practica”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales) Universidad Central de Chile, 1994. p. 29-30.

- Reconoce la dignidad del niño como persona con respecto a los derechos de todo ser humano, como también a los derechos especiales que se le reconocen en la Convención.
- El cumplimiento de sus normas y principios puede ser exigido jurídicamente. A diferencia de la Declaración de derechos del niño, la Convención sí tiene obligatoriedad, y puede ser exigido su cumplimiento a través de mecanismos jurídicos.
- Busca el desarrollo de potencialidades y participación del niño. La Convención va más allá de buscar garantizar el derecho del niño a una protección integral, sino que además pretende lograr el desarrollo de sus capacidades y participación ya que el niño ya no es un sujeto pasivo.
- La Convención constituye un instrumento de validez universal. Es una herramienta que permite exigir el respeto y observancia de los derechos de los niños contenidos en ella consistiendo en un mandato para todos.

a. **Contenido y estructura de la Convención de Derechos del Niño.**

Respecto a la estructura de la Convención, podemos decir que está conformada por un preámbulo y tres partes.

- **Preámbulo de la Convención.** En él encontramos la narración de los motivos y fundamentos que motivan la creación de este cuerpo normativo ahora con intenciones de obligatoriedad para los Estado y también para los particulares. Esta parte de la Convención es de gran importancia pues nos entrega una herramienta interpretativa de considerable utilidad al momento de llevar la norma a la práctica. En él se reconoce el valor de la persona humana, la libertad y la igualdad ya enunciados en diferentes instrumentos internacionales y hace merecedor en especial de todos estos derechos a los niños a través de cuidados especiales. Se demuestra la voluntad de obligarse a

través de este texto a un reconocimiento y protección integral de las garantías que les corresponden a todos los menores.

Esta protección integral del niño no estaría completa sin considerar el importante rol que cumple la familia tanto como estructura base de la sociedad, como en la función de amparo que cumple en relación a los menores, en la figura de un entorno conveniente para lograr su normal desarrollo, objetivo último de la protección integral.

La Convención en su preámbulo no olvida la importancia de las regulaciones que, previamente a ella, han intentado cubrir las diferentes necesidades de los niños como son resoluciones de la Asamblea General, referentes a la Adopción y guarda de menores y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Respecto de Menores y también a la Declaración Sobre Protección de la Mujer y el Niño en Situaciones de Emergencia o Conflicto Armado. Todos los cuerpos invocados por el preámbulo se conjugan con los Principios Fundamentales de las Naciones Unidas y las Disposiciones de algunos Tratados y declaraciones relativos a los Derecho del Hombre.

El preámbulo recuerda que, tanto la Convención como los demás cuerpos normativos que buscan la Protección Integral del menor para lograr su óptimo desarrollo dentro de sus capacidades, deben aplicarse con respeto a la familia, como elemento esencial para el niño, y también a los valores culturales de cada menor.

- **Primera Parte de la Convención.** Ella nos entrega un marco teórico del contenido de la Convención en su totalidad, así es como parte con el objeto de la Convención, lo que se entenderá por “niño” definiéndolo en su artículo 1 como: “Todo ser humano desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Los artículos 2° y 3° determinan los principios rectores de la Convención estos son:

- Principio de No Discriminación

- Principio de Interés Superior de Niño

Los artículos 4° y 5° consagra las obligaciones, en ellos entrega a los padres la responsabilidad de la crianza de los hijos y, a los Estados, el adoptar todas las medidas que sean necesarias para el cumplimiento en la práctica de la Convención a través de la asistencia necesaria para que la familia cumpla este cometido.

Los artículos 6° y siguientes desarrollan los derechos de los que son titulares los niños distinguiendo al menor que vive en un ambiente familiar del que se encuentra con mayor desprotección y le corresponde una protección especial.

Se habla de la protección contra el maltrato de los menores tanto de los que estén dentro de un ambiente familiar como de los que no.

Se busca una cautela especial para los menores refugiados o aquellos que soliciten dicha situación y también para aquellos niños impedidos en pos de que se le entreguen herramientas para su mejor integración social.

No se olvidan por la Convención derechos de importancia para su mejor desarrollo como son, beneficios para su salud relativos a la seguridad social y también los relativos a la educación, siendo obligación del Estado entregarles educación Básica en forma obligatoria y a su vez en forma gratuita. Respecto a los niños pertenecientes minorías étnicas, será obligación para los Estados el respeto y tender a conservar dichas culturas y costumbres.

Respecto al área del trabajo, se regula la protección a los niños a través de la prohibición de toda forma de explotación, venta y tráfico de niños, así mismo como la tortura y privación ilegal o arbitraria de su libertad. Se prohíbe su participación en conflictos armados de cualquier tipo con énfasis en los que tienen menos de 15 años de edad, además y en relación a este tipo de conflictos, será obligación de los Estados entregarles protección y asegurar la reinserción social de los menores víctimas de dicho tipo de situaciones.

Sobre la administración de Justicia de los menores la Convención indica que todo menor acusado o responsable de una infracción legal tiene el derecho al respeto de sus garantías fundamentales, al derecho de tener un debido proceso y a la defensa correspondiente pudiendo contar con la asesoría necesaria para este objeto, evitándose en lo posible recurrir a internación y procedimientos especiales.

La Convención considera necesario también, que cada Estado debe contar con Tribunales Especiales para menores que conformen un sistema de cualidades específicas para las necesidades de los menores incluyendo procedimientos e instituciones exclusivos para los menores de edad.

Por último, destacar de esta parte, la determinación de un principio de aplicación de la norma más favorable para el menor si es que existe en la regulación nacional, en esta Convención u otro documento internacional.

- **Segunda Parte de la Convención.** Ella contiene las obligaciones para los Estados que ratifiquen esta Convención, estas obligaciones son, esencialmente, la divulgación y aplicación de los contenidos de la Convención a todo nivel y sin distinción.

En esta Segunda parte, podemos encontrar el establecimiento de un Comité de los Derechos del Niño. El Comité, compuesto por dieciocho expertos elegidos por los Estados miembros, tiene como objetivo vigilar el avance y cumplimiento de las obligaciones que la Convención contiene. La importancia del Comité se relaciona tanto por las Observaciones Generales que de él nacen como, por la recepción, a través del Secretario General, de los Informes emitidos por los Estados en los cuales se da cuenta del estado de la aplicación de la Convención en cada país.

- **Tercera Parte de la Convención.** Esta contiene lo relativo a la forma de ratificación de la Convención, su entrada en vigencia, la posibilidad de proponer enmiendas y al mecanismo para denunciar a la Convención.

**B. El Interés Superior del Niño en la Convención sobre los Derechos del Niño.**

El llamado Interés Superior del Niño inunda toda la Convención. Se considera por algunos autores, entre ellos O'Donell, como un aporte trascendental de la Convención, y quizás el más importante de todos los Derechos del Niño.

Para otros autores, como Zermatten, forma parte de los principios generales que informan a la Convención sobre los Derecho del Niño, siendo en la Convención, los cinco primeros artículos considerados fundamentales, los cuales se convierten en los principios ineludibles y primordiales que rigen la aplicación de toda la Convención, por lo cual les llaman artículos “umbrella”.<sup>28</sup>

Reconociendo la importancia de dichos artículos, este autor destaca tres de ellos, los cuales instauran, y a su vez, justifican la noción del niño como sujeto de derecho y que al mismo tiempo, no pueden entenderse en forma independiente. Estos tres artículos son: el artículo 2, sobre la no discriminación o principio de igualdad entre los niños; el artículo 3, sobre el Interés Superior del Niño y el artículo 12 sobre la audición o la palabra del niño.

Se entienden como disposiciones bisagras, sin las cuales la Convención no sería eficaz, pudiendo llegar a ser incluso discriminatoria, no pasando de ser un simple listado de derechos, sin posibilidades de aplicación.

Si bien la Convención hace reiteradas referencias al Interés Superior del Niño, lo trata de manera especial en su artículo 3º, el cual dispone:

---

<sup>28</sup> ZEMARTTEN, JEAN, “El Interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico”, Informe de Trabajo 3-2003, Institut International Droits Lenfant. p. 4 y 5.

“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.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Respecto de este artículo tercero, Zermatten hace un interesante análisis<sup>29</sup>:

- En relación a la frase “en todas las decisiones que conciernen a los niños”, observa que se habla de todas las intervenciones, pero no se incluyen las intervenciones familiar pese a que en ellas también debería aplicarse, quizás tratando así de no invadir el ámbito familiar pero esto no significaría de ningún modo que dicho ámbito quede excluido de la paliación de tan importante principio. En argumento a lo anterior el autor referencia al artículo 18 del mismo cuerpo legal, en donde se impone como guía para educar al niño y asegurar su desarrollo armonioso, seguir el principio del Interés Superior del Niño. Por otro lado, esta frase habla de niños en plural en lo que se manifiesta la intención de hacer aplicable este principio a todos los niños como unidad de apreciación de la decisión que se deba pronunciar.

---

<sup>29</sup> ZEMARTTEN, JEAN, ob. cit. Págs. 5 y 8.

- En cuanto a “instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” el autor considera que debemos considerar que intenta abarcar a todo tipo de órgano de los Estados que tome decisiones con respecto a los niños declarando una obligación para los Estados de revisar si en las intervenciones de cualquier tipo de órgano en relación a los menores se está garantizando el Interés Superior del Niño. Pese al importante papel que cumplen las instituciones privadas en relación a los niños no se encuentran incluidas, por lo que resultaría necesario incluirlas igualmente a este principio.
- Respecto a “Interés Superior”, el autor señala que una interpretación literal de dicha frase no sería correcto por las conclusiones a lo que ello llevaría, si fuera así, nos encontraríamos ante un ser que tendría siempre la razón y la última palabra, y además no sería acorde al artículo 5<sup>30</sup> que ayuda a una lógica interpretación de dicho término en el sentido de que el niño es un miembro más de la familia, y también de la sociedad, por lo que cuando se habla de “Interés Superior” lo que se quiere respetar es el bienestar del menor ,objetivo ya tratado en el preámbulo de la Convención, el cual debe formarse en consideración a los puntos 2 y 3 del Artículo 3.
- En su opinión, la importancia de este principio no debe interpretarse de ninguna forma que signifique ser tratado como consideración exclusiva ni excluyente, si no, todo lo contrario ella no es suficiente por sí misma, de hecho esto se muestra al referirse el legislador a ella como “una consideración primordial” y no “la consideración primordial” por lo que a dicho principio, pese a que debe dársele una importancia mayor, no excluye otros intereses, aclarando que ella

---

<sup>30</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 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”.

nunca debe faltar entre los intereses a considerar, constituyendo tal hecho una obligación.

### **C. El Interés Superior del Niño y los otros artículos de la Convención.**

Como ya hemos señalado, el Interés Superior del Niño inunda toda la Convención y es así como todos los derechos que ella contempla no se pueden entender si no es en directa consideración con dicho principio. Así es como existen artículos de la Convención en que se invoca explícitamente dicha consideración para los menores, dentro de ellos encontramos los siguientes<sup>31</sup>:

- El artículo 9<sup>32</sup>. *El derecho del niño de vivir con sus padres*: La Convención considera que este derecho puede ser no respetado en el caso de que dicha situación sea opuesta al Interés Superior del Niño. Lo mismo ocurre en el derecho del menor de comunicarse con sus padres ante una separación de ellos, en este caso también puede excepcionarse este derecho si ello es opuesto al Interés Superior del Niño.
- El artículo 18<sup>33</sup>: *Responsabilidad común de los padres en la educación*: La Convención identifica al Interés Superior del Niño como una guía en la educación de los menores a realizar en forma conjunta por los padres.

---

<sup>31</sup> ZERMATTEN, JEAN, ob. cit. p. 8-10.

<sup>32</sup> Artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño párrafos 1 y 3:

“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.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

<sup>33</sup> Artículo 18 de la Convención de Derechos del Niño párrafos 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

- El artículo 20<sup>34</sup>: *Derecho del niño privado de su medio familiar a una protección especial*: En el caso de los menores en esta situación se concibe la posibilidad de privarlos de su ambiente familiar cuando lo exija el Interés Superior del Niño y, si es el caso, concederles una protección especial. En este articulado, pese a que no usa el término “Interés Superior del Niño”, se persigue el mismo objetivo ya que habla del “superior interés” por lo que lo consideramos dentro de las referencias de la Convención al Interés Superior del Niño.
- Artículo 21<sup>35</sup>. *Reemplazo de su ambiente familiar, Adopción*. En los casos en que el menor sea objeto de este tipo de medidas, cualquiera el tipo que sea, se deberá considerar el Interés Superior del Niño en forma primordial.
- Artículo 37<sup>36</sup>. *Administración de Justicia para menores. La Detención* : La Convención se refiere en este punto al Interés Superior del Niño en relación a la necesidad de los menores de permanecer separados de los adultos como regla general, salvo que en virtud del Interés Superior del Niño se considere lo contrario.

---

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”.

<sup>34</sup> Artículo 20 de la Convención de Derechos del Niño párrafos 1:

“1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.”

<sup>35</sup> Artículo 21 de la Convención de Derechos del Niño párrafos 1:

“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y...”

<sup>36</sup> Artículo 37 de la Convención de Derechos del Niño letra c):

“Los Estados Partes velarán porque:

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.”

- Artículo 40<sup>37</sup>. *Administración de Justicia. Declaración en presencia de los padres y otros asesores*: La Convención reconoce el derecho a ser tratado en forma digna, en concordancia con ello, particularmente respecto a su declaración, se debe garantizar que deberá hacerse en presencia de un asesor a menos que dicha presencia sea contraria al Interés Superior del Niño.

### 3. Observaciones del Comité a propósito del Interés Superior del Niño.

Recordemos que, la Convención de Derechos del Niño establece un órgano de control para su cumplimiento, cual es el Comité de Derechos del Niño. Según lo ya explicado, uno de los aportes que realiza el Comité se refiere a las Observaciones Generales que de él nacen, las cuales desarrollan ciertas temáticas que le preocupan en el momento. Las Observaciones Generales que realizan a todos los Estados tienen la fuerza obligatoria de interpretación recta.

A la fecha, van once Observaciones Generales cada una con un tema diferente<sup>38</sup>. En cada una de las Observaciones Generales que ha emitido el Comité

---

<sup>37</sup> Artículo 40 de la Convención de Derechos del Niño párrafos 1 y 2, letra b), iii:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;”

<sup>38</sup> Estas son:

- **Observación General N °1 (2001):** Propósitos de la Educación.

se trata de una u otra manera el Interés Superior del Niño, por ello analizaremos a continuación de qué forma se ha considerado este concepto en relación a cada tema que se ha desarrollado.

**A. Observación General N °1 (2001): Propósitos de la Educación.**

La Observación General N ° 1, según nos señala su parte introductoria, desarrolla el artículo 29 de la Convención la cual trata sobre el derecho a la educación que tiene todo niño, y precisamente se dedica a la forma de su aplicación, entendiéndose por ello, su acceso y también su contenido. Además clarifica el objetivo general de la educación, este es potenciar al máximo la capacidad del niño para participar de manera plena y responsable en una sociedad libre y sus posibilidades de hacerlo.

La primera referencia que se hace al Interés Superior del Niño es al tratar las funciones de la educación que debe entregar cada Estado, ya que ella deberá estar encaminada a entregar una amplia gama de valores y además conciliarlos a través del dialogo y el respeto a las diferencias. Se hace hincapié en la naturaleza interconexa de la Convención, por lo que cada disposición se basa en otras, las refuerza, las integra y

- 
- **Observación General N ° 2 (2002):** El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño.
  - **Observación General N ° 3 (2003):** El VIH/SIDA y los derechos del niño.
  - **Observación General N ° 4 (2003):** La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.
  - **Observación General N ° 5 (2003):** Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.
  - **Observación General N ° 6 (2005):** Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.
  - **Observación General N ° 7 (2005):** Realización de los derechos del niño en la primera infancia.
  - **Observación General N ° 8 (2006):** El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes.
  - **Observación General N ° 9 (2006):** Los derechos de los niños con discapacidad.
  - **Observación General N ° 10 (2007):** Los derechos del niño en la justicia de menores.
  - **Observación General N ° 11 (2009):** Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.

las complementa, y no puede entenderse cumplida sin ello, por lo que dentro de los valores y el respeto a los derechos que debe entregar la educación no puede olvidarse los principios generales de la Convención y dentro de ellos explicita al Interés Superior del Niño. No se debe olvidar la necesidad de entender los derechos dentro de un marco ético, moral, espiritual, cultural y social más amplio, y de que los derechos del niño, son parte intrínseca de los valores de las comunidades locales<sup>39</sup>.

La segunda referencia la encontramos también dentro de las funciones de la educación que debe entregarse, así es como hace referencia al Interés Superior del Niño en relación a que, dada la importancia que se da en la Convención a la actuación del Interés Superior del Niño, este artículo no puede estar ajeno y la enseñanza también debe girar en torno al niño, por las características únicas de cada menor, por lo tanto, los programas de estudios deben guardar una relación directa con las particularidades presentes y futuras del niño<sup>40</sup>.

**B. Observación General N ° 2 (2002): El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño.**

La Observación General N ° 2, según nos informa su parte introductoria, es adoptada con el fin de alentar a los Estados a crear una institución independiente para la promoción y vigilancia de la aplicación de la Convención y apoyarlos así en esa tarea explicando los elementos esenciales de tales instituciones y las actividades que deberían realizar.

La primera referencia al Interés Superior del Niño se hace en relación a las actividades recomendadas que debe realizar dichas instituciones, dentro de ellas considera exigir, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 3 de la Convención, que sea una consideración primordial a la que se atenderá en todas las medidas

---

<sup>39</sup> Observación General N ° 1 Comité de Derechos del Niño, p. 3

<sup>40</sup> Observación General N ° 1 Comité de Derechos del Niño, p. 4

concernientes a los niños el Interés Superior del Niño, y además velar porque los efectos de las leyes y políticas en los niños se tengan rigurosamente en cuenta desde su elaboración, aplicación y más allá<sup>41</sup>.

La segunda referencia, se hace también en relación a las actividades que recomienda realicen estas instituciones, así es como dice que, de conformidad al Artículo 3.3 de la Convención, o sea, la obligación de las instituciones de cumplir las normas para asegurar al niño la protección y el cuidado necesario para su bienestar, debe realizar visitas a todos los lugares donde haya menores, con el fin de informar sobre la situación y formular las recomendaciones para que mejore<sup>42</sup>.

**C. Observación General N ° 3 (2003): El VIH/SIDA y los derechos del niño.**

Esta Observación General, según señala su parte introductoria, tiene como objetivos cuatro puntos: primero, profundizar en los derechos humanos de los niños que viven en el entorno del VIH/SIDA; segundo, promover el respeto de los derechos del niño en el marco del VIH/SIDA con arreglo a la Convención; tercero, determinar las medidas y las prácticas para que los Estados hagan efectivos en mayor medida los derechos relacionados con la prevención del VIH/SIDA y el apoyo, la atención y la protección de los niños infectados por esta pandemia o afectados por ella; y cuarto, contribuir a la formulación y la promoción de planes de acción, estrategias, leyes, políticas y programas orientados a los niños a fin de combatir la propagación y mitigar los efectos del VIH/SIDA.

La primera referencia que se hace en esta Observación General, es en relación a que el VIH/SIDA afecta a la salud como derecho, pero también todos los demás derechos y entre ellos a los principios generales de los cuales es parte el Interés

---

<sup>41</sup> Observación General N ° 2 Comité de Derechos del Niño, p. 5

<sup>42</sup> Observación General N ° 2 Comité de Derechos del Niño, p. 6

Superior del Niño, por lo que sólo podrán aplicarse medidas adecuadas para combatirlo si se respetan cabalmente los derechos del niño y del adolescente<sup>43</sup>.

La segunda referencia al Interés Superior del Niño es como principio afectado, ya que generalmente las políticas y programas referentes al VIH/SIDA se hacen pensando en los adultos y no se ha dado la atención que merece este principio que es un aspecto primordial ya que el mismo principio dispone que debe considerarse en todas las medidas concernientes a los niños, cosa que no se ha realizado y el niño debe ser uno de los principales beneficiarios de las medidas de lucha contra esta pandemia<sup>44</sup>.

Luego se hace una tercera referencia, al tratar los niños afectados por el VIH/SIDA y niños huérfanos por causa de este mal, así es como en estos casos lo que se propone es mantener al niño con su familia, pero en los casos en que no se pueda y no haya otra opción recurrir a instituciones que los acojan, pero considerando los efectos perjudiciales que dicha actuación puede tener sobre el desarrollo de los niños, por lo tanto, si no hay otra solución de conformidad al Interés Superior del Niño, a la debida protección especial a los niños que carecen de familia y a las normas de la Convención para los niños internados, se deberá tomar medidas estrictas para que dichas instituciones observen normas concretas para su atención y respeto a las garantías de protección jurídica de los menores<sup>45</sup>.

**D. Observación General N ° 4 (2003): La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.**

Esta Observación General, según nos señala su parte introductoria, se dedica a los adolescentes dado el abandono que sufre este grupo etario que sigue siendo niño y al cual se le presentan los mayores desafíos. La Convención sobre los Derechos del

---

<sup>43</sup> Observación General N ° 3 Comité de Derechos del Niño, p. 3

<sup>44</sup> Observación General N ° 3 Comité de Derechos del Niño, p. 4

<sup>45</sup> Observación General N ° 3 Comité de Derechos del Niño, p. 11

Niño, en su artículo 1, define al niño como "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". En consecuencia, los adolescentes de hasta 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención; tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consonancia con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos, según dispone el artículo 5 de la misma Convención.

La primera referencia se hace respecto al entorno sano y propicio que debe rodear al adolescente ya que su salud y desarrollo están fuertemente influenciados por el este. Por ello, se destaca la importancia de la promoción y aplicación de los derechos de la Convención, especialmente de los principios de ella, dentro de los cuales está el Interés Superior del Niño, para garantizar el derecho de los adolescentes a la salud y al desarrollo<sup>46</sup>.

La segunda referencia es en relación a que los Estados están obligados por la Convención, en atención a respetar al Interés Superior del Niño, a eliminar todo lo que amenace el derecho a la vida de los adolescentes<sup>47</sup>.

La tercera referencia es en relación a la información, desarrollo de aptitudes, asesoramiento y servicios de salud, ya que los adolescentes tienen derecho a ello, y en virtud a la Convención, con referencia expresa al artículo 3 referente al Interés Superior del Niño, los Estados deben facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva detallada<sup>48</sup>.

La cuarta referencia es también sobre el tema de acceso a la información, y también respecto a expresar su opinión, ya que en el caso de tener que tomar una decisión en estos temas, antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que los adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta. Sin embargo, si el adolescente

---

<sup>46</sup> Observación General N ° 4 Comité de Derechos del Niño, p. 4

<sup>47</sup> Observación General N ° 4 Comité de Derechos del Niño, p. 6

<sup>48</sup> Observación General N ° 4 Comité de Derechos del Niño, p. 7

es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y sólo se informará al mismo tiempo a los padres, en virtud del Interés Superior del Niño<sup>49</sup>.

Por último, la quinta referencia es en relación al tema de la naturaleza de las obligaciones de los Estados, ya que en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la salud y el desarrollo de los adolescentes deben tener siempre presente los cuatro principios de la Convención, entre los cuales está el Interés Superior del Niño<sup>50</sup>.

**E. Observación General N ° 5 (2003): Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.**

El Comité preparó esta Observación General, según informa su parte introductoria, para describir la obligación de los Estados Partes de adoptar lo que han denominado "medidas generales de aplicación". Los diversos elementos de ese concepto son complejos, y el Comité subraya que, para desarrollar esta descripción, probablemente formulará más adelante observaciones generales más detalladas sobre esos diferentes elementos.

La primera referencia que se hace al Interés Superior del Niño es como parte de las muchas obligaciones generales que prescribe la Convención para los Estados en materia de aplicación en su segundo párrafo relativo a la obligación de asegurar al niño la protección y el cuidado que le sean necesarios<sup>51</sup>.

La segunda referencia es en relación a una aclaración que se hace, respecto a la calidad de derechos civiles y políticos de ciertos articulados de la Convención dentro de los cuales se encuentra el artículo 3 que contiene el Interés Superior del Niño<sup>52</sup>.

La tercera referencia se hace en relación a la necesidad de tener como consideración esencial los principios de la Convención para hacer una aplicación

---

<sup>49</sup> Observación General N ° 4 Comité de Derechos del Niño, p. 8

<sup>50</sup> Observación General N ° 4 Comité de Derechos del Niño, p. 9

<sup>51</sup> Observación General N ° 5 Comité de Derechos del Niño, p. 2

<sup>52</sup> Observación General N ° 5 Comité de Derechos del Niño, p. 2

efectiva de la Convención, así es como todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten<sup>53</sup>.

La cuarta referencia es en relación a la importancia de que el derecho interno de cada Estado refleje todos y cada uno de los principios generales establecidos en la Convención, dentro de los cuales se encuentra el Interés Superior del Niño<sup>54</sup>.

La quinta referencia se hace al hablar de la privatización de los servicios, por las graves repercusiones sobre el reconocimiento y realización de los derechos del niño que esto puede provocar. Ante esta situación, y como los Estados están obligados a la Convención, ellos deben velar porque los proveedores privados actúen conforme a sus disposiciones, ya que la privatización no reduce su responsabilidad y permanece siendo obligatorio su respeto, especialmente a ciertos artículos claves, dentro de los cuales se encuentra el 3° relativo al Interés Superior del Niño que sigue siendo una consideración primordial<sup>55</sup>.

La sexta referencia es en relación a la necesidad de mantener un proceso continuo de valoración y evaluación de los efectos sobre los niños para que el Interés Superior del Niño siga siendo una consideración primordial<sup>56</sup>.

**F. Observación General N ° 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.**

El objetivo de esta Observación General, según dispone su parte introductoria, es poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de su familia, exponer la multiplicidad de problemas que experimentan los Estados y otros actores para conseguir que esos menores tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de los mismos, así como proporcionar

---

<sup>53</sup> Observación General N ° 5 Comité de Derechos del Niño, p. 5

<sup>54</sup> Observación General N ° 5 Comité de Derechos del Niño, p. 8

<sup>55</sup> Observación General N ° 5 Comité de Derechos del Niño, p. 11.

<sup>56</sup> Observación General N ° 5 Comité de Derechos del Niño, p. 12

orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de los referidos menores a la luz de todo el contexto jurídico que representa la Convención de los Derechos del Niño.

La primera referencia se hace al determinar los objetivos de esta Observación General, ya que todo este tema se abordará a la luz de la Convención y expresa literalmente que se hará con especial referencia a los principios de la Convención y dentro de ellos, al Interés Superior del Niño<sup>57</sup>.

La segunda referencia se hace en relación a las obligaciones respecto a estos niños, ya que el Estado ha de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia<sup>58</sup>.

La tercera referencia se hace al Interés Superior del Niño como consideración primordial permanente en la búsqueda de soluciones a corto y a largo plazo. Este principio se debe respetar mientras duren estas situaciones de desplazamiento y al tomarse una decisión, esta deberá fundamentarse en consideración al Interés Superior del Niño, el cual para determinarse, se debe realizar una evaluación clara y a fondo para cada caso en particular. Lo antes señalado es lo que se debe hacer para cada decisión de importancia para el futuro del menor, con dedicación y respetando su interés superior. Además, si se ha internado al menor para una mejor atención a sus necesidades es imperativo, para el respeto al Interés Superior del Niño, una revisión periódica de su situación<sup>59</sup>.

La cuarta referencia se hace en relación a la confidencialidad de la información que se reciba con referencia al menor, incluso la información relativa a su paradero podrá ser retenida de sus padres si así lo exige el Interés Superior del Niño<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 5

<sup>58</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 7

<sup>59</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 9

<sup>60</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 10

La quinta referencia es al tratar las medidas que se deben adoptar para atender las necesidades de protección de los menores, la forma de adoptar el proceder se hará en consideración del Interés Superior del Niño, siendo una de las primeras medias, una evaluación de menor, la cual, también debe ser realizada en atención a dicho principio<sup>61</sup>.

La sexta referencia es en relación al nombramiento de tutor, asesor y representante legal, ya que los Estados deben crear una regulación jurídica adecuada y adoptar las medidas necesarias para que el Interés Superior del Niño este siempre debidamente representado<sup>62</sup>.

La séptima referencia se hace en relación a las medias de atención y alojamiento de los menores, en ellas sólo se permitirá el cambio de residencia del menor cuando con el cambio se preserve el Interés Superior del Niño y, en el caso del menor que este acompañado de un adulto o los tenga en el país de asilo se permitirá permanecer con él, salvo si ello fuese contrario al Interés Superior del Niño<sup>63</sup>.

La octava referencia es en relación a la prevención de la trata y de la explotación sexual, así es como los menores que corren peligro de recaer en ella, no deben ser devueltos a su país de origen salvo que lo aconseje su Interés Superior del Niño<sup>64</sup>.

La novena referencia se hace en relación a la privación de libertad, ya que no deberá recurrirse a ella en aplicación de Interés Superior del Niño para este tipo de menores, ya que no es justificación suficiente que no esté acompañado para tomar esta medida<sup>65</sup>.

La décima referencia, se hace en el tema de la reunión familiar, este es el objetivo de regular la situación de los menores en estas condiciones o al menos,

---

<sup>61</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 11

<sup>62</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 12

<sup>63</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 13

<sup>64</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 15

<sup>65</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 17

identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, así es como la búsqueda y reunión con su familia es un elemento esencial para resolver su problemática, salvo que dicho hecho represente una vulneración mayor que vaya en contra de su Interés Superior del Niño, por lo que dicho principio debe mantenerse siempre presente<sup>66</sup>.

La décimo primera referencia al Interés Superior del Niño es en relación a la integración del menor en el país de acogida, esto se producirá cuando se haga imposible el retorno o también cuando lo desaconseje el Interés Superior del Niño. Del mismo modo la colocación del niño en un establecimiento por largo tiempo debe ser porque lo indica el Interés Superior del Niño ya que esta solución es sólo de última instancia<sup>67</sup>.

La décima segunda referencia se hace en relación a la adopción internacional, ya que toda adopción exige la previa determinación de que responde al Interés Superior del Niño y debe ajustarse a la regulación pertinente. Si existe esperanza razonable de localizar a la familia y la reunión con esta responde al Interés Superior del Niño, no debe considerarse una adopción<sup>68</sup>.

Por último, la décimo tercera referencia se hace en relación al reasentamiento en un tercer país, para considerar dicha situación debe ser una consideración primordial el Interés Superior del Niño<sup>69</sup>.

**G. Observación General N ° 7 (2005): Realización de los derechos del niño en la primera infancia.**

Esta observación general, según informa su parte introductoria, es producto de las experiencias del Comité al examinar los informes de los Estados Partes. En

---

<sup>66</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 21

<sup>67</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 23

<sup>68</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 23

<sup>69</sup> Observación General N ° 6 Comité de Derechos del Niño, p. 24

muchos casos se ha proporcionado muy poca información sobre la primera infancia, y los comentarios se han limitado principalmente a la mortalidad infantil, el registro de los nacimientos y la atención de la salud. Por lo anterior, el Comité consideró que era necesario estudiar las repercusiones más amplias de la Convención sobre los Derechos del Niño en los niños pequeños.

La primera referencia se hace en relación a motivar a los Estados a basarse en creencias y conocimientos sobre la primera infancia y a respetar los valores tradicionales siempre que estos no sean discriminatorios ni vayan contra el Interés Superior del Niño<sup>70</sup>.

La segunda referencia se hace en relación a los principios generales y derechos de la primera infancia, dentro de los cuales se ubica el Interés Superior del Niño. El principio del interés superior del niño se aplica a todas las acciones que afecten a los niños y exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño, en forma individual y/o grupal o colectiva<sup>71</sup>.

La tercera referencia es en relación al respeto a las opiniones y sentimientos de los niños pequeños, así es como el Comité alienta a los Estados Partes a adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar que el concepto de niño como portador de derechos, con libertad para expresar opiniones y derecho a que se le consulten cuestiones que le afectan, se haga realidad desde las primeras etapas de una forma ajustada a la capacidad del niño, a su interés superior y a su derecho a ser protegido de experiencias nocivas<sup>72</sup>.

La cuarta referencia es en relación a las responsabilidades de los padres y asistencia de los Estados, ya que la responsabilidad otorgada a los padres y a otros

---

<sup>70</sup> Observación General N ° 7 Comité de Derechos del Niño, p. 4

<sup>71</sup> Observación General N ° 7 Comité de Derechos del Niño, p. 6

<sup>72</sup> Observación General N ° 7 Comité de Derechos del Niño, p. 6

tutores está vinculada al requisito de que actúen en el Interés Superior del Niño y ello también se aplica a los más pequeños<sup>73</sup>.

La quinta referencia es también en relación a las responsabilidades de los padres y asistencia de los Estados, pero en relación a la evolución de sus facultades como principio habilitador, o sea, la capacidad del niño para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior<sup>74</sup>.

La sexta referencia es en relación al respeto a las funciones parentales, los padres o representantes legales tienen la responsabilidad primordial de promover el desarrollo y el bienestar del niño, siendo su preocupación fundamental el interés superior del niño<sup>75</sup>.

La séptima referencia, se hace por cuanto los Estados Partes deben prestar asistencia adecuada a los padres, representantes legales y familias ampliadas en el desempeño de sus responsabilidades de criar a los hijos.

Según considera el Comité, la primera infancia es el periodo de responsabilidades parentales más amplias en relación con todos los aspectos del bienestar del niño contemplados en la Convención, por lo tanto la realización de los derechos del niño depende en gran medida del bienestar y los recursos de que dispongan quienes tengan la responsabilidad de su cuidado. Reconocer esta interdependencia es importante para planificar la asistencia y los servicios a los encargados y promover el Interés Superior del Niño tanto en los encargados como en el resto de la familia<sup>76</sup>.

La octava referencia tiene que ver con las políticas y programas globales de la primera infancia, especialmente para niños vulnerables, ya que el Comité insta a los Estados a desarrollar estrategias, coordinadas y multisectoriales, a fin de que el Interés

---

<sup>73</sup> Observación General N ° 7 Comité de Derechos del Niño, p. 7

<sup>74</sup> Observación General N ° 7 Comité de Derechos del Niño, p. 8

<sup>75</sup> Observación General N ° 7 Comité de Derechos del Niño, p. 8

<sup>76</sup> Observación General N ° 7 Comité de Derechos del Niño, p. 9

Superior del Niño sea siempre el punto de partida en la planificación y prestación de servicios<sup>77</sup>.

La novena referencia se hace al referirse a la responsabilidad parental y pública en la relación a la educación durante la primera infancia, ya que se reconoce que las divisiones tradicionales entre servicios de “cuidado” y “educación” no siempre han redundado en el Interés Superior del Niño<sup>78</sup>.

La décima referencia es en relación a los niños con necesidades de protección especiales, como es el caso de los niños sin familias, en el caso de que se pretenda una adopción deberá ser el Interés Superior del Niño una consideración primordial y teniendo en cuenta y respetando en forma sistemática todos sus demás derechos<sup>79</sup>.

**H. Observación General N ° 8 (2006): El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes.**

La presente observación general, según señala su parte introductoria, se centra en los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes, que actualmente son formas de violencia contra los niños muy ampliamente aceptadas y practicadas.

La primera referencia se hace en relación a los castigos corporales que por algunos Estados son alegados como “razonables” y justificados en razón del Interés Superior del Niño, el Comité responde a esto que, en forma clara la Convención afirma que el Interés Superior del Niño será la preocupación fundamental de los padres, pero la interpretación del Interés Superior del Niño debe ser compatible con toda la Convención, incluyendo la obligación de proteger a los hijos contra toda forma de violencia, por lo que este principio no puede aducirse para justificar prácticas como son

---

<sup>77</sup> Observación General N ° 7 Comité de Derechos del Niño, p. 10

<sup>78</sup> Observación General N ° 7 Comité de Derechos del Niño, p. 13

<sup>79</sup> Observación General N ° 7 Comité de Derechos del Niño, p. 16

los castigos corporales, ya que está reñido con la dignidad humana y el derecho a la integridad física<sup>80</sup>.

La segunda referencia es en relación a la aplicación de la prohibición de los castigos corporales y otras formas de castigos crueles, específicamente en la situación de dependencia de los niños y la intimidad característica de las relaciones familiares exigen que las decisiones de enjuiciar a los padres, o de intervenir de otra manera oficialmente en la familia, deban tomarse con extremo cuidado. En la mayoría de los casos, no es probable que el enjuiciamiento de los padres redunde en el interés superior de los hijos. El Comité opina que el enjuiciamiento y otras intervenciones oficiales (por ejemplo, separar al niño o al autor) deberían tener lugar sólo cuando se considere necesario para proteger al niño contra algún daño importante y cuando vaya en el interés superior del niño afectado. Deberán tenerse debidamente en cuenta las opiniones del niño afectado, en función de su edad y madurez<sup>81</sup>.

La tercera referencia se hace al hablar de las medidas educativas y de otro tipo y se refieren al Interés Superior del Niño como la preocupación fundamental de los encargados de la crianza y desarrollo de los niños, elemento que va de la mano con la entrega de los conocimientos apropiados para que los niños ejerzan los derechos reconocidos en la Convención<sup>82</sup>.

**I. Observación General N ° 9 (2006): Los derechos de los niños con discapacidad.**

La presente observación general, según dispone su parte introductoria, tiene por objeto ofrecer orientación y asistencia a los Estados Partes en sus esfuerzos por hacer efectivos los derechos de los niños con discapacidad, de una forma general que abarque todas las disposiciones de la Convención.

---

<sup>80</sup> Observación General N ° 8 Comité de Derechos del Niño, p. 8

<sup>81</sup> Observación General N ° 8 Comité de Derechos del Niño, p. 11

<sup>82</sup> Observación General N ° 8 Comité de Derechos del Niño, p. 12

La primera referencia se hace al Interés Superior del Niño como uno de los principios ya que, en todas las medidas concernientes a los niños, una consideración primordial a que se debe atender será el Interés Superior del Niño. El carácter amplio de este artículo tiene por objeto abarcar todos los aspectos de la atención y de la protección de los niños en todos los entornos. Se dirige a los legisladores que están encargados de establecer el marco jurídico para la protección de los derechos de los niños con discapacidad, así como a los procesos de adopción de decisiones relativas a los niños con discapacidad. El artículo 3 debe ser la base para elaborar los programas y las políticas y debe tenerse debidamente en cuenta en todo servicio prestado a los niños con discapacidad y cualquier medida que los afecte.

Además se refiere al Interés Superior del Niño por tener particular importancia en las instituciones y otros centros que ofrecen servicios para los niños con discapacidad, ya que se espera que se ajusten a las normas y a los reglamentos y deben tener como consideración primordial la seguridad, la protección y la atención a los niños, y esta consideración debe pesar más que cualquier otra en todas las circunstancias, por ejemplo, en el momento de asignar fondos<sup>83</sup>.

La segunda referencia se hace en relación a la colocación de los niños en instituciones y lo poco favorable que es dicha situación para el pleno desarrollo de todas sus capacidades, por lo que el Comité insta a los Estados a que utilicen esta herramienta únicamente como último recurso, cuando sea absolutamente necesario y responda al Interés Superior del Niño<sup>84</sup>.

**J. Observación General N ° 10 (2007): Los derechos del niño en la justicia de menores.**

---

<sup>83</sup> Observación General N ° 9 Comité de Derechos del Niño, p. 8

<sup>84</sup> Observación General N ° 9 Comité de Derechos del Niño, p. 13

La presente Observación General, según informa su parte introductoria, se preocupa de los derechos de los niños de quienes se alega que han infringido las leyes penales o a quienes se acusa o declara culpables de haber infringido esas leyes, a los cuales también se denominan "niños que tienen conflictos con la justicia".

La primera referencia al Interés Superior del Niño se hace en los objetivos de la Observación ya que el Comité desea subrayar que, de acuerdo con la Convención, los Estados Partes deben elaborar y aplicar una política general de justicia de menores, lo cual significa que no deben limitarse a aplicar las disposiciones específicas contenidas en los artículos 37 y 40 de la Convención, sino tener en cuenta también los principios generales enunciados en los artículos 2, referente al respeto de los derechos de todo niño sin distinción, artículo 3 relativo al Interés Superior del Niño, artículo 6 sobre el reconocimiento del derecho a la vida de todo niño y el artículo 12 concerniente al derecho a participación del menor y en todos los demás artículos pertinentes de la Convención<sup>85</sup>.

La segunda referencia se hace al Interés Superior del Niño como principio a aplicar, ya que en todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el Interés Superior del Niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Observación General N ° 10 Comité de Derechos del Niño, p. 3

<sup>86</sup> Observación General N ° 10 Comité de Derechos del Niño, p. 5

La tercera referencia se hace al tratar uno de los elementos básicos de una política general de la justicia de menores, cual es la prevención de la delincuencia juvenil, ya que los padres deben preparar a los menores para asumir una vida individual y responsable por lo que no es conforme al Interés Superior del Niño su crianza en condiciones que supongan un mayor o grave riesgo de que se involucre en actividades delictivas<sup>87</sup>.

La cuarta referencia se hace en relación al derecho a ser escuchado, en el tema de menores la presunción de inocencia y el derecho a ser escuchado directamente y no sólo por medio de un representante o de un órgano apropiado es insalvable, esta situación se hace en pos del Interés Superior del Niño<sup>88</sup>.

La quinta referencia se hace en relación a la toma de decisiones sin demora y con la participación de los padres, aquí el juez o la autoridad competente puede resolver, a petición del niño o de su representante legal u otra representación apropiada, o porque no vaya en el Interés Superior del Niño, limitar, restringir o excluir la presencia de los padres en el proceso<sup>89</sup>.

La sexta referencia se hace en relación a las medidas a adoptar como respuesta al delito cometido por un menor, aquí dentro de las posibles consecuencias a adoptar siempre prevalecerá, en el caso de los menores, la necesidad de salvaguardar el bienestar y el Interés Superior del Niño y de fomentar su reintegración social<sup>90</sup>.

La séptima referencia es a propósito de la privación de libertad de un menor y en las condiciones que esto debe realizarse, la regla general dice que todo menor privado de libertad debe estar separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al Interés Superior del Niño, pero esto debe interpretarse de manera restrictiva. La alusión al Interés Superior del Niño no se refiere a lo que sea

---

<sup>87</sup> Observación General N ° 10 Comité de Derechos del Niño, p. 7

<sup>88</sup> Observación General N ° 10 Comité de Derechos del Niño, p. 13

<sup>89</sup> Observación General N ° 10 Comité de Derechos del Niño, p. 15

<sup>90</sup> Observación General N ° 10 Comité de Derechos del Niño, p. 19

conveniente para los Estados sino para el menor. Además, se aclara que esta norma no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los 18 años, sino que debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con su interés superior y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en dicho centro<sup>91</sup>.

**K. Observación General N °11 (2009): Los Niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.**

Si bien la Convención fue el primer tratado fundamental de Derechos Humanos en el que se hizo referencia expresa a los niños indígenas es importante desarrollar la forma en que se entenderán cumplidas dichas disposiciones en relación a ellos. Así es como esta Observación General, según expresa su parte introductoria, tiene como principal objeto orientar a los Estados sobre la forma de cumplir las obligaciones que les impone la Convención en lo referente a los niños indígenas<sup>92</sup>.

Se hace una primera referencia expresa al Interés Superior del Niño en los objetivos de la Observación ya que los principios de la Convención, a saber, la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia, al desarrollo y a ser oído, deben conjugarse con su artículo 30 referente al disfrute de la cultura, la religión y el idioma, los cuales son elementos clave a considerar en este documento<sup>93</sup>.

Posteriormente se trata en detalle el Interés Superior del Niño concibiéndosele como un derecho colectivo y también individual, y que pese a que se entiende que en ocasiones puede haber diferencias entre el Interés Superior del Niño considerado

---

<sup>91</sup> Observación General N ° 10 Comité de Derechos del Niño, p. 21

<sup>92</sup> Observación General N ° 11 Comité de Derechos del Niño, p. 2

<sup>93</sup> Observación General N ° 11 Comité de Derechos del Niño, p. 3 y 4

individualmente y cuando es considerado en forma grupal, su interés individual no puede desatenderse o vulnerarse a favor del interés superior del grupo<sup>94</sup>.

Se aclara además que en el momento de determinar cuál es su interés superior se debería tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo<sup>95</sup>.

En relación a la legislación, políticas y programas que afecten a estos niños, se debe consultar a sus comunidades indígenas y además dar posibilidad de participación para determinar cuál es el interés superior de los niños indígenas en general para así tener en cuenta el contexto cultural. Además se destaca el hecho de que la consideración de los derechos culturales colectivos del niño indígena forma parte de la determinación del interés superior del niño indígena como derecho individual. Se reitera, que este principio general exige que los Estados adopten activamente medidas que apliquen sistemáticamente dicho principio, debiendo estudiarse las consecuencias de dichas medidas sobre los derechos e intereses de los niños, puntualmente en este caso, niños indígenas<sup>96</sup>.

El Interés Superior del Niño también se trata en relación a la protección del entorno familiar y otro tipo de tutelas, ya que se les debe prestar asistencia en las funciones de crianza de conformidad a los principios de la convención, entre los cuales se encuentra el Interés Superior del Niño. Los principios de la Convención deben ser consideración primordial en los programas de desarrollo, servicios sociales, salud y educación que se refiere a estos niños<sup>97</sup>.

En relación a la justicia juvenil, de igual forma se hace referencia a este principio en términos que, se alienta a los estados partes a tomar todas las medidas procedentes para ayudar a los pueblos indígenas a organizar y poner en práctica sistemas tradicionales de justicia restaurativa, siempre que esos programas sean

---

<sup>94</sup> Observación General N ° 11 Comité de Derechos del Niño, p. 7

<sup>95</sup> Observación General N ° 11 Comité de Derechos del Niño, p. 8

<sup>96</sup> Observación General N ° 11 Comité de Derechos del Niño, p. 8

<sup>97</sup> Observación General N ° 11 Comité de Derechos del Niño, p. 11

conformes a los derechos enunciados en la Convención, en particular al Interés Superior del Niño<sup>98</sup>.

Luego de haber analizado todas las Observaciones Generales del Comité podemos concluir que las referencias que se hacen del Interés Superior del Niño son siempre dejando claro que debe ser una consideración primordial y que se debe tomar en consideración con visión de futuro ya que todas las medidas que se hagan en relación a un menor tendrán repercusiones en su desarrollo y por lo tanto en su futuro y esto es una responsabilidad que está en las manos de los responsables de los menores, pero también y de un modo indirecto de los Estados, ya que estos deben prestarles los medios necesarios a los encargados de los menores para cumplir con el Interés Superior del Niño y además, velar que en el caso de que los padres no lo hagan, tomar decisiones en forma directa con respecto a los intereses del menor.

Respecto a la determinación del concepto de Interés Superior del Niño, se observa una referencia a este de una forma que podríamos calificar como principalmente casuística y además de características individuales, pero a su vez, con la posibilidad de ser también de carácter colectivo, lo que refleja a nuestra consideración la flexibilidad del concepto.

#### **4. Contenido y alcance del Interés Superior del Niño.**

Es claro, de lo expuesto hasta ahora y según confirma Mary Bellof<sup>99</sup>, que el Interés Superior del Niño es un concepto que no nace en la Convención. Sin embargo, la importancia de su inclusión en dicho tratado es entregarle una fuerza internacional prioritaria, toda vez que la Convención de Derechos del Niño ha sido ampliamente ratificada, con la sola excepción de Estados Unidos y Somalia.

---

<sup>98</sup> Observación General N ° 11 Comité de Derechos del Niño, p. 18

<sup>99</sup> BELLOF, MARY. "Protección Integral de Derechos del Niño Vs derechos en Situación Irregular", texto publicado en "Los derechos del niño en el sistema interamericano", Del Puerto, Buenos Aires, 2004. p. 1-46.

A su vez, es evidente que para el análisis de este artículo, en búsqueda del contenido y alcance del Interés Superior del Niño, no basta concentrarse en el apartado 3.1, ya que una lectura armoniosa de este articulado supone considerar el texto completo del artículo tercero, el cual en los apartados 3.2 y 3.3 hace mención a la relevancia que tiene el concepto de bienestar en el resguardo del Interés Superior del Niño.

El concepto de bienestar se puede asociar a condiciones materiales adecuadas para los niños, sin embargo el Interés Superior del Niño correspondería a un concepto más amplio que no sólo se refiere a condiciones materiales sino que también incluye atributos emocionales, afectivos y espirituales.

Para determinar su contenido no debemos olvidar hacer referencia a las Observaciones Generales del Comité ya que, como interpretación recta de la Convención, son de vital importancia. Conforme a ellas, el Interés Superior del Niño también opera como principio rector interpretativo de todo el resto de la Convención.

Lo anteriormente expresado por el Comité en virtud de las Observaciones Generales, refuerza el hecho de considerar ciertos artículos de la Convención como pilares fundamentales que rigen la aplicación de toda la convención, los cuales llamamos artículos “umbrella” ya que ellos cubren todas las demás disposiciones. Así, el Interés Superior del Niño, junto con la No Discriminación y la Participación, conforman la base y sólo en virtud de ellos pueden ser disfrutados los demás derechos de la Convención por parte de los niños.

En la doctrina se ha hecho hincapié en la indeterminación que presenta el concepto de Interés Superior del Niño, ante lo cual podemos observar principalmente dos reacciones, una tendencia que busca su objetivización y otra, que pretender mantener esta indeterminación del principio.

**A. Tendencias de objetivización del concepto de Interés Superior del Niño**

Sistemas jurídicos distintos al nuestro, con posturas más radicales, han intentado precisar la noción de Interés Superior del Niño. Un ejemplo de la aplicación de este tipo de tendencias es Canadá<sup>100</sup>, en el cual el proyecto de modificación del “*Divorce Act*” propone que el Interés Superior del Niño sea juzgado según los siguientes elementos:

1. la naturaleza, la estabilidad y la intensidad de la relación entre el niño y cada una de las personas concernidas en el procedimiento,
2. la naturaleza, la estabilidad y la intensidad de la relación entre el niño y los otros miembros de la familia donde reside este o implicadas en el momento de los cuidados o de la educación del niño,
3. las ocupaciones del niño,
4. la capacidad de cada persona para ofrecer un marco de vida, educación y todos los cuidados necesarios al niño,
5. los lazos culturales y religiosos del niño,
6. la importancia y las ventajas de una patria potestad conjunta, asegurando una implicación activa de los dos padres después de la separación,
7. la importancia de las relaciones del niño con sus abuelos o con otros miembros de la familia,
8. las propuestas de los padres,
9. la capacidad del niño para adaptarse a los puntos de vista de los padres,
10. la capacidad de los padres para facilitar y para asegurar el mantenimiento de una relación con otros miembros de la familia,

---

<sup>100</sup> Zermatten, Jean, ob. cit. p. 13-14.

11. cualquier antecedente que muestre violencia realizada por uno de los padres hacia el niño,
12. la exclusión de preferencia liada al sexo de uno de los padres,
13. la voluntad demostrada de cada padre para tomar parte a las sesiones educativas,
14. cualquier otro factor que pueda influenciar la toma de decisión.

Este listado de consideraciones, al parecer no exhaustiva ni jerarquizada, da cierto orden a lo que debería ser considerado al intentar determinar el contenido del Interés Superior del niño en el caso concreto pero sin llegar a ser una limitante, ya que incluso expresamente se considera en el último punto cualquier otro factor que pudiera ser importante tomar en cuenta.

Otros países, menos radicales, pero que de igual manera buscan entregar más certeza en relación a su contenido han determinado consideraciones que deben incluirse al momento de la definición casuística del Interés Superior del Niño. Este es el caso de “*Children Act*”, creado en Inglaterra<sup>101</sup>, que consiste en una serie de consideraciones o criterios que el derecho ingles a determinado para que el Juez las considere en la determinación de la mejor protección de los derechos de los niños. Estos serían los intereses de cualquier niño como una suerte de parámetro que debe procurar el Juez pero también a su vez los progenitores o personas responsables de los menores. Estos criterios son:

- La opinión del niño, sus deseos y sentimientos.
- Las necesidades físicas, afectivas y educativas.
- Los efectos probables de un cambio de situación en el menor.
- La edad, sexo, ambiente y personalidad del menor y cualquier otra característica que sea relevante.
- Males o daños que haya o puede padecer o sufrir el menor.
- Las capacidades de sus padres para responder a sus necesidades.

---

<sup>101</sup> RIVERO HERNANDEZ F., El Interés del menor, Edit. Dykinson, Madrid, 2000, p.64 a 67.

## **B. El Interés Superior del Niño como concepto indeterminado.**

Por otro lado, encontramos una tendencia opuesta que no considera necesaria la definición de tal concepto, si no que es más, su indeterminación es esencial para responder de mejor manera a la infinidad de situaciones a las que se puede ver expuesto un menor, por lo que debe ser precisado en la práctica. Es una noción a largo plazo en la que se debe situar al niño en una perspectiva de su propio futuro. El Interés Superior del Niño tendrá dos funciones, una abstracta que obligará a los órganos del Estado para la protección de todos los niños cada uno a través de la función que le es propia, y otra concreta que se obtendrá del concepto en abstracto para fundamentar una situación en particular.

Zemartten, siguiendo esta tendencia, entiende el Interés Superior del Niño como “un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta”<sup>102</sup>.

Considera este autor, que dicho concepto debe servir de unidad de medida cuando son varios los intereses en conflicto y además insiste que, en caso de situaciones difíciles, simplemente este concepto no puede estar basado en elementos objetivos. Es más, considera la posibilidad de pensar en buscar el mal menor para el niño o niña ya que es la vía menos peligrosa para no ponerlo en riesgo.

En el concierto nacional han existido otros esfuerzos por conceptualizar al Interés Superior del Niño, sin embargo, estas se enmarcan dentro de la corriente garantista penal, preocupada de las acciones de los niños ante el delito, materia que excede las pretensiones del presente trabajo.

---

<sup>102</sup> Zemartten, Jean, ob. cit. p. 15

Como se puede observar, no hay consenso total sobre la definición del concepto de Interés Superior del Niño, sólo existen ciertos puntos en los que no cabe discusión alguna como son la calidad de sujeto de derechos de los niños, y la certeza de que sus necesidades son prioritarias en ser satisfechas por ser sujetos de protección especial.

Respecto al contenido mismo del Interés Superior del Niño, nos inclinamos por la tendencia de no determinar su contenido en pos de una mejor y más completa protección de los menores a través de las dos formas que toma este Interés del Niño. Sólo podríamos de cierta forma caracterizar a este concepto sin ánimo de limitarlo sólo a ello si no de poder hacernos una noción de este.

## **CAPITULO II: LA RECEPCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO POR LA LEY N° 19.968.**

Hemos revisado la forma en que la presencia de los menores se fue haciendo patente en la sociedad y, posteriormente, la necesidad de una protección especial hacia ellos, condición que se fue considerando en un comienzo al interior de los Estados y luego en forma internacional, llegando en definitiva a un cuerpo normativo internacional de carácter obligatorio que viene a dar claridad al tipo de protección que se le debe entregar a la comunidad infantil en los distintos países.

Podemos observar que con la aprobación de la Convención de Derechos del Niño se llega a un punto en que, primero, se reconocen sin duda alguna los derechos de los menores, segundo se da cuenta de la necesidad de una protección especial, tercero, se fijan formas de hacer efectiva de mejor manera la aplicación y protección de dichos derechos y en cuarto lugar, se instituye que estos mecanismos de protección de los derechos de los niños son complementarios de los mecanismos comunes de protección de los derechos de toda persona.

Dentro de este desarrollo hemos hecho hincapié en el concepto de Interés Superior del Niño, el cual ha ido de la mano en toda esta evolución respecto a la protección de los menores y sus intereses, y más aún, en la forma en que esto se puede lograr.

La Convención de Derechos del Niño fue ratificada por Chile<sup>103</sup>, y por tanto nuestro Estado, adquirió obligaciones, siendo una de las más importantes, la de ir adoptando medidas para adaptar el sistema legal nacional al cuerpo de la Convención, todo esto para poder hacer efectivas y poner en práctica la totalidad de los derechos y

---

<sup>103</sup> La Convención de Derechos del Niño fue aceptación por Chile el 13 de agosto de 1990. Fue promulgada por el decreto N ° 830 de 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

garantías consagrados en este tratado y así, poder garantizar su pleno respeto e igualdad en su aplicación a todos los sujetos titulares de dichos derechos.

A continuación, analizaremos la jerarquía de la Convención de Derechos del Niño en Chile, ya que es ella la que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el concepto de Interés Superior del Niño.

## **1. Jerarquía de la Convención de los derechos del Niño en Chile.**

La jerarquía de la Convención en un ordenamiento jurídico interno depende del valor que se les conceda a los tratados internacionales de derechos humanos en dicho país. En nuestro caso han aparecido variadas teorías.

### **A. Teorías respecto al valor de los Tratados de Derechos Humanos en la Legislación Nacional.**

Existen diferentes posturas en torno a la jerarquía de dichos tratados, distinguiéndose claramente cuatro<sup>104</sup>:

- Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos tienen un rango equivalente a las leyes nacionales.
- Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos gozan de un rango intermedio, ubicado por sobre las leyes pero, inferior a la Constitución Política de la República.
- Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos poseen jerarquía Constitucional.

---

<sup>104</sup> VELOSO V., PAULINA, “La Justicia frente a los Derechos Humanos de las Mujeres”. Ed. Jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile, 2000. p. 109 y 110.

- Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ostentan de una Jerarquía superior a la Constitucional.

Como podemos observar, esta clasificación hace la distinción respecto al rango supra o Infra Constitucional de los tratados, por lo que es la Carta Magna la que marca la línea divisoria.

Las posiciones primera y segunda que consideran a los tratados internacionales infra constitucionales argumentan lo siguiente<sup>105</sup>:

- Pretender reconocerle rango Constitucional a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, riñe con el sistema mixto de control de constitucionalidad preventivo y represivo de los Tratados. Respecto al control preventivo, la Constitución dispone dicho proceso para los tratados en su artículo 93 n° 1<sup>106</sup>.
- En cuanto al control represivo, procedería contra ellos eventualmente el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y por lo tanto, se encontraría sujetos a la supremacía Constitucional.
- Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos no pueden modificar la Constitución Política. Su modificación sólo puede realizarse mediante un quórum reforzado de 2/3 de sus miembros en ejercicio por tratarse del Capítulo relativo a los derechos y deberes Constitucionales.

En cuanto a la posición que considera a los Tratados Internacionales de rango constitucional podemos encontrar los siguientes argumentos:

---

<sup>105</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de fecha 8 de Abril de 2002, Rol N° 346.

<sup>106</sup> Constitución Política de la República de Chile, artículo 93 n°1:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1° Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”.

- Los Derechos que contiene un Tratado internacional sobre Derechos Humanos, una vez ratificado dicho cuerpo normativo por nuestro país, y mientras este se encuentre vigente, se entienden incorporados a la Constitución, estableciendo un límite a la Soberanía, y a su vez, obligando a todos y cada uno de los Órganos del Estado, incluido el Poder Legislativo, a promover y respetar tales derechos incluidos en el Tratado. Se podría decir que desarrolla los principios y normas, contenidas en la Constitución, que reconocen y garantizan los Derechos propios de la Naturaleza Humana. Esto “no implica una modificación de la Constitución por procedimientos distintos a los establecidos en ella, sino que incorpora los instrumentos internacionales a la llamada Constitución material, vale decir, a las fuentes de producción normativa obligatoria de carácter general, con similar fuerza jurídica a la Carta Fundamental, pero no a la Constitución formal, o sea al cuerpo escrito de carácter solemne más difícilmente modificable que la ley común. Lo anterior deja en manifiesto la crisis de una visión estrictamente normativa-racional de la Constitución, que la concebía como un todo cerrado y hermético, modelo incompatible con la dinámica internacionalización de los derechos humanos, de la que el Derecho Constitucional no puede sustraerse”<sup>107</sup>.
- Respecto al control preventivo y represivo de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por parte del Congreso y del Tribunal Constitucional, debemos decir que ambos tienen como objetivo verificar si dichas normativas internacionales son o no un aporte a los Derechos garantizados por la Carta Fundamental, pero, dicha situación no significa que dichos Tratados queden en un rango inferior a la Constitución después de ser ratificados y mientras estén vigentes.

Los sistemas que expresa o tácitamente hacen prevalecer los Tratados Internacionales a la Constitución son muy escasos. Esta situación tiene como efecto

---

<sup>107</sup> MUÑOZ T., VICTOR R., “Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la Carta de 1980”. Revista de Derecho: Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 8, 2000. p. 342.

que la Constitución y demás normas nacionales, como derecho inferior, deban interpretarse según los artículos e ideologías del Tratado<sup>108</sup>.

En el caso Chileno la doctrina mayoritaria asume que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos poseen rango constitucional.

**B. Efectos de la Teoría de rango Constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.**

- Estos derechos pasan a formar parte de la Carta Fundamental, y en consecuencia, la Convención de Derechos del Niño es una prolongación de la Constitución.
- Dichos derechos pasan a tener validez y eficacia jurídica, no pudiendo desconocerse su existencia, contenido y ubicación, correspondiéndole herramientas para accionar en caso de su vulneración.
- Por lo tanto, toda contravención a la Convención, significa la vulneración del Tratado, y además de las Garantías Constitucionales, por lo que existe una doble violación.

**C. Obligatoriedad de la Convención de Derechos del Niño.**

---

<sup>108</sup> VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, "Introducción al Derecho Internacional". 1ª ed., vol. I. p. 201.

Fijada, a nuestro entender, la obligatoriedad de la Convención en nuestro país, es importante desarrollar la forma de ejecución de la misma, ya que esta tiene una doble dimensión:

Por un lado, la Convención tiene la característica de ser “autoejecutable”, por lo menos, lo es en la mayoría de sus disposiciones. Esto implica la autosuficiencia de la Convención para ser aplicada en forma directa por los tribunales nacionales, o sea, que no es necesaria modificación legal que posibilite la aplicación de sus normas. De esta forma se puede observar que la Convención cumple un rol regulador y a su vez, complementario, interpretativo y también integrador de la legislación interna del país. Ejemplo de esta situación la representa el mismo Interés Superior del Niño, presente en el artículo 3 de la Convención el cual como principio debe ser aplicado por el juez 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.

Por otro lado, observamos que la misma Convención en el artículo 44, dispone un sistema de control de cumplimiento de todos los derechos de la Convención<sup>109</sup>. Tal sistema corresponde a la obligación de los Estados de generar informes del estado de adecuación y cumplimiento de la Convención dentro de su jurisdicción ante el Comité de Derechos del Niño. Este Órgano, a la luz de los antecedentes presentados por el Estado, genera las respectivas respuestas. Por su parte, el artículo 45 permite la generación de dicho informe ante el Comité por organismos no gubernamentales.

No está de más reiterar que, las recomendaciones emitidas por el Comité a propósito de los informes presentados por los Estados, como aquellas generadas en forma general para los Estados Parte, constituyen interpretación recta de los principios y contenidos de la Convención.

---

<sup>109</sup> Artículo 44 n° 1, de la Convención de Derechos del Niño:

“Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos”

Respecto de la efectividad de los Derechos consagrados a los niños en la Convención se ha planteado también la discusión a cerca de la diferencia de obligatoriedad que existiría entre los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Mientras los primeros establecerían una obligación directa por parte del Estado, los segundos establecerían una obligación de medios. Esto último ocurriría en el caso de los artículos 26<sup>110</sup>, referido a la seguridad social, y 27<sup>111</sup>, relativo al nivel adecuado de vida de un niño para su cabal desarrollo, los cuales expresan la obligación del Estado parte en términos indirectos; o sea de acuerdo con los condiciones nacionales.

Sin lugar a duda, la obligatoriedad y eficacia de la Convención requiere de la adecuación de la legislación interna a los principios y contenidos de dicho tratado.

---

<sup>110</sup> Convención sobre Derechos del Niño, artículo 26:

“1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre”.

<sup>111</sup> Convención sobre Derechos del Niño, artículo 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”.

## **2. La Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia como legislación de adecuación.**

En palabras de Susan Turner, “de acuerdo con el artículo 44 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, instrumento fundamental de la citada Doctrina de Protección Integral, nuestro país tiene la obligación positiva de adecuar su derecho interno y sus políticas públicas a la Convención. Por tanto, la incumple tanto cuando vulnera los derechos del niño como cuando omite emprender una readecuación de su derecho interno a la normativa internacional.

Desde el punto de vista del Derecho interno, la creación de los Tribunales de Familia se enmarca dentro de un proceso más amplio de formulación de un nuevo Derecho de Familia. La etapa actual se caracteriza como una etapa de transición, puesto que coexisten ideas e instituciones antiguas con otras modernas”<sup>112</sup>.

Un ejemplo claro de la coexistencia expresada por la autora, es el funcionamiento conjunto de los nuevos Tribunales de Familia con los ya desaparecidos Tribunales de Menores por un periodo superior a tres años, durante los cuales, en unos se aplicaba el procedimiento instaurado por la ley 19.968 y en los otros el procedimiento proteccional antiguo (para las causas que ya estaban en tramitación).

Para nuestro Gobierno la dictación de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia constituyó un esfuerzo de adecuación a la Convención de Derechos del Niño, así lo expresó en su último informe presentado ante el Comité de Derechos del Niño<sup>113</sup>.

### **A. Origen de la ley n° 19.968 de Tribunales de Familia<sup>114</sup>.**

---

<sup>112</sup> TURNER SAELZER, SUSAN. “Los tribunales de Familia”. **Ius et Praxis**, Talca, v. 8, n. 2, 2002. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000200013&Ing=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013&Ing=es&nrm=iso)>. Acceso en: 10 Feb. 2009. p. 2 y 3.

<sup>113</sup> Tercer Informe Periódico presentado por el Gobierno de Chile, CRC/C/65/Add.13, parr. 15 E.

<sup>114</sup> Esta ley se inició con el Mensaje N° 81-336 de S.E, el Presidente de la República de un proyecto de Ley n° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, de fecha 03 de noviembre, 1997 a la Cámara de Diputados. Posteriormente la ley fue promulgada con fecha 25 de Agosto de 2004 por S.E. el Presidente de la República y publicada el 30 de mismo mes en el Diario Oficial.

Esta ley se generó a través de un mensaje presidencial, según lo expresado en el mismo, se caracteriza por regular todas las materias relativas a la familia, o la gran mayoría, en un mismo cuerpo normativo, y además, por disponer que sea sólo un juez el encargado de conocer dicho cúmulo de materias<sup>115</sup>.

La Ley de Tribunales de Familia constituyó un esfuerzo de unificación en el ámbito procesal de las materias relativas a los niños. Sin embargo desde el aspecto sustantivo, hace remisión a la Ley n° 16.618 de Menores, a la ley n° 19.947 de Matrimonio Civil y a la ley n° 19.620 de Adopción de Menores, entre otras, las cuales, no han sido adecuadas en su totalidad a los principios que rigen la Convención<sup>116</sup>.

En el Mensaje de S.E. el Presidente de la República de la época, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, con el que indica el proyecto de Ley n° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, se hizo hincapié en la necesidad de compatibilizar las transformaciones sociales y políticas con las instituciones jurisdiccionales ya que se presenta una incapacidad estructural para hacer frente al crecimiento del litigio y una falta de correspondencia entre los procedimientos previstos para producir decisiones jurisdiccionales y la extrema diversidad de los conflictos, por lo cual se presentan deficiencias cuantitativas y de diseño de los procedimientos<sup>117</sup>. Según esta lógica, se consideró indispensable hacer frente a dichas deficiencias para favorecer, por un lado, el respeto a los derechos y la seguridad de las personas, y por otro, el respeto por el individuo que es la base de la sociedad democrática.

---

<sup>115</sup> La competencia de los Tribunales de Familia, regulada en el proyecto presentado al congreso en el Artículo 17, y finalmente aprobada en el Artículo 8 del proyecto final, ha sufrido modificaciones las que sin embargo han mantenido su amplitud.

<sup>116</sup> Así en el informe respuesta del comité al Tercer Informe presentado por el Gobierno de Chile, CRC/C/CHL/CO/3, se señala: “el Comité celebra la incorporación de numerosos artículos sobre los derechos del niño en la Constitución y en numerosas enmiendas legislativas. No obstante, el Comité lamenta que todavía no se haya ultimado la reforma de la Ley n° 16.618 de Menores (Ley n° 16.618 de 1967) con el fin de contar con una ley integral de protección del menor, según lo recomendado por el Comité en sus observaciones finales anteriores de 2002 (CRC/C/15/Add.173)”.

<sup>117</sup> Mensaje del Presidente de la República al Proyecto de Ley n° 19.968 que crea los tribunales de Familia, de fecha 03 de Noviembre de 1997, Boletín n° 2118-18. p. 1 y 2.

Dentro de los objetivos y fundamentos generales de las modificaciones al sistema que se pretendieron, encontramos<sup>118</sup>:

- Tender hacia procedimientos que favorezcan la inmediación, enfatizar la oralidad, favoreciendo así la publicidad y la imparcialidad del juicio aumentando su legitimidad.
- Acrecentar considerablemente el acceso a la justicia de sectores que están tradicionalmente excluidos.
- Instituir un órgano jurisdiccional que, en el futuro inmediato, y como lo reclaman múltiples instrumentos internacionales, puedan hacerse cargo del conocimiento de las infracciones juveniles a la ley penal, en conformidad a un procedimiento que satisfaga las garantías del debido proceso.
- Instituir un procedimiento que confiera primacía a las soluciones no adversariales del conflicto familiar.

Al referirse el Mensaje de S.E. el Presidente de la República a los objetivos específicos del proyecto de Ley n° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, detalla los siguientes<sup>119</sup>:

- Que exista una jurisdicción especializada en asuntos de familia.
- Que se proporcione a las partes instancias para llegar a soluciones cooperativas (mediación y conciliación).
- Que esta jurisdicción tenga un carácter interdisciplinario.

---

<sup>118</sup> Mensaje del Presidente de la República al Proyecto de Ley n° 19.968 que crea los tribunales de Familia, de fecha 03 de Noviembre de 1997, Boletín n° 2118-18. p 3 y 4.

<sup>119</sup> Historia de la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, Mensaje de S.E. El Presidente de la República, 03 de Noviembre de 1997, Boletín n° 2118-18. p 4 a 9, biblioteca del Congreso Nacional.

- Que el juez tenga un conocimiento directo e inmediato de los asuntos, atendida la naturaleza del conflicto familiar.
- Incorporar a esta judicatura elementos de modernización comunes al resto de la administración de justicia para hacerla más eficaz y eficiente.

Respecto a lo que nos concierne, esto es el Interés Superior del Niño, debemos observar que, hasta el momento, en la primera parte del Mensaje Presidencial no hay referencia a él, ni al niño como sujeto especial que requiere protección especializada de sus derechos. Esta situación se mantiene constante en el resto del texto, el cual se caracteriza por anhelar una modernización del sistema desde, mayormente, el ámbito procesal. Sin embargo, se podrían rescatar referencias a la protección de los derechos de los menores en forma especial en los siguientes artículos del proyecto:

- Respecto a la competencia que le corresponderá a los nuevos Tribunales de Familia que en su mayoría son concernientes, directa o indirectamente, a los niños (art. 17<sup>120</sup>).

---

<sup>120</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 17:

“Corresponderá a los Tribunales de Familia:

- 1) Conocer de los asuntos relativos a la tuición de los menores de edad;
- 2) Regular el derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 227 del Código Civil.
- 3) Conocer de las causas de alimentos;
- 4) Conocer de los asuntos que digan relación con el ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad y la emancipación;
- 5) Conocer de las causas de adopción y los procedimientos a que den lugar las leyes que la regulen;
- 6) Otorgar autorización para la salida de menores del país, en los casos en que corresponda de acuerdo a la ley;
- 7) Conocer de los disensos para contraer matrimonio;
- 8) Conocer de las acciones de estado civil de las personas;
- 9) Conocer de los procedimientos sobre guardas;
- 10) Conocer de los procedimientos de interdicción;
- 11) Conocer de los asuntos que digan relación con el régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares, con excepción de aquéllos derivados de la sucesión por causa de muerte y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 227 N° 1° del Código Orgánico de Tribunales;
- 12) Conocer de las causas sobre divorcio;
- 13) Conocer de los procedimientos sobre nulidad del matrimonio, con excepción de aquellos que se funden en las causales señaladas en el artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil;

- Se hacen directamente aplicables al procedimiento de familia, las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes (art. 24<sup>121</sup>).
- Dentro de las reglas generales se determina que, en todos los asuntos en que aparezcan involucrados intereses de menores de edad o de incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados, para lo cual designará a una persona idónea que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de los menores o incapaces, en los casos en que estos carezcan de representación legal o que por motivos fundados, el juez estime necesario que su representación sea ejercida por una persona distinta de aquella a quien corresponda legalmente (Curador ad litem) (art. 26<sup>122</sup>).
- Respecto a las Medidas Cautelares, el juez en cualquier momento del juicio, en caso que la gravedad de los hechos así lo requiera, podrá, mediante resolución fundada, decretar cualquier medida cautelar que estime indispensable para la

---

14) Conocer de las cuestiones que deben ser resueltas o acordadas previamente, de acuerdo a los artículos 26 bis y 35 bis de la Ley de Matrimonio Civil, según corresponda.

15) Conocer de los asuntos a que dé lugar la aplicación de la Ley N° 19.325, de 1994, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar;

16) Conocer de las causas relativas al maltrato de menores de edad;

17) Conocer de los asuntos relativos a faltas, crímenes y simples delitos en que haya menores sin discernimiento inculcados y expedir la declaración previa sobre si el mayor de 16 y menor de 18 años ha obrado o no con discernimiento;

18) Conocer de la adopción de medidas de protección de los derechos de los menores de edad, y

19) Conocer de los demás asuntos que leyes generales o especiales les encarguen”.

<sup>121</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 24:

“Serán directamente aplicables al procedimiento de familia las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes”.

<sup>122</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 26:

“En todos los asuntos de competencia de los tribunales de familia en que aparezcan involucrados intereses de menores de edad o de incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados”.

protección de un derecho, siempre que exista peligro fundado de lesión o amenaza del mismo (art. 34<sup>123</sup>).

○ Respecto a la mediación y la obligación de guardar reserva de los mediadores, esto será a excepción de casos en que exista situaciones de maltrato en contra de menores de edad o incapaces. (art. 56<sup>124</sup>).

○ En lo relativo a las causas de alimentos, tuición y al derecho de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y personal, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo. (art. 59<sup>125</sup>).

○ No se someterán a mediación los asuntos relativos a hechos delictivos cometidos por menores de edad, maltrato de menores e incapaces, adopción, (...). (art. 61<sup>126</sup>).

---

<sup>123</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 34:

“ En cualquier momento del juicio y desde el momento de la presentación de la demanda o denuncia, el juez, de oficio o a petición de parte, en caso que la gravedad de los hechos así lo requiera, podrá, mediante resolución fundada, decretar cualquier medida cautelar que estime indispensable

para la protección de un derecho, siempre que exista peligro fundado de lesión o amenaza del mismo. En especial, podrá adoptar cualquier medida destinada a garantizar la seguridad física o psíquica de los involucrados, y su subsistencia económica, así como la tranquila convivencia del grupo familiar”.

<sup>124</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 56:

“Los mediadores deberán guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación.

También estarán protegidos por el secreto profesional y no podrán ser llamados a declarar en juicio en favor o en contra de ninguna de las partes, ni sobre lo visto u oído en las mediaciones en que hubieren intervenido.

Sin embargo, quedarán exentos del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tomen conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato en contra de menores de edad o incapaces.

<sup>125</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 59:

“ Las causas relativas a alimentos, tuición y al derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo, el que se regirá por las normas de esta ley y por las de la ley que regule el sistema nacional de mediación.

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaran que antes del inicio de la causa sometieron el conflicto a mediación ante mediadores habilitados en conformidad a la ley”.

<sup>126</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 61:

Respecto al Procedimiento Especial de la aplicación de Medidas de Protección de los derechos de los menores de edad, a la altura del mensaje se establece que:

- La intervención judicial será siempre necesaria cuando se trate de la adopción de medidas que importen separar al niño de uno o ambos padres o de quienes lo tienen legalmente bajo su cuidado. (art. 103<sup>127</sup>).
- El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a requerimiento del menor de edad, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de la autoridad pública, de los profesores o del Director del establecimiento educacional al que asista, de los médicos o servicios de salud en que se atienda, o de cualquier persona que tenga legítimo interés en ello. (art. 104<sup>128</sup>).
- El juez deberá designar a una persona que represente sus intereses cuando el menor carezca de representante legal y también cuando sus intereses sean independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda representarlo legalmente. (art. 105<sup>129</sup>).

---

“No se someterán a mediación los asuntos relativos a hechos delictivos cometidos por menores de edad, maltrato de menores e incapaces, adopción, acciones de estado civil, interdicción, nulidad del matrimonio y divorcio”.

<sup>127</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 103:

“En los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los menores de edad, cuando ellos se encuentren amenazados o vulnerados, se aplicará el procedimiento contenido en este párrafo y, en lo no previsto por él, se aplicarán las normas del Título III de esta ley.

La intervención judicial será siempre necesaria cuando se trate de la adopción de medidas que importen separar al niño de uno o ambos padres o de quienes lo tienen legalmente bajo su cuidado”.

<sup>128</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 104:

“El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a requerimiento del menor de edad, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de la autoridad pública, de los profesores o del Director del establecimiento educacional al que asista, de los médicos o servicios de salud en que se atienda, o de cualquier persona que tenga legítimo interés en ello”.

<sup>129</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 105:

“En todos los casos en que el menor carezca de representante legal, y en aquellos en que sus intereses sean independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda la representación legal, el juez deberá designar a una persona para que represente sus intereses en la forma que señala el artículo 26”.

- El juez podrá adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger los derechos amenazados o vulnerados o para el desarrollo del procedimiento. (art. 106<sup>130</sup>).
- El juez deberá velar por el respeto a la intimidad del menor y de su familia. (art. 107<sup>131</sup>).
- El juez indagará sobre la situación que ha motivado el inicio del proceso, la forma en que afecta al menor, y sobre las personas que se encuentren involucradas en ella, escuchando a las partes presentes, en especial al o a los menores involucrados. (art. 108<sup>132</sup>).

---

<sup>130</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 106:

“En cualquier estado del juicio y aún antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, el juez podrá adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger los derechos amenazados o vulnerados o para el desarrollo del procedimiento.

En particular, podrá disponer medidas de apoyo u orientación al menor, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar la situación de crisis en que pudieran encontrarse. Podrá también establecer prohibiciones o impartir instrucciones obligatorias a estas mismas personas.

En los casos en que sea indispensable para preservar la vida o integridad física del menor, podrá disponer incluso la colocación de éste en un hogar sustituto o en un establecimiento residencial. En la adopción de esta medida, el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga una relación de confianza. Sólo en defecto de los anteriores, recurrirá a los establecimientos de protección.

Al adoptar la medida cautelar de que trata el inciso precedente, el juez deberá designar, en la misma resolución, al representante de los derechos del menor.

Cuando la adopción de cualquiera medida cautelar tenga lugar antes del inicio del juicio, el juez fijará desde ya la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preliminar o principal según el caso, para dentro de los diez días siguientes, contados desde la adopción de la medida”.

<sup>131</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 107:

“El juez deberá velar durante todo el proceso, por el respeto a la intimidad del menor y de su familia. Para ello podrá prohibir la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes en los medios de comunicación; o disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada.

Asimismo, podrá disponer que el menor o alguno de los miembros de la familia se ausenten del lugar de la audiencia mientras se realiza alguna actuación, cuando ello sea necesario en el interés del menor”.

<sup>132</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 108:

“Cuando el procedimiento se inicia de oficio, a requerimiento del menor, de sus padres, de quien lo tiene bajo su cuidado o de algún interesado, el juez citará a una audiencia preliminar

- A la audiencia principal se citará al menor, al representante de los intereses de estos y a sus padres o personas responsables, en esa audiencia el juez, oír a las partes, en especial al menor, e indagará a cerca de la evolución de la situación que motivó el inicio del proceso. (art. 109<sup>133</sup>).
- Sólo cuando ello sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del menor y siempre que no exista otra medida más adecuada, se podrá adoptar una que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. (art. 110<sup>134</sup>).

---

para dentro de los cinco días siguientes a dicho inicio. A esta audiencia se citará al menor de 12 o e 14 años, según su madurez; al mayor de dicha edad, y a los padres o personas responsables de ellos. Se citará también a toda otra persona que pueda aportar datos para esclarecer el asunto de que se trata.

En esta audiencia el juez informará a las partes acerca de sus derechos y de las etapas del proceso, respondiendo toda duda o inquietud que les surja. Los menores de edad serán informados en un lenguaje claro, de acuerdo a su edad y madurez.

El juez indagará sobre la situación que ha motivado el inicio del proceso, la forma en que afecta al menor, y sobre las personas que se encuentren involucradas en ella, escuchando a las partes presentes, en especial

al o a los menores involucrados.

Oídas las partes, el juez dictará una resolución en la que señalará la materia del juicio, la forma en que ésta afecta los derechos del menor de edad, e individualizará a las partes involucradas, dejándolas citadas a una audiencia principal que tendrá lugar dentro de los quince días siguientes a la fecha de la dictación de la referida resolución. En la misma resolución, indicará las pruebas que deberán rendirse, ofrecidas por las partes o que él disponga practicar.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez podrá derivar a las partes a algún programa de apoyo u orientación familiar determinado. Cuando así lo haga, se deberá notificar por carta certificada a dicho programa individualizando a las partes, describiendo someramente el asunto de que se trata e indicándole su deber de informar al tribunal acerca de la asistencia de las partes a dicho programa. En este caso, la audiencia complementaria podrá suspenderse hasta por treinta días”.

<sup>133</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 109:

“A la audiencia principal se citará al menor, al representante de los intereses de éstos y a sus padres o personas que lo tuvieren bajo su cuidado, los que podrán concurrir con sus abogados, si los tuvieren. Se citará también al responsable del menor si éste se encontrare en un hogar sustituto o en un establecimiento de protección.

En esta audiencia, el juez oír a las partes presentes, en especial al menor, e indagará acerca de la evolución de la situación que motivó el inicio del proceso. Recibirá también las pruebas que se hubiere dispuesto rendir e interrogará a los testigos y peritos.

En caso de ser necesaria la adopción de una medida de protección, solicitará a quien haya efectuado el diagnóstico que recomiende fundadamente la más indicada para salvaguardar los derechos del menor de edad”.

<sup>134</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 110:

- Los menores respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente cuando lo soliciten por sí mismos o a través de sus padres, personas que lo tengan bajo su cuidado o del director del establecimiento o programa en el que cumple la medida. (art. 117<sup>135</sup> y 118<sup>136</sup>).

Según lo observado, el mensaje nada dispone específicamente sobre el Interés Superior del Niño, y respecto a situaciones que le son propias lo asimila a un incapaz, otorgándole herramientas para su mejor representación, a través de la figura del Curador ad litem, pero sin entregar mayores detalles sobre la forma en la que dicha institución opera.

## **B. Descripción de los Tribunales de Familia.**

La Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia desde su promulgación y publicación<sup>137</sup> ha sufrido gran cantidad de cambios. Estas modificaciones, han tenido

---

“Sólo cuando ello sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del menor y siempre que no exista otra medida más adecuada, se podrá adoptar una que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En este caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza y sólo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección”.

<sup>135</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 117:

“Los menores respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente”.

<sup>136</sup> Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, artículo 118:

“En cualquier momento en que las circunstancias lo justifiquen, el juez podrá suspender, modificar o dejar sin efecto la medida adoptada, de oficio, a solicitud del menor, de uno o ambos padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado o del director del establecimiento o programa en que se cumple la medida”.

<sup>137</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia promulgada el 25 de Agosto de 2004 y publicada el 25 de Agosto de 2004.

por objeto superar ciertas imperfecciones que presentó su implementación. Así es como, a la fecha dicha ley se presenta de la siguiente manera<sup>138</sup>:

- **Judicatura especializada.** Los juzgados de familia, encargados de conocer los asuntos de que trata esta ley y los que les encomienden otras leyes generales y especiales, de juzgarlos y hacer ejecutar lo juzgado<sup>139</sup>.
- **Conformación.** Los juzgados de familia tienen un número de jueces variable. Cuentan, además, con un Consejo Técnico, un Administrador y una planta de empleados de secretaría<sup>140</sup>.
- **Potestad jurisdiccional.** Cada juez ejerce unipersonalmente la potestad jurisdiccional respecto de los asuntos que las leyes encomiendan a los juzgados de familia<sup>141</sup>.
- **Competencia de los juzgados de familia.** Corresponde a los juzgados de familia conocer y resolver las materias señaladas por la misma ley, como son entre otras<sup>142</sup>:

- 1) Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes;
- 2) Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular;
- 3) Las causas relativas al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad; a la emancipación y a las autorizaciones.;
- 4) Las causas relativas al derecho de alimentos;
- 5) Los disensos para contraer matrimonio;

---

<sup>138</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, última modificación 18 de Diciembre de 2010.

<sup>139</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, art. 1. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>140</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, art. 2. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>141</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, art. 3. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>142</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 8. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

- 6) Las guardas, con excepción de aquellas relativas a pupilos mayores de edad, y aquellas que digan relación con la curaduría de la herencia yacente, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 494 del Código Civil;
- 7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley n° 16.618 de Menores;
- 8) Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas;
- 9) Todos los asuntos en que se impute comisión de cualquier falta a adolescentes mayores de catorce y menores de dieciséis años de edad, y las que se imputen a adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, que no se encuentren contempladas en el inciso tercero del artículo 1° de la ley N° 20.084. Tratándose de hechos punibles cometidos por un niño o niña, el juez de familia procederá de acuerdo a lo prescrito en el artículo 102 N;
- 10) La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley;
- 11) Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la ley N° 16.618;
- 12) Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la ley N° 19.620;
- 13) El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la ley N° 19.620;

**C. Principios del Procedimiento que se aplica en los Tribunales de Familia.**

En el procedimiento que aplican los juzgados de familia primarán los siguientes principios<sup>143</sup>:

---

<sup>143</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 9. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

- **Oralidad.** Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley<sup>144</sup>.
- **Concentración.** El procedimiento se desarrollará en audiencias continuas y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión<sup>145</sup>.
- **Inmediación.** Las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones<sup>146</sup>.
- **Actuación de oficio.** Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. Este principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar<sup>147</sup>.
- **Colaboración.** Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas<sup>148</sup>.
- **Publicidad.** Todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos. Excepcionalmente y a petición de parte, cuando exista un peligro grave de afectación del derecho a la privacidad

---

<sup>144</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 10. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>145</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 11. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>146</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 12. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>147</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 13. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>148</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 14. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

de las partes, especialmente niños, niñas y adolescentes, el juez podrá disponer una o más de las medidas contempladas por la ley <sup>149</sup>.

- **Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído.** Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad<sup>150</sup>.

### 3. **La recepción del Interés Superior del Niño en la ley n° 19.968 de Tribunales de Familia.**

#### A. **El “Interés Superior del Niño” durante la tramitación de la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia.**

La inclusión del Interés Superior del Niño como principio del procedimiento en el artículo 16, se hizo a propósito del principio de publicidad contenido en el artículo 15. El principio de publicidad en un comienzo disponía en el **Mensaje de S.E. El Presidente de la República** lo siguiente:

---

<sup>149</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 15. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>150</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 16. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010

“artículo 22.- El procedimiento será público. Sin embargo, el juez podrá disponer que todas o algunas actuaciones se efectúen reservadamente, con el fin de asegurar durante toda la tramitación de éste, el respeto a la intimidad de las partes y demás personas involucradas”.<sup>151</sup>

A propósito de las consecuencias negativas de la aplicación de este principio, en materias tan delicadas como son las de familia, este quedó por un momento suprimido, manteniéndose sólo de él una referencia a su posibilidad de restringir las actuaciones de carácter público.

Posteriormente, del **Informe de las Comisiones Unidas de Constitución y Familia de la Cámara de Diputados**, se obtuvo un nuevo artículo 16 que modificó el principio de publicidad quedando del siguiente tenor:

“Artículo 16.- *Publicidad*. El juez deberá velar durante todo el proceso por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente de los menores. Con ese objeto podrá prohibir la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes en los medios de comunicación; o disponer mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada.”<sup>152</sup>

Como se puede observar en la disposición, ya no sólo hace referencia a “partes” si no que habla de “las partes y especialmente de los menores” en relación a su derecho a la intimidad, el cual debe ser protegido por el juez en todo momento.

El artículo termina el primer trámite constitucional sin más modificaciones. En el **Boletín de indicaciones de S.E. El Presidente de la República y de Senadores** del segundo trámite Constitucional, que contiene las indicaciones formuladas durante la

---

<sup>151</sup> Historia de la Ley 19.968, Primer trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Mensaje del Ejecutivo Biblioteca Congreso Nacional. P. 20.

<sup>152</sup> Historia de la Ley 19.968, Primer trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Informe de Comisiones unidas de Constitución y Familia, Biblioteca Congreso Nacional. P. 330.

discusión general del proyecto, se cambió el título “Publicidad” por “Protección de la Intimidad” y además, el término “menores” por “niños, niñas y adolescentes”. A su vez, se agrega un artículo 16 bis que contempla expresamente el Interés Superior del Niño, de la siguiente manera:

“Artículo 16 bis.- *Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído.* Esta ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera *niño* o *niña* a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años, y *adolescente* desde los catorce años hasta los dieciocho años de edad cumplidos.”<sup>153</sup>

Posteriormente, aún en el Segundo Trámite Constitucional, en el **Segundo informe de la Comisión de Constitución**, cambia de numeración el artículo relativo al principio de Publicidad. Por su parte, le entrega un numeral propio al Interés Superior del Niño y modifica su último inciso para precisar la redacción, quedando de la siguiente manera:

“Artículo 15.- *Protección de la intimidad.* El juez deberá velar durante todo el proceso por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente de los niños, niñas y adolescentes. Con ese objetivo podrá prohibir la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes; o disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada.”.

---

<sup>153</sup> Historia de la Ley 19.968, Segundo Trámite Constitucional, Boletín de indicaciones de S.E. El Presidente de la República y de Senadores, Biblioteca Congreso Nacional. P. 969 y 970.

“Artículo 16.- *Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído.* Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”<sup>154</sup>.

Los señores representantes del Ejecutivo explicaron que la indicación tenía por objetivo plasmar la garantía del goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, velando por su interés superior, de acuerdo a los tratados internacionales.

La disposición relativa al Interés Superior del Niño, queda desde ese minuto, sin modificaciones hasta la fecha, con dicho contenido, en el Título III “Del Procedimiento” Párrafo primero “De los Principios del Procedimiento”.

Posteriormente, el Proyecto de Ley es aprobado con modificaciones por el Senado por lo que debe pasar a un Tercer trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados en el que se rechazan dichas modificaciones. Por último, ingresa a tramitación ante Comisión Mixta en la que finalmente es aprobado.

## **B. El Interés Superior del Niños y los Principios del procedimiento.**

---

<sup>154</sup> Historia de la Ley 19.968, Segundo Trámite Constitucional, Senado, Segundo Informe de Comisión de Constitución, Biblioteca Congreso Nacional. P. 1254 y 1255.

El Interés Superior del Niño como hemos revisado, fue comprendido dentro de los principios del procedimiento de la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, pero este hecho de ninguna forma significa una disminución en su jerarquía como principio pilar de la Convención de Derechos del niño y por tanto mantiene su estatus de ser consideración primordial para todo órgano público o privado de bienestar social, tribunal, autoridad administrativa u órgano legislativo, en todo asunto concerniente a los niños.

El hecho de ser aquí consignado, sólo debemos considerarlo una reiteración al mandato que significa el Interés Superior del Niño. Es así como claramente podemos observar que cada uno de los principios de esta ley se entienden completamente llamados a dar mayor eficacia a este principio que nuevamente toma características de pilar para esta legislación, de la siguiente forma:

- La Oralidad. Posibilita la participación de los niños en los procedimientos en los que se ven involucrados de alguna forma sus intereses significando una importante fuente de información para una mejor resolución por parte del Juez. De esta forma se incorpora de forma indirecta otros principios “umbrella” que son el derecho a ser oído y la participación.
- La Concentración. Permite una mejor aplicación de la ley ya que el conocer todos los aspectos del proceso que se conjugan en el momento le da al Juez la posibilidad de tomar una decisión más informada y además con mayor rapidez lo que ayuda a que sea una decisión eficaz, características que repercuten de forma positiva en el Interés superior del Niño.
- Inmediación. El recibir de primera fuente la información de los hechos posibilita una mejor resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento. Le entrega la responsabilidad exclusiva al juez de recibir la prueba y dar la resolución con lo que lo hace directamente responsable de la protección del Interés Superior del Niño.

- Actuación de oficio. Como principio es una herramienta esencial para dar cumplimiento al Interés Superior del Niño en forma directa ya que ante cualquier vulneración debe tomar medida para brindar la protección necesaria a los niños.
- Colaboración. Es una herramienta que de igual forma ayuda a la aplicación final del Interés superior del Niño ya que el juez buscara siempre que sea posible que se llegue a una solución amigable lo cual es siempre más beneficioso para los niños.
- La Publicidad. Es siempre beneficioso para la transparencia de los sistemas, pero existe también una disposición expresa en que si ello significa un peligro grave de afectar derechos de los niños, principalmente la intimidad, esta debe suplirse con la privacidad.

Comentario aparte merece el artículo 15 de dicha ley, que inicialmente trataba de alguna manera el Interés Superior del Niño. Este artículo al publicarse la ley trataba la “Protección a la Intimidad” y rezaba en dicha época:

“Artículo 15.- *Protección de la intimidad.* El juez deberá velar durante todo el proceso por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente de los niños, niñas y adolescentes. Con ese objetivo podrá prohibir la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes; o disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada”.

Dicho artículo fue modificado radicalmente por la ley 20.086<sup>155</sup> de la siguiente manera:

---

<sup>155</sup> Ley 20.086, Introduce modificaciones a la aplicación de los procedimientos de la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia.

“Artículo 15.- Publicidad. Todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos. Excepcionalmente y a petición de parte, cuando exista un peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, especialmente niños, niñas y adolescentes, el juez podrá disponer una o más de las siguientes medidas:

a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia.

b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de diligencias específicas”.

Como se puede observar el Interés Superior del Niño, queda plasmado en esta legislación, como uno de sus principios del procedimiento y como tal, aplicable tanto al procedimiento general como a los llamados procedimientos especiales<sup>156</sup> de dicha ley.

Dentro de los procedimientos especiales que esta ley contiene, este trabajo se abocará en forma exclusiva al procedimiento de “Aplicación Judicial de medidas de Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

Analizaremos con detención este procedimiento especial ya que este directamente está pensado para la protección de los menores ante violación de sus derechos, asunto donde el Interés Superior del Niño, debe ser por excelencia la consideración primordial.

---

<sup>156</sup> Los procedimientos Especiales que incluye la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia son:

- “De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, contenido entre los artículos 68 y 80 bis.
- “Del procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar”, contenido entre los artículos 81 y 101.
- “De los actos judiciales no contenciosos”, contenido en el artículo 102.
- “Procedimiento contravencional ante los Tribunales de Familia”, contenido entre los artículos 102 A y 102 N.

#### **4. Procedimiento Especial de Aplicación Judicial de Medidas de Protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.**

Según lo dispone el artículo 8 numeral 7 de la ley 19.968, es de conocimiento de los tribunales de familia todos los asuntos en que se vean niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales es necesaria la adopción de las medidas de protección que dispone el artículo 30 de la ley n° 16.618 de Menores.

Este procedimiento, se encuentra regulado en los artículos 68 y siguientes de la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, señalando que “la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando estos se encontraren amenazados o vulnerados.”<sup>157</sup> Como podemos ver, según el tenor de este artículo, la ley no deja la vulneración de derechos de los menores a la sola voluntad de denunciar por las partes, ya que el juez tiene la obligación de actuar ante estas vulneraciones, siendo esta una de las características más destacables de este procedimiento, pues la independencia del juez se doblega ante un principio mucho más importante en este caso, el Interés Superior del Niño.

Este procedimiento, como todo procedimiento especial se le aplica supletoriamente lo que rige para el procedimiento general que se regula en los artículos 17 y 67 de dicha ley.

##### **A. El Procedimiento de Medidas de Protección.**

Este procedimiento proteccional se presenta de la siguiente forma:

---

<sup>157</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 68. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

- El Juez podrá decretar las medias que sean necesarias para proteger a los menores gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. En particular, el juez podrá<sup>158</sup>:
  - 1.- disponer la concurrencia, del menor sus padres o personas que lo tengan a su cargo, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación para superar la situación que motiva la vulneración o amenaza.
  - 2.- Disponer el ingreso del menor a un centro u hogar o, preferentemente que el menor quede al cuidado de parientes consanguíneos o personas con una relación de confianza con el menor. La internación sólo corresponde en casos en que sea indispensable dicha medida y no podrá extenderse por un periodo superior a un año.
- Su inicio, podrá ser, de oficio o a requerimiento de quienes tengan interés en ello e incluso del mismo menor vulnerado, sin necesidad de cumplir formalidad alguna<sup>159</sup>.
- El juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los menores<sup>160</sup>.
- En la audiencia preparatoria, dentro de los cinco días siguientes, el Juez, citará al menor, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes; deberá informar a las partes el motivo de su comparecencia, sus derechos y deberes, con especial consideración en este punto para con los menores, para que todo ello lo puedan comprender. Todo esto, con el objetivo de indagar sobre la situación que ha motivado el procedimiento. Una vez que ha escuchado a las partes, el juez, dependiendo de

---

<sup>158</sup> Ley n° 16.618 de Menores, última modificación de fecha 24 de Septiembre de 2009 por la ley 20.383, artículo 30.

<sup>159</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 70. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>160</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 69. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

si tiene o no los elementos probatorios, dictará sentencia o una resolución que cite a audiencia de juicio<sup>161</sup>.

- La audiencia de juicio tiene por objeto recibir la prueba y resolver el asunto sometido a su conocimiento. En ella además, se podrá objetar los informes que se hayan evacuado, pudiendo el juez asesorarse por el consejo técnico<sup>162</sup>.
- Respecto a la sentencia, debemos decir que antes de su pronunciamiento, el juez procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al menor, y, si ello no fuera posible, en la sentencia deberá fundamentar la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicando los objetivos que se pretenden cumplir con ella y su tiempo de duración<sup>163</sup>.
- La suspensión, modificación o cesación de las medidas puede ser en cualquier momento de oficio, a petición de partes, incluyendo entre ellos al niño. Con todo, la medida cesará una vez que el menor cumpla la mayoría de edad, sea adoptado o transcurra el plazo por el cual se decretó sin que haya sido modificada o renovada<sup>164</sup>.

## **B. Las Medidas Cautelares Especiales.**

El procedimiento especial de protección en su intención de proteger los derechos de los menores vulnerados se ve complementado con la posibilidad de aplicación de medidas cautelares especiales. Estas podrán ser decretadas en cualquier estado del juicio, incluso antes de su inicio, ya sea de oficio o a petición de partes,

---

<sup>161</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 72. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>162</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 73. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>163</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 75. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

<sup>164</sup> Ley n° 19.968 de Tribunales de familia, art. 80. Última modificación, 18 de Diciembre de 2010.

todas las medidas cautelares que sean necesarias para proteger los derechos de los menores amenazados o vulnerados, debiendo ser dicha resolución fundamentada y ampararse en antecedentes suficientes.

Las medidas de este procedimiento especial están determinadas en el artículo 71 de esta ley y en ningún caso podrán durar más de noventa días. Estas medidas son:

a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;

b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;

c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima.

d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;

e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;

f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;

g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.

h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los

servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud,

i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.

Respecto al cumplimiento de todas las Medidas, que se pueden decretar en este procedimiento, debemos decir que:

- las medidas las cumple el Servicio Nacional de Menores (SENAME) que a su vez las encarga a diferentes instituciones dependientes de la red SENAME.
- el juez puede requerir el auxilio de Carabineros para su cumplimiento.
- respecto al control posterior del juez sobre el cumplimiento de dichas medidas, existe una obligación de informarle sobre el cumplimiento de ellas por parte del director del establecimiento o el responsable del programa.
- hay una obligación para el juez de visitar los establecimientos residenciales a lo menos cada seis meses.

Del procedimiento proteccional, complementado con las medidas cautelares especiales, podemos rescatar el notorio esfuerzo que hace el legislador para dar una protección eficiente por parte del sistema a los niños, niñas y adolescentes en riesgo, lo que se manifiesta principalmente en:

- La posibilidad de actuación del Juez de Familia de oficio para iniciar el procedimiento.
- La necesidad de considerar las opiniones de los menores involucrados.
- La posibilidad de contar con la asesoría del consejo técnico para una mejor decisión por parte del Juez.

- El deber del Juez de procurar que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al menor.
- El control posterior a la medida por parte del Juez y de las personas encargadas de la ejecución de estas.

Lo anterior en general reitera el sentido que engloba todo el concepto de Interés Superior del niño intentando, una mejor aplicación del principio en nuestra legislación.

Debemos recordar que la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia fue presentada como parte del esfuerzo de Chile de adecuar su legislación interna a los principios y derechos reconocidos en la Convención de Derechos del Niño. Bajo ese supuesto, deberíamos encontrar normas que permitan una aplicación más fácil y concreta de las disposiciones de la Convención. La obligatoriedad de la Convención en Chile está determinada por el rango que se les da a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la legislación nacional, que según considera la mayoría de la doctrina, es de rango constitucional.

### **CAPITULO III: ANALISIS DE JURISPRUDENCIA EJEMPLIFICADORA DE LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN PROCEDIMIENTOS EN QUE SE VEN COMPROMETIDOS MENORES.**

A continuación examinaremos el trato que se le da al Interés Superior del Niño en distintas sentencias ejemplificadoras de procedimientos en los que se ven implicados niños. Ellas se analizarán en razón de ciertos puntos de importancia:

1. **En relación a la determinación del contenido y el uso de concepto de Interés Superior del Niño por parte de los Tribunales de Familia.**

En ciertas sentencias se observa un esfuerzo para determinar este contenido por parte de la Judicatura para cada caso en particular a partir de la norma concreta como ocurre en:

A. **Sentencia de la causa RIT: C-2060-2006 del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 20 de noviembre de 2008.**

La causa se inicia a requerimiento de un matrimonio, que demanda el cuidado personal de su sobrina de 4 años, contra los padres de esta. Fundan su demanda en que la madre de la niña es adicta a las drogas desde antes de su nacimiento y que la niña nació, además, con una enfermedad de transmisión sexual. Se le sugiere a la madre entrar a un tratamiento de drogas a lo cual accede y para ello deja a la menor con dicho matrimonio situación que se transforma en un abandono por parte de ella a la menor, lo cual se oficializa en su consentimiento de entregar el cuidado de la menor por medio de la Asistente Social del hospital. Posteriormente la madre abandona el

tratamiento y deja de visitar a su hija por su estado de drogadicción. Respecto al padre, él sólo visita a la niña el primer tiempo y luego pierde total contacto con ella, además presentaría situación de alcoholismo. El matrimonio de tíos, se ha hecho cargo de la menor desde que sale del hospital después de nacida y mantienen sus controles al día.

Ante estos hechos, la Magistrado doña Paula Ugarte A. en los considerando, señala:

- Que se debe tener en cuenta el interés superior del niño, el cual califica como un concepto jurídico indeterminado, pero que en definitiva es una cláusula de beneficio de los hijos que supone una regla en virtud de la cual en caso de conflicto, el interés del hijo prepondera y el interés de los padres, cede.
  
- Continua afirmando que, frecuentemente se entiende que este principio resguarda la satisfacción de los derechos en este caso de la menor en cuestión, por lo tanto el contenido del principio son sus propios derechos que como tal ella posee, como derecho a desarrollarse en un medio que propenda a su máximo bienestar emocional, afectivo y psicológico.
  
- Luego de verificar a través de los distintos medios probatorios, que los demandantes no presentan inhabilidades y cuentan con las condiciones necesarias para que la niña se desarrolle normalmente siendo éstos sus figuras adultas significativas encontrándose ésta compenetrada con la dinámica familiar de éstos siendo una hija más de ellos.
  
- Por último, toma en consideración que cuando se demanda el cuidado personal de un niño lo que en definitiva se está solicitando es ser responsable de la crianza, educación, desarrollo y orientación de éste en las distintas etapas de su vida y encontrándose la menor aún en la formación de su estructura de personalidad se estima altamente conveniente que ésta se desarrolle en un medio seguro para su bienestar psicológico y bajo el cuidado y protección responsable y protectora.

Ante lo que finalmente se resuelve, entregarles a los tíos el cuidado personal de su sobrina.

**B. Sentencia de la causa RIT: C-3254-2007 del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 30 de Enero de 2009.**

La causa se inicia a requerimiento del padre que solicita el cuidado personal de su hijo de 7 años a la madre de este, ya que es él el que se ha hecho cargo del menor desde hace 4 años, por mutuo acuerdo y coordinándose visitas, para que la madre pueda terminar sus estudios. Dicho acuerdo no es cumplido por la madre, haciendo cargo el padre de todas las necesidades del menor provocándole al niño una situación de inestabilidad psicológica importante.

Ante estos hechos, el Magistrado Luis Vergara toma en consideración que:

- El objetivo de la ley 19.968 es garantizar a todos los niños niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, y que, el interés superior del niño, niña y adolescente y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre en consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.
- Además, que con la prueba administrada en este caso, queda suficientemente acreditado, a juicio del tribunal, que lo más apropiado para el Interés Superior del Niño de autos, es conceder el cuidado personal solicitado por su padre en la presente causa, toda vez que es la figura paterna quien, en la especie, se erige como una figura de protección relevante y efectiva para su hijo, dado que, en los hechos, su madre no presenta a la fecha condiciones de estabilidad material ni personal óptimas para llevar a cabo dicho cuidado.

- El Interés Superior del Niño en cuestión es, a juicio del tribunal, una causa calificada y suficiente para acceder al cuidado personal solicitado por el actor, sin perjuicio de que el tribunal regulará la posibilidad de que la referida madre pueda disponer de un régimen comunicacional para mantener contacto habitual con el niño, considerando en dicho sentido el mismo interés superior.
- El Magistrado, a mayor abundamiento, considera que aparece concordante lo ya relacionado con el Interés Superior del Niño, en la especie, de ejercicio efectivo y satisfacción de derechos del mismo, en lo relativo a su derecho a la educación, a tener una adecuada atención médica, como consecuencia de su derecho a la integridad síquica y física de su persona, así como al derecho a mantener y afianzar su identidad con el grupo familiar en el cual desde temprana edad se ha mantenido viviendo, el que se ha acreditado que efectivamente corresponde al hogar paterno, lugar donde este cuenta con figuras de control, disciplina, cuidado, protección y contención.

El tribunal acceda a la solicitud de otorgamiento del cuidado personal del niño de autos a su padre, por lo que acoge la demanda.

Para la determinación del contenido del Interés Superior del Niño, por parte de la Judicatura, en nuestra opinión, son esenciales las consideraciones que hagan los especialistas. Sus conclusiones ayudan a los Jueces a responder de mejor manera a este principio. Este aporte se puede observar en sus informes en sentencias como:

C. **Sentencia de la causa RIT: C-2238-2007 del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal de fecha 13 de Marzo del 2009.**

La causa se inicia a requerimiento de los tíos maternos de dos menores, de 3 y 5 años, los cual producto del fallecimiento de su madre quedaron bajo el cuidado de su padre, el cual consume alcohol y drogas lo que ha provocado una vulneración grave de los menores ya que él no se preocupa de sus necesidades físicas ni psicológicas. Producto de esta situación el matrimonio demandante, que ya se encuentra a cargo del mayor de ellos y estando la menor de los hermanos a cargo de su abuela paterna, solicita el cuidado personal de ambos.

El informe lo primero que analiza es la situación personal del menor, para luego relatar el ambiente físico en el que vive de la siguiente forma:

- Es posible concluir que el menor se encuentra al interior de una familia que le ha proporcionado un contexto de protección, seguridad y cariño. Lo anterior ha posibilitado que el niño haya logrado incorporar hábitos, normas y modelos de crianza acordes a su etapa de desarrollo.
- En el ámbito de la habitabilidad, el niño se encuentra en un contexto que le ha permitido satisfacer tanto sus necesidades materiales como afectivas. De acuerdo a lo anterior, fue posible observar durante visita domiciliaria que el niño se desenvuelve espontáneamente en el hogar de sus tíos.
- El hogar cuenta con apropiadas condiciones de espacio, que le permiten desarrollar sus actividades lúdicas y escolares.
- Señala además que los tíos maternos se presentan como figuras significativas para el niño, menor que reacciona favorablemente las demostraciones de afecto de sus cuidadores.
- Y, concluye sugiriendo la permanencia del menor bajo la responsabilidad de sus tíos maternos, los demandantes de la causa.

El informe continúa entregando pautas para la determinación de una satisfacción del Interés Superior del Niño del menor en cuestión haciendo un análisis de la forma en que ambos padres responden o no a las necesidades del niño respecto a su rol como figuras parentales, las cuales agrupa en tres dimensiones, de la siguiente manera:

- Respecto a la dimensión nutriente, se evidencia por la preocupación de los demandantes por satisfacer las necesidades básicas y afectivas del niño, y de esta manera suministrarle los aportes necesarios para asegurar la vida y crecimiento.
- la dimensión socializadora, evidenciada a través del compromiso parental, aporte y protección para que el niño logre integrar un marco regulador que le permita interactuar con el medio y de esta manera fomentar su autonomía e identidad, ya que ha acompañado al niño en su proceso educativo, lúdico y social durante el tiempo que ha permanecido bajo su responsabilidad.
- Y en el ámbito educativo se señala que la parte demandante se ha desarrollado para dar una adecuada y eficaz respuesta a las necesidades del niño facilitando el proceso de adaptación del menor al nuevo hogar.

Por lo anterior termina concluyendo dicho informe afirmando que los demandantes, posee una tipología de parentalidad sana, competente y bien tratante, pues existen recursos de apego seguro, lo que le ha permitido vincularse afectivamente con el niño desde la confianza y la empatía, manteniendo los límites claros en relación al cuidado y crianza del menor a su cargo.

En virtud de este informe y demás antecedentes aportados a la causa, la Magistrado Paula Ugarte resuelve entregar el cuidado personal del menor a sus

tíos. Respecto a la solicitud de la menor de los hermanos, ello no prospero pues su cuidado personal ya había sido entregado a la abuela paterna.

**D. Sentencia de la causa RIT: C-769-2008 del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 16 de Febrero de 2009.**

La causa la inicia la tía abuela paterna que solicita el cuidado personal de sus sobrinos nietos, los cuales se encuentran viviendo en un ambiente hostil y que producto de ello incluso han presentado problemas de salud, siendo frecuentemente dejados en casas de familiares, pese a tener el cuidado personal la madre.

En el informe del especialista, se deja constancia de que los niños viven con su hermana mayor y su madre, de su situación de escolaridad y de salud, la forma en que económicamente la madre mantiene el hogar, la persona a la cual quedan los niños a cargo en caso de ausencia de la madre por razones laborales, la relación que mantienen ambos padres con los niños, la dinámica familiar, entre otros.

Se menciona también que los niños residen en un sector caracterizado por ser de nivel medio, es un sector tranquilo en la cual se visualiza una plaza cercana y que, no se visualizan redes comunitarias cercanas a la casa, como lo son sedes vecinales, organizaciones comunitarias, entre otras. Por otro lado, se informa las características de la casa y las condiciones en la que esta se encuentra.

Respecto a la situación que provoca el presente requerimiento, y lo informado por la tía de los niños, se deja constancia que, en entrevista con la madre esta señala que ella ahora no les pega, sino que les conversa pero que hay situaciones en las que les grita. Además se agrega que, al ser entrevistado uno de los menores, este se percibe como un niño quien se encuentra afectado psicológicamente, pues no fue capaz de sostener una entrevista, se le consultó su nombre, colegio, edad y acerca de la relación con la madre, y este señala que su mamá le pega y luego llora no siendo capaz de seguir hablando. Posteriormente, se conversó con los padres y bisabuela, y

señalaron que tenía pánico de concurrir al tribunal debido a que en una ocasión, los derivaron a hogar de protección y frente a esa situación, los niños no desean pasar lo mismo. Por otro lado, el otro menor no quiso conversar y prefirió continuar jugando con otros niños. Se señala, que los niños se presentaron al tribunal de manera limpia y se perciben con buenos modales.

En base a los antecedentes recabados, se señala en conclusión, que los niños se aprecian en buenas condiciones con su madre, sin embargo, se visualizan escasas habilidades protectoras en ella, las que deberían fortalecerse con algún programa, especialmente en los afectos hacia los niños, y asimismo, para que cuente con habilidades de protección, y evitar los golpes como método de crianza hacia sus hijos, por lo cual, se sugiere derivarlos a un Programa de Maltrato Infantil. Por otro lado, se visualiza al padre como una figura significativa para los niños, con quien se aprecia como una imagen de afecto y contención. Asimismo, se visualiza a la familia extensa, en este caso los bisabuelos paternos de los niños, con quienes los niños cuentan como referente afectivo, quienes los regalonean y se percibe cercanía entre ellos.

En virtud de este informe y demás antecedentes aportados la Magistrado Paula Ugarte resuelve rechazar la demanda de cuidado personal interpuesta por la tía abuela de los niños.

2. **En relación a la utilización del Interés Superior del Niño como fundamento para la decisión por parte del Juez de la procedencia de medidas de protección ante la vulneración de derechos de un menor.**

Se considera por los jueces que debe constar la vulneración más allá del hecho causa de ella. Esto refleja en:

A. **Sentencia de la causa RIT: P-412-2006 del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Medida de Protección, de fecha 26 de Diciembre de 2007.**

La causa se inicia a requerimiento de la madre de dos niñas por vulneración de sus derechos por parte su padre, ya que este habría abusado sexualmente de ellas, solicitando que se le prohíba acercárseles.

Ante los hechos el tribunal considera:

- Que del mérito de la prueba rendida, si bien es cierto no se concluye en forma categórica la existencia de abuso sexual, los informes refieren claramente la existencia de indicadores tanto directos como indirectos de que ambas niñas han sufrido una agresión de tipo sexual, dificultándose el proceso de evaluación por la retractación presentada, proceso que según nos señala las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados, es esperable después de la debelación efectuada.
- Que además los informes son claros en cuanto a que existe daño para ambas niñas, ya que se presentan síntomas ansiosos y angustiosos que se han visto aumentados por la situación familiar vivida, la ambivalencia de la madre ante el proceso y la presencia del padre no obstante la existencia de medida cautelar vigente, ante lo cual estima el Tribunal se ha acreditado la vulneración de los derechos de las niñas a su integridad psíquica y a vivir en un ambiente familiar libre que le brinde cuidado y protección.
- Habiéndose acreditado la vulneración señalada, el Tribunal puede y debe restaurar tales derechos sin que, sea necesario acreditar primeramente el delito en sede penal, ya que desde que existen indicios de vulneración de derechos, éstos deben ser restituidos sobre todo considerando que por los principios que rigen en materia penal, la exigencia para determinar la existencia del delito y responsabilidad penal son, desde el punto de vista probatorio, más altos a diferencia de los principios que rigen la materia de familia en que rigiendo el interés

superior de los niños han de protegerse sus derechos, desde el primer momento de que se verifique la necesidad de ellos.

Ante estos hechos y estas y otras consideraciones, la magistrado M<sup>o</sup> Macarena Zarate decreta como medida de protección que las menores sigan bajo el cuidado personal de su madre y continúen en terapia reparatoria. Respecto al padre, este podrá reanudar su relación con las niñas sólo una vez que así lo recomiende el psicólogo tratante de las niñas y teniéndose en consideración las medidas cautelares que pudieran decretar otros Tribunales.

**3. El Interés superior del niño y su función en la relación de los menores con sus padres.**

Otro punto a considerar es la importante relación que tiene el Interés Superior del Niño con la relación de los menores y sus padres, cosa que no puede depender que la situación de que ellos vivan juntos, si no que se debe velar porque pese a que no sea así, el padre que no lo haga debe conservar una relación con el menor, salvo que dicha situación signifique una vulneración del niño y por tanto ir contra su Interés Superior. Esto se observa en:

**A. Sentencia C-3254-2007, del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 30 de Enero de 2009.**

Esta sentencia ya fue analizada en relación a la determinación del contenido y el uso del concepto de Interés Superior del Niño, en el numeral 1.B. de este capítulo por lo que respecto a los hechos, nos remitimos a lo ya expuesto.

Respecto a la relación del menor con sus padres en esta sentencia se considera que:

Las circunstancias del caso permiten, a juicio de este tribunal, entender el contexto situacional de la madre y del padre, en cuanto a ejercicio efectivo de roles parentales y de cuidado, acreditado en la figura paterna, y fundamentalmente atendiendo al interés superior del niño en cuestión, como una causa calificada y suficiente para acceder al cuidado personal solicitado por el padre, sin perjuicio de que el tribunal regulará la posibilidad de que la madre pueda disponer de un régimen comunicacional para mantener contacto habitual con el mismo niño, considerando en dicho sentido el mismo interés superior de este.

**B. Sentencia C-2723-2009, de Juzgado de familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 19 de Julio de 2010.**

La causa se inicia por el requerimiento de la abuela materna que solicita el cuidado personal de su nieto de 5 años, en contra de ambos padres, fundando su petición en que ellos no le darían los cuidados necesarios al menor siendo la demandante la que ha estado a cargo del niño desde su nacimiento. La madre lo visita sólo en forma esporádica, pese a que registra el mismo domicilio, ya que deja el hogar. El padre tiene problemas de drogadicción y no ha demostrado interés alguno en su hijo.

Ante estos hechos, se ha tomado en consideración por el tribunal lo siguiente:

- Atendida la situación de desatención en la que se encuentra el menor por parte de sus padres, lo cual también se dejó de manifiesto en la tramitación de la causa, pues no concurrieron a realizar los informes necesarios, y tras los informes con respecto a la situación psicológica del menor, lo cual, dejan patente el hecho de que ninguna de ellos se

alza como referentes afectivos importantes, se estima que no existen antecedentes suficientes para razonar la conveniencia de establecer un régimen comunicacional entre los padres y su hijo, siendo incluso altamente presumible que, de establecerse uno judicialmente, no sea cumplido por los padres, los cuales se han ido desvinculando paulatinamente de su hijo.

- Así, en tal sentido, el tribunal considera conveniente no regular la relación directa y regular entre el menor y sus padres debiendo en todo caso, la abuela que estará a su cargo, no entorpecer las futuras relaciones que las partes deseen entablar de común acuerdo y teniéndose siempre en consideración el parecer del menor. Con lo anterior se deja abierta la posibilidad de poder construir en un futuro dicha relación, pero a su vez considerando la opinión del niño y sus intereses.

Finalmente, la magistrado Paula Ugarte resuelve acoger la demanda de cuidado personal por parte de la abuela del menor y así mismo, no regular por el momento un régimen comunicacional del menor con sus padres.

**C. Sentencia C-1120-2008, del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Régimen Comunicacional, de fecha 16 de Diciembre de 2008.**

La causa se inicia por el padre de una menor de 5 años el cual demanda de régimen comunicacional y directo a la madre de la menor, la cual vive en la casa de los abuelos maternos de la niña en cuestión, los cuales dificultan la relación del padre con su hija. Así las cosas, se le han limitado las formas e instancias en que él pueda estar con la niña.

En base a los hechos presentados, el tribunal consideró:

- Que el objetivo del régimen comunicacional es que, aquel de los padres que no tenga el cuidado personal de su hijo, pueda crear un espacio para desarrollar una relación afectiva adecuada y favorable para el normal desarrollo socio emocional del niño.
- Además, es importante recordar a juicio del Tribunal, que en las causas donde se ventilen asuntos concernientes a niños, niñas o adolescente es un deber y principio rector atender al interés superior de ellos y, en este caso el interés superior de esta menor es que se desarrolle en un contexto de amor, cariño, seguridad y protección, lo que se logra necesariamente relacionándose con ambos padres.
- Que con los antecedentes probatorios analizados, se llega a la convicción de que es beneficioso y adecuado para la menor el establecer un régimen comunicacional con su padre el cual se puede ir ampliando de acuerdo a los requerimientos de la propia niña quien, de acuerdo a los informes y lo declarado por los testigos tiene una relación un tanto distante con su padre toda vez que no se han relacionado en un contexto libre, sin supervigilancia lo que ha resentido una relación más estrecha con su progenitor y que ha mermado que éste se involucre en el desarrollo de la niña.
- La regulación de un régimen comunicacional permitirá a padre e hija estrechar sus lazos afectivos, lo que redundará provechosamente en el desarrollo evolutivo de la niña, quien requiere, como todo niño, la presencia constante de ambos padres, en la medida de que esto no vaya contra sus intereses.

En base a los hechos y consideraciones expuestas, la Magistrado Paula Ugarte resuelve acoger la demanda y regula el régimen comunicacional de la menor con su padre.

**4. Determinación del titular de la obligación de cautelar el interés Superior del Niño.**

También es importante destacar que no queda clara de qué actor es obligación la protección de los derechos de niños vulnerados, ya que cuando esto se presenta, en causas en las que sus derechos no sean el objeto del juicio, no es siempre evidente quién es el que debe tomar las medidas necesarias para resguardar los derechos de este niño ajeno a la cuestión que se presenta.

**A. La Sentencia P-744-2008, del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Medida de Protección, de fecha 4 de Febrero del 2009.**

Los hechos de esta causa se inician por un requerimiento por vulneración de derechos interpuesto por la Fiscalía Local de Puente Alto a favor de una menor de 16 años en contra de su padre al cual se le imputa el delito de abuso sexual en contra de ella.

De los hechos presentados se toma en consideración por el tribunal:

- Que en el informe psicológico de la menor se sugiere que su cuidado quede provisoriamente a cargo de la madre. Se agrega además que, se sugiere ampliar la medida de protección a una hermana menor de 11 años, puesto que se encontraría en situación de riesgo.
- Pese a lo señalado, habiéndose acreditado que en el grupo familiar también se incluye otra niña menor de edad, a objeto de no afectar el derecho de dicha niña a mantener contacto con su progenitor, se mantiene un régimen comunicacional amplio de esta con su padre, el que deberá desarrollarse fuera del domicilio en que resida la menor de 16 años sujeto de la medida de protección.

Así los hechos y las consideraciones del Magistrado Luis Rodrigo Vergara, pese a que sí considera procedente el hecho de una extensión de los sujetos de protección a la hermana de la niña mayor, irguiéndose así el Juez de Familia como titular de la obligación de cautelar los interés de los menores, no considera, para este caso puntual, procedente alguna medida de protección para la otra menor, pero si procedente para la menor vulnerada.

Si consideramos al Juez de Familia como titular de la obligación de cautelar el Interés Superior de los niños, otro punto importante es una buena determinación por parte del Magistrado de los objetivos del juicio y los hechos a probar por las partes ya que van a marcar los lineamientos que deben seguirse en la toma de medidas que afecten de alguna manera derechos de los niños. Esto se presenta en buena medida en:

**B. Sentencia C-2060-2006, del Juzgado de Familia de Puente Alto de materia Cuidado Personal, de fecha 20 de Noviembre de 2008.**

Respecto a los hechos de esta causa nos remitimos a lo ya detallado en el punto 1.A. anterior. Este Tribunal fijó como objeto del juicio determinar la procedencia de decretar el cuidado personal solicitado.

Que, los hechos a probar que se establecieron son:

1.- Efectividad de existir inhabilidad física o moral de los padres en los términos del artículo 226 del Código Civil.

2.- Efectividad de encontrarse los padres en algunas de las hipótesis del artículo 42 de la Ley n° 16.618 de Menores.

3.- Ventajas y beneficios que le reporta a la niña que los demandantes ejerza su cuidado personal.

4.- Idoneidad de los demandantes para ejercer el cuidado personal.

5.- Conveniencia y periodicidad del establecer un régimen comunicacional y directo a los demandados.

Los hechos a probar de esta causa, muestran cómo debiera ser la determinación de ellos en todos los casos en los que se ven intereses de menores involucrados, directa e indirectamente ya que en su conjunto configuran el Interés Superior del Niño.

En lo más general y sin ánimo de adelantar conclusiones, queda claro a nuestra consideración después del análisis jurisprudencial que, el contenido del Interés Superior del Niño aunque puede tener ciertas constantes de temas relevantes para los menores se configura para cada niño en particular.

## **CONCLUSIONES**

### **I**

Lo primero que debemos considerar son los inicios de los intereses de los niños, que en un primer momento no eran tomados en cuenta por los adultos, es más, la misma persona del menor no era considerado sujeto de derechos y lo único que cabe a su respecto son algunas medidas en su beneficio por el niño. Aquí no cabe la idea de que pudiera existir un Interés Superior del Niño.

Las primeras intervenciones tienen que ver con su proceso educativo, rescatándose este inicio de consideración particular para con el niño.

Comienza una inicial tendencia de regulación de su situación primero a nivel nacional para luego alcanzar rangos internacionales de discusión hasta alcanzar la positivización de sus derechos gracias a la Sociedad de Naciones con la Declaración de Ginebra. Respecto al concepto de Interés Superior del Niño este tiene sus primeras referencias expresas en un proyecto de la Sociedad de Naciones, pero ya desde ciertos años rondaba una noción de dicho interés.

La Declaración de los Derechos del Niño ya es un cuerpo normativo específico para los menores que reconoce sus garantías pero debemos esperar hasta la Convención de Derechos del Niño para considerar al niño como sujeto especial de protección, consolidar y hacer obligatorio el respeto a sus derechos y encontrar al Interés Superior del Niño como Principio que debe serle siempre considerado y respetado.

En la Convención de Derechos del Niño encontramos a un Interés Superior del Niño tan poderoso que incluso forma parte de las disposiciones “bisagra” llamadas por algunos, “paraguas” llamados por otro, en virtud de las cuales debe en cada una de las disposiciones de la Convención aplicarse o resguardarse su aplicación, complementando el derecho en cuestión si es necesario.

Respecto a su contenido, podemos decir que ante su indeterminación hay quienes consideran que lo correcto es restringirlo en pos de proteger los derechos de los menores, mientras otros consideran que lo conveniente es no limitarlo para así poder responder de mejor manera a la gama de situaciones a las que puede enfrentar. Nosotros adherimos a la segunda tendencia.

## II

Para la determinación del contenido del Interés Superior del Niño es muy importante la labor reguladora que ejerce el Comité a través de las Opiniones Generales, de ellas podemos obtener algunas consideraciones:

- Para entenderse cumplida cada una de las disposiciones de la Convención debe integrarse en ellas el Interés Superior del Niño.
- Para cada una de las disposiciones es importante que se aplique en consideración a sus particularidades.
- Es parte de la aplicación del Interés Superior del Niño que el menor sea informado y pueda, en la medida de sus capacidades tomar las decisiones que comprometan sus intereses o al menos ser considerados en ellas.
- Se confirma en una de ellas, que el Interés Superior del Niño es un derecho civil y político y para hacer una aplicación efectiva de la Convención debe ser una consideración esencial en todos los temas, estudiando sistemáticamente como los derechos e intereses del niño se ven o verán afectados por las decisiones y medidas que se adopten.
- Serán responsables de cumplir con la satisfacción de Interés Superior del Niño la familia o quienes tengan a su cargo al menor y también el Estado.

- La interpretación que se le dé en el caso puntual al Interés Superior del Niño debe ser acorde con toda la Convención de Derechos del Niño.
- La alusión al Interés Superior del Niño no se hace en referencia a lo que sea conveniente para el Estado, sino para el menor.

### III

Luego, en relación a la obligatoriedad de la Convención de Derechos del Niño en el ámbito nacional, determinamos que dependía de la jerarquía de la Convención en la legislación nacional, y que adheríamos a la tendencia de considerarla de rango constitucional y por tanto incorporado a ella y por tanto no puede desconocerse su existencia, validez y obligatoriedad. Pese a que la Convención ordena a los Estados adoptar medidas para hacer aplicables determinados derechos que ella contiene, la misma Convención contiene una característica de “autoejecutable” por lo cual, aún ante una mala o deficiente regulación de adecuación ella puede aplicarse sin necesitar de otra norma.

La Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia tiene como uno de sus objetivos servir de regulación de adecuación de la Convención y en ella considera al Interés Superior del Niño como uno de sus principios rectores del procedimiento que busca garantizar a todos los niños del territorio nacional el goce pleno y efectivo de sus derechos, y debe tenerlo siempre el juez como consideración principal.

La Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia tiene un procedimiento general y otros especiales, dentro de los especiales se ubica el de Aplicación de Medidas de Protección que tiene como objetivo de tomar las medidas de protección de derechos de menores cuando ellos se encuentren amenazados o vulnerados, y le entrega al Juez la posibilidad tanto de iniciar de oficio el procedimiento como de decretar medidas

cautelares especiales, debemos poner énfasis en que le entrega al Juez, la posibilidad no la obligación.

El objetivo de una regulación de adecuación es servir de facilitadora de la aplicación de las normas que contiene la Convención y eso no sucede con la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, lo que ella principalmente hace es servir de ley de recepción ya que hace suyos nominalmente ciertos principios propios de la Convención de Derechos del Niño, como es el caso del Interés Superior del Niño.

Es importante destacar el rol que cumple el Consejo Técnico en la asesoría del Juez en la toma de decisiones especialmente en lo relativo a los niños, que es lo que nos convoca, ya que son los que permiten al Juez conocer la realidad de la situación que vive el menor para así poder determinar cuál es su mejor interés o Interés Superior del menor en el caso concreto.

#### IV

Por último, la Jurisprudencia de los Tribunales de Familia no ha logrado con facilidad precisar en los casos concretos el Interés Superior del Niño, pero hay excepciones como las que hemos consignados, que van más allá de sólo consignar o citar los artículos correspondientes tanto de la ley como de la Convención.

Además se debe ya precisar, que no aparece en la regulación chilena un encargado de resguardar los derechos y garantías de los niños. Se hace necesario que se determine con prontitud, para una buena protección de los menores, alguien que detente el mandato legal de su resguardo.

Ante esta situación de abandono, parecería lógico concluir que si nadie posee tal calidad debiera, en defecto, ser el Juez de Familia el encargado de dicha función, pese a que no existe norma expresa que lo contenga ya que, como lo expresamos hace un instante, la ley sólo le da la posibilidad de actuar de oficio y no la obligación. Esta opinión, a nuestro juicio, no puede ser rebatida por el principio de la

Independencia y de sólo actuar cuando las partes lo soliciten ya que esta función lo asumiría en atención al Interés Superior del Niño en su faceta general, que mira al colectivo niño, lo cual debe ser promovido por el Estado a través de políticas y leyes, como es del caso, ya que el Interés Superior del Niño es más que un concepto aplicable al caso concreto, es también una herramienta que puede y debe ser utilizada, dando respuesta a un principio “Superior” que debe ser “una consideración primordial”.

En este sentido podemos encontrar una vía en la que le damos operatividad al principio y obligación de aplicarlo al Juez de Familia, con base legal en los artículos 10 a 17 de la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, especialmente relevante es el artículo 13, la Actuación de Oficio, ya que más allá de la prontitud de llevar a término la causa, es dar una pronta respuesta a una vulneración de derechos en pos de su mejor interés.

Un Juez que tiene dentro de sus funciones tomar medidas tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando estos se encontraren amenazados o vulnerados, no puede no hacer algo ante una situación tal.

Además, no podemos no decir, que la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia integra en un mismo articulado dos principios, el del Interés Superior del Niño y el Derecho a ser oído, por lo que nos vemos en la obligación de hacer esta aclaración a fin de no caer en confusiones. El Derecho a ser oído es uno de los principios de la Convención de Derechos del Niño que pretende hacer partícipe al menor de los asuntos que le afecten en la medida de su madurez, es la consideración de su opinión. Distinto es su interés, este puede o no coincidir con lo que el menor cree u opina respecto a determinado tema que lo afecta.

Además, el sólo hecho de entregar los asuntos relativos a menores a una judicatura con otras competencias puede fácilmente ser considerado como una vulneración directa a los derechos consagrados en la Convención de Derechos del Niño ya que ella textualmente considera necesaria una magistratura especializada,

pero en la medida que se dé prioridad y se considere en forma primordial los intereses de los menores, esto podría no verse como un retroceso.

## V

Luego, de hacer todas las reflexiones necesarias ya estamos en condiciones de responder las interrogantes que nos convocan.

- A.** Respecto a si es necesario determinar un contenido del Interés Superior del Niño, la respuesta según nuestra visión es negativa, ya que pese a que a través de los años hemos alcanzado una noción de este concepto eso es lo necesario, ya que este principio tiene una doble función que es innegable e indispensable para poder responder cabalmente a las necesidades de los menores. Por un lado es herramienta procesal que nos sirve para responder a las necesidades e intereses de los niños y por otro lado es derecho sustantivo que representa los intereses particulares de los menores en los casos concretos. Limitarlo podría significar que situaciones quedaran excluidas de su protección, además este concepto se delimita a sí mismo, ya que lo que no responda a los intereses de los menores significaría o que no le es relevante o que le es contrario. Respecto al término “Superior” queda claro que es sólo ser siempre considerado y no que siempre prime ya que eso será relativo.

Respecto a si la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia cumple o no con ser legislación de Adecuación, según nuestra opinión la respuesta es negativa pues lo que realmente hizo fue integrar a una legislación nacional principios extraídos de la Convención de Derechos del Niño, la cual incluso puede auto ejecutarse sin necesitar norma que la reitere a nivel legal, lo que ella requeriría es una regulación que facilite, y no sólo repita, la aplicación de su contenido.

- B.** Respecto a si el Interés Superior del Niño se satisface o no con la Ley n° 19.968 de Tribunales de Familia, debemos decir que la respuesta, hasta el momento también es negativa, ya que al ser sólo reiterado por la ley y a su vez, dejar este vacío tan inmenso respecto a una figura que se encargue de cautelar los derechos de los niños y sólo expresando la posibilidad de que por voluntad del Juez este pudiera de oficio proteger niños ante vulneraciones no responde a los objetivos que la Convención de Derechos del Niño pretende resolver. La respuesta cambiaría a positiva si se interpretara esta actuación del Juez como una obligación, en virtud de las actuaciones de oficio. Debemos decir, que siempre lo óptimo sería que pudiéramos contar con una figura independiente que guardara los intereses de los menores.

## **BIBLIOGRAFIA**

BELLOF, MARY. "Protección Integral de Derechos del Niño Vs derechos en Situación Irregular", texto publicado en "Los derechos del niño en el sistema interamericano", Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

BUSTAMANTE DONAS, JAVIER, Profesor de Ética y Sociología. Universidad Complutense de Madrid, "La Sociedad de la Información", <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>.

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, documento OEA/SER.L/V./II. 49 de 11 de Abril de 1980.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS, Observaciones Generales n° 1 a n° 11.

CROXATO, ALEJANDRA; OCAMPO, LUIS FELIPE, "Manual de Derecho de Menores, Visión crítica y practica", Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales) Universidad Central de Chile, 1994.

DAVILA B. PAULI y NAYA G., LUIS, "La evolución de los derechos de la infancia: Una visión Internacional", Encounters on Education, Volume 7, Fall 2006.

GUZMAN BRITO, ALEJANDRO. "Derecho Privado Romano", Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1997.

HAYEK, FRIEDRICK A., "Individualismo: El Verdadero y el Falso" .Ensayo corresponde a una exposición pronunciada en la duodécima Finlay Lecture en la University College de Dublín, diciembre de 1945.

MUÑOZ T., VICTOR R., “Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la Carta de 1980”. Revista de Derecho: Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 8, 2000.

O’DONELL, DANIEL, “La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido”. En Infancia Boletín Instituto Interamericano del Niño. OEA. N° 230. Tomo 63, Julio de 1990.

PRIETO PERALTA, ANA LUISA, De la Declaración de los Derechos del Niño a la Convención de los Derechos Del Niño: Nuevas bases para los deberes de la sociedad con respecto de los niños, Revista UNICEF [s.a.]

RIVERO HERNANDEZ, “El interés del menor”, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

ROJAS FLORES, JORGE. “Los derechos del Niño en Chile: Una aproximación Histórica, 1910-1930”. Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Historia N ° 40, Vol. I, Enero – Junio 2007; 129 – 164. ISSN 0073 – 2435.

SAJÓN, RAFAEL, “Situación de la Legislación relativa a la minoridad en Latino América”, Conferencia Latinoamericana sobre la infancia y la juventud en el desarrollo nacional. Santiago de Chile, 1965.

SAJÓN, RAFAEL, “Nuevo Derecho de Menores, Fundamentos Doctrinarios y Legislación Vigente”, Colección Desarrollo Social, Editorial Hvmánitas, Buenos Aires, 1967.

SQUELLA NARDUCCI, AGUSTIN, “Introducción al Derecho”. Edit. Jurídica de Chile, Marzo de 2000.

TURNER SAELZER, SUSAN. “Los tribunales de Familia”. Ius et Praxis , Talca, v. 8, n. 2, 2002 .

VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, “Introducción al Derecho Internacional”. 1ª ed., vol. I.

VELOSO V., PAULINA, “La Justicia frente a los Derechos Humanos de las Mujeres”. Ed. Jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile, 2000.

ZEMARTTEN, JEAN, “El Interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico”, Informe de Trabajo 3-2003, Institut International Droits Lenfant.

#### CUERPOS LEGALES:

- Constitución Política de la República de Chile, editorial Jurídica de Chile, edición 2010.
- Código Civil Chileno, editorial Jurídica de Chile, edición 2010.
- Convención sobre los Derechos del Niño, disponible en [http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx\\_resources\\_textocdn.pdf](http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf).
- Declaración de los Derechos del Niño, disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>.
- Historia de la Ley n° 19.968 que crea los tribunales de Familia, disponible [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
- Ley n° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, Última modificación, 18 de Diciembre de 2010, disponible [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
- Ley n° 16.618 de Menores, disponible [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/pdcp.html>.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en <http://www.rlc.fao.org/frente/pdf/pidesc.pdf>.