



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**FAMILIAS DE ACOGIDA: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS.**

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

Memorista:

Daniela Carolina Salinas Prat

Profesor guía:

Gabriel Hernández Paulsen

Santiago, julio de 2018



“A esta hora exactamente, hay un niño en la calle.... ¡Hay un niño en la calle!  
Es honra de los hombres proteger lo que crece, cuidar que no haya infancia dispersa por las calles,  
evitar que naufrague su corazón de barco, su increíble aventura de pan y chocolate  
poniéndole una estrella en el sitio del hambre. De otro modo es inútil, de otro modo es absurdo  
ensayar en la tierra la alegría y el canto, porque de nada vale si hay un niño en la calle. Todo lo tóxico  
de mi país a mí me entra por la nariz. Lavo autos, limpio zapatos, huelo pega y también huelo paco,  
robo billeteras, pero soy buena gente soy una sonrisa sin dientes, lluvia sin techo, uña con tierra, soy lo  
que sobró de la guerra, un estómago vacío, soy un golpe en la rodilla que se cura con el frío  
el mejor guía turístico del arrabal por tres pesos te paseo por la capital. No necesito visa pa’ volar por  
el redondel porque yo juego con aviones de papel, arroz con piedra, fango con vino, y lo que me falta  
me lo imagino. No debe andar el mundo con el amor descalzo enarbolando un diario como un ala en la  
mano trepándose a los trenes, canjeándonos la risa, golpeándonos el pecho con un ala cansada. No  
debe andar la vida, recién nacida, a precio, la niñez arriesgada a una estrecha ganancia porque entonces  
las manos son inútiles fardos y el corazón, apenas, una mala palabra. Cuando cae la noche duermo  
despierto, un ojo cerrado y el otro abierto por si los tigres me escupen un balazo, mi vida es como un  
circo, pero sin payaso voy caminando por la zanja haciendo malabares con 5 naranjas pidiendo plata a  
todos los que pueda, en una bicicleta en una sola rueda soy oxígeno para este continente, soy lo que  
descuidó el presidente, no te asustes si tengo mal aliento, si me ves sin camisa con las tetillas al viento  
yo soy un elemento más del paisaje los residuos de la calle son mi camuflaje como algo que existe que  
parece de mentira, algo sin vida pero que respira pobre del que ha olvidado que hay un niño en la calle,  
que hay millones de niños que viven en la calle y multitud de niños que crecen en la calle. Yo los veo  
apretando su corazón pequeño, mirándonos a todas con fábula en los ojos. Un relámpago trunco les  
cruza la mirada, porque nadie protege esa vida que crece y el amor se ha perdido, como un niño en la  
calle. Oye a esta hora exactamente hay un niño en la calle. Hay un niño en la calle.”

**Mercedes Sosa, Canción para un niño en la calle.**



## RESUMEN

El cambio de paradigma respecto a la niñez a partir de la proclamación de la Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño deja atrás la concepción de la infancia y la adolescencia como “objeto de protección”, constituyéndose en objetos de caridad por parte de los organismos públicos y privados. En virtud de este nuevo marco, pasan a ser “sujetos de derecho” y titulares de éstos, pudiendo exigir su respeto y cumplimiento a su familia, a la sociedad y al Estado.

El propósito del presente trabajo es establecer la responsabilidad que le cabe al Estado como garante de los derechos de la infancia cuando éstos han sido violentados o se ven amenazados de serlo.

Los niños, niñas y adolescentes requieren vínculos estables que le brinden la seguridad y protección necesarias para su desenvolvimiento personal. La misión de procurar la estabilidad y satisfacción de sus múltiples necesidades está entregada a la familia como organismo fundamental de la sociedad.

Sin embargo, producto de diferentes situaciones, circunstancialmente hay familias que no pueden brindar el ambiente seguro y estable que un niño o niña requiere para su desarrollo integral, debiendo el Estado ejecutar medidas para el restablecimiento de los derechos vulnerados o amenazados.

Estas disposiciones son de diversa índole y grado de intervención. Si excepcionalmente se requiriese la separación del niño o niña de su familia, se han establecido medidas de cuidado alternativo como el acogimiento residencial o el acogimiento familiar; debiendo escogerse entre ellas la más idónea para el interés superior del niño y la observancia de sus derechos.

Las repercusiones y efectos que estas providencias tienen en los niños y niñas son objeto de un estudio multidisciplinario, debiendo recurrir a otras áreas del conocimiento para su análisis, en especial sobre los beneficios entregados por el acogimiento familiar frente a las otras modalidades.

**Palabras Clave: Infancia-vulneración de derechos- familia-Interés superior del niño.**



## **DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS**

Esta memoria está dedicada especialmente a mis padres y hermanos, a mis abuelas, abuelos, tíos, tías, primas, primos, amigas y amigos por su cariño y apoyo constante. Sin todos ustedes, esto no hubiera sido posible. Simplemente... ¡GRACIAS TOTALES!

Gracias a mi profesor guía, Gabriel Hernández, por su orientación en este proceso. Un agradecimiento especial a los funcionarios de las Bibliotecas del Congreso tanto en Santiago como de Valparaíso y del Servicio Nacional de Menores en Santiago por su orientación y ayuda en la búsqueda de material para este trabajo.





## ÍNDICE

Contenido	
RESUMEN.....	5
DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS.....	7
ÍNDICE.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPITULO I: DERECHO DE TODO NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A VIVIR Y CRECER EN UNA FAMILIA.....	15
1.    Concepto de familia.....	15
1.1    Funciones de la familia.....	19
2.    Derecho del niño, niña y adolescente a vivir y crecer en familia.....	22
2.1    Pilares fundamentales en la normativa de infancia y el derecho de familia.....	23
2.2    Apego y estabilidad en los vínculos.....	29
3.    Normativa relativa la aplicación de medidas de protección y al cuidado alternativo infantil.....	32
3.1    Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.....	36
4.    Modalidades de cuidado alternativo:.....	40
CAPITULO II: ACOGIMIENTO FAMILIAR EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS COMPARADOS.....	47
1.    Situación del Acogimiento Familiar en Argentina.....	47
1.2    Medidas de Protección de la Infancia y la Adolescencia.....	51
2.    Situación del Acogimiento Familiar en España.....	57
3.    Situación del Acogimiento Familiar en Inglaterra.....	66
CAPITULO III: ACOGIMIENTO FAMILIAR EN EL DERECHO CHILENO.....	73
1.    Revisión del sistema de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile.....	73
1.1    Procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.....	76

1.2	Revisión de los proyectos legislativos de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia en discusión en el Congreso Nacional.....	80
1.2.1	Proyecto de Ley “Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia” Mensaje N°006-361. Boletín 8.911-18.....	80
1.2.2.	Proyecto de Ley de “Garantía de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, Mensaje 950-363 Boletín 10315-18.....	81
2.	Acogimiento familiar en Chile.....	83
3.	Críticas y propuestas para la reforma del sistema chileno de familias de acogida.....	90
	CONCLUSIONES.....	95
	BIBLIOGRAFÍA.....	99
	ANEXO.....	109
	Cuadro comparativo.....	109

## INTRODUCCIÓN

De acuerdo con lo señalado por el profesor Lepin<sup>1</sup>“La familia es una institución que responde a una realidad social, como tal, en su concepto y extensión dependen del desarrollo de cada cultura. Es por ello que dar un concepto de familia ha sido un desafío permanente para las ciencias sociales; son innumerables los esfuerzos, principalmente, de la doctrina para determinar sus alcances y límites, e incluso se ha señalado que resulta inútil elaborar una definición, ello debido a que la familia como producto cultural ha exhibido, a lo largo de la historia, fisonomías de diversa naturaleza, por lo que el concepto no es unívoco.” Frente a esta disyuntiva, es necesaria una revisión de los diversos conceptos que se han entregado por parte de la doctrina, jurisprudencia y organismos nacionales e internacionales.

La dictación de la Convención Internacional sobre Los Derechos Del Niño en 1989 produjo un cambio en la visión que se tenía de la infancia tanto en la normativa nacional como en la internacional, pasando de ser objeto de protección a ser un sujeto de derechos en conformidad con el principio de igualdad.

Este principio consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece el reconocimiento de la titularidad universal de los derechos esenciales para todos los miembros de la especie humana. Este principio de igualdad y no discriminación es recogido en todos los demás Pactos de Derechos Humanos y a nivel interno generalmente en la norma fundamental. En este sentido, son titulares de derechos, de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, todos los seres humanos menores de 18 años, salvo quienes la ley nacional declare mayores de edad.

En el preámbulo de este cuerpo normativo se estipula que todo niño o niña, "para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"<sup>2</sup>, constituyendo, por lo tanto, una obligación para los Estados Partes el velar por el hecho de que, a cada niño, niña y adolescente bajo su jurisdicción, se le respete y garantice dicho derecho.

1

LEPIN, C. 2017. Derecho familiar chileno. Thomson Reuters Legal Publishing Chile. Santiago de Chile. 16p.

2

Convención de Derechos del Niño, Organización de Naciones Unidas. 20 noviembre 1989, suscrita por Chile el 26 de enero de 1990. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 27 de septiembre de 1990.

Pueden existir circunstancias que impidan que un niño o niña se mantenga en el seno de su familia de origen, frente a lo cual existe el deber por parte del Estado de brindarle los cuidados y protección requeridos en conformidad a su edad y necesidades, ya sea de forma transitoria o bien definitiva. Ante este deber, existen diversas modalidades de cuidado alternativo que pueden utilizarse, como pueden ser los centros residenciales o bien mediante acogimiento familiar, entre otros.

Estas medidas deben evaluarse para su aplicación, mantención y revocación, conforme al principio rector en materia de derechos de la infancia, denominado interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN o la Convención), que señala que éste debe ser observado, respetado y garantizado en todas las materias y procesos que involucre a los niños y las niñas, por parte de todos los órganos estatales, organizaciones y personas dentro de su territorio. En este sentido el Comité de los Derechos del Niño señala que “[E]l objetivo del concepto del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.”<sup>3</sup>

Para entender la importancia que la familia tiene para un niño o niña, en relación a los efectos que implica para el desarrollo de un ser humano en sus primeros años de vida el contar con lazos afectivos que le entreguen seguridad, contención, apoyo, satisfacción de necesidades y garantía de que sus derechos, y que su vida e integridad son valoradas y cuidadas en todos los aspectos, recurriremos a aportes de diversas disciplinas, como la psicología, la medicina, la educación, la antropología y sociología.

En relación al escenario que viven los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) cuyos derechos han sido vulnerados o bien se encuentran en riesgo de vulneración en Chile y que se encuentran bajo la tutela estatal, desde hace algunos años se ha puesto sobre la mesa, debido a la salida a la luz de las irregularidades descubiertas por la Comisión de Investigación<sup>4</sup> sobre el Servicio Nacional de Menores y sus organismos colaboradores y la muerte de niños y niñas al interior de centros residenciales que se encuentran bajo su supervisión, lo cual ha develado las graves

3

Observación N°14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3 párr.1). CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, pp. 259. Comité de los Derechos del Niño, [en línea] <<https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>> [consulta 04 octubre 2017]

4

GUZMÁN, J.A. 2013. Niños protegidos por el Estado: los estremecedores informes que el Poder Judicial mantiene ocultos. [en línea] CIPER, Centro de Investigación Periodística en Internet. 04 de julio, 2013. <<http://ciperchile.cl/2013/07/04/ninos-protectidos-por-el-estado-los-estremecedores-informes-que-el-poder-judicial-mantiene-ocultos/>> [consulta: 24 enero 2017]

vulneraciones de derechos humanos de algunos niños, niñas y adolescentes que se encuentran al resguardo del Estado de Chile.

A su vez, hay que distinguir entre la institución de la adopción y el acogimiento familiar, si bien en ambas, se realiza el cuidado y satisfacción de necesidades en todo aspecto del NNA en un entorno familiar por parte de una familia distinta a la de origen, la primera realiza esta función de forma permanente y definitiva, generando nuevos vínculos filiativos entre los padres y el NNA; mientras que la segunda es de carácter transitorio en situaciones de necesidad de protección. Se busca, por lo tanto, destacar los beneficios que produce la mantención de los niños y niñas privados de cuidados parentales en un entorno que le brinde los cuidados y vínculos estables que le permitan el desarrollo de sus potencialidades de forma óptima.

Esta memoria se propone exponer la problemática de la necesidad de protección a la infancia y adolescencia vulnerada en sus derechos; las instituciones de derecho internacional existentes, las instituciones de derecho comparado y la normativa existente en el derecho comparado a través del estudio de fuentes primarias, diversos instrumentos normativos tanto nacional como internacional, de diverso rango, así como de fuentes secundarias a través de trabajos análisis jurídicos estudios aplicados. y un análisis comparado de los sistemas de protección de la infancia. en consideración a lo anterior se realizará un análisis comparativo de los sistemas de cuidado alternativo implementados en el derecho comparado y el vigente en nuestro país, en conformidad a los requerimientos de los niños y niñas, y los parámetros básicos establecidos en el ordenamiento internacional y nacional.

El trabajo se compone de tres capítulos: en el primero se realizará una indagación general de la institución de la familia, las funciones que cumple, su importancia y el derecho de todo niño, niña y adolescente de vivir y crecer dentro de ella, así como las respuestas que el ordenamiento a nivel internacional ha entregado para la infancia privada de cuidado parental. En el segundo capítulo se realizará una revisión en algunos ordenamientos de derecho comparado con respecto a los sistemas de protección que utilizan frente a esta problemática y su regulación del sistema de acogimiento familiar. Finalmente, el último capítulo se enfocará en la situación de Chile a través de una breve ilustración de las familias de acogida en la normativa nacional, la regulación actual y los proyectos que se encuentran en discusión en el Congreso Nacional sobre los derechos de la infancia y su protección integral.



## **CAPITULO I: DERECHO DE TODO NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A VIVIR Y CRECER EN UNA FAMILIA.**

En este capítulo de forma introductoria se revisará el concepto de familia y sus funciones para entender la importancia que tiene esta organización social en la vida de un NNA en cuanto se trata de un ser humano en desarrollo. Por otra parte, también se examinará la regulación del derecho a la familia a nivel internacional y nacional. Finalmente se realizará una exposición de las modalidades de cuidado alternativo existentes y las Directrices prescritas por la Organización de Naciones Unidas con relación a la finalidad de promover la desinstitucionalización de la infancia que se encuentra privada de cuidados parentales.

### **1. Concepto de familia.**

A pesar de la importancia que posee la institución familiar en nuestra vida cotidiana, no existe un concepto concreto y determinado que abarque todas sus funciones, características y formas, por cuanto éstas mismas han variado a lo largo de la historia en atención a factores culturales, políticos, religiosos y tecnológicos, poniendo de relieve el carácter evolutivo del derecho de familia.<sup>5</sup>

Esta misma idea es compartida por Jorge Del Picó<sup>6</sup>, que, citando a Eduardo Estrada, señala que la dificultad para poder establecer un concepto de familia se centra en ‘la relatividad y temporalidad’ de éste, siendo insuficiente el derecho por sí, debiendo recurrir para ello a las perspectivas de otras ciencias sociales como la psicología o la sociología.

Si bien concordamos con lo señalado respecto a la dificultad de la concreción de un concepto unívoco de familia debido a las diversas concepciones culturales, disintimos en la idea de una evolución del concepto, y preferimos sostener que existe un dinamismo en función de éste, por cuanto la evolución implica un crecimiento y el estatus de una hegemonía, mientras que el dinamismo conlleva una coexistencia de diversas visiones de forma paralela.

5

LEPIN, C. 2016. Estudios de Derecho familiar I: jornadas nacionales de derecho familiar. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Thomson Reuters Legal Publishing. 1p.

6

DEL PICÓ, J. 2011. Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno. [en línea] *Revista Ius et Praxis*, vol. 17, N°1, 31-56p. <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122011000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100003)> [consulta: 06 octubre 2017]

Este mismo fenómeno de dinamismo se encuentra reflejado en lo señalado por Nicolás Espejo<sup>7</sup>, por cuanto expone que el término familia puede ser definido de forma diferente dependiendo del enfoque que se utilice, pudiendo utilizar por lo tanto, un enfoque centrado en las funciones que cumplen los individuos al interior de la organización familiar, esto es un ‘enfoque fundacional’; un enfoque formalista, determinado por aspectos fácticos y/o contractuales o bien, que la familia puede ser definida de manera “auto-identificadora”, señalando que cada agrupación determina su propia definición de lo que es y lo que la conforma.

Otra conceptualización utilizada es la de la Comisión Nacional de la Familia<sup>8</sup>, organismo creado en 1992 por el presidente Aylwin, a través del decreto N°162, del 21 de agosto de ese año, que establece que corresponde a un grupo social el cual se encuentra unido por vínculos ya sea de sangre, filiación o bien por mantener una relación afectiva estable, incluyendo la unión de hecho.

Por su parte Hernán Corral<sup>9</sup> entiende que la “familia es aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concebidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se encuentran unidas por afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente.”

En nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto estipulado de familia, aun cuando en los instrumentos normativos tanto a nivel nacional como internacional se establezca que constituye la base de la sociedad. Así lo indica nuestra Carta Fundamental en su artículo 1° inciso 2°, señalando que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y a su vez, en su inciso final, establece el deber del Estado de propender a su fortalecimiento, al igual que los diversos Pactos Internacionales suscritos por Chile.

7

ESPEJO, N. 2016. El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental. Estudios de Derecho familiar I: jornadas nacionales de derecho familiar. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Thomson Reuters Legal Publishing. 197p.

8

COMISIÓN NACIONAL DE LA FAMILIA. 1993, Acta cuarta sesión. [en línea] <<http://www.archivospublicos.cl/uploads/r/archivo-institucional-universidad-alberto-hurtado/8/a/5/8a5a410807ae0d787b094b77b31525a63322cbff35bde3c7d075c460a4bb7c3a/45-3-22.pdf>> [consulta: 26 octubre 2017]

9

CORRAL, H. 2005. Derecho y Derechos de la Familia. Editora Jurídica Grijley. Lima. 32p.



Como antecedente, en nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar que en el proyecto de la Nueva Ley de Matrimonio Civil<sup>10</sup> se consagraba a la familia como un “grupo humano y social, constituido por la unión de un hombre y una mujer, con voluntad de permanencia o estabilidad en el tiempo, constituido por la unión de un hombre y una mujer con aptitud legal para comprometerse a compartir la vida y, sobre esta base, crear un hogar, con o sin hijos propios o adoptivos”, donde es posible apreciar que es necesario que esta unión posea estabilidad o permanencia en el tiempo pero no requiriéndose el vínculo matrimonial ni la existencia de hijos para que se configure, discordando con lo señalado por el autor anteriormente señalado, en este sentido, pero a su vez adscribe a la existencia de diferencia de sexo de la pareja.

Esta misma idea es reiterada en el artículo 1° de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, agregando que el matrimonio es la base principal de la familia. Siendo la base principal, de forma implícita, se ha entendido en la doctrina que no es la única forma de familia, tal como señala Javier Barrientos<sup>11</sup>, por lo que constituye para el Estado una obligación el reconocimiento, protección y fortalecimiento de todas las organizaciones familiares que se encuentran bajo su jurisdicción, en concordancia con el mandato constitucional ya señalado y lo establecido en el inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental, en relación al respeto y garantía de los derechos esenciales de las personas consagrados en los Pactos Internacionales firmados y ratificados por nuestro país.

La profesora Aída Kemelmajer<sup>12</sup> destaca la apreciación que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la protección que entrega la Convención Americana de Derechos Humanos a la familia en la Opinión Consultiva OC-17/2002 sobre la “Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños”, en la que se señala que el artículo 17 de dicho cuerpo normativo no sólo protege al modelo tradicional de la familia, esto es el matrimonio heterosexual con hijos, sino que las diversas formas familiares, visión que establece la obligación a los Estados Partes de la Convención de proteger a todas las diversas organizaciones familiares a pesar de su falta de reconocimiento legal de

10

EN: DEL PICÓ, J. 2011. Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno. *Revista Ius et Praxis*, año 17, N°1, 31-56p. [en línea] <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122011000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100003)> [consulta: 06 octubre 2017]

11

BARRIENTOS, J. 2011. Derecho de las personas. El derecho matrimonial. Thomson Reuters. 11p.

12

KEMELMAJER, A. 2016. EL derecho de la familia y el bloque de constitucionalidad. Estudios de derecho familiar: jornadas nacionales de derecho familiar I. Thomson Reuters Legal Publishing. 62p.

forma expresa. Siguiendo con esta idea, el profesor Hernández<sup>13</sup> realza la idea que ya nos es posible negar la existencia de diversas organizaciones familiares, que difieren con la concepción tradicional heredada de nuestra tradición judeocristiana, ya que esto negaría la realidad de miles de ser humanos.

Las profesoras Susan Turner y Yanira Zúñiga<sup>14</sup> dentro de sus conclusiones en el análisis comparativo de las Constituciones Latinoamericanas sobre la constitucionalización del derecho de familia, señalan que existe una clara tendencia al reconocimiento en las cartas fundamentales de la diversidad de familias, manifestándose el principio de igualdad y la realidad del cambio social a través de ella.

Como señalamos previamente, si bien en el derecho chileno no existe una definición legal de lo que es una familia, a menudo se hace referencia al artículo 815 del Código Civil, cuya aplicación se encuentra limitada para los derechos de uso y habitación, el cual luego de la reforma filiativa de 1998, se modifica en concordancia con el principio de igualdad de los hijos, por cuanto constituye uno de los principios rectores de dicha reforma y uno de los pilares fundamentales en el derecho de familia e infancia.

13

HERNÁNDEZ, G. 2009. Las grandes reformas al derecho de familia chileno a la luz de los derechos humanos. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*. Facultad de Derecho, Temas de Derecho Civil Año XIII, N°13, 91p.

14

ZUÑIGA, Y. y TURNER, S. 2013. Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Sección: Estudios Año 20 - N°2, 269-301p. [en línea] <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532013000200010](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200010)> [consulta: 08 octubre 2017]

En definitiva y para el desarrollo de esta memoria, adscribimos a la conceptualización entregada por el profesor Lepin<sup>15</sup>, quien la define como “*el grupo de personas que conforman una comunidad de vida, basadas en el vínculo del matrimonio, del acuerdo unión civil, del parentesco o derivadas de las relaciones de convivencia afecto-sexual*”, por cuanto en ella se reconoce a la familia como una organización basada en un vínculo afecto-sexual estable en el tiempo, sin exigir el cumplimiento de la formalidad del matrimonio ni la existencia de hijos, debido a que más allá de las diferentes concepciones que la “familia” recibe, se establece como una organización de personas que permite satisfacer necesidades materiales, sexuales y espirituales, siendo el elemento determinante la relación afectiva entre sus miembros.

Es ahí donde radica su trascendencia y su mantención a pesar de los cambios que ha experimentado la humanidad a lo largo de los siglos. Dicha importancia, tal como señalamos anteriormente, se ha consagrado en el ordenamiento jurídico con el derecho de todo ser humano a conformar y mantener dichas relaciones afectivas, así como la obligación de los Estados de proteger estos vínculos y a sus miembros sin discriminación.

### *1.1 Funciones de la familia.*

La familia cumple un rol social para el desarrollo integral de sus miembros. Para su cumplimiento la familia desempeña diversas funciones, destacando las reproductivas, culturales, espirituales y económicas. Esta es la postura seguida por Corral<sup>16</sup> que establece que la familia cumple tres funciones básicas: una natural, en la que se entiende la perpetuación de la especie, requiriendo la diferencia de sexo en la pareja, por lo tanto, no concibiendo como legítimas las parejas del mismo sexo; otra económica, referente al auxilio y socorro mutuo; y finalmente una función espiritual, entendiéndose por ésta el desarrollo personal de los miembros que la componen.

15

LEPIN, C. 2017. *Op. Cit.* 27p.

16

CORRAL, H. 2005. *Op. Cit.* 32p.

Para la Comisión Nacional de la Familia<sup>17</sup>, esta organización cumple con funciones en el ámbito sexual, que corresponde a la regulación de las relaciones sexuales y la reproducción para la perpetuación de la especie; en el ámbito material a la mantención de los miembros; en el ámbito social, al cuidado de éstos y el apoyo emocional recíproco, junto con el control social y la sociabilización de los sujetos que la componen.

Por su parte, el profesor Lepin<sup>18</sup> señala que la familia es la institución que mejor cumple las funciones fundamentales para la vida y el desarrollo de los sujetos, las cuales corresponden a la biológica, educativa, económica y la protectora, destacando en esta última, la manifestación de los principios de protección a la familia, conforme al mandato constitucional del artículo 1° inciso 5° y al de protección del más débil, en especial a los niños, ancianos e incapaces.

En sentido contrario, Del Picó<sup>19</sup> dice que dejando de lado las funciones tradicionales, entendiendo por éstas las funciones afectiva, procreadora, cultural, económica y política, es posible encontrar, como funciones desde una perspectiva contemporánea, la de equidad generacional, que corresponde al cuidado y asistencia de padres a hijos o viceversa, esto es de “corresponsabilidad intergeneracional”; la de transmisión de elementos culturales, por cuanto constituye el primer entorno de formación y educación del individuo; la de sociabilización, siendo el primer lugar en el que establecen vínculos interpersonales que le permitirán en el futuro desenvolverse en sociedad; la de control social, directamente relacionada con las dos funciones anteriores y la de afirmación de la personalidad de los sujetos, la que corresponde a la entrega de elementos que le permitan establecer su identidad tanto dentro de la familia, como de la sociedad.

Respecto de las funciones en específico, la función reproductiva, ésta es entendida como la facultad de las parejas de procrear; para lo cual era requerida la diferencia de sexo de los individuos, ya no es posible considerarla una función esencial, por cuanto existen otras formas para que una pareja tenga hijos. En este ámbito es posible destacar las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) y la institución

17

COMISIÓN NACIONAL DE LA FAMILIA, 1993. Acta final cuarta sesión. Archivos Públicos. [en línea] <<http://www.archivospublicos.cl/uploads/r/archivo-institucional-universidad-alberto-hurtado/8/a/5/8a5a410807ae0d787b094b77b31525a63322cbff35bde3c7d075c460a4bb7c3a/45-3-22.pdf>> [consulta: 11 octubre 2017]

18

LEPIN, C. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°23, 9-55p. [en línea] <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722014000200001](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001)> [consulta: 10 octubre 2017]

19

DEL PICÓ, J. 2011. *Op.cit.*31-56p.

de la adopción. Ambos medios eliminan la necesidad de la diferencia de sexo de los futuros cuidadores primarios o padres, como indica Juan Marco Vaggione<sup>20</sup> estos medios permiten la paternidad y maternidad a quienes que por su orientación sexual no podrían serlo debido a su ‘incapacidad procreadora’.

Los autores destacan como una importante función de la familia, la solidaridad entre sus miembros, por cuanto este valor influye en la esfera ético-moral de las personas para relacionarse entre sí dentro de la familia y para relacionarse con el resto de la sociedad, prestando auxilio a cuyos miembros lo requieran. Una manifestación de esta función se encuentra en el deber de cuidado y de alimentos de los padres a sus hijos y de éstos a sus padres cuando se encuentren en situación de necesidad, conforme a lo estipulado en los artículos 323 y 223 del Código Civil, respectivamente.

Es posible considerar además una función protectora, por cuanto los miembros de la familia se cuidan entre sí, dejando de lado la visión patriarcal de que la función de cuidado y crianza era meramente propia de la mujer, pasando a ser un deber-derecho recíproco entre los cónyuges y hacia sus hijos e hijas. Esta idea es compartida por Kemelmajer citando a Encarna Roca, quien estipula que la familia cumple entre sus funciones fundamentales dentro de una sociedad, la de protección de los miembros que la componen y la ‘ayuda a los integrantes más vulnerables’<sup>21</sup> como lo son los NNA y ancianos, quienes por su edad y dependencia se encuentran en una situación potencial de vulnerabilidad.

20

VAGGIONE, J. M. 2008. Las familias más allá de la heteronormatividad. En: MOTTA, C. y SÁEZ, M. (Eds.). La Mirada de los Jueces. Siglo del Hombre Editores. 45p.

21

ROCA, E. citada por KEMELMAJER, A. 2016. EL derecho de la familia y el bloque de constitucionalidad. En: Estudios de derecho familiar. Jornadas nacionales de derecho familiar. Thomson Reuters. 59p.

## 2. Derecho del niño, niña y adolescente a vivir y crecer en familia.

La profesora Barletta<sup>22</sup> expresa la relevancia trascendental que tiene la familia en la vida y el desarrollo de un individuo durante sus primeros años de vida, lo que se encuentra en conformidad con lo estipulado en la Declaración Universal de los Derechos del Niño, en su principio 6° que señala que los niños, niñas y adolescentes requieren para un desarrollo integral en todos los aspectos de su vida, crecer en un ambiente que le entregue amor, cuidados, seguridad y comprensión.

Uno de los aportes de la Convención sobre los Derechos del Niño es el cambio en la concepción de la niñez, pasando de objeto de protección a sujeto de derecho del NNA frente al ordenamiento, los Estados, sus órganos y el resto de la sociedad. Este reconocimiento de su personalidad jurídica separada de sus padres, tutores o representantes legales implica que son titulares por sí mismos de sus derechos, pudiendo exigir su respeto y garantía frente a todos los órganos y personas dentro de la jurisdicción de su Estado.

En este sentido, compartimos la idea de Miguel Cillero y Hugo Madariaga<sup>23</sup> quienes adscriben a la apreciación de la infancia como una etapa en sí, y no de preparación para la vida adulta, por lo que debe valorarse como una fase con sus propias necesidades y habilidades, dejando de lado las concepciones de que los asumen como seres incompletos o de valor inferior al de un ser humano en su adultez, el cual detenta derechos por sí, y como se señaló previamente, de forma independiente a sus tutores y cuidadores primarios.

Es posible apreciar que la universalidad de los Derechos Humanos se extiende a todos los miembros de la familia humana, independiente de su sexo, edad, situación económica, origen étnico, religión o credo, nacionalidad o de su opinión política; los NNA siendo parte de este conjunto, son titulares indiscutidos de todos los derechos consagrados tanto en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de carácter general como en los de carácter específico dictados en función de su condición de ser humano en desarrollo y potencial amenaza de

22

BARLETTA, M. C. 2009. La reinserción en la familia. En: VILLAGRASA, C. y RAVETLLAT, I. Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. Bosch. Barcelona. 367p

23

CILLERO, M. y MADARIAGA, H. 1997. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño—OEA*, vol. 234, 1-13p.

experimentar una situación de vulnerabilidad. En este sentido, Morlachetti<sup>24</sup> destaca además de la universalidad de los derechos esenciales, su carácter inalienable e indivisible.

Isaac Ravetllat<sup>25</sup> denota la heterogeneidad dentro del grupo etario denominado infancia. Con relación a la formación del concepto bajo el cual lo entendemos constituye a una construcción que depende de la sociedad en la que se encuentre, y está conformada por elementos sociales, económicos, políticos, culturales e históricos.

### *2.1 Pilares fundamentales en la normativa de infancia y el derecho de familia*

Para que sus derechos sean efectivamente observados, respetados y garantizados, de acuerdo con la Observación General N°13, referente al derecho de todo NNA a no ser objeto de violencia, es necesario un enfoque basado en los derechos humanos de la infancia, especialmente bajo una interpretación sistémica y armónica que se sostenga en los cuatro principios fundamentales estipulados en la Convención, esto es el principio rector del interés superior del niño, consagrado en el artículo 3 y mencionado en varios otros artículos a lo largo de la Convención; el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo integral, estipulado en el artículo 6; el principio de igualdad y no discriminación, señalado en el artículo 2, y el derecho a ser oído y su opinión tomada en cuenta, previsto en su artículo 12.

Con respecto al interés superior del niño (o ISN) es una idea que no se encuentra definida en la Convención. Sin embargo, el artículo 3 establece que constituye una de las consideraciones primordiales a observar en todas las decisiones que afecten a los NNA que tomen los organismos públicos y privados, tanto en casos individuales o colectivos. Agregan Isaac Ravetllat y Ruperto Pinochet<sup>26</sup> que, aun cuando no está señalado de forma expresa en dicha norma, este deber se extiende

24

MORLACHETTI, A. 2014. La Convención sobre Los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional derechos humanos. *Derechos Humanos de los grupos vulnerables Manual*, 21. [en línea] <[https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.21-42.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.21-42.pdf)> [consulta: 06 marzo 2018]

25

RAVETLLAT, I. 2007. Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (Parte General). *Revista de Derecho UNED*, N°2, 77-94p. [en línea] <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2007-2-30020/Documento.pdf>> [consulta: 9 marzo 2018]

26

RAVETLLAT, I. y PINOCHET, R. 2015. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Revista chilena de derecho*, vol. 42, 903-934p. [en línea] <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372015000300007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007)> [consulta: 10 octubre 2017]

también a los progenitores o guardadores de los NNA, en concordancia con lo estipulado con el artículo 18 de la Convención y lo señalado en el artículo 222 del Código Civil chileno, que dicen relación con la responsabilidad parental, estableciendo que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior de sus hijos e hijas.

La doctrina tampoco entrega una conceptualización de este principio, pero se acepta mayormente la entregada por Cillero<sup>27</sup>, que corresponde a la plena satisfacción de los derechos de los NNA. Respecto a ello, tanto el Comité de los Derechos del Niño, como el autor antes mencionado y la profesora Maricruz Gómez De La Torre señalan que el principio de interés superior del niño cumple una triple función dentro de la normativa de infancia. El Comité en su Observación General N°14 indica que esta triple funcionalidad se cumple en tanto como derecho sustantivo y/o garantía, un principio de interpretación, como una norma procedimental.

A su vez, señala que en cada caso es necesario evaluar y determinar cuál es el interés superior, debiendo por tanto valorar y ponderar todos los hechos y elementos de la situación en particular para poder establecer la decisión que permita la mayor satisfacción de los derechos del niño, niña o adolescente. Dentro de la normativa chilena, este principio se consagra en el artículo 16 de la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, dentro de los principios del procedimiento e involucra a todas las autoridades en todos los asuntos en que se vean afectados NNA.

Por su parte, la profesora Gómez De La Torre<sup>28</sup>, indica que las funciones del principio rector son las de garantía, lo que implica que deben considerarse en todos los asuntos sus derechos de manera primordial; como norma orientadora para todos los órganos del Estado en la adopción e implementación de políticas públicas en relación a la niñez y; como norma de interpretación y resolución de conflictos, frente a la necesidad de responder a un conflicto de intereses y derechos en los casos que los NNA se vean afectados de forma directa o indirecta; idea que es compartida por Cillero<sup>29</sup>.

27

CILLERO, M. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño* N°1, 45-62p. [en línea] <[https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia\\_y\\_derechos\\_9.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf)> [consulta: 08 octubre 2017]

28

Citado por REVETLLAT, I. y PINOCHET, R. 2015. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Revista chilena de derecho*, vol. 42, 903-934p. [en línea] <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372015000300007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007)> [consulta: 10 octubre 2017]

29

CILLERO, M. 1999. *Op. Cit.* 45-62p.



El principio de igualdad y no discriminación, en el artículo 2 de la CDN establece una nómina no taxativa de cláusulas sospechosas de discriminación, entre las cuales destaca el hecho de que estas cláusulas no deben ser aplicadas por las circunstancias tanto del NNA como a sus padres o tutores. Ibáñez<sup>30</sup>, releva la importancia en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Servellón García y otros versus Honduras*, el principio de igualdad y no discriminación, relativo a que la estigmatización de los NNA que se encuentran en situación de riesgo social implica una mayor amenaza a su vida y otros derechos.

Sobre el derecho de todo NNA a ser oído y que su opinión sea tomada en consideración, es posible señalar que, conforme a lo establecido por el Comité de Derechos del Niño, la forma de manifestar la opinión no sólo abarca la expresión oral, sino que también debe considerarse lo expresado de forma corporal, facial u otras formas de comunicación como el dibujo o la pintura, en consideración a la edad y madurez de quien la exprese, lo cual debe ser apreciado y evaluado por parte de personal competente para ello.<sup>31</sup>

Este derecho denota la importancia que tiene la participación de todos los NNA en el proceso en el que se tomen medidas que los puedan afectar de forma directa o indirecta. Lo anterior supone que todo NNA tiene derecho a expresarse en todo asunto sin importar la materia en que se vean afectados sus derechos y libertades, debiendo ser efectivamente escuchado y que se considere su opinión frente a los hechos y las potenciales soluciones.

Jaime Couso<sup>32</sup> señala que el derecho de ser oído tiene que cumplir con tres exigencias o estándares dentro de todo proceso en el que se vea afectado un NNA: uno sustancial, que su opinión siempre sea evaluada para la decisión final que se tome, otorgándole una importancia mayor o un ‘peso especial’ en función de su edad y madurez; otro de carácter jurídico-procesal, al ser necesario que dentro de la justificación de las sentencias se fundamente la consideración de su opinión o no de ella en la

30

IBÁÑEZ, J. M. 2010. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N°51, 13-54p. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf>> [consulta: 10 octubre 2017]

31

Observación N°12, El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12, Julio de 2009. Comité de los Derechos del Niño. 206p. [en línea] <<https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>> [consulta: 04 octubre 2017]

32

COUSO, J. 2006. El niño como sujeto de derecho y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del Niño, Autonomía progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*. N°3-4. Santiago de Chile. Universidad de Diego Portales y UNICEF. 145-166p. [en línea] <[http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/192/revista%20derechos%203\\_4.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf)> [consulta: 10 octubre 2017]

resolución; y por último, una consideración en el ámbito procedimental que hace referencia a la ‘posibilidad efectiva’ de que el NNA pueda entregar su opinión dentro del juicio cuando lo decida, adoptando las medidas para que pueda expresarse dentro de un ambiente preparado para que se sienta cómodo, ya sea por sí o a través de un representante.

El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo no sólo hace referencia a que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que se respete su vida, sino que además a que ésta se desenvuelva en un entorno con las condiciones adecuadas para su desarrollo integral, requiriéndose por tanto del Estado, la sociedad y la familia en primera instancia de medidas no sólo negativas, es decir, de abstenerse de atender contra la vida y el desarrollo de los NNA, sino que además exige la implementación de medidas positivas para generar las mejores condiciones posibles para el óptimo desarrollo de los sujetos, para que éstos gocen de una vida digna<sup>33</sup>, lo cual va en concordancia con la prevención de situaciones que potencialmente amenacen o vulneren sus derechos, deber que poseen en primera instancia sus padres y familiares, como el Estado por su rol de garante.

En concordancia con lo anterior, Morlachetti<sup>34</sup> referente a las temáticas que implican el resguardar una calidad de vida para los sujetos por parte de los Estados, conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 27 de la CDN, señala que se debe garantizar el acceso, entre otros derechos, a la vivienda, el vestuario y la nutrición, como piso para un desarrollo adecuado de los NNA.

Según lo señalado por el Comité en la Observación General N°5 el “desarrollo” en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. En este sentido, si bien los padres tienen el derecho y deber de educar, orientar y disciplinar a sus hijos e hijas, se reconoce como límite para el ejercicio de este derecho, la protección y respeto por la vida, integridad física, psicológica y sexual de éstos, por cuanto todo castigo corporal es considerado por el Comité como una práctica degradante y prohibida por ser atentatoria contra la dignidad de los NNA. De esta forma, se impide el ejercicio del derecho de corrección social y legalmente permitido años atrás, reemplazado por la facultad de disciplinar o corregir estipulado en el actual artículo 234 del

33

BELOFF, M. y CLÉRICO, L. 2016. Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*, año 14, N°1, 2016. 139-178p. Centro de estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. [en línea] <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art05.pdf>> [consulta: 07 octubre 2017]

34

MORLACHETTI, A. 2014. La Convención sobre Los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional derechos humanos. *Derechos Humanos de los grupos vulnerables Manual*, 21. [en línea] <[https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.21-42.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.21-42.pdf)> [consulta: 06 marzo 2018]

Código Civil en el cual se señala de forma expresa que dicha facultad tiene como límites la afectación de la salud o desarrollo personal del individuo.

Por otra parte, es importante considerar que para nuestra normativa constituye también un principio fundamental, luego de la reforma filiativa de 1998, el derecho a la identidad, estipulado en los artículos 7 y 8 de la CDN, por cuanto es vital para un desarrollo holístico de la personalidad de una persona conocer su origen y mantener los elementos que la componen, como lo son el nombre, la nacionalidad, las relaciones afectivas, la cultura y las costumbres, entre otros, ya que, como señala Beatriz Bísaro<sup>35</sup>, la identidad permite establecer la individualidad y particularidad de cada sujeto dentro de la sociedad.

En el artículo 7.1 de la CDN se establece que todo NNA tiene derecho en la medida de lo posible de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, idea que se encuentra en concordancia con lo estipulado en el artículo 8 que establece la obligación por parte de los Estados de respetar el derecho a mantener su identidad y los elementos que la componen, es decir, nombre, nacionalidad y relaciones familiares, y el artículo 9, ambos artículos del mismo cuerpo normativo, que establece la preservación de las relaciones familiares y la mantención del niño dentro de su núcleo familiar, salvo que sea contrario a su interés superior, siendo esta medida aplicable sólo como *ultima ratio* y en el marco de un debido proceso.

A su vez, Bísaro<sup>36</sup> destaca que este derecho se compone de dos aspectos, siendo uno el dinámico que responde a factores culturales, sociales, históricos que le permiten formar carácter, sus propias ideas y opiniones, por cuanto constituye una construcción histórica y a lo largo de la vida del sujeto; y por otro lado el aspecto estático, que hace referencia, al nombre, la nacionalidad, la imagen, entre otros. También señala que, en específico para los NNA que han sido adoptados, al poseer el derecho de libre investigación de su origen, su entorno debe respetar su opción tanto de querer averiguar como a su elección de no querer investigar sobre su familia de origen.

Couso<sup>37</sup> establece como pilar fundamental la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, como titulares de sus derechos, poseen la potestad de ejercerlos o no, en la medida que

35

BÍSCARO, B. 2009. El derecho a la identidad, el nombre y la familia. La familia en el nuevo derecho. Tomo II. Buenos Aires. 94p.

36

*Ibid.* 93-94p.

37

COUSO, J. 2006. *Op. Cit.* 145-166p.

vayan aumentando sus facultades a medida que van creciendo, conforme a la orientación que le entregan sus padres o cuidadores. Paralelamente, con respecto a esta autonomía progresiva, Mary Beloff<sup>38</sup>, señala su preocupación de que sea una manifestación de la “teoría asistencialista” existente previa a la Convención, debido a la necesidad de representantes para el ejercicio de sus derechos a consecuencia de su incapacidad relativa de ejercicio en consideración a su edad.

En este sentido Rodrigo Barcia<sup>39</sup> señala que hay algunos autores que exponen que los NNA pueden exigir sus derechos por sí, por cuanto son titulares de éstos, y al tratarse de atributos de la persona, llamados derechos de la personalidad, no se encuentran dentro de la patria potestad que detentan los padres y relacionada con la capacidad general de los adolescentes, conforme a la plena capacidad, salvo excepciones legalmente establecidas, estipulada en el artículo 16.3 de la Ley de Tribunales de Familia, N°19.698.

A su vez, es importante destacar que, a pesar de la edad, el respeto y la garantía de los derechos de los NNA durante la primera infancia constituye un pilar fundamental para su desarrollo en todos los ámbitos, en especial en lo referente a su desenvolvimiento “físico, cognitivo, social y emocional”, conforme a lo señalado en la Observación General N°7 referente a este grupo etario.

## *2.2 Apego y estabilidad en los vínculos.*

Tal como se indicó previamente, para el desarrollo integral de todo NNA, requiere crecer en un ambiente que le entregue seguridad, afecto y que satisfaga sus diversas necesidades, esta función social la cumple la familia. Es en este entorno en el que el NNA forma sus primeras relaciones fundamentales las que le permitirán establecer su identidad, desarrollar sus aptitudes y desenvolverse en el futuro interactuando con otras personas dentro de la sociedad en la que se encuentra inmerso. Dichos vínculos emocionales se crean desde la gestación, y en especial desde los primeros momentos de vida de cada persona y se mantienen a lo largo de la misma, por cuanto cada etapa de desarrollo posee sus

38

BELOFF, M. 1999. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. Justicia y Derechos del Niño UNICEF. 9-22p, N°1. Noviembre 1999, [en línea] <[https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayderechos1.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf)> [consulta: 05 octubre 2017]

39

BARCIA, R. 2016. Derechos fundamentales y autonomía progresiva de la infancia. Estudio de Derecho familiar. Thomson Reuters Legal Publishing. Santiago de Chile. 218p.

necesidades específicas de cuidado y protección, así un infante requiere cuidados distintos a los de un adolescente.

Hay concordancia entre los autores en que la construcción de vínculos estables contribuye a la formación de patrones de apego seguro. Siguiendo lo señalado por la profesora Poblete<sup>40</sup> basándose en los planteamientos de Bolwby, Cassidy & Shaver y Stern, plantea que apego corresponde al “lazo afectivo primario y privilegiado que se establece entre la madre (u otra figura primaria que le otorgue protección y sentimientos de seguridad) y el bebé, como necesidad biológica de sobrevivencia que tienen todos los mamíferos, tan importante como comer o respirar, regula el stress y permite formar vínculos afectivos estrechos construyendo la base para un desarrollo integral”. En este sentido, se pone en relieve la necesidad de la continuidad en el ambiente físico y humano en el que desenvuelvan los NNA, por cuanto permiten que éstos creen y desarrollen vínculos afectivos seguros, estables y profundos, a partir de sus relaciones exclusivas y permanentes en el tiempo.

Los investigadores del desarrollo de la infancia distinguen cuatro tipos de vínculos de apego, el apego-seguro, el apego inseguro-evitativo, el apego inseguro-ambivalente, y apego desorganizado-desorientado. Con respecto al trastorno de apego grave, Niels Peter<sup>41</sup> expone que un rasgo común compartido por los NNA que sufren esta modalidad de apego es la poca habilidad de establecer relaciones sociales y emocionales de manera adecuada. De forma complementaria a lo expuesto anteriormente, Eduardo Jaar y Mariana Córdova<sup>42</sup>, ponen en evidencia las repercusiones que tienen en los lactantes la carencia de vínculos estables en su desarrollo sano e integral. Se destacan entre dichas consecuencias la depresión, alteraciones en su sistema inmunológico, trastornos en su crecimiento y en su desarrollo tanto motor, emocional como intelectual.

Como una forma de poder contribuir al pleno desarrollo de los NNA, se han identificado como “competencias familiares “el conjunto de las capacidades que permiten a las figuras parentales afrontar de modo flexible y adaptativo la tarea vital de ser padres y madres, de acuerdo a las necesidades

40

Documento de estudio sobre “Primera Infancia”, postítulo de Inclusión “Acceso y la igualdad de oportunidades para estudiantes.” Universidad de Chile. 2016.

41

PETER, N. 2008. El niño abandonado. Guía para el tratamiento de los trastornos del apego. Gedisa. 30p.

42

JAAR, E. y CÓRDOVA, M. 2017. Prevención de la carencia afectiva crónica: nuevos paradigmas en el modelo de familia de acogida temporal. *Revista chilena de neuro-psiquiatría*. Vol. 55, N°1, 44-51p. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchnp/v55n1/art06.pdf>> [consulta: 09 octubre 2017]

evolutivas y educativas de los hijos e hijas, y con los estándares aceptables por la sociedad, aprovechando todas las oportunidades y apoyos que les brindan los sistemas de influencia de la familia para desplegar dichas capacidades.”<sup>43</sup> Este constructo social permite a los profesionales de las áreas social, psicológica, educativa y jurídica apoyar, orientar y potenciar a las familias tanto en el ejercicio como en el cumplimiento de sus funciones.

En consideración a la obligación impuesta al Estado de velar por la protección y propender al fortalecimiento de la organización familiar, conforme a lo estipulado en el inciso 5° del artículo 1° de la Carta Fundamental, Lepin<sup>44</sup> destaca el hecho de que las políticas públicas implementadas por todos los órganos del Estado deben dirigirse hacia la protección de los vínculos familiares, en su mantención y fortalecimiento, cuyo interés fundamental sea el interés familiar y la plena observancia, respeto y garantía en el ejercicio de los derechos esenciales de todos los miembros de dicha organización.

43

Entrevista a Pere Amorós, sobre Competencias familiares. *Revista Adopción y familia*. Fundación San José para la Adopción. N°10. 8p

44

LEPIN, C. 2014. *Op. Cit.* 9-55p.

### 3. Normativa relativa la aplicación de medidas de protección y al cuidado alternativo infantil.

Jorge Barudy<sup>45</sup> reitera la idea de que todos los NNA para ser felices necesitan de cuidados y atención brindado por un entorno que les entregue seguridad para su desarrollo integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos. En este sentido, cabe revisar las normas que establecen la obligación del Estado de velar por la existencia de las mejores condiciones para la vigencia del derecho de todo NNA a que estos cuidados sean entregados por un entorno familiar, que le permita establecer los vínculos seguros que le posibiliten el desarrollo de sus facultades para su interacción adecuada dentro de la sociedad.

En el ámbito internacional encontramos en primer lugar, la Declaración Universal de derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, que si bien por tratarse de una declaración no posee fuerza vinculante por su naturaleza, adherimos a lo señalado por Daniel O'Donnell<sup>46</sup> quien indica que la fuerza obligatoria de este cuerpo normativo está entregada por su incorporación al *corpus* del derecho consuetudinario, por la práctica de los principios en ella estipulados, que sientan las bases de una sociedad democrática y respetuosa de los derechos fundamentales por parte de los Estados que la suscribieron; lo cual se encuentra expresamente reconocido en el Acta de la Conferencia de Teherán en 1968.

En su artículo 1° señala que todos los miembros de la familia nacen libres e iguales en dignidad y derechos, que, mientras que en su artículo 25 establece que todo ser humano tiene derecho a un nivel de vida adecuada, destacando los aspectos de salud, alimentación, vivienda, asistencia médica y servicios sociales tanto para sí como para su familia, así como la asistencia y cuidado especial a la que tienen derecho la maternidad y la infancia.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 24 en su primer numeral prescribe que todo niño o niña tiene derecho a que se apliquen medidas de protección en su favor, ya sea por parte de su propia familia, de la sociedad o por parte del Estado sin que puedan ser aplicadas en

45

BARUDY, J. 1998. El dolor invisible de la infancia: una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Paidós, Barcelona. 34p.

46

O'DONNELL, D. 1988. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 25p.

este ámbito las cláusulas sospechosas discriminación, las cuales están establecidas de forma no taxativa.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10, estipula el deber de los Estados Partes de ejecutar acciones tendientes a proteger y entregar apoyo a la familia en el cumplimiento de sus funciones sociales y a los niños, niñas y adolescentes frente a todo tipo de explotación o abuso. En los artículos 11, 12 y 13, se hace referencia a los derechos de toda persona a condiciones de vida dignas relativas a la vivienda, alimentación, salud y educación respectivamente, derechos que constituyen la base de ésta y permiten un desarrollo integral de las personas que la conforman.

Sobre el derecho de igualdad ante la ley recogido en la Declaración y en los Pactos antes mencionados, Patricia Palacios<sup>47</sup> denota que aun cuando dentro de la especie humana somos todos esencialmente diferentes, es esto mismo lo que funda el trato equivalente que la norma debe tener con nosotros, sin que procedan discriminaciones arbitrarias.

Ibáñez<sup>48</sup>, en el ámbito regional, destaca que la Corte Interamericana ha señalado como parte del *corpus iuris* de la niñez el artículo VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, proclamada meses antes de la Declaración Universal, que consagra el derecho de la infancia a recibir protección y asistencia especial, y por lo tanto es norma vinculante para los Estados que han suscrito el Pacto de San José.

En este último cuerpo normativo, en su catálogo de derechos, se reconoce el derecho a la vida (art.4); la integridad personal, tanto física, como psicológica y moral, así como la proscripción de los tratos crueles (art.5); al respeto de su honra y dignidad, y en específico a la prohibición de injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar (art. 11.2). En lo referente a la familia y la infancia, establece en el artículo 17 el derecho a la protección a la familia, y en su artículo 19, el derecho a protección que tiene todo niño, niña o adolescente, conforme a su potencial vulnerabilidad en razón de su edad y otras consideraciones adicionales como pueden ser su sexo, su condición socio-económica, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y el Estado, y en su artículo 24 se consagra el derecho a la igualdad

47

PALACIO, P. 2006. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 27p. [en línea] <<http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/396/submission/proof/index.html#27/z>> [consulta: 7 marzo 2018]

48

IBÁÑEZ, J. M. 2010. *Op. Cit.* 13-54p.



y no discriminación de todos los individuos de la especie humana en el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención.

En opinión de O'Donnell<sup>49</sup> el deber de asistencia especial a la infancia señalado en los Instrumentos Internacionales citados constituye un 'concepto asistencialista'. La profesora Beloff<sup>50</sup> en relación a esto, indica que la "teoría asistencialista" era la imperante antes de la proclamación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, por cuanto se brindaba asistencia por parte de los entes privados y públicos, al objeto necesitado de protección, que correspondía a niños y niñas abandonados o infractores de ley, lo que distingue con la teoría de "protección integral", que actualmente rige, donde todos los NNA son sujetos de derecho por su condición de tal.

El Protocolo de San Salvador, protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 15 establece el derecho a la familia y el deber del Estado de protegerla y en su artículo 16 se estipula el Derecho a la Niñez, que establece la obligación de aplicar medidas de protección dirigidas a la infancia en caso de vulneración o amenazada de sus derechos.

En el ámbito nacional, en nuestro Código Civil, se establecen las obligaciones parentales de cuidado (art. 222), alimentos (art. 322) y los derechos deberes de cuidado personal (arts. 224, 225, 225-A, 226) y relación directa y regular (art. 229). En relación con las medidas de protección, en los casos en que la facultad de corrección y disciplina, establecida en el artículo 234 del mismo Código, constituya maltrato físico o psicológico, pueden adoptarse por resolución judicial alguna de las medidas establecidas en el artículo 71 con la finalidad del restablecimiento de derechos afectados.

Este mandato de protección e intervención en favor de la infancia y adolescencia en los casos que se requiera también está establecido en las leyes especiales de Tribunales de Familia (LTF), N°19.968, de Violencia Interfamiliar, N°20.066, y Ley de Menores (LM), N°16.618, en su artículo 31. En la LTF se establece que corresponden a su competencia, conforme al numeral 7 del artículo 8°, todos los casos en los que se vean amenazados o vulnerados en sus derechos de los NNA forma grave, en los cuales se requiera intervención para la adopción de alguna de las medidas de protección estipuladas en la Ley de Menores, en su artículo 30, mediante el procedimiento especial previsto para ello, el cual es regulado

49

O'DONNELL, D. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: 2° edición, [en línea] <[http://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/DerechoIntlDDHH\\_Odonnell\\_2edicion.pdf](http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/DerechoIntlDDHH_Odonnell_2edicion.pdf)> [consulta: 09 octubre 2017]

50

BELOFF, M. 1999. *Op. cit.* 9-22p.

entre los artículos 68 a 80bis, consagrándose expresamente en los artículos 69 y 79 el derecho del NNA a ser oído.

En el artículo 71 se establecen de forma no taxativa medidas cautelares especiales que pueden decretar los jueces, aún antes del proceso, ya sea a petición de las partes, de terceros o bien, en conformidad de su facultad tutelar, de oficio. Entre ellas se pueden encontrar la ubicación del NNA en una familia de acogida de urgencia, lo que implica un reconocimiento normativo expreso de esta modalidad de cuidado alternativo, su ingreso a un recinto de acogida, prohibir el contacto del NNA con el ofensor, ya sea por el cese de la relación directa y regular o por la prohibición de acercamiento de éste al niño, niña o adolescente. Se establece a su vez, conforme al principio de temporalidad de las medidas de protección, un plazo máximo de duración de 90 días, después de los cuales debe revisarse su permanencia, modificación o cesación.

En caso de que la situación de vulneración requiera la aplicación de una medida que implique la separación del NNA de su núcleo familiar, en el artículo 74 se establece que ésta constituye una providencia de *última ratio*, debido a que las otras que pudiesen ser aplicadas resulten insuficientes o inadecuadas para el pleno ejercicio de sus derechos y satisfacción de necesidades, por cuanto debe estar fundada en el interés superior de éste, reiterando lo señalado en el artículo 9 de la CDN. La profesora Lathrop<sup>51</sup> denota el hecho de que el sistema chileno actual vulnera este derecho esencial, por cuanto la aplicación de medidas que conllevan el alejamiento del NNA de su familia es adoptado en gran medida por parte de los tribunales de familia, así como la omisión en el establecimiento de plazos, fundamentos y objetivos determinados de la medida.

En cuanto a la prioridad de medida de cuidado alternativo a adoptar por parte del juez, señala que será prioridad ubicar al niño o niña en un entorno conocido, ya sean familiares consanguíneos o dentro de su círculo afectivo cercano, y que, a falta de éstos, se decretará su ingreso a un centro de protección. Podemos ver que en la norma no se hace referencia a la modalidad de familia de acogida de forma expresa, pero en la práctica si constituye para el juez una alternativa a los centros residenciales, pudiendo decretar su ubicación en una de las familias habilitadas para ello, conforme a los procedimientos establecidos por el ordenamiento nacional y seguido por el Servicio Nacional de Menores y sus Organismos Colaboradores, lo que se revisará en detalle en el capítulo III.

### 3.1 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La Convención fue proclamada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de la ONU, en el trigésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño. Constituye uno de los documentos internacionales con mayor número de firmas y ratificaciones, mas como señala Mónica Pinto<sup>52</sup>, esto no es sinónimo de observancia y respeto por parte de los Estados firmantes, por cuanto en la realidad de la infancia aún se encuentra gravemente vulnerada en sus derechos.

La Convención implica un gran avance en el reconocimiento de los derechos de los NNA y en especial al reconocimiento expreso de su personalidad jurídica, en este sentido Hierro<sup>53</sup> señala que aun cuando reconoce que el instrumento posee algunas falencias, sus grandes aportes son el ser una norma de carácter vinculante para los Estados que la ratifican de forma directa y la superación de la concepción tutelar de las Declaraciones previas que concebían al NNA como objeto de protección, pasando a ser titular de todos los derechos reconocidos en los pactos generales en tanto ser humano, y los específicos en razón de su etapa de vida.

En concordancia con lo anterior, la Convención reconoce dicha titularidad de derechos a todos los NNA. Ravetllat<sup>54</sup> dice que la CDN nos ofrece una perspectiva global de la infancia, a diferencia de la Declaraciones previas que, asociadas a la doctrina tutelar, que hacían referencia sólo a la infancia desvalida.

Dentro del avance en el reconocimiento de los derechos humanos de todos los individuos de la especie humana, durante la segunda mitad del siglo XX se dictaron diversos instrumentos de protección para grupos específicos que han sido históricamente marginados, como lo son la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial en 1963 y de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer en 1979. En este contexto, Beloff<sup>55</sup> señala que la protección a la

52

PINTO, M. 2009. Los derechos humanos del Niño. La familia en el nuevo derecho. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 118p.

53

HIERRO, L. 2007. El niño y los derechos humanos. En: CAMPOY, I. (Coordinador). Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Editores Dykinson. Madrid. 20p.

54

RAVETLLAT, I. 2007. *Op Cit.* 77-94p.

55

BELOFF, M. 1999. *Op. Cit.* 9-22p.

infancia y adolescencia es muy tardía con respecto a los demás grupos pertenecientes a la denominada categoría de vulnerables, quienes requieren mecanismos de protección en atención a sus características o condiciones inherentes.

La Convención viene a cambiar la visión que se tenía de la infancia, debiendo emplearse ahora en todos los asuntos que los afecten de forma directa o indirecta una visión enfocada en sus derechos, teniendo los Estados, la sociedad en general y la familia, deberes para con ella. Este cuerpo normativo está compuesto por un preámbulo y luego un catálogo de derechos, en un articulado compuesto por 40 artículos entre los cuales destacan los principios fundamentales ya señalados previamente correspondientes al principio de igualdad y no discriminación (art.2), el interés superior del niño (art.3), autonomía progresiva (art.5), derecho a vida, supervivencia y desarrollo (art.6) y derecho a ser oído (art.12).

El derecho a la protección a la niñez en situación de vulneración de derechos se encuentra consagrado en el artículo 19, en el cual se establece el deber de los Estados Partes de adoptar todas las medidas tendientes a proteger al NNA cuyos derechos se vean amenazados o bien hayan sido vulnerados, para el restablecimiento de éstos, se debe brindar los cuidados y asistencia pertinentes para su reparación y prevención de reiteración. Esta idea se reitera en los artículos 18.2 y 27, estableciendo su rol de garante ante la falta o incapacidad de los padres de proporcionar la atención debida y del cumplimiento adecuado de sus responsabilidades parentales; por cuanto son quienes tienen la responsabilidad primaria de su cuidado, debiendo el Estado respetar y abstenerse de intervenir salvo en los casos en la ley lo faculte.

Nuestro país suscribió la CDN con fecha 26 de enero de 1990, ratificándola el 13 de agosto, siendo promulgada a través del Decreto N°830 el 14 de agosto y publicada en el Diario Oficial el día 27 de septiembre del mismo año. Este cuerpo normativo, conforme al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República es vinculante para Chile, siendo, por lo tanto, su aplicación obligatoria por parte de todos los órganos del Estado, entidades relacionadas con la niñez y adolescencia tanto públicas como privadas que se encuentran bajo la jurisdicción de nuestro país.

O'Donnell<sup>56</sup> indica que, frente al incumplimiento del deber de cuidado entregado a la familia, se legitima que el Estado intervenga para proteger al NNA cuyos derechos han sido amenazados o violentados, conforme a su rol de garante de los derechos consagrados en la Convención. Estas

medidas, por tratarse de asuntos que afectan directamente al NNA y sus derechos, conforme a lo estipulado en el artículo 3 del mismo cuerpo normativo, debe tomarse basadas en su interés superior y, por lo tanto, ser la decisión que permita la mayor satisfacción de sus necesidades y pleno ejercicio de sus derechos.

A su vez, el autor<sup>57</sup> señala que “otro objetivo importante de la Convención sobre los Derechos del Niño fue definir el contenido del derecho del niño a la protección”. En este sentido cabe destacar que la obligación general de protección contra todas las formas de abuso y explotación se establece en el ya mencionado artículo 19, el cual se relaciona con la protección frente las formas específicas de abuso y explotación que se encuentran a lo largo de la Convención, esto es referente al tráfico y trata de niños (art.11), explotación económica y laboral (art.32), tráfico de estupefacientes (art.33), violencia sexual (art.19), entre otras. También se consagra el derecho a la rehabilitación para las víctimas de dichos abusos en el artículo 39.

En el artículo 9 se establecen los principios de necesidad, temporalidad y excepcionalidad de las medidas que impliquen la separación del NNA de su entorno familiar, en conformidad a su interés superior y a su derecho a mantener sus relaciones familiares, según lo estipulado tanto en este artículo como en los artículos 7 y 8. Respecto a éstas, se establece en el artículo 20, el deber del Estado de ejecutar medidas positivas, en virtud del interés superior del niño, para brindar cuidado y protección, procurando respetar el derecho a la identidad del NNA, en relación a su cultura, credo, lengua así como sus estudios, si se encuentra en edad escolar.

Kemelmajer<sup>58</sup> recalca que al ser los NNA sujetos de derecho, las medidas especiales de protección deben ser establecidas casuísticamente en consideración a los hechos y circunstancias particulares del individuo, en función del rol de garante que asume el Estado frente a esta obligación de protección, la cual opera tanto de forma previa al acaecimiento de los hechos, es decir, con medidas de prevención, como luego de ocurridos éstos. Aunque la obligación recae sobre distintos sujetos, el Estado asume una posición especial de *garante*, con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.

57

*Ibid.* 840p.

58

KEMELMAJER, A. 2016. El derecho de familia y el bloque de constitucionalidad. En: Estudio de Derecho familiar I: jornadas nacionales de derecho familiar. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 68p.

A su vez señala el rol esencial que cumplen los pilares fundamentales de la Convención en el establecimiento de las medidas tanto en relación al NNA, sus derechos, como a la protección debida además a la familia, para propender a su fortalecimiento, con el objetivo final del ‘desarrollo armonioso de la personalidad y el disfrute de los derechos’ del individuo, que constituye el objeto central de la normativa de infancia, para que una vez cumplidas las finalidades de la medida, es decir superadas las circunstancias que llevaron a su aplicación, para que el NNA pueda reincorporarse a su familia de origen o bien se tome una resolución definitiva, que implique su ubicación permanente dentro de su familia extendida o bien con una familia adoptiva. En lo relativo a la discriminación de la mujer, Morlchetti<sup>59</sup>, plantea la necesidad de asegurar el respeto y observancia de los derechos de las niñas y adolescentes para lograr los cambios en las relaciones y concepciones estereotipadas, lo cual implica una vinculación entre la CDN y la CEDAW, para cumplir con el mandato de eliminar las diferencias y discriminaciones que viven las mujeres en la sociedad actual, y así lograr una sociedad igualitaria.

#### 4. Modalidades de cuidado alternativo:

La Observación General del Comité N°7 sobre los derechos de la primera infancia, destaca la creación de vínculos afectivos estables fuertes por parte de los niños y niñas durante su primera infancia con los adultos que constituyen figuras estables, que le entregan al NNA seguridad tanto física como emocional, a través de la atención y cuidados proveídos oportunamente por éstos, forjan su identidad. En este mismo entorno que debiese ser protector pueden existir situaciones que vulneren los derechos de los niños y niñas que lo componen. De esta forma es posible que a pesar de que en el artículo 18 de la Convención se establezca que el interés superior debe ser la prioridad de sus padres en el desarrollo y crianza, idea que es reiterada en nuestro Código Civil en el inciso 1° del artículo 222, es posible que por falta de capacidad o bien por actitudes atentatorias que realicen contra sus hijos o hijas, actos u omisiones graves que afecten su vida, integridad y dignidad.

Por lo tanto, ¿qué pasa cuando este mismo entorno que debe ser el primer ámbito de afecto, seguridad y contención no vela por los intereses del infante o bien, dentro de este círculo se agrede al NNA y/o sus derechos? La Convención sobre los Derechos del Niño, como ya vimos, en su artículo 19 señala el deber del Estado de implementar medidas para el restablecimiento de los derechos, que respecto a lo estipulado en su artículo 9, deben velar por mantener al NNA dentro del medio familiar salvo que sea contrario a su interés superior.

En el artículo 20 de la CDN se impone al Estado la obligación de prestar protección y asistencia especial a los NNA que se encuentren privados de cuidados parentales o familiares, ya sea de forma temporal o definitiva. A su vez, el artículo 8 del mismo cuerpo normativo, establece el derecho de todo NNA, a mantener sus relaciones familiares sin injerencias arbitrarias, lo que implica que el Estado, por regla general, en función del principio de mínima intervención<sup>60</sup>, debe respetar la autonomía de la propia determinación de la familia. Sin embargo, en los casos en que se atente contra la integridad de los NNA, el Estado debe actuar como garante de sus derechos, ejecutando las medidas de protección que requiere el NNA para su restablecimiento, brindando la protección y cuidados debidos, por cuanto existen tanto intereses privados como públicos en las resoluciones de este conflicto, primando el resguardo de la vida e integridad de los NNA.

60

RAVETLLAT, I. y PINOCHET, R. 2015. EL principio de mínima intervención del estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°44, 69-96p. [en línea] <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-68512015000100002&script=sci\\_abstract](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-68512015000100002&script=sci_abstract)> [consulta: 7 octubre 2017]

Estas situaciones pueden acaecer a causa de violencia ejercida en sus diversas manifestaciones en contra de los NNA ya sea física, psicológica, sexual; abuso, explotación, malos tratos o negligencia. Frente a estas situaciones vulneradoras, los Estados tienen obligaciones, en el ámbito nacional, regional y provincial, de brindar protección a las víctimas o potenciales víctimas, en primer lugar, establecer medidas para prevenirlas, velar por el respeto de sus derechos, garantizar su restablecimiento y futura observancia, investigar los hechos y sancionar a los responsables junto a la implementación de medidas para la reparación y rehabilitación de quienes se vieron afectados.

En lo relativo a las formas en que esta violencia se puede manifestar, Barudy<sup>61</sup> nos señala que esta interacción puede ser a través de agresiones físicas y verbales que atenten contra su integridad física, sexual y psicológica de forma grave y permanente que causen perjuicios en los NNA, lo que denomina "maltrato activo o violencia por acción"; mientras que, si lo hacen mediante la inacción por parte de los cuidadores en relación a la satisfacción de las necesidades de los NNA, constituye "negligencia o violencia por omisión". Señala, a su vez, que por lo general el maltrato activo es más visible a los sujetos externos, debido a las marcas, huellas o evidencias físicas que dejan, lo que debería permitir una concientización y actuación oportuna, en general, por parte de la sociedad para su protección.

Por otra parte, cabe señalar los resultados de una investigación realizada por Pino, Herruzo y Moya<sup>62</sup> sobre las repercusiones de la negligencia en el desarrollo de los NNA que mostraron que las omisiones en el cumplimiento de las responsabilidades parentales y satisfacción de sus necesidades básicas retrasan en promedio 8 meses el desarrollo de los NNA, principalmente en las áreas comunicativas, y de relaciones sociales, mientras que en el área motora se mostró un desarrollo adecuado por parte de los sujetos objeto de la investigación.

Los autores de esta investigación<sup>63</sup> destacan a su vez, que las condiciones socioeconómicas no son una causal determinante del maltrato, por cuanto el Grupo 2 y el Grupo 3 presentaron resultados similares en cuanto al desarrollo de las diferentes áreas comportamentales, siendo de sectores económicos diferentes, resultando el retraso consecuencia directa del abandono físico experimentado y

61

BARUDY, J. 1998. *Op. Cit.* 35-36p.

62

PINO, M. J., HERRUZO & MOYA, M. 2000. Estudio de las consecuencias del abandono físico en el desarrollo psicológico de niños de edad preescolar en España. *Child Abuse & Neglect*, vol. 24, N°7, 911-924p. [en línea] <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S014521340001496>> [consulta: 04 marzo 2018]

63

*Ídem.* 911-924p



no por sus condiciones socioeconómicas. En este sentido, se reafirma lo previsto a nivel normativo, en relación con la prohibición de separar al NNA sólo debido a carencias materiales por parte de sus cuidadores primarios, debiendo el Estado ejecutar medidas para el establecimiento de redes de apoyo y fomentar las capacidades parentales de los padres para evitar situaciones de riesgo o vulneradoras de derechos.

En específico, los estudios mencionados, ponen en relieve el trastorno que el maltrato ocasiona en el lenguaje de los NNA, siendo mayor el retraso provocado por la negligencia o abandono; la negligencia emocional, muestra un grado mayor de involución, más que el causado por el maltrato ya sea emocional o físico, por cuanto la carencia de atención afectiva por parte de las figuras significativas en su desenvolvimiento desacelera su expresión oral.<sup>64</sup>

Ante la necesidad de proteger al NNA y velar por el ejercicio pleno de sus derechos y libertades, surge la disyuntiva de qué medidas adoptar para el cumplimiento de este objetivo. En relación a lo anterior, en febrero de 2010, se aprobó la resolución A/RES/64/142 de la Asamblea General de la ONU, que estipula las Directrices sobre las modalidades de cuidado alternativo las cuales constituyen pautas de orientación política y práctica para los Estados miembros para el respeto de los derechos de los NNA consagrados en la CDN y demás pactos internacionales en la aplicación de estas medidas, y cuyo objetivo es la promoción de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y las disposiciones pertenecientes a otros instrumentos internacionales relativos a la protección y al bienestar de la infancia y adolescencia privada del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación.

En estas Directrices se establece que sus finalidades particulares son el apoyo para que el NNA permanezca bajo la guarda de su propia familia o se pueda reintegrar después a su núcleo de origen, y en caso de no ser pertinente e idóneo su reincorporación, adoptar medidas de carácter definitivo como la susceptibilidad de adopción o la *kafala* en el derecho islámico; velar porque las decisiones adoptadas en este sentido se realicen basadas tanto en el interés superior del niño como en su desarrollo integral y armónico; ayudar a los Estados en su obligación de brindar protección y asistencia a la infancia en situación de vulneración de derechos; y entregar orientación de políticas de protección social y

bienestar para la niñez<sup>65</sup>, constituyendo el piso mínimo en los estándares de cuidado alternativo para la infancia y adolescencia carente de cuidados parentales para los Estados miembros de la ONU.

Blanca Sillero<sup>66</sup> destaca que el derecho de todo NNA a vivir en un entorno libre de violencia no sólo involucra la violencia ejercida directamente hacia ellos, ya sea de forma activa u omisiva, sino que también la violencia de género a la que se pueden ver expuestos, lo cual puede afectarlos de diversas formas, ya sea en su desarrollo y bienestar integral, trastornos en su salud, al cosificarlos como instrumentos para ejercer dicha violencia, así como la perpetuación de la violencia en las generaciones venideras.

Por su parte, la Relatoría de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2013 elaboró un informe sobre el derecho de todo niño y niña a una familia, en conformidad a la Convención sobre Derechos del Niño y las Directrices antes señaladas, en el cual se estudia la situación de los NNA carentes de cuidados parentales en América Latina y establece recomendaciones para los Estados Partes para cumplir con los mandatos de protección y garantía de derechos de los NNA que se encuentran bajo su jurisdicción.

Estas disposiciones se establecen en función de los principios de excepcionalidad, temporalidad, necesidad, idoneidad, legalidad y legitimidad, cuyo alcance e intensidad está determinado por el grado de desatención o desprotección<sup>67</sup> en que se ha incurrido por parte de sus cuidadores primarios. Lo anterior implica que estas decisiones corresponden a la última opción a ejecutar, luego de haberse realizado todas las medidas tendientes a apoyar a la familia en el ejercicio de sus responsabilidades; establecidas de forma transitoria, mientras se mantengan las circunstancias que requirieron la intervención o se determine una disposición definitiva, esto es que deben fijarse por plazos cortos, debiendo revisarse de forma periódica judicialmente para evaluar su mantención, modificación o cesación cuando constituya una exigencia para salvaguardar los derechos e intereses del NNA, en

65

Segunda Directriz sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Organización de Naciones Unidas. A/RES/64/142, de fecha 24 de febrero de 2010, en español. [en línea] <<https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>> [consulta:02 octubre 2017]

66

SILLERO, B. 2017. Interés superior del menor y responsabilidades parentales. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N°6, 11-40p. [en línea] <<http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/AJI-n%C2%BA-6.pdf>> [consulta: marzo 2018]

67

RAVETLLAT, I. y PINOCHET, R. 2015. *Op. Cit.* 69-96p.

consideración a la gravedad o urgencia de los hechos para lograr dicha finalidad; y debiendo estar estipuladas de forma previa a su aplicación en la ley y perseguir un fin legítimo.

Ibáñez<sup>68</sup> indica que referente a la condición de vulnerabilidad que puede experimentar la niñez, respecto a lo señalado por la Corte Interamericana, es posible apreciar que en función de la etapa de la vida en que se encuentran y de situaciones en específico pueden propiciar un aumento en las probabilidades de sufrir una agresión, como el abandono, por cuanto al carecer de adultos (figuras de apego) encargados de sus cuidados, están más susceptibles a los abusos o la explotación.

Cabe destacar que, a pesar del avance en materia de derecho a la infancia en el ámbito normativo, aún persisten como prácticas sociales, religiosas y culturales los castigos corporales como forma de disciplinar a los NNA, lo que va directamente en contra de su integridad. Es necesario que dichas prácticas sean erradicadas para lo cual son necesarias políticas públicas de prevención por parte de los Estados en los ámbitos educacionales, sociales y normativos.

En cuanto a la participación de los NNA en los procedimientos es importante considerar especialmente su desarrollo cognitivo, emocional y moral, por cuanto son diferentes al de un adulto, conforme a lo señalado por González y Ortega<sup>69</sup> citando a la Corte Suprema de México, debiendo tomarse las providencias para que pueda ser ejercer su derecho a ser escuchado, emitir opiniones, así como que estas sean tomadas en cuenta y poder ser interviniente dentro del proceso en virtud a su derecho a defensa tanto material como técnica; así como que estos procesos sean flexibles para adaptarse a las necesidades de los NNA y garantizar sus derechos, evitando la revictimización, adoptando medidas especiales frente a situaciones que los pongan en riesgos o peligros reales, y dentro de un plazo razonable para aminorar las potenciales consecuencias graves en su vida, integridad y desarrollo.

Tanto por parte de las Directrices de Naciones Unidas como por parte del informe de la Relatoría de la Niñez, se destaca el hecho que la pobreza jamás puede ser considerada como única causal para justificar la separación de un NNA de su entorno familiar, sino que se requieren mayores políticas de apoyo y asistencia para que puedan brindar los cuidados necesarios a sus hijos e hijas, pero según lo informado por la Relatoría, en América Latina esto se da a menudo en la práctica.

68

IBÁÑEZ, J. M. 2010. *Op. Cit.* 13-54p

69

GONZÁLEZ, L. y ORTEGA, R. 2013. El impacto diferenciado en las afectaciones a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. *Anuario de Derechos Humanos*, N°9, 101-112p. [en línea] <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27036>> [consulta: 11 octubre 2017]

En las Directrices se presentan diversas formas de cuidado alternativo, señalando que éstas deben no sólo resguardar y reestablecer los derechos afectados, sino además velar por el respeto y garantía de todos sus derechos, destacando entre ellos el derecho a la salud, identidad y la educación. Su ámbito de aplicación se refiere todo NNA privado de cuidados parentales, entendiéndose por ellos "todos los niños que durante la noche no estén al cuidado de sus padres, por lo menos, cualesquiera que sean las razones y circunstancias de ese hecho."<sup>70</sup>

A su vez, se reconocen diferentes modalidades de cuidados alternativo entre las cuales es posible distinguir diversas clasificaciones entre las cuales están: las formales y las informales, las cuales se diferencian por la existencia de una resolución de un órgano judicial o administrativo que establezca la medida; en relación al entorno en que se ejerce, pueden ser familiares, esto es dentro de su familia extensa o bien de terceros cercanos a su círculo íntimo, hogares de guarda, que corresponden a familias distintas a su familia de origen, la cual ha sido previamente evaluada y declarada idónea para recibir al NNA; acogimiento residencial, que constituye su ingreso a un recinto público o privado destinado al cuidado de NNA en situación de vulneración.

En lo referente al acogimiento residencial el informe indica que corresponden a “aquellos centros con un régimen de tiempo completo tal como es el caso de los orfanatos, albergues, hogares para niños, casas de acogida, entre otras instituciones que responden a la descripción mencionada, como residencias de carácter médico o psiquiátrico; los cuales pueden ser de carácter privado, público o mixto, de tipo transitorio, de emergencia o permanente”.<sup>71</sup> Debiendo preferirse para una atención más personalizada los de menor tamaño y menor cantidad de niños, que permita el desarrollo de vínculos con figuras estables.

En ambos documentos se considera un orden de prelación en las medidas a aplicar, en primera instancia, se insta a agotar las posibilidades de mantener al NNA en su entorno dentro de su familia extendida, y cuando esto no fuera posible o fuera contrario a su interés superior, preferir la opción de medidas de acogimiento familiar antes que residencial, especialmente cuando se trata de la primera infancia, en concordancia con las necesidades propias de su etapa de desarrollo.

70

Vigésima octava Directriz sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Organización de Naciones Unidas. A/RES/64/142, de fecha 24 de febrero de 2010, en español [en línea] <<https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>> [consulta: 02 octubre 2017]

71

El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. 2013. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, 17 octubre 2013. 8p. [en línea] <<https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>> [consulta: 15 octubre 2017]

Relacionado con lo anterior, Jaar y Córdova<sup>72</sup>, destacan el rol que cumplen las Familias de Acogida Temporal (FAT respecto a la creación de vínculos afectivos recíprocos entre el infante y el grupo familiar, aunque sea de forma transitoria, permitiría reparar o disminuir los daños provocados por la falta de cuidados por parte de su familia de origen.

En consideración a lo anteriormente expuesto estudiaremos la modalidad alternativa del acogimiento familiar, por cuanto se encuentra en mayor concordancia con las obligaciones de los Estados y sus organismos para hacer frente a la necesidad de protección de los niños, niñas y adolescentes, bajo los estándares y principios establecidos en la CDN y otros instrumentos internacionales sobre derechos de la infancia. Sin embargo, dadas complejidades que esta modalidad conlleva, tanto en la selección como en la preparación de las familias de acogida, como en los procesos de ingreso y egreso de los NNA, se revisará de qué forma en el derecho comparado y en nuestro país se ha regulado e implementado su funcionamiento.

## **CAPITULO II: ACOGIMIENTO FAMILIAR EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS COMPARADOS**

Para saber cómo se ha aplicado en el derecho comparado la protección de los NNA en situación de vulneración de derechos y en especial los mecanismos utilizados en los casos excepcionales en que se interviene separando al NNA de su familia, se revisará la situación en tres países: uno del mismo continente y tradición normativa, Argentina; uno de Europa Occidental, España, por cuanto constituye una de las bases de nuestro ordenamiento jurídico, y un país anglosajón, Inglaterra, para comparar con una tradición jurídica diferente. Estos tres países han regulado la modalidad de cuidado alternativo de acogimiento familiar para dar respuesta a la obligación de los Estados contraída con la niñez carente de cuidados paternos en función de la CDN y las Directrices ya vistas previamente, para poder comparar sus experiencias con las actualmente existentes y las previstas en las reformas en nuestro país.

### **1. Situación del Acogimiento Familiar en Argentina.**

Los antecedentes históricos de la infancia en Argentina se remontan a 1719, con la Casa de Niños Expósitos, la cual procuró la protección y cuidados de NNA huérfanos y abandonados, siendo el ingreso a dicha institución de forma anónima. En el año 1892, se dictó la Ley de Patronato de la Infancia, N°10.093, la cual estableció la intervención por parte del Estado en situaciones en que los menores se encontraban en peligro moral o material, manteniéndose la concepción de la infancia como un objeto de protección, la cual se encontraba bajo la tutela estatal. Esta ley se trataba de una normativa de control social, siguiendo la doctrina de la situación irregular, por lo que no se le protege, sino que se lo criminalizaba, no otorgándole al NNA garantías procesales durante la actuación estatal. La respuesta estatal era su institucionalización, que cumplía la función de proteger a la sociedad y no al NNA.<sup>73</sup>

Respecto a los sujetos que participaban en el procedimiento de protección bajo el modelo tutelar, Seiras y Ortiz<sup>74</sup>, señalan que el protagonismo estaba centrado en el Juez de Menores, quien detentaba las todas las funciones relativas a la intervención de la infancia ejerciéndolas con discrecionalidad, lo cual se contraponía a la participación de diversos organismos en el actual sistema de protección.

73

BELOFF, M. 1999. *Op. Cit.* 9-22p.

74

SEIRAS, L. y ORTIZ, J. 2009. Fortalecimiento de actores locales para la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes. Políticas públicas en Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones. EN: GRAHAM, M y HERRERA, M. Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. 549p

El 27 de septiembre de 1990 se sancionó la Ley N°23.849, promulgada el 16 de octubre que suscribió la Convención, siendo ratificada el 5 de diciembre del mismo año. Si bien la Convención estipula en su artículo 4° que los Estados Partes deben adoptar las medidas para adecuar sus normativas a lo en ella consagrado para poder concederle efectividad a sus preceptos, recién en el año 1994 se realizó una reforma que le confirió rango constitucional, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 77 inciso 22. por su parte en relación a la legislación nacional establecida en función a los derechos y parámetros fijados por la CDN, luego en 2005 se dictó la Ley N°26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (LPI).

Con el cambio de paradigma de la visión que se tenía del NNA de objeto de protección y asistencia por parte de los órganos estatales y la sociedad en general respecto a la infancia, a un sujeto de derecho, como señalan Repetto y Tedeschi<sup>75</sup>, el Estado tiene la obligación de implementar un nuevo trato con la infancia con respecto y observancia de sus derechos, en razón a la protección especial que requieren en su condición de seres humanos en desarrollo.

Sobre la Ley N°26.061, los autores están de acuerdo en que implica un avance en la modificación del sistema de protección de la infancia, pero que adolece de diversos defectos. En este sentido Beloff<sup>76</sup> señala que esta ley es insuficiente para entregar una debida protección a la infancia, por cuanto carece de proclamación de sus fundamentos, más aún cuando se destaca la importancia que ésta tiene para la transformación del modelo, indicando que esto se fundaría en dos aspectos, primero en lo desgastado que se encontraba el sistema tutelar y por otro lado, la necesidad de dictar una ley acorde a lo prescrito en la CDN que ya constituía normativa vinculante para el Estado argentino.

El principio del Interés Superior del NNA para los efectos de la ley se estipula que corresponde a la “máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías en ella consagrados”, teniendo la familia el rol prioritario en el ejercicio de esta función, debiendo las personas que tomen conocimiento de hechos que vulneren su integridad psíquica, física, sexual o moral, comunicarlo a las autoridades competentes (art. 9 inciso 3°). En virtud de este principio y del derecho a la vida familiar y comunitaria para la preservación de las relaciones familiares se establecen que las medidas de separación se aplicarán excepcionalmente.

75

REPETTO, F. y TEDESCHI, V. 2013. Protección social para la infancia y la adolescencia en la Argentina. UNICEF/CEPAL. Buenos Aires. 26p [en línea] <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6197/LCL3698\\_es.pdf](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6197/LCL3698_es.pdf)> [consulta: 07 noviembre 2017]

76

BELOFF, M. 2009. Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina. En: KEMELMAJER, A. y HERRERA, M. La familia en el nuevo derecho. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 144p.

El objetivo de la ley federal es *“la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”*, siendo de aplicación directa la CDN en todo asunto que afecte a la infancia.

Los principios sobre los cuales se funda la Ley N°26.061, de acuerdo a lo señalado por Lloveras y Salomón<sup>77</sup>, son: la prioridad de la actuación administrativa, siendo la judicial de aplicación subsidiaria, el cumplimiento por parte de la familia de un rol primario y esencial en la protección de los derechos de los NNA, la responsabilidad de la comunidad y de las instituciones intermediarias en la protección integral de los derechos de la niñez, el reconocimiento del principio de capacidad progresiva de los NNA, la protección integral de la infancia como derecho colectivo y la responsabilidad del Estado en garantizar los derechos en consagrados en dicho cuerpo normativo.

Respecto al rol que cumple la judicatura en el sistema de protección, Zannoni <sup>78</sup>crítica su posición subsidiaria por cuanto el rol principal lo cumple la administración, mediante los órganos que componen el Sistema de Protección Integral de la Infancia, Adolescencia y Familia, esto es el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia dependiente de la Secretaría Nacional de la misma área, que a su vez depende del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Señala el autor, que no corresponde que la Administración sustituya a los jueces, por cuanto son ellos quienes tienen las facultades de velar por el debido proceso, lo cual constituye una garantía judicial y procedimental de todo ciudadano.

Previa a la proclamación de las Directrices de Naciones Unidas referentes al cuidado alternativo, en Argentina se establecieron Lineamientos Nacionales en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes Carentes de Cuidados Parentales en 2007, en los cuales se consagran los principios fundamentales que deben aplicarse en los casos en que se adopten las medidas especiales de protección que impliquen el alejamiento de los NNA, en atención a la familia biológica, el NNA y la familia de acogida.

El Sistema de Protección Integral, en el artículo 32 de la Ley N°26.061 se establece su conformación; a nivel nacional por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), que constituye un organismo especializado en dicha materia en el ámbito del Poder Ejecutivo, dependiente

77

LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. 2009. El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Editorial Universidad. Buenos Aires. 413-414p.

78

ZANNONI, E. 2006. Derecho de familia. 5° edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires. 863p.



del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, conforme al Decreto PEN 461/06. Entre sus objetivos se encuentran la promoción de políticas que garanticen el adecuado desarrollo psicológico, afectivo, social e intelectual de NNA, la realización de políticas activas de promoción de los derechos de NNA y sus familias, así como la organización de un sistema descentralizado que incluya monitoreo, evaluación y control de políticas y programas de Niñez, Adolescencia y Familia.

Zannoni<sup>79</sup> señala que esta ley es un cuerpo normativo insuficiente para entregar una debida protección a la infancia y adolescencia, por cuanto constituye un mero enunciado de “principios, derechos y garantías”. Indica que para un adecuado sistema de protección se requieren políticas efectivas respecto a ella en todos los niveles tanto de los organismos públicos como de los privados.

A nivel federal se encuentra el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia (COFENAF), el cual está conformado por los 23 gobiernos de las provincias junto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Repetto y Tedeschi<sup>80</sup> destacan que es la primera vez que se involucran a todos los gobiernos provinciales políticamente con respecto esta materia. Sus funciones, según lo previsto en el artículo 45 de la LPI, son “*deliberativas, consultivas y de formulación de propuestas y políticas de concertación*”, las cuales, de acuerdo con los autores, han mejorado el sistema, con relación a la detección de los problemas de la población y la prioridad de éstas conforme a su diversidad a nivel nacional

Los organismos provinciales están determinados por la normativa provincial para la planificación y ejecución de las políticas públicas referentes a familia e infancia. Seiras y Ortiz<sup>81</sup> con respecto al Sistema de Protección Integral, describen que éste ha experimentado un cambio de concepción que ha conllevado a la transformación de dos líneas de intervención relativas a la relación con los ciudadanos en tanto destinatarios de políticas, y por otra parte la conformación de los procesos de protección de la infancia.

## *1.2 Medidas de Protección de la Infancia y la Adolescencia*

79

ZANNONI, E. 2006. *Op. Cit.* 862p.

80

REPETTO, F. y TEDESCHI, V. *Op. Cit.* 47p.

81

SEIRAS, L. y ORTIZ, J. *Op. Cit.* 550p

Según lo previsto en la Ley de Protección Integral, la finalidad de las medidas de protección (previstas en el art. 33<sup>82</sup>) son la preservación o restitución de los derechos vulnerados y su reparación (art. 34) no siendo procedentes las medidas que impliquen privación de libertad para los NNA. La nómina de las medidas establecidas en el artículo 37 no es taxativa. Por su parte las medidas estipuladas en el artículo 39, son de carácter excepcional, constituyendo acciones que implican la separación de su entorno familiar en función de su interés superior.

Las medidas excepcionales (art.40), que implican la separación del NNA de su núcleo, de forma temporal o bien para quienes carecen de éste, se establece que son estipuladas en función de los principios de excepcionalidad, temporalidad y necesidad. El principio de excepcionalidad prescribe que sólo proceden cuando se hayan cumplido las medidas previstas en el artículo 33 ya mencionado. Con respecto a los principios de temporalidad y necesidad, estas medidas sólo pueden ser decretadas, por un tiempo limitado y manteniéndose sólo mientras persistan las circunstancias que las motivaron. En lo referente a estas últimas, Lathrop y Espejo<sup>83</sup> destacan la materialización del principio de necesidad estipulado en el requerimiento de agotamiento de las medidas menos lesivas descritas en el artículo 33 antes de proceder a las medidas excepcionales, con las consecuencias que ellas implican tanto para el NNA como para su familia.

Es importante realzar que el derecho a participar del proceso y de que su opinión sea tomada en cuenta, conforme a lo previsto en el artículo 12 de la CDN se encuentra a su vez reiterado en el artículo 2 de este cuerpo normativo, señalando que la expresión de los NNA debe ser atendida cualquiera sea la forma en que la manifiesten. Referente a este derecho Eduardo Pettigiani<sup>84</sup> destaca la amplitud de la norma con respecto a las diversas formas en las que los NNA pueden comunicar sus deseos, emociones y opiniones. A su vez, agrega que es necesario para los jueces que resuelvan sobre el asunto puesto en su conocimiento, debe conocer al NNA para determinar la resolución que más favorezca al respeto y garantía de sus derechos, para lo cual debe escuchar lo que piensa y siente en relación con la situación que motivó el litigio.

82

Ver Artículo 33 Ley N°26.061. Medidas de protección integral de derechos.

83

LATHROP, F. y ESPEJO, N. 2015. Los derechos de los niños, una orientación y un límite. hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile. UNICEF. 34p. [en línea] <<http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/proteccion-especial-22.pdf>> [consulta: 15 diciembre 2017]

84

PETTIGIANI, E. Escuchar al menor es conocerlo. En: La familia en el nuevo derecho. 2006. KEMELMAJER, A y HERRERA, M. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. Tomo II. 210-211p.

Se estipula el deber de denuncia, respecto a las situaciones de vulneración de derechos, de toda persona que tome conocimiento de éstos ante las autoridades competentes (art.9), siendo la separación del NNA de su familia, una medida excepcional, una vez agotados los medios para resolver las circunstancias que motivan la intervención estatal y sólo fundada en el interés superior del NNA (art.11 en relación con lo establecido en el artículo 39).

Luna<sup>85</sup> señala con respecto al Derecho a la Convivencia Familiar y Comunitaria, que la CDN reúne diferentes fundamentos de carácter psicológicos, sociales, normativos y políticos. En cuanto a los primeros, éstos se expresan en la 'necesidad de niñas y niños de crecer en familia en tanto son sujetos en desarrollo'. Por otra parte, respecto a los fundamentos sociales, se releva la familia como el espacio de aprendizajes que permiten la integración y participación en la sociedad. Los fundamentos normativos estarían relacionados con antecedentes, principios y valores que llevaron a su proclamación. Finalmente, en los fundamentos políticos, la CDN considera la familia como institución esencial para la transmisión valores ciudadanos.

Beloff<sup>86</sup> realza la trascendencia de la Convención en las diversas normas provinciales sobre protección, señalando que constituye el motor de estas legislaciones en favor de la protección de la infancia. Dentro de este marco se encuentra la Ley N°114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en su artículo 25 consagra expresamente el derecho a la Convivencia Familiar y Comunitaria, estipulando que *"los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser criados y cuidados por sus padres y a permanecer en su grupo familiar de origen, en una convivencia sustentada en vínculos y relaciones afectivas y comunitarias."*

A su vez en ella se destaca el rol fundamental del NNA de crecer dentro de su familia, debiendo las autoridades de la Ciudad Autónoma, brindarle el apoyo para que los padres puedan realizar y ejercer sus funciones de forma plena (art. 34). Así mismo, se consagra de forma expresa su derecho a no ser separado de su núcleo familiar sino en caso excepcionales, de forma temporal y cuando se funden en su interés superior.

En el artículo 26, del mismo cuerpo normativo, se reitera la prohibición de separación fundado en la carencia de recursos por parte de la familia, debiendo ejecutarse las medidas de intervención que se requieran, idea que se reitera en el artículo 43; perspectiva que se plantea en la LPI, en su artículo 33,

85

LUNA, M. 2005. Vínculos en la infancia. Nuevas contribuciones al acogimiento familiar. Lumen Humanitas. 31p.

86

BELOFF, M. 2009. *Op. Cit.*.154p.

inciso final, siendo destacado como un punto a destacar en esta normativa por Beloff<sup>87</sup> como parámetro a considerar en las resoluciones a decretar, señalando que es un factor importante a considerar en países con altos niveles de pobreza como se produce en nuestro continente. Lo anterior se encuentra en directa concordancia con lo estipulado en las Directrices de Naciones Unidas previamente revisadas y se condice con la preservación de los vínculos familiares y afectivos por sobre consideraciones paternalistas y discriminatorio respecto a los sectores socioeconómicos bajos.

En este mismo sentido, Repetto y Tedeschi<sup>88</sup> recalcan el deber por parte del Estado de establecer y ejecutar medidas de protección para los NNA tendientes a mantenerlos, de forma prioritaria en su núcleo, y medidas dirigidas a la familia para favorecer el establecimiento de redes y acceso a servicios básicos como salud e higiene, así como para la cobertura de derechos básicos como educación, vivienda y trabajo.

En cuanto a los procedimientos que se establecen para la protección y restablecimiento de sus derechos, estas medidas serán de carácter judicial, según lo estipulado en el artículo 41 de la ley antes señalada, cuando lo requiera alguna persona que posea un legítimo interés en el asunto que se pone en conocimiento, integrantes del equipo técnico de los organismos de protección, o bien por parte del propio NNA. En consideración a lo anterior, es posible reconocer que la regla general de adopción de medidas de protección será realizada por los organismos administrativos establecidos en cada normativa provincial.

Se establece como una medida de protección de acuerdo con lo previsto en el artículo 42, la convivencia familiar alternativa, en la cual se prioriza, que el acogimiento sea realizado por personas con las que el NNA tenga vínculos afectivos, siendo la internación del sujeto una medida de carácter excepcional y por el plazo más breve posible (art.44), en concordancia con el derecho a la convivencia familiar y comunitaria ya señalado en el artículo 25.

Con respecto a la necesidad de los NNA de crecer dentro de un ambiente estable y seguro, se condice con la inexistencia no solo de violencia dirigida hacia ellos, sino también respecto a la violencia de género de la cual puede ser testigo. En lo referente a esto, tal como se señaló en el Capítulo I, Repetto y Tedeschi<sup>89</sup> realzan la necesidad de la coordinación y vinculación entre las normas

87

BELOFF, M. 2009. *Op.Cit.*.149p.

88

REPETTO, F y TEDESCHI, V. 2013. *Op. Cit.* 26p.

89

de protección integral de la infancia y las de violencia intrafamiliar para salvaguardar tanto los derechos como la vida e integridad de quienes se ven afectados por la violencia al interior de sus hogares.

Los autores<sup>90</sup>, respecto al maltrato que pueden experimentar los NNA dentro de su medio familiar, destacan la vulnerabilidad y dependencia hacia sus agresores, por cuanto son los adultos que deberían ejercer las funciones de cuidado y protección, quienes incumplen estas responsabilidades vulnerando así sus derechos.

Sobre la regulación relativa al acogimiento familiar, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó el 07 de diciembre de 2006 la Ley N°2.213, promulgada el 18 de enero de 2007 y cuya publicación fue el 26 del mismo mes, su reglamento N°006, sin embargo, recién es de fecha 06 de enero de 2014, siendo publicado el 10 de enero del mismo año. Un aspecto destacado por parte de este reglamento es el concepto de familia ampliada que estipula en su artículo 7, la mantención de los vínculos afectivos del NNA no sólo con sus parientes consanguíneos y por afinidad, sino también con otros sujetos con los cuales mantiene relaciones afectivas fuera de su núcleo familiar.

En el artículo 2 de esta ley se establece la definición del acogimiento familiar transitorio, la cual *“corresponde al cuidado de forma integral, temporal y no institucional, brindado por una familia alternativa de convivencia a un niño, niña o adolescente, cuando medie inexistencia de su grupo familiar de pertenencia, se encuentre privado de él en forma temporal o exista una medida judicial o administrativa, en razón de causas o motivos suficientes para ordenar la separación de su medio familiar.”*

El propósito principal del acogimiento familiar es el retorno del NNA a su núcleo familiar, una vez que se superen las circunstancias que lo motivaron (art.3), o en el caso de que esto no ocurra, se establezca una resolución definitiva respecto a su futuro como lo puede ser la adopción.

Según lo estipulado en el artículo 5°, el ingreso al sistema de acogimiento se realiza a través de una resolución judicial o administrativa o bien por una petición realizada por parte de su familia de origen, requiriéndose siempre la intervención del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Respecto a la función que cumple el acogimiento, el artículo 6 determina que corresponde al cuidado del NNA garantizando todos sus derechos, teniendo prioridad quienes tienen un vínculo previo con el NNA, en primer lugar, parientes ya sea consanguíneos o por afinidad y luego quienes constituyan parte

REPETTO, F Y TEDESCHI, V. *Op. Cit.* 34p.

90

*Ibid*, 34p

de la familia ampliada, estos son parte de la red socioafectiva del NNA. En caso de no existir dentro de estos grupos quien pueda cuidar del NNA, se buscará un grupo familiar ajeno, así como en una condición que implique riesgos para el NNA. Entre las circunstancias complejas que pueden presentarse dentro de la familia extensa, es posible considerar la protección del NNA debida ante sus familiares agresores, quienes motivaron la separación del núcleo en primera instancia, junto con un aumento en los tiempos permanencia con la familia de acogida por parte el NNA y el menor apoyo entregado por parte de las autoridades a la familias extensas, por cuanto entienden que corresponde un deber para ellos de cuidar a otros miembros de su propia familia, sin considerar la necesidad de intervención que éstas requieran para garantizar el desarrollo integral de los NNA.

Los tipos de familias que pueden realizar el acogimiento familiar están las familias extensas y familias externas. En consideración a la preservación de los vínculos y elementos propios de su identidad, se prefiere que el NNA se mantenga dentro de su red ampliada, ya que conforme a lo señalado por Matilde Luna<sup>91</sup>, para la garantía de sus derechos, se requiere considerar la mantención del NNA dentro de un medio conocido y cercano, independiente de la modalidad de cuidado que se realice.

La misma autora<sup>92</sup> hace referencia a los beneficios de carácter emocional que tiene para el NNA el ser cuidado por su familia extensa, aun cuando, también presenta aspectos problemáticos a considerar en la determinación de quién ejecutará el acogimiento. Entre los beneficios se encuentran, como ya se indicó, la preservación de los elementos identitarios del NNA con respecto a sus relaciones familiares y aspectos culturales, junto a una disminución de trastornos y traumas con respecto al alejamiento del núcleo biológico.

Los requisitos para ser una familia de acogida, según lo descrito en el artículo 7°, son: ser personas mayores de 21 años, sin importar su estado civil; no poseer antecedentes penales ni deudas de carácter alimenticio, debiendo acreditar ambas situaciones mediante los certificados correspondientes. Además de estos requisitos se estipulan circunstancias de exclusión (art. 9°) que hacen referencia a que las personas condenadas o sancionadas por tanto en el ámbito penal como por incumplimientos de obligaciones paterno-filiales como el pago de la pensión alimenticia o el régimen de visitas. A lo anterior se suma la necesidad de realizar la capacitación y evaluación psicosocial por parte de la autoridad. Con respecto a las familias de acogida ajenas a la familia de origen del NNA,

91

LUNA, M. *Op. Cit.* 39p.

92

*Ibid.* 44-45p.

adicionalmente se establece el requisito de residencia de al menos de 2 años en la Ciudad de Buenos Aires y poseer una diferencia etaria con el NNA de al menos 15 años.

## 2. Situación del Acogimiento Familiar en España.

Dentro de la normativa española de protección de la infancia, podemos destacar la dictación de la Ley 21/1987, llamada genialmente, y para algunos autores 'mal llamada'<sup>93</sup>, Ley de Adopción, que introduce a nivel nacional la institución del acogimiento familiar, por cuanto en 1985 sólo se encontraba mencionada en la normativa de Cataluña, Ley 11/1985<sup>94</sup>, en la cual fue establecida como modalidad alternativa de cuidado de los NNA ante circunstancias en las cuales se aplicaban medidas de protección que conllevaban a la separación del NNA por orden los Tribunales de Menores y que implicaban el ingreso de dichos NNA a centros residenciales.

A su vez se reforma el sistema de protección, pasando de un sistema judicial a un sistema preminentemente administrativo, en el cual los tribunales tienen el control de las resoluciones administrativas en caso de que los padres se opongan o no consientan en las medidas aplicadas.

Otra importancia trascendental que tuvo esta ley fue la eliminación del concepto de *abandono*, que hacía referencia a la carencia de sujetos menores de 14 años de quien pudiera satisfacer sus necesidades básicas, por el concepto de *desamparo*, situación que sólo será declarada en casos de gravedad tanto en situaciones en que no exista una persona para brindar cuidados al NNA como en los casos en que existiendo un cuidador se encuentre imposibilitado o no pueda ejercer sus deberes de cuidado de forma adecuada.

Adicionalmente, los autores destacan el cambio de perspectiva con respecto a la infancia y adolescencia trajo, incluso antes de la proclamación de la Convención, previendo el Interés Superior de éste como pilar esencial y teniendo la familia el rol fundamental en el cuidado y desarrollo del NNA. Este punto es señalado tanto por Núñez<sup>95</sup> como por Hierro<sup>96</sup>, quien agrega que la ley deja atrás la

93

RAVETLLANT, I. 2007. Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (Parte General). *Revista de Derecho UNED*, N°2, 77-94p. [en línea] <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2007-2-30020/Documento.pdf>> [consulta: 07 marzo 2018]

94

DE TORRES, J. M. 2008. Interés del Menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar. Iustel. 177p.

95

NUÑÉZ, A. 2008. Capítulo IX: El sistema de protección de menores. En: GARCÍA, M. del C. (directora). Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor: una aproximación Interdisciplinar. Editorial Aranzasi. Pamplona. 203p.

96

HIERRO, L. 2007. *Op Cit.* 29p



concepción de peligrosidad de la infancia desvalida, para pasar a tener como centro de las políticas públicas, la insatisfacción de sus derechos.

Como objetivos de esta reforma se pretendían reducir los plazos de la dictación de resoluciones referentes a las declaraciones de desamparo y potenciar la acción de los Servicios Sociales. De Torres<sup>97</sup> cuestiona el cumplimiento de estos objetivos por parte de la reforma, señala que el primer punto parece cumplirse, mientras que en lo relativo al rol de la administración, el problema está dado por la falta de criterios comunes entre la autoridad administrativa y los jueces, que conlleva a la implementación de resoluciones contradictorias.

En España, la Convención sobre los Derechos del Niño, fue firmada el 26 de enero de 1990 y ratificada con fecha 6 de diciembre del mismo año. A pesar de la inclusión de la CDN en el ordenamiento jurídico español, cabe señalar que se mantiene el concepto de “menor” tanto a nivel legal como doctrinario en referencia los niños, niñas y adolescentes. Con posterioridad a la firma de la CDN, en 1996 se dictó la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/1996, la cual refuerza el procedimiento administrativo y distingue entre la situación de riesgo y el desamparo, con respecto a sus causas y consecuencias distintas en relación con la necesidad de intervención estatal.

A nivel constitucional, la protección de la infancia y adolescencia se encuentra estipulada en el artículo 39, en especial en el numeral 4, donde señala que *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Por otra parte, tenemos a nivel nacional, el Código Civil y a nivel local, leyes autonómicas, conforme lo previsto en el artículo 149 de la Carta Fundamental. Para el establecimiento de medidas de protección en caso de vulneración de derechos, la normativa española consagra dos situaciones que motivan la intervención por parte de la autoridad, la situación de riesgo y el desamparo, las cuales se distinguen por su gravedad, que en consecuencia deriva en la aplicación de medidas más extremas en el caso de la segunda.

De Torres<sup>98</sup> señala que dicho cuerpo normativo no establece pautas concretas para distinguir qué situaciones corresponden a cada figura, por lo que en consideración a la preservación de las relaciones familiares y el derecho del NNA a ser cuidado por sus padres, las medidas a aplicar no deberían

97

DE TORRES, J. M. 2008. *Op. Cit.* 73p.

98

*Ibid.* 73p.

conllevar el alejamiento de su entorno. Indica a su vez, que en las leyes autonómicas se han estipulado circunstancias no taxativas para dilucidar en qué casos procedería cada una.

El juez de la Oliva<sup>99</sup> referente a los tribunales dentro de los procesos de protección, señala que constituye un rol fundamental en todo asunto de protección a la infancia y adolescencia, en consideración a lo previsto en la Convención, en su artículo 9 referente a la necesidad de intervención judicial en los casos en que se decreten medidas que impliquen la separación del NNA de su entorno, y que se reitera a nivel interno.

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 17 de la Ley 1/1996<sup>100</sup>, en su texto vigente, la situación de riesgo corresponde a las circunstancias que carecen de una intensidad que precise la separación del NNA de su familia para el restablecimiento de sus derechos, pero que a su vez requieren para su resguardo, la intervención de la autoridad para prever una situación de desamparo. Si durante el proceso de intervención establecido en consideración a una situación de riesgo, el ente estatal competente detecta alguna circunstancia que sea causal de desamparo, procederá a su declaración, en los casos que para su protección adecuada se requiera el alejamiento de su entorno familiar.

El desamparo por su parte, estipulado en el artículo 172 inciso segundo del numeral 1<sup>101</sup>, corresponde a situaciones que, por su gravedad o intensidad, precisan del alejamiento del NNA de su medio familiar, a causa del incumplimiento, imposible o inadecuado de los deberes de protección por parte de quienes los detentan “cuando éstos quedan privados de la necesaria asistencia moral o material”. La declaración de desamparo produce la inmediata asunción de la tutela por parte del Estado, teniendo como modo de ejercer el deber de cuidado mediante el acogimiento familiar, por cuanto la institucionalización constituye una medida excepcional.

De Torres, siguiendo a González y Grande<sup>102</sup>, indica que la doctrina reconoce como requisitos legales de la declaración de desamparo tres elementos: por una parte, el incumplimiento grave por

99

DE LA OLIVA, A. 2008. Capítulo XI: El acogimiento del menor en situación de desamparo. En: GARCÍA, M. del C. (directora). Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor: una aproximación Interdisciplinar. Editorial Aranzasi. Pamplona. 233p.

100

Ver Art. 17 Ley 1/1996.

101

Ver Art. 172.2 Código Civil Español.

102

*Ibid.* 72p.

parte de las personas obligadas de los deberes de protección del NNA, entiendo por éstos los derivados de la patria potestad, estipulados en el artículo 154 del Código Civil; en segundo lugar, que dicha privación de asistencia básica conlleve una situación de desprotección grave tanto en los aspectos materiales y morales; y finalmente, la existencia del nexo causal entre el incumplimiento y la perturbación del bienestar del NNA.

En consideración a la necesidad de esclarecer qué situaciones pueden dar lugar a tal declaración de desamparo, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, estableció a modo ejemplar una enumeración no taxativa de casos, entre los cuales se encuentra su abandono; el riesgo de su vida, salud e integridad física y cualquier otra situación gravemente perjudicial que requiera la separación del NNA de su medio familiar. En lo relativo a la pobreza, se establece de forma expresa que, a pesar de constituir un factor de riesgo, no constituye causal de separación del NNA de su familia.

Ruiz y Gallardo<sup>103</sup>, señalan entre las causales de la negligencia parental la pobreza, sin embargo se ha señalado a lo largo de este trabajo, la carencia material no constituye un factor determinante para que se produzcan situaciones de maltrato, por lo que no puede ser la única fundamentación para decretar la separación del NNA de sus padres, debiendo adoptarse medidas para fortalecer las capacidades parentales para evitar la permanencia de situaciones de riesgo que puedan potencialmente convertirse en situación que dan lugar al desamparo, y consecuentemente al alejamiento del NNA de su medio familiar.

Las intervenciones que se realizan producto de la existencia de una situación de riesgo son de carácter administrativo e integral, por lo que dependerá de cada Comunidad Autónoma establecer en su normativa qué órgano cumplirá dichas funciones.

De acuerdo a Núñez<sup>104</sup> y De La Oliva<sup>105</sup>, constituyen principios fundamentales del proceso de protección la celeridad; el interés superior del NNA; la reinserción a la familia propia, en consideración

103

RUIZ, I. y GALLARDO, J.A. Impacto psicológico de la negligencia familiar (leve *versus* grave) en un grupo de niños y niñas. *Anales de psicología*. 2002, vol. 18, N°2, 261-272p. [en línea] <[http://www.um.es/analesps/v18/v18\\_2/05-18\\_2.pdf](http://www.um.es/analesps/v18/v18_2/05-18_2.pdf)> [consulta: 15 marzo 2018]

104

NÚÑEZ, A. Capítulo IX: El sistema de Protección de menores. *En*: GARCÍA, M. del C. (directora). 2008. *Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor: una aproximación Interdisciplinar*. Editorial Aranzasi. Pamplona. 203-204p.

105

DE LA OLIVA, A. *Op. Cit.* 232-233p.

al derecho a la identidad, la preservación de las relaciones familiares y a la vida familiar y comunitaria; el mantenimiento de la unidad familiar, constituyendo la separación del NNA el último recurso a aplicar; la desjudicialización de las medidas de protección, procediendo por regla general mediante resolución administrativa, entre otros.

En este sentido, ante la preminencia de cual modalidad de cuidado alternativo debe utilizarse en los casos que impliquen la separación del NNA de su núcleo familiar, entre acogimiento residencial y familiar, Caparrós y Jiménez-Ayba<sup>106</sup> adscriben a la segunda, señalando que constituye un sustituto del entorno familiar del NNA con similares características, lo cual permite satisfacer las necesidades de cuidado y protección frente a la situación de crisis que derivó en el alejamiento de su familia biológica considerando además a lo informado por las diversas investigaciones con respecto a los déficits emocionales y físicos de la infancia y adolescencia institucionalizada.

Denotan adicionalmente estos autores<sup>107</sup>, la necesidad de un permanente apoyo de carácter multidisciplinario, por cuanto el acogimiento posee aspectos jurídicos y sociales con respeto a los individuos involucrados.

Podemos mencionar como otras instituciones relacionadas con la protección de NNA, la guarda y la tutela automática, las cuales se relacionan con el acogimiento familiar, por cuanto a través de esta última modalidad de cuidado, se ejecutan las dos primeras. La guarda puede ser de carácter voluntario o bien judicial. Por una parte, la guarda voluntaria, estipulada en el artículo 172 bis y 19 de la Ley 1/1996, que corresponde a la solicitud de los progenitores a la administración de cuidado temporal del NNA, debido a que se encuentran imposibilitados de ejercer sus funciones de cuidado, siendo esta por una causa ajena a su voluntad, imprevisible o inevitable. Tiene como plazo máximo de vigencia dos años, transcurrido este tiempo, el NNA puede regresar con sus cuidadores primarios o bien, cumpliéndose los requisitos legalmente establecidos, se declarará el desamparo. La reforma de 2015 introduce en el artículo 19, un inciso final que estipula el deber de los padres de suscribir un compromiso de someterse a una “intervención profesional” necesarias para superar las condiciones iniciales, para la alcanzar la reinserción del NNA en un medio estable y seguro y protector.

106

CAPARRÓS, M. N. y JIMÉNEZ-AYBA, I. El Acogimiento Familiar: Aspectos jurídicos y sociales. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Madrid. 2001. 10-11p.

107

*Ibid.* 14p.

La solicitud se debe presentar ante la autoridad administrativa competente, quien puede o no acoger la solicitud de los padres. En caso de que se acoja, se preferirá como medida de cuidado alternativo el acogimiento por parte de la familia extensa, para la preservación del derecho del NNA a crecer en un entorno familiar; de no existir miembros de la familia extensa, se considerará el acogimiento a través de una familia no vinculada. En caso de que se desestime la petición, los padres pueden presentar la solicitud ante los tribunales civiles para que este resuelva, sin que sea necesario un recurso administrativo previo en contra de dicha resolución. En caso afirmativo, el acogimiento decretado será de carácter judicial, y no de carácter administrativo.

La tutela automática, *ex lege* o por el ministerio de la ley, corresponde a la asumida por parte de la entidad pública de forma inmediata al declararse la situación de desamparo. Esta figura es introducida por la Ley 21/87<sup>108</sup> y la forma en que el Estado la implementa es preferentemente a través del acogimiento familiar.

Tejedor<sup>109</sup> destaca como función del acogimiento familiar, ser una medida de protección que hace efectiva en esas instituciones el proveerle un ambiente familiar alternativo al NNA, ya que implica, el alejamiento del NNA de su medio familiar. Conforme a lo estipulado en el artículo 172 *ter* numeral 2, se tendrá previsto como objetivo, siempre que sea conforme a su interés superior, el retorno del NNA con su familia de origen y manteniendo dentro de lo posible a los hermanos juntos. Por su parte, la Ley Autonómica de la *Comunitat Valenciana* en su artículo 115 estipula que *“es una medida de protección por la que la guarda de un menor se ejerce por una persona o familia que asume las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.”*

Un aporte que tuvo la Ley 26/2015, que reforma el sistema de protección de la infancia, según lo previsto en su preámbulo artículo 20 bis, se establece un estatuto del acogedor, así como un conjunto de derechos y deberes en el desempeño de sus funciones de cuidado.

Los tipos de familia, según lo estipulado en el artículo 173 *bis* del Código Civil, se prevén distintas formas de clasificación. Con respecto a su conformación, se aluden a la familia ajena o extensa. En lo relativo a su duración y objetivo, puede catalogarse entre acogimiento de urgencia, temporal o permanente. El acogimiento familiar de urgencia no puede tener una duración superior a seis meses y

108

RAVETLLAT, I. 2007. *Op. Cit.* 77-94p.

109

TEJEDOR, L. 2009. Capítulo VI: La guarda, acogimiento y desamparo de menores. En: POUS DE LA FLOR, M. P. y TEJEDOR, L. Protección jurídica del menor. 2º Edición. COLEX. Madrid. 148p.

se prevé en especial para la primera infancia; el temporal; como su nombre lo señala es transitorio, teniendo como máximo de duración dos años, pudiendo ser renovado, si las circunstancias se mantienen; y el permanente se determina cuando el plazo de acogimiento supere los dos años, debido a que el NNA no puede regresar con su familia de origen por ser esto contrario a su interés superior.

De Torres<sup>110</sup> señala sobre la prevalencia del derecho de la vida familiar y comunitaria, siguiendo lo expuesto por Pérez- Salazar, que se deben agotar las posibilidades de que el NNA sea cuidado por miembros de su familia, ya sea por parientes consanguíneos o por afinidad, antes de decretar el cuidado por parte de una familia ajena.

El proceso de reclutamiento y formación de los futuros acogedores aplicado, luego de varios intentos para desarrollar un proceso adecuado de acogimiento y preparación, Del Valle, Bravo y López<sup>111</sup> señalan que debería ser: captación-selección-formación-acoplamiento-seguimiento, teniendo la última el mayor desafío actualmente, entendiendo que la preparación y el apoyo durante el acogimiento es vital para el desarrollo de las funciones de cuidado. En lo referente al seguimiento, su importancia radica en conocer la situación posterior al término del acogimiento, la reinserción en su núcleo familiar de origen o su adaptación en una familia adoptiva, entre otras alternativas posibles.

Es posible encontrar dentro de la familia ajena, esto es aquella que no tiene un vínculo previo con el NNA, las familias ajenas especializadas, las cuales se encuentran capacitadas y poseen experiencia para brindar cuidados adecuados a NNA con necesidades especiales, lo cual es compensado económicamente por el Estado, sin que implique el desarrollo de una relación laboral por parte de ellos. También es posible encontrar como tipo de acogimiento familiar, el acogimiento preadoptivo, que tiene como función preparar al NNA para el establecimiento de vínculos con una familia adoptiva.

Como requisitos para ejercer las funciones de acogimiento familiar, los postulantes no requieren estar casados, pudiendo por lo tanto postular cualquier persona independiente de su estado civil, esto es, solteros, casados o convivientes, debiendo ser personas mayores de edad y que sean declaradas idóneas luego de la evaluación realizada por las autoridades administrativas. Tejedor<sup>112</sup> destaca el

110

DE TORRES, J. M. 2008. *Op. Cit.* 180p.

111

DEL VALLE, J., BRAVO, A. & LOPÉZ, M. 2009. El Acogimiento familiar en España: implantación y retos actuales. *Papeles del Psicólogo*, vol. 30 N°1, 33-41p. [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77811388005>> [consulta: 11 noviembre 2017]

112

TEJEDOR, L. 2009. *Op. Cit.* 153p

hecho de que en las leyes autonómicas se consagra de forma expresa la prohibición de discriminación a los postulantes en consideración de su identidad sexual, constituyendo un ejemplo de esto el artículo 9 de la Ley 5/2002 de Andalucía.

El procedimiento que determina la aplicación de la medida de acogimiento familiar puede ser administrativo o judicial. El primer caso, constituye la regla general, siendo decretada como medida de protección ya sea por la declaración de desamparo o guarda voluntaria por la autoridad competente conforme a la normativa autonómica. En lo relativo a las causales que motivan en un alto porcentaje, López, Delgado, Carvalho y Del Valle<sup>113</sup> ponen en evidencia que corresponden a abuso de sustancias ilícitas, pobreza y progenitores privados de libertad, lo que requiere un fuerte trabajo de intervención con la familia de origen para poder posibilitar la reincorporación del NNA.

La revisión que deben tener las medidas de protección, el artículo 12 numeral 5 de la Ley 1/1996 estipula que las que carecen de carácter permanente deben ser revisadas cada tres meses, en caso de que el NNA involucrado tuviera menos de tres años o bien si los supera, cada seis meses. Con respecto al acogimiento permanente, la revisión procederá cada seis meses, durante el primer año, para luego ser revisada anualmente.

El artículo 173 del Código Civil numeral 4, establece que el término del acogimiento procederá por resolución judicial, por resolución administrativa en función de su interés superior; por la muerte de o declaración de muerte de quienes lo acogieron o bien por el cumplimiento de la mayoría edad por parte del NNA.

Un aspecto importante que considerar en el proceso de protección y con relación al establecimiento de la medida de acogimiento familiar, es la opinión del NNA en función de lo previsto tanto en la Convención como en la normativa interna de España. En este sentido, el autor De Torres<sup>114</sup> recalca que legalmente a partir de los doce años debe escucharse al NNA en todo proceso que lo involucre. Indica que el establecimiento de una edad fija no se condice con el respeto de todo NNA a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta, por cuanto existen diversas formas de comunicación y que la edad no dice relación directa con la madurez del sujeto, siendo fundamentales para la apreciación de la opinión del NNA los informes psicológicos. El consentimiento de las partes involucradas debe constar en el documento que formaliza el acogimiento, por lo que el autor señala que aun cuando no se encuentra

113

LOPÉZ, M., DELGADO, P., CARVALHO, J. & DEL VALLE, J.F. 2009. *Op. Cit.* 33-41p.

114

DE TORRES, J. M. 2008. *Op. Cit.* 181-182p.

previsto en la norma, si el NNA se opone a la familia que le fue designada, debería ser designada una nueva.

Finalmente, concordamos con lo señalado por Picontó<sup>115</sup>, quien destaca el hecho de que no basta sólo el derecho a recibir protección por parte de los NNA, sino que también sus derechos sean reconocidos para una adecuada e integral protección. En este sentido, el respeto por su derecho a mantener sus relaciones familiares constituye un pilar fundamental en la formación del ser humano, por lo que la implementación de medidas tendientes a mantener al NNA dentro de su familia forman parte esencial de un sistema multisectorial que considere al NNA como sujeto integral.



## 5. Situación del Acogimiento Familiar en Inglaterra

En términos históricos, el acogimiento familiar constituye una institución antigua en materia de protección de la infancia en Inglaterra. En sus principios se remitía al amparo y cuidado de NNA que carecían de adultos que les brindaran cuidados, siendo un servicio de carácter fundamentalmente caritativo, por esto no es extraño señalar que la institución que detentara la responsabilidad de proveer a estos NNA en situación de abandono auxilio fuera la iglesia, destacando en este punto las viudas que recibían un pago por cuidarlos por parte de la iglesia y la Ley de Pobres que en el siglo XV, estableció la colocación familiar de niños hasta que alcanzaran la adultez.<sup>116</sup>

En lo referente a la asunción de la responsabilidad estatal respecto a las necesidades sociales, a través del modelo del Estado de Bienestar, Martínez<sup>117</sup> citando a Jills, señala que debido al crecimiento económico se consolidó un enfoque administrativo, lo cual permitió el desarrollo de políticas sociales, entre ellas, las relacionadas a la protección de la infancia desvalida, durante la década del cuarenta, quitándole esta función a las organizaciones de caridad.

En lo referente a la Convención sobre los Derechos del Niño, ésta fue firmada el 19 de abril de 1990, pero ratificada al año siguiente, el 16 de diciembre de 1991 por el Reino Unido, conformado por Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, desde el 15 de enero de 1992. Sin embargo, en este apartado sólo nos referiremos al sistema de protección y al acogimiento familiar que se realiza en Inglaterra.

Podemos señalar respecto al sistema actual de protección de la infancia, que este se encuentra basado en la Ley sobre Infancia dictada en 1989 (*The Children Act 1989*). Sindhu<sup>118</sup> señala que esta norma fue considerada al momento de su dictación como “*la más comprensiva y avanzada reforma en el derecho de la infancia*”. De acuerdo a lo señalado en la sección 17 de la Ley sobre Infancia, el

116

ESSAYS, UK. 2013. *Definition and History Of Foster Care Social Work Essay*. [en línea] <<https://www.ukessays.com/essays/social-work/definition-and-history-of-foster-care-social-work-essay.php?cref=1>> [consulta: 20 diciembre 2017]

117

MARTÍNEZ, M.A.2000. Cambios recientes en los servicios sociales para menores en Inglaterra. [en línea]. 66-93. <[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5752/1/ALT\\_08\\_04.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5752/1/ALT_08_04.pdf)> [consulta:11 diciembre 2017]

118

SINDHU, T. 2013. *An introduction to child protection legislation in the UK*. [en línea] <[https://www.researchgate.net/publication/255738892\\_An\\_introduction\\_to\\_child\\_protection\\_legislation\\_in\\_the\\_UK](https://www.researchgate.net/publication/255738892_An_introduction_to_child_protection_legislation_in_the_UK)> [consulta: 15 diciembre 2017]

principio de bienestar de los NNA establecido en la sección 1, el cual constituye el principio fundamental del sistema, determina como un deber para la autoridad local la protección y la promoción del bienestar de la infancia y de velar porque el NNA sea criado y cuidado por su núcleo familiar, proveyendo los servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades tanto del NNA como las de su entorno para el desarrollo de sus responsabilidades.

Las autoridades locales, conforme a lo previsto en la Ley sobre Infancia de 1989, sección 20, debe proveerle alojamiento a todo NNA que lo requiera en los casos en que no exista persona alguna que detente responsabilidad parental, está perdido o ha sido abandonado, o bien aun cuando existe una persona que detente los deberes de cuidado ésta se encuentra inhabilitada o impedida de ejercerlos de forma adecuada, ya sea de forma temporal o bien de forma permanente. A su vez establece que la duración de esta medida es de tres meses y que, en el caso de tratarse de sujetos mayores de 16 años, de forma excepcional se les otorga alojamiento, cuando se considere que constituye un riesgo para su bienestar el no hacerlo.

El Gobierno Británico<sup>119</sup>, correspondiendo a información atingente en Irlanda del Norte, Gales, Escocia e Inglaterra, señala con respecto a quienes pueden postular a ejercer las funciones de familias de acogida o “*Foster Carers*”, no se establecen requisitos, señalando que cualquier persona puede postular sin distinción de raza, sexo, estado civil o identidad sexual, debiendo ser capacitada, evaluada y seleccionada por los organismos que tienen a su cargo el acogimiento familiar.

El objetivo del sistema de acogimiento es proveer un medio familiar alternativo al NNA que le brinde seguridad y protección, así como la intervención referente a la familia biológica y la de acogida, para garantizar el bienestar del NNA.<sup>120</sup> El sistema funciona con participación tanto pública a través de las autoridades locales (*local authorities*) y privada a través de las agencias de acogida y crianza, constituyendo un sistema eminentemente administrativo, con rol secundario de los tribunales, al igual que lo ya visto con respecto al sistema argentino y español.

En Inglaterra, y en general en el Reino Unido, el sistema de acogimiento se realiza a través de las autoridades administrativas competentes o de agencias privadas, los cuales se encargan de seleccionar, evaluar y supervisar a las personas o familias que realicen la función de acogimiento.

119

Gobierno del Reino Unido. [en línea] <<https://www.gov.uk/foster-carers>> [consulta: 04 diciembre 2017]

120

En relación con lo indicado por Hyden (1999) EN: Essays, UK. 2013. *Definition And History Of Foster Care Social Work Essay*. [en línea] <<https://www.ukessays.com/essays/social-work/definition-and-history-of-foster-care-social-work-essay.php?cref=1>> [consulta: 20 diciembre 2017]

Munro y Gilligan<sup>121</sup>, en el trabajo que compara la situación de la familia extensa en Inglaterra y Escocia, dan cuenta de uno de los lineamientos del sistema de acogida familiar, con relación a la proporción de estabilidad al NNA mediante un ambiente familiar que le entregue seguridad y protección

Estos mismos autores<sup>122</sup> destacan que la medida de acogimiento familiar en Inglaterra se aplica mayormente en casos en que existe vulneración de derechos como medida de protección, respecto a la aplicación como medida de asistencia familiar. Conforme lo previsto por parte del Gobierno del Reino Unido se establece que quienes ejercen la función de acogimiento reciben una asignación, y el valor de ésta varía dependiendo del domicilio de la persona o familia de acogida, y a su vez si es que el NNA posee necesidades especiales que requieran una atención y cuidados particulares, entre otras variables. A su vez, poseen beneficios tributarios, lo cual busca promover la medida y así incorporar más personas y familias al sistema.<sup>123</sup>

En el Reino Unido es posible apreciar los siguientes tipos de acogimiento<sup>124</sup>: De emergencia (*emergency*) en el cual los niños se alojan por unas pocas noches; de corto plazo (*short-term*), cuya duración varía entre algunas semanas y unos pocos meses, luego de los cuales se debe resolver sobre el futuro de NNA; de "descansos cortos" (*Short breaks*) esto se da cuando los niños que están en condiciones de discapacidad, tienen necesidades especiales o tienen dificultades de comportamiento permanecen por un tiempo con una familia que los protege, alejados de su familia de origen o de su familia de acogimiento, esto significa que sus padres o cuidadores adoptivos habituales pueden tener un descanso; preventivo (*remand*), en el cual los NNA son derivados por la Corte antes de fijar un acogimiento permanente y entrenado; preadoptivo (*fosterig for adoption*), de largo plazo (*long-term*), el cual dura hasta alcanzada la mayoría de edad; de familia extendida o ampliada (*'Family and friends'/ 'kinship'*) en el cual el NNA vive con un pariente o bien con una figura afectiva de su entorno; y el

121

*Ibid.* 185-192p.

122

*Ibid.* 185-192p.

123

Gobierno del Reino Unido, [en línea] <<https://www.gov.uk/foster-carers/help-with-the-cost-of-fostering>> [consulta: 04 diciembre 2017]

124

Gobierno del Reino Unido, [en línea]. <<https://www.gov.uk/foster-carers/types-of-foster-care>> [consulta: 04 diciembre 2017]

terapéutico especializado (*specialist therapeutic*) en el cual se encuentra destinado a NNA que posean necesidades especiales de cuidado y atención.

Dentro del sistema podemos encontrar situaciones en las que medidas de protección establecidas a consecuencia de situaciones de carácter voluntario o bien involuntario. La primera en Inglaterra, al igual que en España existe la opción que los padres de forma voluntaria soliciten a las autoridades realizar el cuidado temporal de los NNA en casos excepcionales en los cuales ellos no puedan ejercer de forma adecuada sus deberes de cuidado. La segunda, se refiere a los procesos en que existe vulneración grave de derechos de los NNA, por lo que se requiere intervención de los servicios sociales para la aplicación de medidas de protección, priorizándose la adopción de las medidas que permitan la mantención del NNA dentro de su entorno.

Se consideran en las medidas de protección, establecidas en la Ley sobre Infancia de 1989, los principios de legalidad, necesidad y temporalidad que se encuentran consagrados a lo largo de la norma. Con respecto al principio de legalidad, Lathrop y Espejo<sup>125</sup> destacan la expresa estipulación de circunstancias de procedencia de las medidas de protección en las secciones 43, 44, 44A, 44B y 45, en relación a la necesidad de la existencia de una sospecha fundada de la existencia de daño considerablemente grave sufrido por el NNA o bien la alta probabilidad de que lo sufra; la ejecución de una evaluación respecto a la determinación del daño o la potencialidad de ocurrencia próxima, o en los casos en que esta evaluación no sea posible de realizar o su resultado sea afirmativo.

Los autores en lo atinente a las medidas de protección que implican el alejamiento del NNA de su ambiente familiar, indican que esta sólo será procedente en conformidad a los objetivos previstos en la orden de evaluación, esto es para la preservación o restitución de los derechos vulnerados cuando estas acciones no puedan realizarse al mantenerse dentro de su núcleo.

Recalcan respecto al principio de necesidad, su consagración expresa a través del establecimiento del principio de no intervención, lo cual implica que las medidas de separación resulten esenciales para mejorar la situación que el NNA se encuentra viviendo.

Referente al principio de temporalidad de las medidas de protección los autores,<sup>126</sup> destacan la estipulación expresa en la duración máxima de las medidas de emergencia, en la parte V de la Ley

125

LATHROP, F. y ESPEJO, N. 2015. *Op. Cit.* 27p.

126

*Ibid.* 39p.

sobre Infancia, las cuales no pueden exceder ocho días, mientras que las medidas destinadas a la evaluación no pueden superar los siete días. La relevancia de la determinación del tiempo de duración de estas medidas es fundamental para la evitar la afectación de los derechos del NNA.

Con relación a la normativa de protección, complementaria a la Ley sobre Infancia de 1989, en lo atingente a los cuidados y atenciones que deben realizar las familias de acogida, en el año 2000 se dictó la Ley de Estándares de Cuidado. A su vez, en el año 2004 se dicta otra Ley de Infancia 2004, la cual instaura la figura del Comisionado de la Infancia.

En términos estadísticos, entregados por “*The Fostering Network*”<sup>127</sup> al 31 de marzo de 2017, 53.420 niños, niñas y adolescentes se encontraban bajo cuidados de familias de acogida, lo cual representaba un 78% de los NNA que se encontraban separados de sus familias de origen. Las cifras destacan la relevancia que tiene esta medida dentro del sistema de protección, siendo la principal medida de protección aplicada por los servicios sociales.

Es importante a su vez destacar la participación de otros agentes involucrados, los cuales constituyen individuos trascendentales en un proceso que requiere un enfoque multidisciplinario para su resolución, como lo son profesionales de salud, en especial de salud mental, para el tratamiento terapéutico tanto de los NNA, como de la familia de acogida durante el ejercicio de sus funciones, así como de la familia de origen para el enfrentamiento de las circunstancias que derivaron en la separación del NNA de su núcleo familiar.

Sobre cuántos niños pueden encontrarse bajo el cuidado de los acogedores simultáneamente, conforme al apéndice 7 de la Ley de Infancia, se establece un máximo tres NNA, pudiendo exceder ese número sólo en el caso de recibir a hermanos, por cuanto se prioriza la mantención de ellos juntos, salvo que sea contraproducente para su bienestar e interés superior.

Los autores Munro y Gilligan<sup>128</sup> destacan como factores en el aumento de la formalización del acogimiento familiar por parte de las familias extensas, por una parte, con respecto a que en términos normativos se consagra el respeto por la necesidad de la preservación de los elementos de identidad de los NNA, priorizando la mantención de vínculos con su red afectiva, lo que se encuentra en

127

*The Fostering Network*, [en línea] <<https://www.thefosteringnetwork.org.uk/advice-information/all-about-fostering/fostering-statistics>> [consulta: 11 diciembre 2017]

128

MUNRO, E. y GILLIGAN, R. 2013. *The ‘dance’ of kinship care in England and Ireland: Navigating a course between regulation and relationships*. *Psychosocial Intervention*, 22, 185-192p. [en línea] <<http://dx.doi.org/10.5093/in2013a22>> [consulta: 14 diciembre 2017]

concordancia con lo previsto en los artículos 7, 8, 9 en relación con el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Otra situación considerada es el aumento de consumo de sustancias en relación con la alteración de un adecuado ejercicio de su capacidad parental, concepto que fue revisado previamente en el capítulo I, y de los deberes de cuidado derivados de la responsabilidad parental; lo que ha generado un aumento de los NNA bajo tutela. En este sentido, se resalta la necesidad de que la intervención en los procesos de protección de NNA, también se deben llevar a cabo acciones tendientes al fortalecimiento de las habilidades parentales y en los casos en que requieran asistencia terapéutica, proveerla para lograr la restitución del derecho a vivir en familia dentro de un entorno estable y seguro, preferentemente en su núcleo biológico.

Como tercer punto señalan los avances en otros aspectos en materia de protección de infancia, como lo son el cierre de residencias de cuidado de NNA. A su vez, destacan que el aumento del acogimiento familiar por parte de las familias extensas se deriva por la gran demanda de NNA que requieren ser amparados frente a la falta de familias ajenas para ejercer las funciones de cuidado, lo que se da entre otros aspectos, por diversas dificultades en los procesos de reclutamiento de familias no vinculadas.

En términos económicos, este tipo de acogimiento conduce a una reducción de gastos por parte de los servicios sociales, en función de los aportes entregados como asistencia y procesos burocráticos requeridos para su establecimiento. Lo anterior se produce debido a la existencia de la delgada línea en la que se encuentra la figura de la familia extensa entre las esferas pública y privada en el desarrollo de sus funciones de cuidado de sus parientes y la responsabilidad que le compete en función de los vínculos de ejercer dichas responsabilidades. Como último aspecto a destacar, se encuentran las evaluaciones positivas entregadas por diversas investigaciones relativas a las experiencias vividas por NNA acogidos por miembros de sus redes socioafectivas cercanas.

Sobre la entrega de asistencia por parte de los servicios sociales a las familias extensas, concordamos con lo señalado por los Munro y Gilligan<sup>129</sup> referente a que este apoyo debe entregarse considerando las necesidades de los NNA y de sus familias para ofrecerle los cuidados adecuados para su óptimo desarrollo integral en función del principio fundamental de bienestar de la normativa inglesa, y no en función de la situación legal en que se encuentre.

A su vez, los autores<sup>130</sup> destacan que la preservación de los vínculos familiares de los NNA se ven fortalecidos al encontrarse dentro de un ambiente familiar próximo, por cuanto se favorece el contacto con el núcleo familiar de origen, más que al encontrarse bajo el cuidado de una familia ajena. Sin embargo, cabe destacar lo señalado por LUNA en el apartado de Argentina en lo referente a la dificultad de protección en el ámbito familiar extenso frente a los agresores de los NNA. Lo anterior lleva a la necesidad de intervenciones de los equipos de apoyo para que el contacto con el núcleo de origen se dé en contextos de seguridad del NNA, para que se vele tanto por su protección como por la garantía de su derecho a la mantención de relaciones familiares en conformidad con lo previsto en la Convención.

### CAPITULO III: ACOGIMIENTO FAMILIAR EN EL DERECHO CHILENO

Respecto al derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir y crecer dentro de una familia que lo cuide y quiera, el informe de la Relatoría de la Niñez<sup>131</sup> sobre cuidado de NNA privados de cuidados parentales destaca que una forma de restituirlo es a través del acogimiento familiar. Esto constituye una medida de carácter temporal y tiene como objetivo el brindar protección a los NNA frente a las situaciones que motivaron la separación de su medio familiar, procurando su retorno a éste cuando exista certeza de que constituirá un medio seguro, estable y protector.

En este capítulo se realizará una breve revisión histórica al sistema de protección de derechos de los NNA en nuestro país y del procedimiento actual de protección. Así mismo, se revisará la situación del acogimiento familiar en Chile.

#### 1. Revisión del sistema de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile.

Desde una perspectiva histórica<sup>132</sup>, en nuestro país también se estableció un sistema basado en la doctrina de la situación irregular de la infancia. Entre las leyes que sustentaban dicho sistema destacan la Ley de Protección a la Infancia Desvalida, dictada en 1912, que corresponde a la primera norma nacional referente a “menores en riesgo social”, frente a lo cual la respuesta estatal fue la institucionalización en “casas correccionales”, esto es, centros de internación de NNA. Años más tarde en 1928 se estableció la Ley de menores N°4447, la cual además de procurar la protección de la infancia vulnerada y atender los asuntos de NNA infractores de ley como función del Estado, instituyó los Tribunales de Menores, consagrando una judicatura especializada para los NNA de forma separada de los adultos.

Con fecha 26 de enero de 1990 se firmó la CDN, la cual fue ratificada el 14 de agosto del mismo año por el Presidente Patricio Aylwin, constituyendo un instrumento vinculante para todos los órganos

131

Informe Relatoría de la Niñez de la Organización de Estados Americanos.2013. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13 17 octubre 2013. [en línea] <<https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>>. [consulta: 06 octubre 2018].

132

Leyes de protección a la infancia. [en línea] <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-95303.html>> [consulta: 08 enero 2018]



del Estado conforme a lo estipulado en el artículo 5 inciso 2° de la Constitución de la República. La incorporación de la CDN al ordenamiento jurídico chileno conllevó diversas modificaciones en la búsqueda de adecuarlo a lo prescrito en ella, se destacan entre ellos en la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia;<sup>133</sup> la igualdad de los hijos e hijas, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente N°20.084 de 2005, el subsistema de Protección Integral a la Primera Infancia Chile Crece Contigo y el establecimiento del sistema especializado en familia a través de la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia.

Adicionalmente podemos destacar las leyes que tipifican el maltrato como delito, N°21.013<sup>134</sup>, la cual se encuentra vigente desde el 29 de mayo del 2017 y la promulgación de la Ley N°21.057 que estipula las entrevistas videograbadas en el contexto de los delitos graves cometidos contra niños, niñas y adolescentes, conocida como “Ley no me pregunten más”, mediante la cual se prevé que el testimonio de NNA testigos y/o víctimas de estos delitos, como homicidio o de connotación sexual no sean expuestos a una revictimización al tener que declarar en reiteradas ocasiones sobre los hechos del caso.

El sistema de protección de la infancia y adolescencia en nuestro país, al igual que en los sistemas de protección en el derecho comparado revisados previamente, se trata de un sistema mixto, en el cual participa el poder judicial y el administrativo a través del Servicio Nacional de Menores y sus Organismos Colaborares Acreditados. Sin embargo, a diferencia de los sistemas inglés, argentino y español, actualmente en Chile los tribunales juegan un rol fundamental frente a las amenazas y vulneraciones de derechos sufridas por los NNA, por cuanto todas las medidas de protección son decretadas judicialmente para que el SENAME intervenga en alguna de sus líneas de acción.

Existe una excepción a lo anterior, la cual corresponde a la intervención administrativa ejecutada por parte de las Oficinas de Protección de Derechos, las cuales funcionan territorialmente en las municipalidades, y constituyen la primera actuación estatal frente a situaciones que afecten a NNA y su familia, con respecto a exclusión social o vulneración de sus derechos, así como en acciones de prevención y promoción de éstos.

133

Política Nacional de la Niñez y Adolescencia 2015-2025. Consejo Nacional de la Infancia. En línea <[http://www.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/POLITICA-2015-2025\\_versionweb.pdf](http://www.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/POLITICA-2015-2025_versionweb.pdf)> [consulta: 05 enero 2018]

134

CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley N°21.013, Tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 06 de junio de 2017. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1103697&buscar=maltrato+infantil>> [consulta: 08 enero 2018]

La actuación por parte de la administración, el desempeño de las funciones de protección a la infancia y adolescencia le corresponden al SENAME y sus organismos colaboradores conforme a los principios de respeto, promoción y protección de derechos de los NNA, así como su integración familiar, los cuales se encuentran regulados bajo el Decreto Ley N°2.465 de 1979, que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica, y la Ley N°20.032, que establece el sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención.

El SENAME fue creado en el año 1979 y tiene a cargo la protección de la infancia y adolescencia, ya sean adolescentes que han infringido la normativa penal, regulada por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente o bien la niñez y adolescencia que ha sido vulnerada en sus derechos y requieran protección, además, según a lo estipulado en el artículo 2° de su norma fundadora, tiene a su cargo la supervisión de la Adopción en Chile. Actualmente, en el Congreso se encuentran en discusión proyectos de ley que buscan modificar este organismo, para que dichas funciones de protección se ejecuten por organismos separados.

Los Organismos Colaboradores, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° N°1 de la Ley N°20.032 corresponden a personas jurídicas sin fines de lucro que tengan por objetivo desarrollar acciones con respecto a oficinas de protección de derechos, centros residenciales, programas y diagnóstico, que hayan sido reconocidas por el Director Nacional del Servicio mediante resolución o bien organismos públicos, quienes no requieren de dicho reconocimiento; estas acciones son ejecutadas también por el SENAME mediante administración directa.

Sobre los programas respecto a la infancia y adolescencia, Garrido<sup>135</sup> señala que la mayoría de las medidas son ejecutadas mediante las Instituciones Acreditadas, mientras una cantidad menor se encuentran bajo la administración directa del SENAME. Estos programas, al menos en lo previsto en el ámbito normativo, se encuentran en concordancia con lo establecido en la Convención, y por lo tanto idóneos para el cumplimiento de los fines para los cuales se encuentran aprobados. Señala a su vez el autor, sin embargo, que el problema para el desempeño de las funciones que les corresponden y el poder brindar una intervención de calidad, oportuna y eficiente, estaría dado por la falta de recursos suficientes, tanto en el ámbito material como humano.

En el Registro de Organismos Colaboradores<sup>136</sup> a agosto del año 2017, existen 790 acreditados a nivel nacional. Dentro de los programas que desarrollan los organismos públicos y privados se encuentran el de Protección de Derechos, entre los cuales se destaca el de fortalecimiento familiar para el fomento de habilidades parentales, y el Programa de Familias de Acogida, en el cual se provee al NNA de un entorno estable alternativo al de origen mientras se desarrollan medidas de intervención para superar las circunstancias que motivaron la intervención.

### *1.1 Procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.*

Conforme a lo señalado en el capítulo primero, el procedimiento de protección de derechos de NNA se realiza judicialmente ante los Tribunales de Familia, quienes decretan las medidas de protección que estimen convenientes frente a hechos que constituyan amenaza o violación de forma grave de los derechos de los NNA. Sobre lo anterior, Núñez y Cortés<sup>137</sup> señalan que en consideración a la protección especial que tienen la infancia y la adolescencia fundamenta que en el proceso establecido para la defensa de sus derechos se establezcan los principios de desformalización, actuación de oficio e investigación de oficio, constituyendo manifestaciones de un procedimiento inquisitivo.

Cabe destacar la potestad cautelar que poseen los Jueces de Familia, conforme a lo estipulado en el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia. En virtud de esta potestad el juez puede decretar medidas cautelares, ya sea a petición de parte o bien de oficio, en cualquier momento del proceso, en consideración de la “verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora” para proteger a los NNA en caso de que sus derechos se pudiesen ver afectados de forma grave si no se realizan acciones para prevenir su afectación durante la tramitación del proceso a la espera de una sentencia definitiva.

136

Servicio Nacional de Menores, <<http://www.sename.cl/web/registro-organismos-colaboradores/>> [consulta: 13 diciembre 2017]

137

NÚÑEZ Á., R. y CORTÉS, M. 2012. Derecho Procesal de Familia. Thomson Reuters. Pp. 364

En este sentido Núñez y Cortés<sup>138</sup> destacan que al encontrarse la autoridad judicial facultado legalmente puede ejecutar acciones que estime convenientes para garantizar el interés superior, lo que corresponde al “ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías” de acuerdo a lo estipulado en el artículo 16 del mismo cuerpo normativo, pudiendo aplicar una o más medidas del artículo 71 que crea idónea para el cumplimiento de los objetivos, es decir, la protección de los derechos del NNA y su reincorporación en el menor tiempo posible a su familia. Estas medidas tienen una duración máxima de 90 días, pudiendo ser renovadas durante la tramitación de mantenerse las circunstancias que la motivaron, o bien sustituirse, por una más idónea o cesar su efecto en caso contrario.

En cuanto a las medidas que implican la separación, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 74, éstas se dictarán de forma excepcional, fundadas en la necesidad del NNA de alejarse de su entorno familiar, social y comunitario para la preservación o restauración de sus derechos afectados de forma grave, cuando no exista medida alternativa alguna a ella y por el menor tiempo posible. De esta forma, al menos de manera normativa se cumple con lo señalado por la Convención, ya que tal como señalan Lathrop y Espejo<sup>139</sup>, estas medidas en la práctica se decretan de forma abundante, con lo que se transgrede el derecho a la convivencia familiar y comunitaria del NNA, por cuanto la resolución adoptada con mayor frecuencia es su institucionalización.

Las formas de inicio son, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 70 Ley de Tribunales de Familia, de oficio por parte del tribunal, por denuncia de quienes tienen el deber de comunicarles al tomar conocimiento de hechos vulneratorios de derechos de NNA, bien por requerimiento directo del NNA, de sus padres o bien de otra persona que se encuentre ejerciendo las funciones de cuidado, así como funcionarios de la educación, funcionarios de salud, por parte del Servicio Nacional de Menores o cualquier persona que posea un interés en la causa.

Por otra parte, los mismos autores<sup>140</sup> ponen en relieve la excesiva judicialización del sistema de protección, lo cual atenta contra la “efectividad de dichas intervenciones”, por cuanto éstas deben estar dirigidas a la prevención y a la restauración de derechos de sus miembros para poder superar las crisis

138

NÚÑEZ, R. y CORTÉS, M. 2012. *Op. Cit.* 179p.

139

LATHROP, F. y ESPEJO, N. 2015. *Op. Cit.* 16p.

140

LATHROP, F. y ESPEJO, N. 2015. *Op. Cit.* 16p.

que dan origen a las intervenciones, lo cual de acuerdo a ellos, deberían ejecutarse las medidas a través de mecanismos administrativos, en virtud de su flexibilidad y ejecución en entornos comunitarios.

En lo relativo al procedimiento, Garrido<sup>141</sup> señala que las situaciones que dan lugar a su procedencia son dos, por un lado, amenazas a derechos fundamentales de los NNA, mientras que, por otro lado, se funda en situaciones de vulneraciones de estos mismos, sin que se establezca un catálogo determinado de derechos cuya trasgresión dan lugar al procedimiento, por lo que se entiende que hace referencia a todos los derechos consagrados a nivel nacional e internacional.

Con respecto a la amenaza, el autor señala que, frente a la falta de determinación conceptual en la norma, la define como “**la situación de inminente peligro o de riesgo para el ejercicio de los derechos**”, sin que sea necesario un resultado lesivo, sino sólo potencialidad de daño; mientras que, vulneración corresponde a “**toda situación de daño, perjuicio o lesión que impide el ejercicio de los mismos**”<sup>142</sup>, en la que se requiere un resultado perjudicial para la determinación de las medidas idóneas para la restitución del imperio del derecho.

Con respecto a la sentencia, la ley de Tribunales de Familia, para la determinación de las medidas de protección a decretar, se remite al artículo 30 de la Ley de Menores<sup>143</sup>, las cuales tienen como plazo un año, el cual puede ser renovado por el mismo plazo, debiendo ser revisadas cada seis meses. Estas medidas son la concurrencia a programas de apoyo ejecutados de forma directa por el SENAME o mediante sus Instituciones Colaboradoras, y la disposición del cuidado alternativo del NNA, ya sea mediante el acogimiento familiar o residencial de forma excepcional, siendo la separación de su familia el último recurso y prefiriéndose el entorno familiar y comunitario del NNA.

Si bien el artículo 30 de la Ley de Menores estipula de forma expresa el carácter de último recurso de la separación, tal como lo señala Lathrop<sup>144</sup>, así como el artículo 74, en términos prácticos se resuelve de forma atentatoria a dicho carácter en la mayoría de los casos. A su vez, hace referencia a la falta de precisión de las situaciones que implican vulneraciones graves a los derechos de los NNA que

141

GARRIDO, C. 2016. *Op. Cit.* 113-114p.

142

*Ibid.* 116p.

143

Ver Art. 30. Ley de Menores.

144

LATHROP, F. 2014. *Op. Cit.* 197-229p.

requieren intervención por parte de la autoridad, por lo que se requeriría que en el futuro la norma lo especificara.

Conforme a lo ya revisado anteriormente, Lathrop y Espejo<sup>145</sup> señalan que las medidas que los tribunales adoptan vulneran el principio de proporcionalidad debido a que el objetivo de protección del derecho o derechos vulnerados no pueden transgredir de forma grave otros derechos de los NNA, poniendo de relieve la vulneración a su derecho a la vida familiar.

## *1.2 Revisión de los proyectos legislativos de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia en discusión en el Congreso Nacional.*

Espejo y Lathrop<sup>146</sup> señalan respecto a la urgencia de modificar el actual sistema de protección de la infancia y adolescencia, para que se constituya como un régimen integral de políticas, que le entregue al NNA y su familia, y en consecuencia a la sociedad completa, mecanismos eficaces de promoción, prevención, protección y reparación de derechos, deben existir acciones tendientes a establecer una política institucional a nivel nacional que se enfoque no sólo en el niño, niña o adolescente, sino también en su entorno y las relaciones que se forjen entre ellos.

A su vez, los autores<sup>147</sup> adscriben a un sistema de protección preminentemente administrativo, en el cual la judicatura cumpla un rol secundario y señalan como dos problemas fundamentales del actual sistema son por una parte, la carencia de un adecuado mecanismo de control para la revisión y supervisiones en el cumplimiento de las medidas de protección decretadas, mientras que el segundo inconveniente es la falta de acceso para los NNA a un órgano independiente y autónomo al cual ellos pueden recurrir para procurar apoyo y orientación, en definitiva que vele por ellos.

En este sentido la profesora Lathrop<sup>148</sup> señala que los tribunales debiesen conocer sólo de las causas en las que se requiera, en función de su interés superior, apartar al NNA de su núcleo familiar, en consideración a las repercusiones que tiene para el NNA, sus padres y su entorno la intervención judicial, lo que se encontraría en concordancia con la excepcionalidad de la aplicación de medidas gravosas sólo en casos de alta relevancia jurídica o grave trasgresión los derechos de los NNA.

### 1.2.1 Proyecto de Ley “Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia” Mensaje N°006-361. Boletín 8.911-18.

Este proyecto fue presentado durante el gobierno de Sebastián Piñera, el 30 de abril de 2013 y de acuerdo a lo señalado en el Mensaje Presidencial, se presenta en respuesta a la necesidad de adecuar el

146

*Ibid.* 61p.

147

*Ibid.* 55p.

148

LATHROP, F. 2014. *Op. Cit.* 197-229p.

sistema a uno de promoción, protección integral y prevención de vulneración de derechos, para lo cual el objetivo central es el fortalecimiento de la intersectorialidad y la disminución de la judicialización excesiva de los casos de vulneración de derechos de la niñez y la adolescencia, conforme a lo prescrito en la Convención y otros instrumentos de derechos del niño para su desarrollo integral, fundado en el principio del interés superior de los NNA.

Se propone reformar el sistema estableciendo un procedimiento administrativo para la protección de derechos, quedando el judicial destinado cuando exista una afectación a la integridad física o psíquica de los NNA, debiendo remitirse los antecedentes a éstos por parte del Ministerio de Desarrollo Social o Servicio de Protección. Si bien en este proyecto se consagra la titularidad de derechos, se busca dar eficiencia al sistema pasando a la administración el rol fundamental.

El proyecto es insuficiente para otorgar una adecuada protección, por cuanto no se hace referencia algún a las medidas de protección, principios a tomar en consideración o algún catálogo de medidas que puedan implementar tanto los organismos administrativos como los tribunales de justicia frente a las vulneraciones de derecho.

La profesora Lathrop<sup>149</sup> sobre el proyecto señala que no responde de forma adecuada a las necesidades que posee el sistema de protección de la infancia en relación con sus falencias. Sin embargo, cabe destacar que esta iniciativa no ha tenido movimiento desde agosto de ese mismo año.

1.2.2. Proyecto de Ley de “Garantía de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, Mensaje 950-363 Boletín 10315-18.<sup>150</sup>

Este proyecto fue presentado por la presidenta Michelle Bachelet el 24 de septiembre de 2014, y actualmente se encuentra en su segundo trámite constitucional en el Senado, con suma urgencia para su discusión.

En este proyecto se consagra de forma expresa el derecho de todo NNA a vivir y ser cuidado por su familia (artículo 13), así como la prohibición de separación de éste de su medio familiar por falta de recursos materiales como única causa y el establecimiento como medida alternativa de cuidado, cuando proceda excepcionalmente dicha separación, a través de acogimiento familiar.

149

LATHROP, F. 2014. *Op. Cit.* 197-229p.

150

Senado Nacional <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta 03 enero 2018]



Las novedades que presenta la iniciativa es la reforma del sistema, que si bien mantiene su carácter mixto (artículo 27), cambia a uno en el cual el rol fundamental sea ejercido por los órganos administrativos, a cargo del Ministerio de Desarrollo Social (artículo 31) y los órganos que dependan de él, teniendo los tribunales de justicia un rol secundario, pero manteniendo la potestad exclusiva de decretar las resoluciones que ordenen la separación del NNA de su entorno social y comunitario (artículo 32 letra c)) decretando el acogimiento familiar, conforme al artículo 36 inciso 2°, siendo el residencial de carácter residual y excepcional. En el inciso final de este artículo se establece que sólo de forma excepcionalísima, en casos en que de forma urgente se requiera sacar al NNA de su entorno, podrá ser decretarlo administrativamente cuando esté en peligro su vida, medida que será revisada después por el Tribunal de Familia competente.

En lo relativo a las medidas de protección, tanto de carácter judicial como administrativas, tendrán como principios comunes (artículo 30) entre otros, el principio de legalidad, por cuanto sólo pueden establecerse las medidas previstas expresamente en la ley; debiendo fundarse en los principios de necesidad, proporcionalidad, temporalidad dentro de un procedimiento en el cual se respeten las garantías de un debido proceso, el cual se “oriente hacia la satisfacción integral y óptima de los derechos del niño afectados, considere su contexto familiar y comunitario, y propenda al ejercicio del conjunto de dichos derechos”.

Se establecen además modificaciones en la institucionalidad, donde se destaca que la necesidad de una política nacional en la cual se ejecute de forma coordinada para el cumplimiento de los fines de prevención y protección de los derechos de los NNA, debido a que en la actualidad nuestro país carece de la institucionalidad para la implementación de medidas de carácter integral. Lo anterior se prevé en la Política Nacional de la Niñez y la Adolescencia 2015-2025<sup>151</sup>, en consideración a la “multidimensionalidad del desarrollo humano”.

## 2. Acogimiento familiar en Chile

El acogimiento familiar en Chile constituye una medida de cuidado alternativo que se encuentra presente en nuestro ordenamiento hace más de tres décadas, sin embargo, recién fue estipulada como medida prioritaria en 2011, frente a la necesidad de brindar los cuidados requeridos por los NNA privados de cuidado parental, ya sea por la inexistencia de adultos que detenten la responsabilidad parental, o porque han sido alejados de ellos debido a violaciones graves a sus derechos.

Conforme a lo prescrito en la CDN, en función de la protección del derecho al entorno familiar y comunitario, se debe priorizar la entrega del cuidado a parientes consanguíneos o personas que posean vínculos afectivos, más cuando no exista posibilidad de que el NNA se mantenga dentro de su entorno familiar o comunitario, el tribunal deberá determinar como alternativa prioritaria una familia de acogida externa. Sólo cuando no exista opción y por el tiempo más breve posible se decretará como medida de cuidado alternativo el acogimiento residencial.

En virtud del mandato de la ONU de desinstitucionalización de la infancia, en especial de la primera infancia, debido a los perjuicios que implica la carencia de cuidados proveídos por una figura de apego significativa, ya que constituye una etapa crítica para el desarrollo de un ser humano en los ámbitos biológicos, cognitivos, social y funcional, tal como señalan Jaar y Córdova<sup>152</sup>. De Iruarrizaga<sup>153</sup> concuerda con lo anterior, señalando que existe amplia documentación que apoya el que la institucionalización de la primera infancia provoca en los NNA retrasos y carencias en los ámbitos ya señalados previamente.

Como lo establece de forma expresa la normativa la prioridad para el cuidado está entregada a miembros del entorno familiar extenso o comunitario con quien el NNA tenga una relación de confianza/ afectiva ya constituida. Para descartar la opción de que el cuidado sea realizado por éstos se debe realizar una evaluación de capacidades parentales y con respecto a lo que constituye una mayor satisfacción de sus derechos y necesidades, por cuanto el interés superior es fundamental para decretar una medida que implique la separación del NNA de su entorno, conforme al artículo 74 de la LTF en concordancia al artículo 9 inciso de la Convención.

152

JAAR, E. y CÓRDOVA, M. 2017. *Op. Cit.* 44-51p.

153

DE IRUARRIZAGA, F. 2016. Rediseñando el Sistema de Protección a la Infancia en Chile. *Estudios Públicos*, 141, 7-57p. [en línea] <[https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160426/asocfile/20160426162559/rev141\\_firuarrizaga.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160426/asocfile/20160426162559/rev141_firuarrizaga.pdf)> [consulta: 02 enero 2018]

Conforme a lo previsto en las Orientaciones Técnicas de las Familias de Acogida del SENAME<sup>154</sup>, el objetivo general de los Programas Familias de Acogida corresponde a la garantía de los derechos de los NNA, que ya sea por carencia de un entorno familiar que le brinde los cuidados que requieren o bien, para aquellos que han sido gravemente vulnerados dentro de éste, y que en razón de ello los Tribunales de Familia competentes determinaron la separación de su familia de origen, estos cuidados y atenciones sean provistos por un medio familiar alternativo, mientras se llevan a cabo diversas medidas tendientes a la reparación de los daños vividos, garantizando así todos derechos fundamentales, partiendo por su derecho a vivir y crecer en una familia que le provea un entorno seguro y estable.

A su vez, como objetivos específicos de los Programas, éstos deben promover que se vele por el bienestar de los NNA, así como de que reciban los cuidados y protección adecuados, ya sea por parte de sus familias externas o bien, por parte de las familias ajenas para ello seleccionadas. Por otra parte, se debe procurar la reparación de las consecuencias gravosas de las vulneraciones de derechos sufridas mediante intervenciones de diversa índole, en especial en el contexto terapéutico. Finalmente, se deben ejecutar medidas tendientes a la reincorporación a su medio familiar de origen, asegurando las capacidades parentales de los progenitores a través de evaluaciones de éstas últimas.

Las causas que motivan el ingreso de los NNA a los programas de cuidado alternativo, de acuerdo a lo señalado por De Iruarrizaga<sup>155</sup>, en específico a los mecanismos de cuidado residencial, destaca que en su mayoría se produce por negligencia, en el caso de niños entre 0 y 8 años, mientras que en un análisis de las causales relativas a todas las edades, hace referencia a la mayor cantidad de NNA que ingresan al sistema se produce por causas de maltratos y abusos de diversa índole incluidos los sexuales.

Siguiendo las Directrices estipulada por Naciones Unidas, los programas de familias de acogida directamente administrados por el SENAME se centran en la primera infancia, por lo cual, los NNA a los cuales se dirigen estos programas son NNA de edades que van de los días de nacido a los 6 años, y se encuentran en las regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Biobío. En el caso de los programas de las Instituciones Colaboradoras, la edad de los NNA acogidos va de los 0 a los 17 años, y se encuentran a lo largo de todo el país.

154

Orientación Técnica Programa familias de acogida de Administración Directa SENAME FAE AADD. Departamento de Protección y restitución de derechos. Servicio Nacional de Menores. 2015. Pp. 4. Material entregado en el Centro de Documentación del Sename a través de solicitud de información vía transparencia.

155

DE IRUARRIZAGA, F. 2016. *Op. Cit.* 7-57p.

En relación a los beneficios que tienen las modalidades alternativas de cuidado familiares, Lathrop<sup>156</sup> citando a Gómez y Berástegui, denota la relevancia de los entornos familiares en el desarrollo de los individuos, para los teóricos del apego en contraposición a la internación como medida de protección, por cuanto en los entornos familiares se le entrega al NNA por parte de una figura afectiva estable, las atenciones que requiere conforme a sus particularidades en un contexto físico, social y emocional similar a un hogar de familia.

De acuerdo con lo estipulado en el Manual de las Familias de Acogida del Servicio Nacional de Menores<sup>157</sup>, puede realizar las funciones de acogimiento familiar cualquier persona natural, independiente de su estado civil, es decir el matrimonio no es requisito, pudiendo también personas solteras ejercer dicho rol; contar con condiciones de habitabilidad básica para poder recibir al NNA, siendo ilícitas las discriminaciones en consideración a credo, religión y etnia. Estos aspectos son importantes a considerar en la preservación de los elementos identitarios del NNA que es objeto de la medida de protección, por cuanto debe tenerse en cuenta el respeto y la observancia de esos aspectos para el consecuente respeto de su derecho a la identidad.

Los postulantes a ser familias de acogida deben cumplir con los siguientes requisitos: ser chileno o extranjero que se encuentre residiendo en Chile, ser evaluado como idóneo, así como no contar con antecedentes que lo incapaciten para cuidar NNA como lo son sus antecedentes penales, inhabilitaciones para trabajar con NNA, violencia intrafamiliar o bien se encuentre involucrado en procesos de connotación sexual o maltrato infantil, o bien ser investigados por estos hechos. El proceso de ser escogido como una familia de acogida externa se compone de diversas etapas. La primera es la postulación de forma directa al SENAME o las Instituciones Acreditadas, luego de ello se realiza una evaluación por parte del equipo multidisciplinario, siendo seleccionadas las familias que sean evaluadas como idóneas para brindar cuidados y atenciones a un NNA, en consideración a sus necesidades y características, conforme a lo señalado por las Orientaciones Técnicas. Luego de la selección se realiza una capacitación para la formación del grupo familiar en función de los protocolos de actuación previstos en los programas de familias de acogida.

156

LATHROP, F. 2014. *Op. Cit.* 197-229p.

157

Manual para las Familias Acogedoras en la Atención y Cuidados de Niños y Niñas. 2015. Servicio Nacional de Menores. Material entregado en el Centro de Documentación del SENAME vía solicitud de información por transparencia.

Una vez decretada la medida de acogimiento familiar por parte del Tribunal de Familia competente, será el SENAME, en el caso de los programas de administración directa o la Institución Colaboradora que ejecute el programa, quien determine cuál es la familia más adecuada para el NNA.

Para un adecuado desarrollo de las funciones de cuidado y atención de los niños, niñas y adolescencia se requieren medidas de acompañamiento ejecutadas por un equipo multidisciplinario, en especial por una dupla psicosocial compuesta por un asistente social y un psicólogo, las cuales deben realizarse tanto con las familias de acogida externas como extensas, así como se requieren de intervenciones con respecto a la familia biológica y al NNA.

Por su parte, Vivanco<sup>158</sup> destaca las repercusiones positivas, entregadas por las investigaciones, que tienen en los NNA el ser cuidados en un entorno familiar por sobre los cuidados entregados en los centros residenciales. Con respecto a éstos últimos, según lo señalado por De Iruarrizaga<sup>159</sup> debido a que el sistema de familias alternativas no ha sido suficientemente implementado en el país, los NNA que cuando son separados de sus padres prioritariamente son ingresados a instituciones de protección, lo que se contrapone a lo normativamente estipulado, ya que debiese ser el último recurso a utilizar como medida alternativa de cuidado de la infancia privada de cuidados parentales.

Los tipos de familia que se encuentran establecidos en los instrumentos son las familias de acogida de urgencia, extensas y externa. Las familias de urgencia corresponden a las familias que pueden recibir por un breve lapso que no supera los dos meses mientras se establece una medida de mayor estabilidad, pudiendo acogerlos en días y horarios inhábiles. La familia extensa abarca tanto a los parientes consanguíneos de los NNA, como a los por afinidad. Por su parte las familias externas pueden ser o no vinculadas, siendo las primeras la red comunitaria con la cual tiene una relación afectiva y las segundas corresponden a personas o grupos familiares que no tengan un vínculo previo con el NNA.

158

VIVANCO, F. 2012. El acogimiento familiar: “Una apuesta preventiva a la institucionalización respetuosa del derecho a vivir en familia y en comunidad”. Año 5, N°10, 17-27p. [en línea] <[http://www.sename.cl/revistas-senales/Senales\\_10\\_2012.pdf](http://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_10_2012.pdf)> [consulta: 11 enero 2018]

159

DE IRUARRIZAGA, F. 2016. *Op. Cit.* 7-57p.

Martínez<sup>160</sup> en el informe realizado para el SENAME en 2011 realiza una comparación de los tipos de familia de acogida. Por una parte, considera que constituyen ventajas de las familias extensas: los vínculos afectivos que tienen con los NNA, en consideración a la existencia de una relación familiar previa, por lo cual no debe ser reclutada por el Servicio o los Organismos Colaboradores. Sus desventajas son entre otras, la existencia de situaciones de diversas problemáticas, sí como de la necesidad de apoyo tanto de intervención social y económico de igual forma que el núcleo de origen. Por su parte, en relación a las familias externas, como ventajas el acogimiento de casos más complejos entre ellos, NNA en situación de discapacidad, la selección permite mayor preparación para el ejercicio de sus funciones en virtud de la capacitación, constituyendo un efectivo recurso en el marco de la protección de los NNA; mientras que como desventajas se presentan la motivación de quedarse con los NNA que tiene bajo su cuidado en algunos casos, la tendencia a la preferencia de NNA pequeños y no conflictivos.

Entre los programas de familias de acogida que existen en Chile es posible distinguir, las Familias de Acogida Simple (FAS), las Familias de Acogida Temporales (FAT) y las Familias de Acogida Especializadas (FAE). En todos los modelos, en función del derecho que tiene todo NNA a mantener sus relaciones familiares, se prevé la mantención del contacto y vinculación con la familia de origen, siempre y cuando la perpetuación de la proximidad se condiga con su interés superior. Las Familias de Acogida Simple corresponden a, según lo señalado por Jiménez y Zavala<sup>161</sup>, a familias que brindan cuidados temporales a NNA que se encuentran dentro de un proceso de adopción, mientras no se declara la sentencia final que determine la familia adoptiva que asumirá su cuidado definitivo. Con respecto a las Familias de Acogida Especializada, se realza el hecho de la existencia de un vínculo previo entre los acogedores, ya sean familiares o no, con el NNA.

Por su parte, Jaar y Córdova<sup>162</sup> proponen un modelo de Familias de Acogida Temporales (FAT), la cual se diferencia del modelo de Familias de Acogida Especializadas (FAE) en su carácter altruista, por cuanto no se realiza pago de asignación alguna a la familia por el cumplimiento de su función de

160

MARTÍNEZ, V. (consultor). 2011. Informe Final: Análisis evaluativo del programa familia de acogida especializada de SENAME. Informe Final sobre el estudio del proceso de implementación del Programa de Acogimiento Familiar (FAE).

161

JIMÉNEZ, J. M. y ZAVALA, M. I. 2011. Estrés parental y apoyo social en las familias extensas acogedoras chilenas y españolas. *Infancia y Aprendizaje*. Fundación Infancia y Aprendizaje, vol. 4, N°34, 495-506p. [en línea] <[http://www.sename.cl/wsename/otros/estudios\\_2012/Estres\\_parental.pdf](http://www.sename.cl/wsename/otros/estudios_2012/Estres_parental.pdf)> [consulta: 19 enero 2018]

162

JAAR, E. y CÓRDOVA, M. 2017. *Op. Cit.* 44-51p.

cuidado, mientras que en la segunda si se entrega una asignación por ello. Otro aspecto en el que se distinguen es el carácter permanente que tienen las FAE y permitiendo la posibilidad de que se realice un acogimiento múltiple, mientras que las FAT se busca que se realice una experiencia única, lo que implica que la función de acogimiento se realiza por una sola vez, y con respecto a un sólo infante, lo cual según los autores favorece la “creación de vínculos afectivos genuinos”.

Para la creación de los Programas de Intervención Individuales (PII) que se establecen en los programas de intervención, la adopción de medidas en general para las intervenciones, así como para la determinación de las resolutorias definitivas se deben realizar evaluaciones de capacidades parentales a los progenitores, para definir los procesos a seguir tanto con ellos como con el NNA para su futura reincorporación a su núcleo de origen. En este sentido, Lathrop<sup>163</sup> indica que en los programas de intervención se deben considerar las situaciones familiares y sociales en las que se desarrolla el NNA para una intervención optima y eficaz.

El término de la medida de cuidado debe ser decretado judicialmente a requerimiento del equipo multidisciplinario al darse por terminada la intervención por parte de la entidad que tenga a cargo el Plan de Intervención Individual, siendo las alternativas para decretar de egreso del NNA del programa<sup>164</sup> ya sea con ambos progenitores o con uno de ellos, con algún miembro de la familia extensa, requiriéndose la formalización del cuidado personal ante el Juez de la causa, o bien con una familia adoptiva, para proveerle un entorno familiar definitivo.

De Iruarrizaga<sup>165</sup> plantea que estos programas no han funcionado, debido a la escasa visibilidad que tienen en la sociedad, la baja disponibilidad de familias de acogida, la creencia de que están mejor cuidados en centros residenciales, un control y supervisión limitados de los hogares acogedores, la percepción de que constituyen un atajo en el proceso de adopción, una falta de conocimiento de las alteraciones socio-emocionales del acogimiento residencial, una falta de recursos para las intervenciones con las familias de acogida y biológicas.

163

LATHROP, F. 2014. *Op. cit.* 197-229p.

164

Orientación Técnica Programa familias de acogida de Administración Directa SENAME. Departamento de Protección y Restitución de derechos. SENAME. 2015. 27p.

165

DE IRUARRIZAGA, F. 2016. *Op. Cit.* 7-57p.

Desde su perspectiva para un programa efectivo de acogimiento familiar se debe, entre otras, adoptar las siguientes medidas: fortalecer la atención de las familias externas, aumentar el aporte económico entregado a las familias de acogida, realizar cambios regulatorios dando prioridad a la adopción para brindarle una solución definitiva y restaurar su derecho a una familia. Sin embargo, es preciso recordar que esta institución es supletoria a la familia de origen, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Adopción N°19.620, por lo que se deben realizar medidas tendientes a mantener al NNA en su entorno familiar de origen, siempre que esto se encuentre conforme a su interés y, por lo tanto, deben agotarse estas posibilidades para que una familia adoptiva pueda brindarle los cuidados y cariño que los NNA requieren.

Sobre el tiempo de permanencia de los NNA, si bien la normativa dice que la medida puede ser decretada por un máximo de un año, pudiendo ser renovable, en las Orientaciones Técnicas<sup>166</sup> se señala que será determinado de forma particular para cada caso, pero que en consideración a la necesidad de intervención con respecto a la familia de origen, para que el regreso del NNA pueda ejecutarse en un entorno que le asegure la debida protección, cuidado y cariño que como ser humanos en desarrollo requiere.

### 3. Críticas y propuestas para la reforma del sistema chileno de familias de acogida.

Un sistema integral de protección no sólo responde a la necesidad de NNA vulnerados de derechos, sino a la promoción de la totalidad de los derechos de todos los NNA, por cuanto la doctrina de protección integral está fundada en la titularidad de derechos de todos los niños, niñas y adolescentes y no sólo a una parte de ellos, como lo hacía la doctrina tutelar.

Sin embargo, podemos observar que este sistema aún no se encuentra abolido del todo por cuanto persisten normas fundadas en su doctrina, así como la existencia de un modelo fragmentado, que aún tiene como medida, al menos en la práctica, de mayor utilización la internación de la infancia vulnerada y la carencia de una ley de protección integral de la niñez y la adolescencia que establezca una política intersectorial para una adecuada protección de todos los derechos de la niñez y la



adolescencia. Ya en 2008, la profesora Cecilia Medina<sup>167</sup> señalaba la necesidad de esta ley en virtud del Tercer Informe del Comité y a la fecha aún el proyecto sigue en el Congreso.

Una deficiencia importante destacada por la profesora Lathrop<sup>168</sup> es que el NNA a pesar de ser sujeto de derecho, cuestión que se encuentra consagrada tanto a nivel internacional como nacional, no es parte en el procedimiento especial establecido para la protección de sus derechos, siendo concebido como un “objeto” de las medidas a aplicar y por lo tanto constituye un sujeto procesal fundamental para una adecuado amparo de sus garantías y derechos, a pesar de tener el derecho a entregar su opinión durante todo el proceso, teniendo incluso la posibilidad de audiencias especiales (art. 73). Indica que, al negarse su participación como parte en el proceso, constituye una violación a su calidad de sujeto de derecho. En este mismo sentido, Couso<sup>169</sup> señala que el derecho a ser oído de los NNA dentro de los procesos que afectan o pudiesen afectar sus derechos, corresponde a su derecho a participar en las decisiones que finalmente determinan su vida.

Por otra parte, aun cuando se reconoce y valora la diversidad de las formas familiares a nivel comparado, nos llama la atención que, en la literatura en general y especialmente en los estudios más recientes sobre trastornos de desarrollo y vinculación, se centre el análisis relación e interacción “madre-hijo”, sin considerar la relevancia, necesidad y existencia de las relaciones de los NNA con otras figuras afectivas como padres, abuelos hermanos o tíos.

Frente a la situación y la importancia que implica la infancia para una nación, concordamos con De Iruarrizaga<sup>170</sup>, que si bien en términos estadísticos, la infancia cuyos derechos se ven amenazados o vulnerados constituyen un bajo porcentaje, constituye un asunto de prioridad fundamental para el Estado y la sociedad en general, por cuando el ignorar el problema y no poseer medios para dar respuesta a las necesidades tanto de los NNA como de sus familias, es ignorar a su vez las

167

MEDIDA, C. 2008. Situación de los Niños y Adolescentes en Chile a la Luz de las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas al Tercer Informe Periódico del Chile. Anuario de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile, N°4. 199-203p. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21371.pdf>> [consulta. 10 marzo 2018]

168

LATHROP, F. 2014. *Op. Cit.* 197-229p.

COUSO, J. 2006 *Op. Cit.* 145-166p.

170

DE IRUARRIZAGA, F. 2016. *Op. Cit.* 7-57p.

consecuencias que afrontarán en el futuro esos niños, niñas y adolescentes como adultos en sus interacciones sociales y afectivas, y lo que implica esto para el desarrollo a nivel país.

Compartimos lo señalado por Jaar y Córdova<sup>171</sup> con respecto a que privar a un NNA, en especial en sus primeros años de vida de una figura de apego y su entorno afectivo en el cual pueda crear vínculos afectivos reales, constituye una nueva vulneración a sus derechos, la cual se suma a la que motivó la separación de su entorno de origen. Si el fin de las medidas de protección es el restablecimiento de los derechos que han sido afectados, conforme al principio del interés superior, no constituye una solución coherente, el violentar de nuevo los mismos derechos o bien otros que no se habían visto perturbados.

En lo relativo a las formas familiares diversas, Del Picó<sup>172</sup> plantea la duda que frente a la disyuntiva si institucionalizar o entregar el cuidado del niño en situación de vulneración de derechos a una pareja del mismo sexo, una vez superado los prejuicios éticos-valóricos, si no sería preferible la segunda opción por cuanto responde de igual forma las funciones sociales ya antes estudiadas, en consideración a que crecer en un entorno afectivo es mejor para el desarrollo del niño. Si bien en España e Inglaterra existe un reconocimiento expreso del respeto a la identidad sexual de quienes quieran ejercer las funciones de acogida, en nuestro país no existe claridad a este punto.

Martínez<sup>173</sup> señala que las FAE en nuestro país no son realmente especializadas, ya que se tratan de grupos familiares sin preparación especial para la atención de los NNA que tienen bajo su cuidado, entendiendo que las especializadas deben poseer preparación técnica en atención a las necesidades diversas y particulares de cada NNA. Debido a lo anterior, se requiere una mayor preparación en el proceso de capacitación de las familias postulantes en consideración a las necesidades diversas que pueden presentar los NNA, en especial en consideración a los posibles traumas que tengan a causa de la situación que implicó su separación de su familia de origen.

En este sentido, adherimos a las posturas que recalcan la necesidad de reformar el actual sistema de protección y en especial a la reestructuración de la institucionalidad a cargo de proteger a los NNA en nuestro país, por cuanto las necesidades integrales de jóvenes infractores de ley y NNA en situación de vulneración de derechos requirieren políticas y perspectivas diferentes para velar por el respeto y garantía de sus derechos. Urge, por tanto, un trabajo conjunto de todos los poderes del Estado para el

171

JAAAR, E. y CÓRDOVA, M. 2017. *Op. cit.* 44-51p.

DEL PICÓ, J. 2011. *Op. cit.* 31-56p.

173

MARTÍNEZ, V. 2011 *Op. Cit.* 35p.

cumplimiento de estos objetivos, y así con los compromisos internacionales para con la infancia y la adolescencia.

Adherimos con De Iruarrizaga<sup>174</sup> entorno a que el cuidado de las familias de acogida por sí sola no garantiza, que éste sea de calidad. Para un adecuado funcionamiento de las modalidades de cuidado son necesario mecanismos de evaluación, supervisión y control de los estándares de cuidado con respecto al cumplimiento de las medidas de protección tanto en las residencias como en las familias de acogida.

Compartimos la opinión de esta autora<sup>175</sup> cuando plantea que el objetivo del sistema de protección de la infancia, y la utilización de las medidas de cuidado deberían tener como prioridad la protección de los NNA, proveyéndole un lugar temporal adecuado para la satisfacción de sus necesidades y su reinserción a su familia de origen, dentro de lo posible.

Por su parte, creemos en la necesidad de intervención en el entorno de origen del NNA para poder entregar las herramientas para el mejoramiento o formación de capacidades parentales de los progenitores o cuidadores. En este sentido Lathrop y Espejo<sup>176</sup> destacan que en el ordenamiento jurídico no existe obligación para ningún órgano el fortalecer las relaciones familiares para promover el retorno en el menor lapso posible del NNA a su medio de origen; constituyendo una nueva vulneración a los derechos del NNA a sus derechos de identidad, preservación de relaciones familiares y a convivencia familiar y comunitaria.

Concordamos con lo señalado por Hernández<sup>177</sup>, con respecto a la necesidad de una apertura en la visión de sociedad que queremos construir, en la cual se reconozcan y valen las diferencias de concepciones de lo que se entiende actualmente por familia, impuesto por la visión tradicional y conservadora. El respeto y reconocimiento de estas unidades familiares implican la valoración de las relaciones humanas afectivas por sobre consideraciones ético-valóricas impuestas desde un determinado grupo social.

174

DE IRUARRIZAGA, F. 2016. *Op. Cit.* 7-57p.

DE IRUARRIZAGA, F. 2016. *Op. Cit.* 7-57p.  
176

LATHROP, F. y ESPEJO, N. 2015. *Op. Cit.* 22p.  
177

HERNANDEZ, G. 2008. Ética y derecho de familia en el Estado democrático de derecho. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, N°2, 15-57p. [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126734>> [consulta 16 marzo 2018]

De esta forma, Chile no sólo ha incumplido sus obligaciones internacionales y constitucionales de protección de los derechos de los NNA, sino que ha vulnerado gravemente de forma tanto activa como omisiva los derechos de alguno de los sujetos que se encontraban bajo su cuidado, por haber sido separados de sus núcleos familiares por vulneración de derechos o bien por falta de una familia que le brinde los cuidados psicoafectivos, revictimizando a quienes tiene el mandato de proteger.



## CONCLUSIONES

Hemos podido apreciar, en la revisión tanto del derecho comparado como lo previsto en los proyectos legislativos nacionales, que la tendencia a nivel internacional es la desjudicialización de la protección de derechos de la infancia y la adolescencia, así como la priorización de que el cuidado alternativo sea brindado en entornos similares a una familia, y en consecuencia que las medidas de acogimiento familiar se establezcan por sobre el acogimiento residencial.

Por su parte, a pesar de las pretensiones de Naciones Unidas para terminar con las instituciones de acogida antes de 2020, la falta de implementación por parte de los Estados Parte de la Organización estudiados en esta memoria, el proceso de desinstitucionalización se ve aún como una meta lejana, por cuanto no existen políticas que fomenten y permitan entregar una respuesta adecuada a la infancia internada. No existen los recursos económicos, humanos ni materiales para terminar con el acogimiento residencial de forma definitiva ni menos en un corto plazo.

En cuanto a los procedimientos proteccionales a nivel de derechos comparado, en las reformas y políticas públicas ha ido cobrando un rol primordial la intervención administrativa, dejando a la judicatura un rol secundario. Esta misma línea es la seguida en los proyectos que se encuentran en discusión en nuestro Congreso Nacional, por lo que, en un futuro potencialmente cercano, nuestro sistema de protección se prevé será preminentemente administrativo.

Conforme a lo revisado en el derecho comparado es posible apreciar la existencia de un marco normativo detallado del acogimiento familiar en el cual se establece a nivel legal su regulación, sus funciones, los derechos de los NNA y de las familias de acogida, y los estándares de cuidado que deben cumplir en el desempeño de sus funciones, materias que en Chile sólo se encuentran establecidos a nivel de protocolos administrativos. En este sentido, las reformas del sistema deben considerar la regulación del acogimiento para asegurar los derechos de los NNA y tanto los derechos como obligaciones de las familias de acogida.

En lo relativo a las consecuencias que provocan en los NNA los abusos, maltratos y negligencia, compartimos con De Iruarrizaga<sup>178</sup>, que éstas le confieren la importancia fundamental como temática nacional e internacional, más aún si entendemos que es fundamental para su desarrollo y formación como ser humano el derecho de todo NNA a preservar su identidad y dentro de éste mantener sus

178

DE IRUARRIZAGA, F. 2016. *Op. Cit.* 7-57p.

relaciones familiares y comunitarias, ser cuidado por sus padres y conservar sus vínculos afectivos, no siendo objeto de injerencias arbitrarias y no ser separado de éstos, salvo que constituya la única y última alternativa para la protección de su persona y derechos.

Es importante poner al centro de la discusión las necesidades de los NNA de manera integral, por cuanto no se trata solamente de velar por el respeto, protección y resguardo del o los derechos que se vean afectados, sobre los cuales se funda la necesidad de adoptar una medida que implique la separación del NNA de su entorno familiar. En este sentido, la sola preocupación por el NNA es insuficiente, tal como plantea De Iruarrizaga<sup>179</sup>, constituye un imperativo para la restitución de los derechos y prevención de reiteración de la misma situación en el futuro, ejecutar acciones de apoyo, fortalecimiento y promoción de capacidades con los progenitores y núcleo familiar entre otras medidas para un proceso exitoso en el desarrollo de las personas.

Esta necesidad de una intervención multisistémica con las familias es compartida Jaar y Córdova<sup>180</sup>, quienes destacan el énfasis que deben tener las políticas en la prevención para evitar las situaciones que impliquen la separación de los NNA de su entorno. Creemos que el cuidado alternativo proporcionado en un sistema de acogimiento familiar responde de mejor forma a la satisfacción de necesidades afectivas, materiales y biológicas, siendo, por lo tanto, un avance el desarrollo de los programas de familias de acogida por parte del SENAME y de sus Instituciones Colaboradoras. Sin embargo, como todo modelo humano es perfectible y requiere, como parte del sistema de protección de derecho, reformas para proporcionar a la infancia vulnerada un mejor régimen realmente integral, conforme a lo prescrito en la Convención y demás documentos internacionales sobre derechos de la niñez y adolescencia.

Para ello se requieren políticas estatales que refieran una actuación colaborativa y conjunta de sus órganos y servicios, que actúen sobre todo de forma preventiva con las familias de origen, para disminuir las cifras de NNA que sean separados de su entorno familiar y comunitario. De esta forma, una actuación temprana frente a estas circunstancias resulta vital que, de no ser frenadas a tiempo, por cuanto podrían desencadenar crisis de mayor relevancia y gravedad jurídica. Tal como señalamos anteriormente, los proyectos legislativos relativos a la infancia pretenden establecer un sistema integral basado en intervenciones de promoción y prevención. A su vez son necesarias, que, dentro de estas

179

*Ibid.* 7-57p.

180

JAAR, E. y CÓRDOVA, M. 2017. *Op. Cit.* 44-51p.

políticas, se implementen mecanismos de supervisión efectivos en el marco de la observación del cumplimiento de las medidas tanto en familias de acogida como en acogimiento residencial.

Es importante destacar que no es el propósito de esta memoria demonizar a los centros residenciales que proporcionan cuidado y atención a la mayoría de los niños, niñas y adolescentes privados de cuidados parentales en nuestro país, por cuanto existen muchos de estos centros que brindan una atención de calidad a quienes se encuentran bajo su custodia. En este sentido, podemos señalar que el respeto del derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir y crecer en familia requiere su consagración legal a nivel nacional, la cual se prevé en el proyecto de Sistema de Garantías de la Infancia y Adolescencia, pues como se expresa en palabras de Espejo y Lathrop<sup>181</sup> “[E]l derecho a la vida familiar y la protección individual de otros derechos del niño van de la mano.”

Este derecho se manifiesta en primera instancia con la preservación de las relaciones familiares y la separación excepcional del NNA de su entorno familiar sólo en función de su interés superior de forma fundada, cuando no exista una alternativa menos lesiva y siempre mediante resolución judicial. Para lograr eso, se deben fortalecer las capacidades parentales y la existencia de programas de apoyo a las familias.

A su vez, tal como señalan estos autores<sup>182</sup>, la separación sólo debe proceder en casos en que se requiere la observancia efectiva de los principios de necesidad, excepcionalidad, proporcionalidad y temporalidad, en el sentido de que debe realizarse una evaluación para que las medidas de protección sólo procedan cuando exista una auténtica y grave transgresión de derechos, por el menor tiempo posible, procurando que la perturbación a los otros derechos del NNA y su familia sea la menor posible y aplicando la separación sólo cuando todas las otras alternativas sean insuficientes o inadecuadas para el logro de los fines previstos en los planes de intervención y la vigencia de sus derechos.

En lo relativo a las medias de cuidado alternativo, es posible apreciar que el NNA privado de cuidados parentales, preferentemente sea resguardado por una familia de acogida, con una con la que tenga un vínculo previo ya sea consanguíneo o afectivo, como primera opción.

Por su parte, se manifiesta que el objetivo que debe perseguir el sistema de protección es la reincorporación en el lapso de tiempo más breve posible a su núcleo familiar de origen, para lo cual se debe actuar de forma integral con el NNA, su familia de acogida y la familia de origen para la superación de la crisis que dio origen a la medida de protección y velar por la no reiteración de

181

182 LATHROP, F. y ESPEJO, N. 2015. *Op. Cit.* 22p.

*Ibid.* 37p



situaciones similares en el futuro. En caso de que no sea posible, o sea contraproducente, para el desarrollo armónico e integral del NNA regresar a su entorno de origen, se debe fortalecer el actual sistema de adopción, para poder brindarle una familia que pueda entregarle de forma definitiva los cuidados, restaurando su derecho a vivir y crecer en familia.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

1. BARCIA, R. 2011. Fundamentos del derecho de familia y de la infancia. Santiago de Chile. Legal Publishing: Thomson Reuters. 572p.
2. BARRIENTOS, J. 2011. Derecho de las personas: el derecho matrimonial. Santiago de Chile. Abeledo Perrot Legal Publishing Chile Thomson Reuters. 908p
3. BARUDY, J. 1998. El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Barcelona. Paidós Terapia familiar. 305p.
4. CAMPOY, I. 2007. Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Madrid. Dykinson S.L. 275p.
5. CILLERO, M. 1999. Infancia, Derecho y Justicia. Situación de los Derechos del niño en América Latina y la Reforma Legislativa en la década del noventa. Universidad de Chile. 92p
6. COMISIÓN NACIONAL DE LA FAMILIA. 1993. Acta Final Cuarta Sesión. [en línea] <<http://www.archivospublicos.cl/index.php/comision-nacional-de-la-familia-chile>>
7. CORRAL, H. 2005. Derecho y derechos de la familia: el concepto jurídico de la familia, familia de hecho y concubinato, incidencia de la doctrina del “divorcio sin culpa”, filiación e igualdad de los hijos, técnicas de reproducción humana asistida, vida familiar y derecho a la privacidad, claves del derecho de familia contemporáneo. Lima, Perú. Editora Jurídica Grijley. 329p.
8. DE TORRES, J. M. 2009. Interés Superior de menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar. Madrid. Iustel. 335p.
9. ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. La Vulnerabilidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derechos Humanos y Políticas Públicas. [en línea] <[https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp\\_pdf/DHPP\\_Manual\\_v3.193-232.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf)>
10. GARCÍA, M. del C.(directora). 2008. Aspectos Actuales de la Protección de Jurídica del Menor. Una aproximación Interdisciplinar. Pamplona. Editorial Aranzadi. 246p
11. GRAHAM, M. y HERRERA, M. (directoras). 2014. Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. Buenos Aires. Infojus. 618p.
12. HERNÁNDEZ, G. 2009. Uniones afecto-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo: análisis a partir de la teoría del estado democrático de derecho. Santiago de Chile. ARCIS. 217p.
13. JIMÉNEZ, I. y CAPARRÓS, N. 2001. El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales. Madrid. Editorial Rialp. 224p.
14. KEMELMAJER, A. (directora). 2009. La familia en el nuevo derecho. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. Tomo I- II.
15. LEPIN, C. 2017. Derecho familiar chileno. Santiago de Chile. Thomson Reuters Legal Publishing. 535p.

16. LEPIN, C. y GÓMEZ DE LA TORRE, M. (Coordinadores). 2016. Estudios de Derecho Familiar I: jornadas nacionales de derecho familiar: Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago de Chile. Thomson Reuters Legal Publishing Chile.
17. LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. 2009. El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Buenos Aires. Editorial Universidad. 540p.
18. LUNA, M. 2001. Acogimiento familiar: una respuesta social y de Estado en el cuidado de la infancia. Buenos Aires. Editorial Lumen Humanitas. 159p
19. LUNA, M. 2005. Vínculos en la infancia, nuevas contribuciones al acogimiento familiar. Buenos Aires. Editorial Lumen Humanitas. 160p
20. MARTÍNEZ, M. y ELIZONDO, F. La protección de los grupos en situación de vulnerabilidad en el sistema Interamericano de Derechos Humanos. [en línea] <<http://www.cedhnl.org.mx/imagenes/publicacionesespeciales/SistemaInteramericano.pdf>>
21. MENDEZ, M. J. 2006. Los principios de derecho de familia. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 423p
22. MOTTA, C. y SÁEZ, M. (editoras académicas). 2008. La Mirada de los Jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana. Tomo II. Red Alas, Siglo el Hombre Editores.
23. NÚÑEZ, R. y CORTÉS, M. 2012. Derecho Procesal de Familia. La primera reforma procesal civil en Chile. Santiago de Chile. Legal Publishing. 558p.
24. O'DONNELL, D. 1988. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 752p.
25. O'DONNELL, D. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. 2º edición. [en línea] Ciudad de México. <[http://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/DerechoIntlDDHH\\_Odonnell\\_2edicion.pdf](http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/DerechoIntlDDHH_Odonnell_2edicion.pdf)>
26. PALACIOS, P. 2006. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación. Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 336p. [en línea] <<http://www.libros.uchile.cl/396>>
27. PETER, N. 2008. El niño abandonado. Guía de tratamiento de los trastornos del apego. Barcelona. Editorial Gedisa. 312p.
28. POUS DE LA FLOR, M. P. y TEJEDOR, L. (Coordinadoras). 2009. Protección jurídica del menor. 2º edición. Madrid. Colex. 182p.
29. RAVETLLAT, I. (Coordinador). 2011. Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho. Barcelona. Editorial Bosch. 499p.
30. RAVETLLAT, I. y VILLAGRASA, C. (Coordinadores). 2009. Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. Barcelona. Editorial Bosch. 616p.

31. REPETTO, F. y TEDESCHI, V. 2013. Protección social para la infancia y la adolescencia en a Argentina. Retos para un sistema integral. CEPAL/UNICEF. [en línea] <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6197/LCL3698\\_es.pdf;jsessionid=EE75B0ADACFB00ECE9E6F90ED15DC374?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6197/LCL3698_es.pdf;jsessionid=EE75B0ADACFB00ECE9E6F90ED15DC374?sequence=1)>
32. VALLÉS, A. (director). 2009. La protección del menor. Valencia. Tirant lo Blanch: CEU Universidad Cardenal Herrera. 470p.
33. VILLAGRASA, C. (Coordinador) 2011. Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales: bloque autonómico adaptado al Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. Editorial Bosch. 677p.
34. ZANNONI, E. 2006. Derecho Civil, Derecho de Familia 2. 5° edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2v.

## Artículos de revista

1. BELOFF, M. y CLÉRICO, L. 2016. Derecho a condiciones de existencia digna y situaciones de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 14 N°1. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v14n1/art05.pdf>>
2. BELOFF, M. 1999. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y uno para desarmar. *Justicia y Derechos del Niño*. UNICEF. N°1 9-22p. [en línea] <[https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayderechos1.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf)>
3. CILLERO, M. 2007. El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del niño. *Justicia y Derechos del Niño*. UNICEF. (9) 125-142. [en línea] <[https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia\\_y\\_derechos\\_9.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf)>
4. CILLERO, M. Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios. *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño—OEA*, vol. 234, 1-13p. [en línea] <<http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>>
5. COUSO, J. 2006. El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del niño. Autonomía progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*. Universidad Diego Portales. (3-4). Pp. 145. [en línea] <[http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/revista%20derechos%203\\_4.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/revista%20derechos%203_4.pdf)>
6. DEL PICÓ, J. 2011. Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno. *Revista Ius et Praxis*, año 17. N°1, pp. 31-56, 2011. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122011000100003](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100003)>
7. DI IORIO, S., URRUTIA, M. y RODRIGO, M. Desarrollo psicológico, nutrición y pobreza (Argentina) *Revista Chilena pediatría* V. 71, N°3, mayo 2000. [en línea] <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0370-41062000000300015](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062000000300015)>
8. ESTRADA, F. Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas. *Revista de Derecho Universidad de Chile*. [en línea] <<http://www.revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/viewFile/41513/43027>>
9. GONZÁLEZ, L. y ORTEGA, R. 2013. El impacto diferenciado en las afectaciones a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. N°9, 101-112p. [en línea] <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27036>>
10. HERNÁNDEZ, G. Ética y derecho de familia en el Estado Democrático de Derecho. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, N°2, 2008, 15-57p. [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126734>>

11. HERNÁNDEZ, G. Las grandes reformas al derecho de familia chileno a la luz de los derechos humanos. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*. Facultad de Derecho Temas de Derecho Civil Año XIII, N°13, 2009.
12. HERRERA, M. 2011. La democratización en las relaciones de familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho* N°4, 2011, 17-56p. [en línea] <[https://www.academia.edu/30419470/La\\_democratizaci%C3%B3n\\_de\\_las\\_relaciones\\_de\\_familia.\\_Desaf%C3%ADos\\_de\\_la\\_re\\_laci%C3%B3n\\_padres\\_e\\_hijos\\_desde\\_el\\_principio\\_de\\_capacidad\\_progresiva\\_de\\_ni%C3%B1os\\_y\\_adolescentes\\_](https://www.academia.edu/30419470/La_democratizaci%C3%B3n_de_las_relaciones_de_familia._Desaf%C3%ADos_de_la_re_laci%C3%B3n_padres_e_hijos_desde_el_principio_de_capacidad_progresiva_de_ni%C3%B1os_y_adolescentes_)>
13. IBÁÑEZ, J. M. 2010. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH*. Vol. 15. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf>>
14. JAAR, E. & CORDOVA, M. 2017. Prevención de la carencia afectiva crónica: nuevos paradigmas en el modelo de la familia de acogida temporal. *Revista chilena de neuropsiquiatría*. Vol. 55 N°1. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-92272017000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272017000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=en)>
15. LATHROP, F. 2014. La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. *Revista chilena de Derecho Privado*. (22) 2014. [en línea] <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722014000100005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100005)>
16. LEPIN, C. 2014. Los Nuevos principios del derecho de familia. *Revista chilena de Derecho Privado*. N°23, dic 2014. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n23/art01.pdf>>
17. LOPEZ, M.; DELGADO, P.; Carvalho, J. y Del Valle, J. 2014. Características y desarrollo del acogimiento familiar en dos países con fuerte tradición de acogimiento residencial: España y Portugal. *Universitas psychologica*, Bogotá, Colombia. V. 13, N°3. [en línea] <[https://www.researchgate.net/profile/Monica\\_Lopez11/publication/268388316\\_Caracteristicas\\_y\\_desarrollo\\_del\\_acogimiento\\_familiar\\_en\\_dos\\_paises\\_con\\_fuerte\\_tradicion\\_de\\_acogimiento\\_residencial\\_Espana\\_y\\_Portugal\\_Characteristics\\_and\\_Development\\_of\\_Foster\\_Care\\_in\\_Two\\_Countries\\_wi/links/546a16fd0cf2f5eb180774e6/Caracteristicas-y-desarrollo-del-acogimiento-familiar-en-dos-paises-con-fuerte-tradicion-de-acogimiento-residencial-Espana-y-Portugal-Characteristics-and-Development-of-Foster-Care-in-Two-Countries.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Monica_Lopez11/publication/268388316_Caracteristicas_y_desarrollo_del_acogimiento_familiar_en_dos_paises_con_fuerte_tradicion_de_acogimiento_residencial_Espana_y_Portugal_Characteristics_and_Development_of_Foster_Care_in_Two_Countries_wi/links/546a16fd0cf2f5eb180774e6/Caracteristicas-y-desarrollo-del-acogimiento-familiar-en-dos-paises-con-fuerte-tradicion-de-acogimiento-residencial-Espana-y-Portugal-Characteristics-and-Development-of-Foster-Care-in-Two-Countries.pdf)>
18. MEDINA, C. 2008. La situación de los Niños y Adolescentes en Chile a la Luz de las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas al Tercer Informe Periódico de Chile. *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. N°4, 199-203p. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21371.pdf>>

19. MORENO, J.M. 2008. Estudio sobre las consecuencias del maltrato infantil en el desarrollo del lenguaje. *Cadernos de Psicopedagogía*, vol. 12 N°7. [en línea] <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1676-10492008000100003](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-10492008000100003)>
20. MORLACHETTI, A. 2014. La Convención sobre los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de los derechos humanos. *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*. 21-42p. [en línea] <[https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.21-42.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.21-42.pdf)>
21. PINO, M.J., HERRUZO, J. y MOYA, M.C. 2000. Estudio de las consecuencias del abandono físico en el desarrollo psicológico de los niños en edad preescolar en España. *Child Abuse & Neglect*, vol. 24, N°7, 911-924p. [en línea] <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1676-10492008000100003](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-10492008000100003)>
22. POBLETE, M de los A. 2016. Documento de estudio sobre “Primera Infancia”, postítulo de Inclusión “Acceso y la igualdad de oportunidades para estudiantes.” Universidad de Chile.
23. RAVETLLANT, I. Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (Parte general). *Revista de Derecho UNED*, N°2, 2007, 77-94p [en línea] <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2007-2-30020/Documento.pdf>>
24. RAVETLLANT, I. y PINOCHET, R. 2015. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 3, N°42, 903-934p. [en línea] <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372015000300007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007)>
25. RAVETLLANT, I. y PINOCHET, R. 2015. El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, N°44. 69-96p. [en línea] <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512015000100002](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100002)>
26. *Revista de Adopción y familia*. Fundación San José para la Adopción. Santiago de Chile. (14) 2014.
27. RUIZ, I. y GALLARDO, J.A. 2002. Impacto psicológico de la negligencia familiar en un grupo de niños y niñas. *Anales de Psicología*, vol. 18 N°2, 261-272p. [en línea] <[http://www.um.es/analesps/v18/v18\\_2/05-18\\_2.pdf](http://www.um.es/analesps/v18/v18_2/05-18_2.pdf)>
28. SILLERO, B. 2017. Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Instituto de Derecho Iberoamericano, N°6, 11-40p. [en línea] <<http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/AJI-n%C2%BA-6.pdf>>
29. ZUÑIGA, Y. y TUNER, S. 2013. Sistematización comparativa de la regulación de las familias latinoamericanas. *Revista Universidad Católica del Norte*, vol. 20 N°2, 269-301p. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532013000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532013000200010&script=sci_arttext)>

30. Essays, UK. 2013. Definition And History Of Foster Care Social Work. [en línea] <<https://www.ukessays.com/essays/social-work/definition-and-history-of-foster-care-social-work-essay.php?cref=1?cref=1>>

### Informes Instituciones

1. El Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013. OEA/SerL/V/II. Doc. 54/13 17 de octubre de 2013. [en línea] <<https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>>
2. Informe Servicio Nacional de Menores. 2011. Entregado por el Servicio Nacional de Menores a través de solicitud de información vía transparencia.
3. Observaciones Generales UNICEF. [en línea]. <<https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>

### Sitios web

- Fondo de la Infancia de la Organización de Naciones Unidas, en español. UNICEF. <[www.unicef.org](http://www.unicef.org)>
- Servicio Nacional de Menores <<http://www.sename.cl/web/programa-familias-acogida-fa/>>
- Chile Crece Contigo <<http://www.crececontigo.gob.cl/noticias/quieres-acoger-a-un-nino-o-nina-en-tu-familia/>>
- ChileAtiende <<https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/ver/42116>>
- Ciudad Autónoma Comunitat Valenciana: <<http://www.gva.es/es/inicio/presentacion>>
- Ciudad Autónoma de Cataluña: <<https://web.gencat.cat/es/tramits/que-cal-fer-si/adopto-i-o-acullo-un-infant/acolliment-familiar/>>
- Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar, RELAF, <[www.relaf.org](http://www.relaf.org)>
- Sociedad Nacional para la prevención del maltrato de la infancia (*National Society for the Prevention of Cruelty to Children*) <<https://www.nspcc.org.uk>>
- CIPERCHILE, <[www.ciperchile.cl](http://www.ciperchile.cl)>
- Biblioteca Nacional del Congreso, <[www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)>

### Normativa



1. Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños. Resolución de la Asamblea General 64/142. Organización de Naciones Unidas. 24 de febrero de 2010.
2. Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Organización de Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989.
3. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Organización de Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948.
4. Declaración de los Derechos del Niño. 1959. Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de Naciones Unidas. Organización de Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1959.
5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Organización de Naciones Unidas. 16 de diciembre 1966.
6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Organización de Naciones Unidas. 16 de diciembre 1966.
7. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Organización de Estados Americanos. 7-22 de noviembre de 1969.
8. CHILE. 2005. Secretaria General de la Presidencia. Constitución Política de la República de Chile, Decreto 100, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 22 de septiembre de 2005.
9. CHILE. 2000. Código Civil, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la Ley N°4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombre y apellidos, de la Ley N°16.618, Ley de Menores, de la Ley N°14.908, sobre abandono de la familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. 30 de mayo del 2000.
10. CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley N°16.618, fija el texto definitivo de la Ley de Menores. 05 de agosto de 1999.
11. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley N°19.698, que crea los Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004.
12. CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley N°19.620, dicta normas sobre adopción de menores. 05 de agosto de 1999.
13. CHILE. Decreto Ley que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica.
14. CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley N°20.032, que establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención. 25 de julio de 2005.

15. CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Reglamento N°841, aprueba reglamento de la Ley N°20.032, que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores acreditados del Servicio Nacional de Menores, y su régimen de Subvención. 05 de octubre de 2005.
16. ARGENTINA. 2005. Ley N°26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. 28 de septiembre de 2005.
17. ARGENTINA. 2006. Ley N°2.213, sobre el Sistema de Acogimiento Familiar, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 07 de diciembre de 2006.
18. ARGENTINA. 1998. Ley N°114, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 03 de diciembre de 1998
19. ARGENTINA. 2015. Ley N°5.463, sobre la creación del sistema integrado de indicadores de derechos de niñas, niños y adolescentes, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 03 de diciembre de 2015.
20. ARGENTINA. 2014. Decreto N°6, reglamentación del sistema de acogimiento familiar transitorio.
21. ARGENTINA. 2014. Código Civil y de Comercio Argentino, Ley N°26.994. 08 de octubre de 2014.
22. ARGENTINA. 1853. Constitución de la Nación Argentina. 01 de mayo de 1853.
23. ARGENTINA. 2007. Lineamientos Nacionales en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes Carentes de Cuidados Parentales.
24. ESPAÑA. 1979. Constitución Española. Publicado en BOE, número 311, 29 de diciembre de 1979. 178p.
25. ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. 1889. Código Civil. Real Decreto de 2 de julio de 1889.
26. ESPAÑA. Jefatura de Estado. 1987. Ley 21/1987, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento en materia de adopción. 17 de noviembre de 1987.
27. ESPAÑA. Jefatura del Estado. 1996. Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 17 de enero de 1996.
28. ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2007. Ley 54/2007, de Adopción Internacional. BOE N°312, 29 de diciembre de 2007.
29. ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2015. Ley 26/2015, modifica el sistema de protección integral de la infancia y adolescencia. 29 de julio de 2015.
30. ESPAÑA. 2008. Ley 12/2008, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana. 2 de julio de 2008.
31. INGLATERRA. 1989. Children Act 1989. 16 de noviembre de 1989.
32. INGLATERRA. 2004. Children Act 2004. 15 de noviembre de 2004.

## ANEXO

Cuadro comparativo

<b>Criterio de comparación</b>	<b>Argentina</b>	<b>España</b>	<b>Inglaterra (Reino Unido)</b>	<b>Chile</b>
<b>Sistema de protección Integral de Derechos del Niño, Niña y Adolescente</b>	Si	Si	Si	No
<b>Organismos de Protección de Derechos</b>	<u>Nacional:</u> SENNAF <u>Federal:</u> COFENAF <u>Provincial:</u> depende de la normativa provincial	Depende de la normativa autonómica	Comisionado de la Infancia	SENAME
<b>Firma y ratificación de la CDN</b>	1990	1990	1990/1991	1990
<b>Regulación del Acogimiento familiar</b>	Acogimiento familiar en diferentes niveles normativos	Acogimiento familiar regulado a nivel nacional en el Código Civil, Ley 1/1996 y en la normativa autonómica.	Acogimiento familiar en Ley de Infancia 1989.	Mencionado en leyes, mas no existe regulación a nivel legal. Orientaciones SENAME
<b>Requisitos para postulación de potenciales acogedores</b>	CABA: - mayor de 21 años - no importa el estado civil - no tener antecedentes penales - incumplimiento de carácter alimenticio o de relación directa y regular - familias ajenas: requisito adicional exigencia de residencia en Ciudad de Buenos Aires por al menos dos años y diferencia etaria de 15 años con el NNA como mínimo - evaluados como	Ninguno. Incluso en algunas leyes autonómicas se establece expresamente la prohibición de discriminación debido a identidad sexual de los postulantes - evaluados como idóneos	Ninguno. Ser evaluados como idóneos durante el proceso de postulación.	Manual FAE SENAME: - cualquier persona natural - No exigencia de vínculo matrimonial para postulantes - expresa prohibición de discriminación por razones de credo, religión y/o etnia - contar condiciones de habitabilidad básica - chilenos/as o extranjeros con residencia

	idóneos			<p>permanente en Chile</p> <p>-sin antecedentes penales, inhabilitaciones para trabajar con NNA, VIF, connotación sexual o maltrato infantil, o encontrarse siendo investigados por estos asuntos.</p> <p>- Ser evaluados como idóneos.</p>
<b>Tipo de procedimiento para el establecimiento del acogimiento familiar</b>	Regla general: administrativo. Excepcionalmente judicial.	Regla general: administrativo. Excepcionalmente judicial.	Regla general: administrativo. Excepcionalmente judicial.	Judicial