



UNIVERSIDAD DE CHILE.

FACULTAD DE DERECHO.

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

**LA EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN
DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE**

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

ROCÍO NALDA PALOMER

PROFESOR GUÍA: GABRIEL ÁLVAREZ UNDURRAGA

Santiago de Chile.

2016

AGRADECIMIENTOS

A mi familia por su apoyo incondicional.

A mi profesor guía, Gabriel Álvarez Undurraga por su preocupación y dirección a lo largo de todo este proceso.

A Rodrigo Nazzal Morgues, simplemente por estar ahí.

*“Niño de nadie que buscándose la vida
desluce la avenida y le da mala fama a la ciudad.*

*Recién nacido con la inocencia amputada
que en la manada redime su pecado de existir.”* Joan Manuel Serrat, cantautor.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
AGRADECIMIENTOS.....	II
RESUMEN.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	10
1.1. Breve resumen de la evolución de los mecanismos de protección de los niños, niñas y adolescentes a nivel internacional.....	11
1.2. Mecanismos de Protección de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes en Latinoamérica: El Salvador y Uruguay, ejemplos a seguir.....	24
1.2.1. El Salvador: Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia.....	26
1.2.2. Uruguay: Código de la Niñez y la Adolescencia.....	33
CAPÍTULO II	
HISTORIA Y EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE.....	42
2.1. La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, antes de la ley 19.968.....	43
2.1.1. El comienzo de las iniciativas protectoras del menor....	43

2.2. Las leyes de menores: doctrina de la situación irregular.....	48
2.2.1. Dictación, reformas y modificaciones de las leyes de menores.....	48
2.2.2. El paradigma de la situación irregular en las leyes de menores.....	51
2.3. La ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: adecuación de la legislación chilena a los estándares internacionales de protección de la infancia.	55
2.4. La ley 19.968: el abandono del paradigma de la situación irregular y el desarrollo de la protección integral.....	59

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: DESAFÍOS PARA UN SISTEMA VERDADERAMENTE EFICAZ.....	64
---	----

3.1. Los deberes de protección establecidos por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Estado como garante subsidiario de los derechos de niños, niñas y adolescentes.....	65
3.2. La ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia: el Procedimiento Especial de Aplicación de Medidas de Protección.....	70
3.2.1 Características del Procedimiento Especial de Aplicación de Medidas de Protección.....	71

3.3. Cumplimiento de las medidas de protección.....	89
3.3.1. La labor del Servicio Nacional de Menores y sus deberes en relación al procedimiento de aplicación de medidas de protección.....	92
3.3.2. La labor del Poder Judicial, específicamente de los Tribunales de Familia, y sus deberes en relación al procedimiento de aplicación de medidas de protección.....	106
3.3.3. Bases para mejorar el procedimiento de aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes: tutela efectiva de sus derechos.....	114
CONCLUSIÓN.....	124
FUENTES.....	138
APÉNDICE.....	150

RESUMEN

En la presente Tesis se investigará respecto del procedimiento especial de aplicación de medidas de protección establecido en la ley N° 19.968, específicamente sobre su eficacia. Para ello, se analiza la protección de los derechos del niño a nivel internacional, su evolución y los mecanismos creados en ciertos países para resguardarlos. Además, se desarrolla un estudio acerca de cómo ha evolucionado la tutela de la infancia en Chile y, cuál es la doctrina imperante en nuestro país a este respecto. Finalmente, se efectúa un examen sobre el actual sistema de medidas de protección, su aplicación, fiscalización, y por último, respecto de su eficacia.

Palabras Clave: Procedimiento de Medidas de Protección; Niño, niña y Adolescente; Interés Superior del Niño; Convención Internacional sobre los Derechos del Niños, Niña y Adolescente.

ABSTRACT

The main purpose of this Thesis consists in the study of the special protective measure procedure established by law N° 19.968, especially about its effectiveness. To achieve this purpose, it has been analyzed the international protection of children's rights, its evolution and some protection mechanisms established in certain countries. I have also developed a study about the development of children's guardianship in Chile and what is the prevailing

doctrine in our country in this respect. Finally, I've examined the current system of protective measures, its implementation, monitoring, and at last, regarding its effectiveness is performed.

Key Words: Procedure for Protection Measures; Children and Adolescents; Best Interests of the Child; Convention on the Rights of the Child

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ha tenido una evolución lenta y paulatina. A nivel internacional, el desarrollo de una legislación protectora de la infancia ha cobrado fuerza a través del tiempo, únicamente debido al acaecimiento de distintos sucesos que llevaron a la completa desprotección de los niños y, que trajo como respuesta la creación de nuevas organizaciones y cuerpos normativos que permitirían la construcción de un sistema basado en nuevas garantías para el resguardo de ellos.

Chile no fue la excepción a esta lenta evolución de su legislación. En el siglo XIX la protección a los niños era prácticamente inexistente en nuestro país. Las relaciones de familia se regulaban por lo establecido en el Código Civil, dando amplias facultades al padre y escasa protección a los niños frente a abusos. Luego, en el año 1928 se dictó la ley N°4.447 sobre Protección de Menores, la que establecía una serie de derechos e instituciones para proteger a los niños, como por ejemplo los Juzgados de Menores. El 8 de marzo de 1967 se publicó en el Diario oficial la ley N°16.618, que fijó el texto definitivo de la Ley de Menores. Siguiendo la doctrina de la situación irregular, esta ley concebía al niño como un objeto de derecho, el cual sólo debía recibir protección por parte del Estado en situaciones excepcionales y de extrema necesidad.

En el año 1990 Chile ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño, lo que significó un hecho trascendental en relación a la protección de los niños de nuestro país. A través de dicha ratificación, Chile asumió el compromiso de adecuar todas sus instituciones, organismos y leyes al nuevo paradigma que se instauraba con la Convención: el de la protección integral.

La justicia de menores no estuvo exenta de este examen de compatibilidad. El tratamiento de los asunto contencioso familiares era más bien disperso y desordenado. No existía un procedimiento único para las materias sometidas a su conocimiento, y además, muchos temas que debían radicarse en tribunales especializados eran ventilados en otras sedes jurisdiccionales. Era necesario entonces, una reforma que permitiera tutelar efectivamente los derechos de niños, niñas y adolescentes, dar protección a las familias, y así cumplir con el mandato establecido en la Convención.

En el año 2004, se dictó la ley N°19.968, que creó los Tribunales de Familia. Con ella se implementaban nuevos tribunales especializados, cuya labor era resolver acerca de los asuntos contenciosos y no contenciosos a nivel de familia e infancia. Basándose en diversos principios extraídos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los procedimientos establecidos en este cuerpo normativo buscan alcanzar soluciones cooperativas, en donde el niño tiene un rol activo en conformidad a su desarrollo psicológico y social. A partir de esta concepción, en la cual el niño tiene un papel fundamental en la

sociedad como sujeto de derechos, nace el procedimiento especial de protección. Dicho procedimiento faculta al juez para aplicar medidas cautelares que buscan dar un adecuado resguardo a aquellos niños que están sufriendo alguna vulneración o amenaza en sus derechos. Además, luego de decretada alguna medida de protección, el legislador impuso en esta ley una serie de obligaciones a distintos organismos relacionados con la protección de la infancia (Poder Judicial y SENAME) para el control y fiscalización de dichas medidas. Así, por ejemplo, se establece la obligación de informar acerca del cumplimiento de las medidas adoptadas al director del establecimiento o al responsable del programa en que se cumpla la medida. Y también se obliga a los jueces a visitar personalmente los establecimientos residenciales existentes dentro de su territorio jurisdiccional.

Sin perjuicio de que la creación de un procedimiento especializado en asuntos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, constituyó un avance de gran envergadura para dar cumplimiento a lo establecido en la Convención. Durante su implementación han surgido una serie de falencias que han llevado a cuestionarse si efectivamente constituye una forma eficaz de resguardarlos. La falta de determinación de duración de las medidas, un sinnúmero de problemas en relación a los pocos recursos económicos de centros de internación y una escasa fiscalización por parte de los organismos protectores, son algunas de las problemáticas existentes actualmente en nuestro país.

En un futuro, donde nada se haga por solucionar estos problemas tendremos más niños drogadictos, más prostitución infantil y más niños y adolescentes abusados.

El sentido de las medidas de protección es el de proveer seguridad a los niños, para que logren alcanzar un desarrollo personal óptimo. Si las instituciones encargadas de darles protección, continúan más bien afectando sus derechos, difícilmente Chile podrá decir que es un Estado que resguarda y protege los derechos fundamentales de las personas, especialmente los de niños, niñas y adolescentes. Por ello, resulta imperiosa la creación de reformas y nuevas normas que propendan a un efectivo cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al igual que otros países Latinoamericanos, como El Salvador y Uruguay, nuestro país debe modificar su actual legislación, para crear un nuevo sistema de protección integral que refleje los principios de la Convención y los lleve a la práctica de manera efectiva. Es necesario el reforzamiento de la participación de organismos administrativos que permitan disminuir la carga de trabajo del Poder Judicial, para alcanzar una fiscalización de las medidas de protección que sea óptima. Además, los jueces al decretar medidas de protección deben tener claridad respecto a su proporcionalidad y duración. Sólo mediante un sistema que recoja completamente el paradigma de la protección integral,

plasmado en la Convención, permitirá una eficaz y real protección de los derechos de los niños.

Frente a estas problemáticas, la interrogante principal que busca responder este trabajo es ¿Cuál es la eficacia del actual procedimiento de medidas de protección de los derechos del niño, niña o adolescente?

Ante el actual contexto en que se encuentra el procedimiento establecido en la ley N°19.968, que se analizará en mayor profundidad a lo largo de esta memoria, la hipótesis que planteo es que el procedimiento especial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes resulta ineficaz, debido al déficit que existe por parte de la autoridad, en la aplicación y fiscalización de estas medidas.

Nuestro objetivo principal se presenta entonces, en el cómo analizar el procedimiento de medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Mientras que los objetivos específicos que se buscarán alcanzar en los siguientes capítulos son:

1. Examinar el marco jurídico internacional y la protección a la infancia en El Salvador y Uruguay.
2. Analizar la evolución jurídica de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile.
3. Analizar la aplicación y fiscalización del sistema especial de aplicación de medidas de protección.

La importancia de determinar si las medidas de protección del niño, niña o adolescente son realmente eficaces, se vincula con problemas que se ven en la vida diaria. Tanto niños como adolescentes se ven expuestos diariamente a diversas situaciones que vulneran sus derechos debido, por ejemplo, a casos de abandono, de abuso físico o psicológico por parte de sus propias familias o de extrema pobreza. Al ser un sujeto que se encuentra muchas veces en un estado de indefensión, es necesaria la intervención del Estado para tutelar y protegerlos. Por otro lado, el tema presenta suma relevancia, por cuanto permitirá comprobar si Chile está cumpliendo con los diversos tratados internacionales relativos a la infancia que ha suscrito, especialmente respecto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La relevancia de un análisis relativo a cómo se protegen los derechos de los niños en nuestro país, consiste básicamente en reconocer si las normas vigentes en la actualidad tienen una verdadera efectividad y si son suficientes para alcanzar el objetivo por el cual se decretaron, o bien, si son necesarias reformas para poder lograrlo.

El presente trabajo entregará una visión de lo que actualmente ocurre en Chile en la aplicación del procedimiento de medidas de protección de los derechos de los niños, especialmente respecto de aquellas que implican la internación de ellos en centros residenciales. Además, se elaborarán críticas constructivas a dicho sistema, comparándolo con los procedimientos creados en El Salvador y

Uruguay, que recogen de manera sistemática el paradigma de la protección integral. Finalmente, se propondrán algunas directrices y recomendaciones que se estiman necesarias e imperiosas para mejorar la protección de los niños y para dar un cumplimiento efectivo a la Convención.

En cuanto a los paradigmas que constituyen el método del trabajo realizado, ha sido predominante el interpretativo, por cuanto su enfoque cualitativo se concibe como la metodología apropiada para estudiar los fenómenos de carácter social, al tratar de comprender la realidad circundante en su carácter específico. Así, a diferencia del paradigma positivista, el cualitativo más que privilegiar la generación de teorías, persigue transformar una realidad marcada y contextualizada.¹ Sin perjuicio de esto, existe cierta influencia de la metodología socio crítica en relación a la visión activa del sujeto en la sociedad que se contiene en este trabajo.² Es decir, por medio de la reflexión crítica sobre el comportamiento de la realidad que se vive respecto de la vulneración de niños, niñas y adolescentes, se busca la participación de la comunidad para lograr su transformación.

Por su parte, la presente investigación se ha desarrollado a través de una perspectiva tanto inter como transdisciplinaria. Por cuanto se pretende obtener un conocimiento más integral de la realidad sobre el procedimiento especial de

¹ GONZÁLEZ, Alfredo. octubre-diciembre, 2003. Los paradigmas de investigación en las ciencias sociales. En ISLAS. N° 138. Cuba .p.130

² Ibíd. p. 133

medidas de protección de los derechos de los niños, además de entregar un aporte relevante y pertinente que cruce las distintas disciplinas del Derecho.³

Esta tesis se funda principalmente en dos tipos de investigación. En primer lugar, se recurrió a la investigación documental basada en la información recogida de documentos y de distintos textos relativos a la infancia. Y, en segundo lugar, se utilizó la investigación de campo a través de la realización de entrevistas a distintas personas que forman parte de los órganos protectores de niños (Poder Judicial y SENAME). Además, se trabajó principalmente en un nivel de investigación descriptivo con el objeto de identificar cuáles son los elementos que componen un sistema de protección, para caracterizarlo y evaluar su aplicación.

Para la recolección de datos se recurrió tanto a fuentes primarias como secundarias. En cuanto a las fuentes primarias, las leyes en estudio fueron eminentemente la ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, la ley N° 16.618 de Menores y la Convención Internacional de derechos del Niño. En relación a las fuentes secundarias, se hizo uso de artículos de revistas de derecho, boletines y diversos artículos de UNICEF. Por otro lado, como se mencionó anteriormente, se ocupó la técnica de la entrevista para la obtención de datos relevantes respecto a la fiscalización de las medidas de protección.

³ ÁLVAREZ, Gabriel. 2014. La investigación jurídica como un instrumento de mejoramiento del proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho. En Revista Pedagogía universitaria y didáctica del Derecho, Universidad de Chile. N°1, vol. 1. Santiago, Chile. p.47

El tratamiento de la información y de los datos extraídos tanto de textos como de entrevistas, fue cualitativo, por cuanto su objeto no era la obtención de estadísticas, sino, determinar los criterios de aplicación y vigilancia que se utilizan actualmente para aplicar las medidas.

Finalmente, cabe señalar que la presente memoria se fundó en diversos métodos de investigación, primando el método analítico, por cuanto se tomaron los distintos elementos del actual sistema de medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, se definieron y analizaron de manera profunda. Además, a través del método comparativo se contrastaron otros sistemas de protección existentes en América Latina (El Salvador y Uruguay) con el de Chile, con el objeto de determinar si existen otros procedimientos que otorguen un resguardo de mayor eficacia al de nuestro país.

CAPÍTULO I: MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

El presente capítulo busca contestar la interrogante de cómo se protegen, a nivel internacional, los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para poder responder esta pregunta, examinaremos el marco jurídico internacional de la protección de estos derechos, su evolución en el mundo, la influencia de guerras mundiales en la construcción de nuevos paradigmas de protección y la incidencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Además, estudiaremos dos mecanismos de protección creados a nivel comparado, específicamente los de El Salvador y Uruguay. Ambos países han implementado lo que se denomina sistemas de protección integral, que se alejan de lo que actualmente existe en Chile, pero que se aproximan más a los estándares internacionales de protección de la infancia. Una revisión más detallada de ambas legislaciones nos dará a conocer cuáles son los pros y contras de este tipo de sistemas y cuáles son las instituciones que Chile podría incorporar para mejorar su propio sistema de protección.

1.1. Evolución de los mecanismos de protección de los niños, niñas y adolescentes a nivel internacional.

Para poder comprender adecuadamente cuáles son los orígenes, elementos y objetivos del procedimiento especial de aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecido por la ley N° 19.968, es necesario conocer cuáles fueron las razones que motivaron al legislador chileno a crear dicho procedimiento.

Si bien hubo factores nacionales que incidieron en la dictación de la ley mencionada precedentemente, no podemos olvidar que fue más bien el plano internacional el que contribuyó a crear las circunstancias favorables para una mayor protección de los menores. Por esta razón, me propongo realizar un pequeño esbozo de la evolución internacional de los mecanismos de protección de los niños, niñas y adolescentes, específicamente de las Convenciones, Tratados e hitos relevantes a nivel mundial relacionados con este tema.

El desarrollo de los derechos del niño, a nivel internacional, se inició más bien a finales del siglo XIX y a comienzos del XX. La alta mortalidad infantil y las precarias condiciones económicas de las familias que existían en esta época, constituyeron un incentivo para la creación de políticas que propendían a una mayor protección de los niños. Se produce así, un fenómeno fundado en el progresivo interés por parte de los reformadores sociales, médicos, pedagogos, educadores, pediatras, asociaciones de protección de la infancia y, en general,

por los gobiernos, de internacionalizar dichas políticas.⁴ Para poder alcanzar este objetivo, se idearon distintos mecanismos, entre ellos, la celebración de congresos internacionales. Estos congresos eran convocados por distintas asociaciones que trabajaban a lo largo del mundo, dentro de las cuales se encontraban la Asociación Internacional para la Protección de la Infancia, la Unión Internacional para la protección de la Infancia en la primera edad, La Unión Internacional de Socorros de Niños y la Liga de Sociedades de la Cruz Roja. Dichas asociaciones internacionales eran, además, apoyadas por los gobiernos nacionales.

Si bien estos congresos internacionales tenían por objetivo tocar temas ligados a la salud y a la higiene, no estuvieron exentos de discusiones en torno a las obligaciones y responsabilidades de los Estados, y su rol en la protección de los niños. Ejemplo de congresos en los que se dio dicha discusión fueron: el Congreso Internacional de Protección a la Infancia, celebrado en el año 1883 en París y también los Congresos Internacionales de Gotas de Leche celebrados en París, Bruselas y Berlín, en los años 1905,1907 y 1911 respectivamente. Estos congresos, además de las publicaciones, libros y folletos divulgativos, entre otros materiales, permitían dar cierta resonancia a determinados eventos más o menos científicos. En este sentido, un repaso por los congresos

⁴ DÁVILA, Paulí y NAYA Luis María. 2006. La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una visión Internacional. [en línea] Encounters on Education. Volume 7.<file:///C:/Users/Jose%20Miguel%20Nalda%20Mu/Downloads/597-6050-1 PB%20(2).pdf>[consulta: 18 agosto 2014]. p. 74

internacionales celebrados a finales del siglo XIX y en el primer tercio del siglo XX, nos permite observar los agentes implicados, los temas de interés, la resonancia social, las implicancias políticas y en, cierta manera, la situación de la infancia en ese período.⁵

Tras la Primera Guerra Mundial, el deber de los Estados de dar protección a los niños, niñas y adolescentes, se hizo cada vez más latente. Las circunstancias en que habían quedado muchos niños luego de esta guerra, sensibilizaron a la comunidad internacional, fomentando la creación de nuevas declaraciones y tratados para el resguardo de los menores. Es en este contexto en que nace la necesidad de que el derecho internacional humanitario tutele el interés de los niños sometidos a diferentes conflictos que puedan representar un peligro para sus vidas e integridad.⁶ En miras a alcanzar dicho objetivo surgió la denominada Declaración de Ginebra de 1924.

La Declaración de Ginebra o Declaración de la Unión Internacional para la Protección a la Infancia, fue elaborada por la organización británica llamada Save the Children, en conjunto con la organización sueca Rädde Barnen, y posteriormente aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924. Este documento ofrecía protección y asistencia especial a los niños sin distinción de

⁵ DÁVILA, Paulí y NAYA Luis María, ob. cit. p. 74

⁶ CHACÓN, Alfonso. 2007. Protección de los niños según el Derecho Internacional Humanitario. Un breve recuento desde los Convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional. [en línea]
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/7/art/art2.pdf>> [consulta: 13 abril 2014] p. 74

raza o nacionalidad⁷, y además, era el primer documento que sistematizaba los derechos del niño. Es de precisarse que la aludida declaración, si bien es cierto no constituye el primer documento internacional que protege los derechos del niño, también es cierto que de la misma se desprenden dos ideas fundamentales: la primera consiste en considerar al niño como una especial categoría de individuos dentro de la sociedad, es decir, un grupo vulnerable, que dentro de su igualdad coexisten diferentes características y necesidades; y la segunda idea radica en la necesidad de crear instrumentos internacionales uniformes protectores de los derechos del niño.⁸

La importancia de esta declaración radica - además de lo anteriormente expuesto- en que fue el germen de otra serie de declaraciones, cartas, tablas, etc. que durante el período comprendido entre la misma y la siguiente, en 1959, se llevarían a cabo. Se trata de un período fructífero donde se van perfilando los derechos del niño, añadiendo y sistematizando estos derechos específicos.⁹

Otra confrontación a nivel internacional llevó nuevamente a cuestionarse cómo los Estados estaban cumpliendo su labor de proteger a los niños, niñas y adolescentes cuando se encontraban en circunstancias de vulneración o amenaza de sus derechos. De esta manera, tras la Segunda Guerra Mundial,

⁷ *Ibíd.* p.74

⁸ COUTIÑO, Matilde. 2006. El Derecho de Menores: una perspectiva nacional e internacional. [en línea]. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <file:///C:/Users/Jose%20Miguel%20Nalda%20Mu/Documents/universidad/quinto%20a%C3%B1o/Taller%201/bibliograf%C3%ADa/derecho%20de%20menores,%20una%20perspectiva%20internacional%20y%20nacional.pdf> [consulta: 20 de agosto 2014] p. 295

⁹ DÁVILA, Paulí y NAYA Luis María. *Ob. Cit.* p. 78

fue elaborada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, y aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General, la Declaración de los Derechos del Niño.

A la vista de esta declaración, y comparándola con la de Ginebra de 1924, se puede constatar que subyace el mismo espíritu con respecto a los valores éticos que deben presidir el reconocimiento de los derechos del niño, en aspectos como la educación, cuidados especiales a los niños discapacitados, la atención, en primer lugar, en caso de conflictos, formación en sentimientos de solidaridad y amistad entre los pueblos, no discriminación por razón de raza, nacionalidad o creencia.¹⁰ No obstante, aparecen algunas innovaciones importantes: una definición de niño (en el preámbulo); el derecho de los niños a unos padres (Principio 6); derecho a un nombre y una nacionalidad (Principio 3), lo cual presupone cierto reconocimiento de derechos civiles, aunque los redactores no fuesen conscientes de ello y, por primera vez aparece un concepto nuevo que presupondrá en la Convención de 1989 un punto fundamental y controvertido en el ámbito jurídico: “el interés superior del niño”.¹¹

Conformada por diez principios que han de proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño sigue siendo relevante en la actualidad, pues se ha utilizado para complementar y dar mayor contenido a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989.

¹⁰ Ibíd. p. 80

¹¹ Ibíd.p.80

Luego de la Declaración, la preocupación por la creación de normas y sistemas que dieran mayor resguardo a los menores aumentó a lo largo de los países del mundo. De esta manera, distintos instrumentos internacionales fueron demarcando y reconociendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes, algunos ejemplos son la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño, en la cual se condenan la tortura y todas las formas de violencia degradante contra las mujeres y niños; el Grupo de Trabajo de Formas Contemporáneas de Servidumbre, establecido en 1975, que ha tratado con los asuntos de prostitución infantil, trabajo infantil, y adopciones de menores entre Estados¹²; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, con la intención de promover la protección de los niños y niñas contra la explotación y asegurar el derecho a la educación.

Sin embargo, más allá de la celebración aislada de tratados y congresos con el objetivo de terminar con la vulneración y amenaza de los niños, era imperativa la creación de un documento que significara una codificación de sus derechos y que diera paso a un verdadero reconocimiento y protección de estos. Así, treinta años más tarde, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor en septiembre de 1990, siendo el tratado internacional que más

¹² CHACÓN, Alfonso. Ob. Cit. p. 83

apoyo ha recibido a lo largo de la historia del derecho internacional, pues hasta la fecha tan solo Estados Unidos de América y Somalia no lo han ratificado.¹³

La elaboración de este proyecto, presentado por el gobierno polaco, fue prolongada, lo que se debió, en parte, a las diferencias sociales y legales existentes entre los distintos países. Durante ese período, se debe destacar la labor realizada por Adam Lopatka, representante del gobierno polaco frente a la Comisión de Derechos Humanos. Entre 1979 y 1989 fue quien presidió el Grupo de trabajo de elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo recordado por muchos como el “Padre de la Convención” por su arduo e incasable trabajo. Su aprobación por unanimidad en la Asamblea General abrió el camino para la etapa siguiente: la ratificación por los Estados y el establecimiento de un comité de vigilancia.¹⁴

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño constituye un documento trascendental en el resguardo de los niños frente a violaciones y amenazas de sus derechos. Esta convención transformó el paradigma existente a nivel internacional -que veía a los menores como un mero objeto de protección- e instauró uno nuevo según el cual niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho. Se caracteriza por ser un instrumento internacional vinculante, en tanto que los Estados parte tienen la obligación de respetar los

¹³ DÁVILA, Paulí y NAYA Luis María. Ob. Cit. p. 81

¹⁴ CASTILLO, Federico. 2010. La Promoción y Protección de los Derechos Humanos del niño en el Sistema Internacional e Interamericano. [en línea]. <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01122010/doctrina01.pdf>> [consulta: 26 agosto 2014] p.21

derechos contenidos y reconocidos en el mismo, así como, asegurar su exacta aplicación; en este texto legislativo internacional el niño al ser considerado como sujeto en desarrollo también es sujeto de derechos tanto pasivos como activos, pasivos en el sentido que son derechos de provisión y protección y activos en cuanto a que tienen derecho de participación dentro de la sociedad y en la medida de su capacidad de obrar.¹⁵

El texto de la Convención consagra cuatro principios base:

- a) La no discriminación: se consagra en el artículo dos de la Convención, e implica la facultad de todos los niños de disfrutar la igualdad de derechos y de oportunidades, principalmente quienes se hallan con discapacidades, en situación de calle y quienes pertenecen a grupos minoritarios.¹⁶
- b) La adhesión al interés superior del niño: establecido en el artículo tres, este principio es de gran relevancia, por cuanto debe ser considerado siempre en todas aquellas decisiones tomadas por las autoridades que afecten a los niños, niñas o adolescentes.
- c) El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo: el artículo seis de la Convención contiene este principio, el cual se refiere al deber de los

¹⁵ COUTIÑO, Matilde. Ob. Cit. p. 296

¹⁶ CASTILLO, Federico. Ob. Cit. p. 23

Estados de asegurar a los niños su supervivencia y un desarrollo saludable.¹⁷

- d) Derecho a la participación u opinión del niño: el artículo 12 señala la importancia de considerar la opinión del niño, en función de su madurez y edad.

Estos cuatro principios se reflejan a lo largo de toda la Convención, y son el fundamento y apoyo de las distintas disposiciones de este texto legal.

Además de las directrices mencionadas precedentemente, podemos clasificar los derechos establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, según la finalidad que persiguen.

En primer lugar, encontramos aquellos derechos a la supervivencia y al desarrollo. Estos son derechos a los recursos, las aptitudes y las contribuciones necesarias para la supervivencia y el pleno desarrollo del niño. Incluyen derechos a recibir una alimentación adecuada, vivienda, agua potable, educación oficial, atención primaria de la salud, tiempo libre y recreación, actividades culturales e información sobre los derechos. Estos derechos exigen no solamente que existan los medios para lograr que se cumplan, sino también

¹⁷ UNICEF. 2009. THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD Guiding principles: general requirements for all rights. [en línea]
<http://www.unicef.org/spanish/crc/images/Guiding_Principles.pdf> [consulta: 26 agosto 2014]

acceso a ellos.¹⁸ Algunos de los artículos que consagran este tipo de derechos, son, por ejemplo, el artículo cuatro que establece el deber de los Estados Partes de tomar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a los derechos establecidos en la Convención. Otro derecho que se ha entendido de supervivencia y desarrollo, es el del artículo veintisiete que reconoce el derecho del niño a una calidad de vida adecuada para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, ello requiere la provisión de una nutrición adecuada que promueva un cuerpo saludable y una mente alerta; una vivienda que favorezca la buena salud, la seguridad emocional, la estabilidad familiar y un sentimiento de propiedad.¹⁹ Estos son sólo dos ejemplos de derechos de supervivencia y desarrollo, sin embargo, la Convención los establece a lo largo de todo su texto en distintas disposiciones.

En segundo lugar, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece ciertos derechos a la protección, que incluyen la protección contra todo tipo de malos tratos, abandono, explotación y crueldad, e incluso el derecho a una protección especial en tiempos de guerra y protección contra los abusos del sistema de justicia criminal.²⁰ Algunas de estas disposiciones son el artículo 11, que establece la obligación de los Estados de luchar contra los secuestros de niños, el artículo 19 que supone la incorporación de medidas

¹⁸ UNICEF. 2012. Derechos bajo la Convención sobre los Derechos del Niño. [en línea]. <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html> [consulta: 26 agosto 2014]

¹⁹ CASTILLO, Federico. Ob. Cit. p. 24

²⁰ UNICEF. Derechos bajo la Convención sobre los Derechos del Niño. [en línea]. <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html> [consulta: 26 agosto 2014]

legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluyendo el abuso sexual, y el artículo 20, que señala que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado.

En tercer y último lugar, nos encontramos con los derechos a la participación. Los niños y niñas tienen derecho a la libertad de expresión y a decir su opinión sobre cuestiones que afecten su vida social, económica, religiosa, cultural y política. Estos incluyen el derecho a emitir sus opiniones y a que se les escuche, el derecho a la información y el derecho a la libertad de asociación. El disfrute de estos derechos en su proceso de crecimiento ayuda a los niños y niñas a promover la realización de todos sus derechos y les prepara para desempeñar una función activa en la sociedad.²¹ Así, por ejemplo, nos encontramos con los artículos 7 y 8, que establecen la facultad del niño de tener un nombre, una nacionalidad y una identidad. Además, según lo dispuesto en los artículos 13 y 14, los niños tienen también derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia, en función de la orientación de sus progenitores o de otros tutores legales, ello en cuanto al amparo al disfrute de su propia cultura, religión e idioma, sin interferencia ni discriminación.²²

²¹ UNICEF. (documento en línea). Ob. Cit. 24

²² CASTILLO, Federico. Ob. Cit. p. 26

Además, con la Convención se creó el Comité de los Derechos del Niño, el cual tiene una labor de fiscalización del cumplimiento de este instrumento internacional y de sus protocolos facultativos. Los Estados Parte deben presentar informes periódicos al Comité, informando cómo se ha implementado la Convención. Ante estos informes, el Comité expresa sus opiniones, preocupaciones y recomendaciones, mediante informes finales que remite a los Estados Parte. Por tanto, la función del Comité no es responder de forma punitiva a las deficiencias ni a los fallos, sino ofrecer una oportunidad constructiva, en un ambiente de colaboración que permita definir los aciertos y dificultades, y fijar una serie de metas oportunas.²³

La Convención se ha consagrado como un gran logro a nivel internacional, que ha permitido a los países del mundo unirse para la creación de una concepción única de los niños, niñas y adolescentes. Además, la dictación de este instrumento ha incentivado a la mayor especialización de ciertos problemas que se suscitan a nivel mundial respecto de los niños, así, en el año 2000 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó dos Protocolos Facultativos de la Convención que refuerzan la protección de la infancia contra su participación en los conflictos armados y la explotación sexual.²⁴

El éxito de la Convención es evidente, no sólo por ser el documento internacional que mayor número de adhesiones ha recibido, sino porque ha

²³ *Ibíd.* p. 27

²⁴ *Ibíd.* p. 29

logrado estar presente como referencia para los cambios legislativos nacionales, además de suponer una orientación para el reconocimiento de los derechos de la infancia y de las prácticas de intervención social sobre la infancia, sobre todo en situaciones de exclusión social.²⁵

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es el fundamento principal de todas aquellas legislaciones que se han reformado, con el objetivo de resguardar adecuadamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Chile es también un claro ejemplo de cómo ésta ha influido en la creación de nuevas normas basadas en el paradigma de la protección integral y en la concepción del niño como sujeto de derecho.

Mediante el establecimiento del procedimiento de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de la ley N° 19.968, podemos observar cómo se ha aplicado la Convención a nivel nacional. Si bien, más adelante trataremos en mayor profundidad en qué consiste dicho procedimiento y cuáles son sus fundamentos, cabe recalcar que es evidente que éste fue creado a la luz de la Convención, especialmente en relación a los cuatro principios base y a los derechos de protección, que fueron mencionados precedentemente.

²⁵ DÁVILA, Paulí y NAYA Luis María. Ob. Cit. p. 83

1.2. Mecanismos de Protección de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes en Latinoamérica: El Salvador y Uruguay, ejemplos a seguir.

La ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, supuso, para los Estados que lo habían hecho, la obligación de garantizar sus disposiciones y principios, mediante una revisión y modificación de su legislación interna. Esto se tradujo, en que muchos Estados comenzaron a preguntarse si efectivamente sus leyes daban la protección que esta Convención exigía para los niños, niñas y adolescentes.

Surge, de esta manera, un impulso a lo largo del mundo, en pos de dictar nuevas leyes que logren cumplir con los estándares establecidos a nivel internacional. América no estuvo exenta de este desarrollo y, de esta forma, nacieron distintas iniciativas que buscaban alcanzar el objetivo anteriormente señalado, esto es, tener un derecho sustantivo y procesal adecuado a los criterios señalados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, dando protección y reconocimiento a los derechos de los niños y a su calidad de sujetos capaces de participar activamente en los procesos que les conciernen.

Particularmente, dos Estados latinoamericanos llaman la atención en relación a las reformas creadas a partir de la ratificación de la Convención, estos son El Salvador y Uruguay.

Ambos países han pretendido instaurar un sistema de protección integral de la infancia, el cual puede entenderse como el conjunto de órganos, entidades, mecanismos e instancias a nivel nacional, regional y local orientados a respetar, promover, proteger, restituir y restablecer los derechos de los niños y niñas y reparar el daño ante la vulneración de los mismos establecidos por las legislaciones nacionales de infancia. También se tendrán particularmente en cuenta los mecanismos de relacionamiento entre las instituciones públicas y privadas del país, sus interacciones y complementariedades, en especial describiendo el vínculo entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil.²⁶

Tanto Uruguay como El Salvador son países que han optado por este enfoque, en donde se pretende crear una estructura integral y sistémica, y no únicamente leyes de protección aisladas. A continuación, procederemos a explicar cómo funcionan dichas instituciones.

²⁶ MORLACHETTI, Alejandro. 2013. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. [en línea] Comisión Económica para América Latina y el Caribe. <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49095/Sistemasnacionalesdeprotecciondelainfancia.pdf>> [consulta: 8 julio 2014] p. 12

1.2.1. El Salvador: Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fue ratificada por El Salvador el 27 de abril de 1990. En orden a dar cumplimiento a lo dispuesto en este texto legal, el 26 de marzo del año 2009 la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (de ahora en adelante “LEPINA”). La finalidad de este texto legal, según lo dispuesto en su artículo primero, es garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño o adolescente en El Salvador, contenidas en la presente ley, independientemente de su nacionalidad, para cuyo efecto se crea un Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia con la participación de la familia, el Estado y la sociedad, fundamentado en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en El Salvador.

La LEPINA apuesta por un sistema integral e integrado de protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, proponiendo mecanismos sociales y jurídicos para su protección, lo que se traduce en efectivos procedimientos administrativos y judiciales a través de políticas, planes y programas con la debida participación social; instituciones para denunciar y adoptar medidas de protección; sanciones e infracciones para los responsables

de afectar los derechos de las niñas, niños y adolescentes; así como la institucionalidad necesaria para dar sostenibilidad al sistema.²⁷

La legalidad de esta Ley, se fundamenta en nueve ejes transversales:

- Las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos;
- El rol fundamental de la familia;
- Equidad de género;
- Integralidad de los derechos;;
- Eficacia;
- Corresponsabilidad entre Estado, familia y sociedad;
- Descentralización; y,
- Redefinición de funciones judiciales.²⁸

Este cuerpo normativo refleja el paradigma de protección integral que arribó con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niños, por cuanto reconoce, en forma extensa, los derechos de la infancia y la adolescencia, los cuales se encuentran divididos en los siguientes grupos: En el Título I los derechos de supervivencia y crecimiento integral que incluye a la vida y a la salud, seguridad social y medio ambiente; en el Título II los derechos de protección que incluyen la integridad personal y libertad y la protección de la persona adolescente

²⁷ VIILACORTA DE RIVERA, Ismelda. 2012. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Lepina) [en línea] <<http://revistarayuela.ednica.org.mx/sites/default/files/Art.%20Ismelda%20Villacorta%20de%20Rivera.pdf>> [consulta:4 de septiembre 2014] p. 197

²⁸ VIILACORTA DE RIVERA, Ismelda. 2012. Ob. Cit. p.197

trabajadora; en el Título III el derecho al desarrollo, que incluye los derechos a la personalidad y la educación y cultura y el Título IV sobre el derecho de participación.²⁹Cabe concluir, entonces, que se destacan los tres tipos de derechos señalados en la primera parte de este capítulo, estos son: derecho a la supervivencia y al desarrollo, derecho a la participación y el derecho a la protección.

Lo novedoso de este sistema, es que involucra no solo al Poder Judicial en el resguardo de los niños, sino que crea una verdadera estructura involucrando diversas entidades, incluyendo autoridades administrativas, para que el cuidado de los niños corresponda a todo el país y no sea una función privativa de los órganos judiciales.

El Sistema de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia se encuentra establecido en el Libro segundo de la LEPINA, a partir de su artículo 103.

Dentro de este sistema participan:

a) El Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia:

Este consejo, también conocido como CONNA, es la máxima autoridad del Sistema de Protección Integral y es una institución con personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía en lo técnico, financiero y administrativo. Las funciones primordiales del CONNA son el diseño, aprobación y vigilancia de la Política Nacional de Protección

²⁹ MORLACHETTI, Alejandro. Ob. Cit. p. 54

Integral de la Niñez y adolescencia; la coordinación del Sistema Nacional de Protección de la Niñez y de la Adolescencia y la defensa efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes.³⁰

Cabe hacer presente que la Política Nacional de Protección de la Niñez y de la Adolescencia es definida por la ley como el conjunto sistemático de objetivos y directrices de naturaleza pública cuya finalidad es garantizar el pleno goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.³¹

b) Los Comités Locales de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia:

Estos Comités son órganos administrativos municipales, cuyas funciones primordiales son desarrollar políticas y planes locales en materia de derechos de la niñez y adolescencia, velar por la garantía de los derechos colectivos de niños, niñas y adolescentes³² y vigilar la implementación de la política nacional.³³

³⁰ *Ibíd.* p. 56

³¹ EL SALVADOR. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Decreto N° 839 “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia”. Versión de 13 de septiembre de 2013. Artículo 109.

³² *Ibíd.* Artículo 153.

³³ *Ibíd.* Artículo 155.

c) Las Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia:

Dependencias administrativas departamentales del CONNA, con autonomía técnica, cuya función primordial es la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en el ámbito local.³⁴

Este órgano es de gran importancia, pues dentro de sus atribuciones encontramos la de conocer de las amenazas o violaciones individualizadas de los derechos de los niños, dictar y velar por la aplicación de las medidas administrativas de protección que sean necesarias para proteger los derechos amenazados o violados, registrar las medidas de protección dictadas y requerir de entidades de atención para la realización de actuaciones necesarias para la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.³⁵

Llama la atención que, a diferencia de Chile, en El Salvador las medidas de protección no son una función privativa del Poder Judicial, sino que, con el objetivo de crear un verdadero sistema estructural de protección, se le ha dado la atribución de dictar estas medidas a un órgano administrativo. Esto permite descongestionar la labor de los jueces, y dar un trato más especializado al resguardo de los derechos de los niños.

³⁴ *Ibíd.* Artículo 159

³⁵ *Ibíd.* Artículo 161.

d) Las Asociaciones de Promoción y Asistencia:

Son formas de organización legalmente constituidas para la protección local de los derechos de la niñez y de la adolescencia e integradas en la Red de Atención Compartida. Algunas de sus funciones son: la aplicación de medios alternativos de solución de conflictos, asesorar a las niñas, niños y adolescentes o a sus familias para el ejercicio de sus derechos, abogar ante las instancias administrativas, educativas y comunitarias.

e) La Red de Atención Compartida:

Conjunto coordinado de entidades de atención, cuyos miembros tienen la función de protección, atención, defensa, estudio, promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.³⁶ Participan en la ejecución de la Política Nacional de Protección.

f) El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia:

Su función es supervisar la actuación y el funcionamiento de los programas de las entidades de atención y en particular verificar la situación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren sometidos a medidas de acogimiento.

³⁶ *Ibíd.* Artículo 169.

g) El Órgano Judicial:

Consiste en el conjunto de Juzgados Especializados y las Cámaras Especializadas de Niñez y Adolescencia que intervienen y son competentes para la aplicación de la LEPINA en los procesos judiciales.³⁷

h) La Procuraduría General de la República:

Da asistencia legal a las niñas, niños y adolescentes, representándolos judicialmente en la defensa de sus derechos, cuando por disposición legal corresponda o cuando la madre, el padre, representante o responsable no pueda o no deba hacerlo por interés superior del niño.

i) La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos:

Dará aviso a la Procuraduría General de la República y a la Fiscalía General de la República, según corresponda, cuando tenga conocimiento de una violación o amenaza de los derechos de las niñas, niños y adolescentes para que ejerzan las acciones correspondientes.³⁸

³⁷ MORLACHETTI, Alejandro, Ob. Cit. p. 58

³⁸ *Ibíd.* p. 59

La LEPINA ha sido fuertemente criticada por la gran demora que ha existido en su implementación y en el de sus instituciones, debido a la falta de recursos. Sin embargo, debemos recordar que un sistema tan novedoso como el que se pretende instaurar con esta ley de protección constituye un desafío para cualquier país. Y que impulsar a todo el aparato estatal con el fin de obtener una participación integral de sus organismos, en ningún caso podría ser fácil.

La forma en que se ha estructurado este sistema de protección, pretende no sólo hacer frente a la amenaza o violación de derechos de los niños, sino que además crea una Política Nacional de Protección, mediante la cual todo el Estado salvadoreño se encuentra involucrado en dicha protección y en el cumplimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. La elaboración de este sistema nos lleva a concluir que si un país decide tomarse en serio el resguardo de niños, niñas y adolescentes, siguiendo muy de cerca lo establecido en la Convención, podremos obtener una participación nacional e integral para la protección de sus derechos.

1.2.2. Uruguay: Código de la Niñez y la Adolescencia.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fue ratificada por el Estado uruguayo en el año 1990, por la ley N°16.137. Con la incorporación de este instrumento internacional Uruguay, al igual que muchos otros países, se encontró en la situación de que su legislación interna era completamente contradictoria a los principios y derechos establecidos en la Convención.

Desde 1934 rigió en Uruguay el Código del Niño, norma que fue considerada en su época modelo de la concepción dominante, que posteriormente fue identificada como “Doctrina de la Situación Irregular”.³⁹ En este código, el Juez de Menores actuaba con un rol paternalista y completamente discrecional respecto de aquellos niños que se encontraban en situaciones de abandono. Esta legislación chocaba fuertemente con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por lo que luego de grandes esfuerzos legislativos, que duraron aproximadamente diez años, se promulgó el 7 de septiembre del año 2004, por el Poder Ejecutivo, la ley N°17.823 o Código de la Niñez y de la Adolescencia, la que entró en vigencia a fines de dicho mes.

Este Código de la Niñez y de la Adolescencia sistematiza y contiene la mayoría de las disposiciones relacionadas con las niñas, niños y adolescentes. En su artículo primero se establece su ámbito de aplicación, cual es el de todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad. Entendiéndose por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad.⁴⁰

En relación a los principios que rigen esta ley, el artículo 2 dispone que todos los niños y adolescentes son sujetos de derecho, deberes y garantías,

³⁹ PÉREZ M. Ricardo. Uruguay Reflexiones sobre el Código de la Niñez y Adolescencia, Ley N° 7.283, [en línea] Justicia y Derechos del Niño, número 6. 2004. <http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayDerechos6.pdf> [consulta 10 de septiembre 2014] p. 269

⁴⁰ URUGUAY. Asamblea General. Ley N° 17.823 “Código de la Niñez y Adolescencia”. Versión de 7 de septiembre de 2004. Artículo 1.

inherentes a su calidad de personas humanas. Se consagra así un elemento cardinal, que consiste esencialmente en la puesta en práctica de este principio general respecto de las personas de hasta 18 años de edad, a los cuales se rescata de la consideración como objetos que habían sido hasta el presente.⁴¹

A su vez, tanto el artículo 3 como el artículo 7 de este Código se refieren a la protección de los derechos de los niños y adolescentes señalando, en primer lugar, que ellos tienen derecho a las medidas especiales de protección,⁴² y en segundo lugar, estableciendo una concurrencia para la efectividad y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así, en el número 1 del artículo séptimo, se señala que la efectividad u protección de los derechos de los niños y adolescentes es prioritariamente de los padres o tutores -en su caso- sin perjuicio de la corresponsabilidad de la familia, la comunidad y el Estado. En el número 2 del mismo artículo se establece el deber del Estado de actuar en las tareas de orientación y fijación de políticas generales aplicables a las distintas áreas vinculadas a la niñez, adolescencia y familia. Finalmente, el número 3 indica que en casos de insuficiencia, defecto o imposibilidad de los padres y demás obligados, el Estado deberá actuar con el fin de garantizar adecuadamente el goce y ejercicio de los niños y adolescentes.

⁴¹ PÉREZ M. Ricardo, Ob. Cit., p. 271

⁴² URUGUAY. Asamblea General. Ley N° 17.823. Artículo 3.

Cabe, además, hacer presente la importancia del artículo 6, el cual define el principio de interés superior del niño y adolescente como el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a la calidad humana, y se establece su relevancia como criterio específico de interpretación e integración, según el cual dicho principio no puede ser utilizado para menoscabar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La incorporación de los principios, señalados precedentemente, son el fiel reflejo de cómo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es el eje central de las reformas de las legislaciones protectoras de los niños, y cómo sus principios son incorporados dentro de estas normas.

Una vez conocidos los principios que fundan el Código de la Niñez y Adolescencia, debemos ver cuál es su funcionamiento.

Si bien el Código define una institucionalidad para la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, no lo define como un sistema de protección integral.⁴³ Sin embargo, varias de sus disposiciones e instituciones nos llevan a pensar que sí podría considerarse una estructura integral para el resguardo de los niños. Como, por ejemplo, el Capítulo VI se denomina Políticas Sociales de Promoción y Protección a la Niñez y Adolescencia, y señala determinados objetivos fundamentales, que debe alcanzar una política social, y qué acciones se llevarán a cabo para lograr dichos objetivos. Además, en lo que respecta a la

⁴³ MORLACHETTI, Alejandro, Ob.Cit., p. 65

rectoría de las políticas de niñez y adolescencia, el Código establece que va a ser ejercida por el Instituto Nacional del Menor, institución que ya existía desde su creación en 1988 mediante la ley N°15.977 y que a partir de la adopción del Código pasa a denominarse “Instituto del Niño y Adolescente de Uruguay” (INAU).⁴⁴

Las principales funciones que tiene el INAU, según el artículo 68 del Código, son:

- Velar por una adecuada admisión, ingreso, atención, derivación y desvinculación de los niños y de los adolescentes bajo su cuidado.
- Procurar que todos los niños y adolescentes tengan igualdad de oportunidades para acceder a los recursos sociales, a efectos de poder desarrollar sus potencialidades y de conformar personalidades autónomas capaces de integrarse socialmente en forma activa y responsable.
- Orientar y apoyar a los adolescentes que, estando a disposición del Instituto Nacional del Menor, alcanzaren la mayoría de edad, para hacerse cargo de sus vidas en forma independiente.
- Fiscalizar, en forma periódica, las instituciones privadas a las que concurren niños y adolescentes.

⁴⁴ Ibíd. p. 66

- Fiscalizar toda institución privada, comunitaria o no gubernamental con la que ejecute programas bajo la modalidad de convenios.
- Incorporar en todos los programas que gestione, en forma directa o en la modalidad de convenio, un enfoque comprensivo de las diversas situaciones familiares de los niños y adolescentes.

El sistema institucional que plantea el Código de la Niñez se completa con la creación del Consejo Nacional Consultivo Honorario de los Derechos del Niño y Adolescente. Este órgano es de carácter consultivo, está integrado por órganos estatales y no estatales, y está adscrito al Ministerio de Educación y Cultura.⁴⁵

Los fines del Consejo, según lo establecido en el artículo 214 del Código, son:

- 1) Promover la coordinación e integración de las políticas sectoriales de atención a la niñez y adolescencia, diseñadas por parte de diferentes entidades públicas vinculadas al tema.
- 2) Elaborar un documento anual que contemple lo establecido en el numeral anterior.
- 3) Ser oído preceptivamente en la elaboración que el Estado debe elevar al Comité sobre los Derechos del Niño a las Naciones Unidas.
- 4) Opinar, a requerimiento expreso, sobre las leyes de presupuesto, rendición de cuentas y demás normas y programas que tengan relación con la niñez y adolescencia.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 67

El Comité de los Derechos del Niño, en su observación final adoptada en 2007, manifestó su agrado respecto a la adopción de la nueva estructura legal que incorpora un sistema integrado de protección y los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, el Comité observó que había inconvenientes con la aplicación práctica del Código y solicitó al Uruguay que garantice la aplicación efectiva del Código de la Infancia y la Adolescencia mediante estructuras institucionales adecuadas y la asignación de recursos humanos y financieros suficientes.⁴⁶ A su vez, el Código ha sido criticado pues en relación a la concurrencia para la efectividad y protección de los derechos de los niños y adolescentes establecido en el artículo 7, opera una inversión en el orden de los garantes de los derechos humanos de los niños y adolescentes, colocando a la familia como primer responsable, lo que implica cambiar el orden de la Convención, que habla de la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad.⁴⁷

A pesar de las críticas mencionadas precedentemente, debe tenerse en consideración que el paradigma de la situación irregular ha estado incorporado en las legislaciones durante mucho tiempo, y por tanto, un cambio institucional de tanta magnitud como el que se pretendió con la dictación del Código de la Niñez y Adolescencia, nunca podría estar completamente exento de los

⁴⁶ *Ibíd.* p. 68

⁴⁷ PÉREZ M. Ricardo, *Ob. Cit.* p. 215

resabios que quedan de la doctrina anterior. Sin embargo, considero que sí es relevante una revisión de aquellas disposiciones de este código que chocan intensamente con los preceptos de la Convención, como lo es el caso del artículo 7 ya señalado.

Es claro que tanto el sistema integral del Estado salvadoreño como el del Estado uruguayo, tienen grandes falencias respecto a su implementación y a su financiamiento. Sin embargo, debemos rescatar ambas iniciativas, pues estos dos países son un ejemplo de lo que significa dar a un tratado internacional la importancia que le corresponde. La incorporación de sistemas estructurales e integrales en ambos Estados es la consecuencia de darle a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño el valor y la aplicación que realmente necesita para constituirse como un instrumento que ha revolucionado los paradigmas existentes.

Es imperativo que nuestro país tome el ejemplo, tanto de El Salvador y de Uruguay, y comience a velar por un efectivo cumplimiento de la Convención, no sólo a través del establecimiento de un procedimiento de aplicación de medidas de protección, a través del órgano jurisdiccional, sino más bien mediante la instauración de una estructura que involucre otros organismos del Estado y de la sociedad. La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no puede ser una preocupación única de nuestros tribunales de justicia, sino que debe ser un tema que nos interese a todos como país. Por esta razón, la

instauración de un sistema integral de medidas de protección se vislumbra como una de las mejores opciones para conducir a Chile a un resguardo más efectivo de los derechos de los niños.

Se presenta así una nueva meta para nuestro país en relación a la infancia: la implementación de un sistema de protección integral. Sin perjuicio de este nuevo objetivo, no podemos dejar de lado las distintas falencias que han existido en otros países en cuanto a la creación de instrumentos que buscan la protección de los niños. Por tanto, además de un nuevo sistema, es necesario tomar los ejemplos de nuestros países vecinos para no caer en sus mismos errores, y, de esta forma, crear un conjunto de órganos y leyes que permitan dar un resguardo adecuado y efectivo a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO II: HISTORIA Y EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE

Hemos analizado cuál fue la evolución de la protección de los niños a nivel internacional, especialmente la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en algunos países de Latinoamérica. Cabe preguntarnos ahora, cómo ha evolucionado a lo largo de los años la protección de los derechos del niño en nuestro país, y, cuál ha sido la incidencia de este instrumento internacional en los cambios que se han suscitado durante los últimos años.

Las normas pueden ser consideradas como el reflejo de las necesidades de una nación, por ello es importante conocer cuál es el contexto que les dio origen. De esta forma, el presente capítulo busca relatar cuáles fueron las condiciones y circunstancias que dieron paso al nacimiento, y, posterior desarrollo de las medidas para proteger los derechos de los menores.

2.1. La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, antes de la ley 19.968

2.1.1. El comienzo de las iniciativas protectoras del menor

Las primeras acciones de atención a la infancia en el país, se vincularon a las labores sociales realizadas por la Iglesia y las agrupaciones de carácter privado, quienes realizaron obras de caridad y beneficencia hacia los niños desde tiempos coloniales. Durante siglos el tipo de atención estuvo caracterizado por la presencia de instituciones que sostenían establecimientos con características de asilos, casas de expósitos, ollas infantiles, gotas de leche, entre otras formas de asistencialidad.⁴⁸

No fue sino hasta finales del siglo XIX con la dictación del Código Penal, que se crearon nuevas, aunque escasas, disposiciones que propendían a mejorar la situación de menores acusados de cometer algún delito. Así, por ejemplo, se otorgaba una pena atenuada con relación a los adultos, tanto para el niño que había sido declarado con discernimiento, como para el mayor de dieciséis y menor de dieciocho.⁴⁹

Por otro lado, el ámbito del Derecho Civil tampoco regulaba de manera precisa los asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Las normas

⁴⁸ FARÍAS, Ana María. 2003. El difícil camino hacia la construcción del niño como Sujeto de Derechos. Revista Derechos del Niño Número Dos. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. p. 190

⁴⁹ CILLERO, Miguel. 1994. Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile. Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay. p. 88

penales eran congruentes con las establecidas en el Código Civil relativas a la responsabilidad civil. Por tanto, se establecía que el juez podría determinar si el menor de dieciséis años había cometido el delito o cuasidelito.⁵⁰ Tanto para la determinación de responsabilidad civil como para la determinación de la responsabilidad penal, el discernimiento era un elemento clave. En otras palabras, para que un juez considerara que efectivamente se había verificado un ilícito civil o penal, debía evaluar si el menor había tenido o no plena conciencia de lo que había hecho. Para ayudar al juez en esta labor, existían dos presunciones: por un lado, se presumía que los menores de diez años no tenían discernimiento y, por el otro, que los mayores de dieciséis sí lo tenían. A aquellos que se encontraban en el rango entre los diez y los dieciséis se les presumía que no existía discernimiento, a menos que el juez determinara lo contrario.

Sin perjuicio de esta regulación, el sistema tenía diversas deficiencias, constituyéndose como una de las más importantes la inexistencia de una definición de discernimiento.

Se vislumbra, de esta manera, que en esta época ni el ámbito penal ni el ámbito civil daban una verdadera protección a los niños, niñas y adolescentes. Se trata de un período marcado por un énfasis jurídico-penal, preocupado más de restablecer y mantener el orden social y familiar, que de la situación personal de

⁵⁰ ULRIKSEN, Germán. 2003. Derecho de Menores. Procedimientos y Formularios. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica La Ley Ltda., Segunda Edición. p. 29

los niños. El problema de la responsabilidad de los menores es enfocado desde un punto de vista técnico-penal, y la acción jurisdiccional del Estado se limita sólo a aplicar penas o a inhibirse de ello.⁵¹

A comienzos del siglo XX, con la implementación de la Escuela Correccional del Niño, la visión de cómo debía influir la preparación laboral de los niños comenzó a estar presente en la creación de normas de atención a la infancia. Independiente de las características de la institución -fuera esta pública o privada, de beneficencia, correccional o penal- el objetivo que comienza a guiar la internación y las acciones de enseñanza e instrucción de los niños en los primeros años del siglo XX, es la normalización de la futura clase trabajadora a través de los objetivos de la regeneración y protección de la infancia desvalida.⁵² En el año 1912, y con el objetivo de ir en esa dirección, se creó el primer instrumento jurídico dirigido a la infancia: la Ley sobre Protección a la Infancia Desvalida.

Este nuevo instrumento legal facultaba al juez para colocar al menor abandonado en algún establecimiento de reforma, beneficencia u otro que designare el Presidente de la República. Sin embargo, esta ley apenas logró solucionar el problema del menor abandonado o a cargo de alguna persona física o moralmente inhábil, encomendándolo “provisionalmente” bajo el cuidado

⁵¹ CILLERO, Miguel, Ob. Cit. p. 92

⁵² FARÍAS, Ana María, Ob. Cit., p. 197

personal de las instituciones que ella misma indicaba.⁵³ Además, los continuos reclamos de las autoridades policiales, judiciales y de los encargados de establecimientos correccionales, dieron cuenta de la falta de recursos y disposiciones que permitieran su real aplicación.⁵⁴

Aun cuando los principios de protección expresados en la Ley sobre Protección a la Infancia Desvalida no pudieron asentarse efectivamente, esta ley hizo nacer en Chile la conciencia de que la creación de un marco jurídico que diera una real protección a los niños, niñas y adolescentes que se encontraban en condiciones de vulnerabilidad o cuyos derechos se veían amenazados, era una necesidad imperiosa de nuestro país.

Durante la segunda década del siglo XX en Chile había comenzado un proceso de renovación, lo que llevó a la dictación de numerosas normas relacionadas con la protección del proletariado y de la sociedad. La legislación, en materia de niños, no estuvo exenta de estos cambios. Ante esta nueva perspectiva, era necesaria la creación de un nuevo sistema que diera una tutela efectiva a los derechos de los niños, que ya en 1924 habían sido reconocidos a nivel internacional mediante la Declaración sobre los Derechos del Niño, para resolver aquellos problemas que durante años habían quedado sin respuesta.

⁵³ FUCHSLOCHER, Edmundo. 1965. *Derecho de Menores*, Tomo I. Valparaíso, Chile. Imprenta Mercantil. p.287

⁵⁴ FARÍAS, Ana María, loc. cit.

Consciente el legislador de nuestro país de la necesidad ineludible que existía de contar con una adecuada ley sobre protección de menores, ante los hechos que en realidad presentaba la delincuencia infantil, el abandono, y, en general la conducta irregular del niño y del adolescente, no sin valorar previamente lo que otros países de avanzada cultura, como la europea, habían emprendido para solucionar estos problemas, unido a lo que en tales reuniones internacionales sobre Infancia y Adolescencia y Derecho Social se preconizaba, por fin, después de algunos años de maduración de la idea de legislar, tomó cuerpo esta iniciativa.⁵⁵

A partir del año 1926 comienzan a presentarse diversos proyectos de ley, que plasmaban el nuevo pensamiento que surgía en relación a la situación de los menores. Un ejemplo de este espíritu reinante puede encontrarse en el mensaje del Ejecutivo con el que se envió el proyecto de Ley de Menores el 8 de Agosto de 1927: “En el orden penal, nuestra legislación es todavía deficiente, alejada de todo principio de economía social y sin base verdaderamente científica, aplica al menor el mismo tratamiento jurídico que al adulto y se preocupa sólo de reprimir, de defenderse de ciertos elementos que en determinadas circunstancias podrían transformarse en factores de gran utilidad, mediante un tratamiento científico adecuado.”⁵⁶

⁵⁵ FUCHSLOCHER, Edmundo, Ob. Cit. p. 290

⁵⁶ CILLERO, Miguel, Ob. Cit. p.94

En septiembre de 1927 se designó una comisión mixta que estudió los proyectos presentados, elaborando su propio proyecto, que luego de arduos y largos debates, su posterior revisión por parte de la Comisión de Legislación y Justicia se convirtió en la Ley N° 4.447, sobre Protección de Menores.⁵⁷

2.2. Las leyes de menores: doctrina de la situación irregular.

2.2.1. Dictación, reformas y modificaciones de las leyes de menores.

La ley de Protección de Menores entró en vigencia en 1929. Su dictación traía consigo no solo la solución a diversos problemas que existían en materia de infancia, sino que además, significaba el cambio de la mentalidad en el legislador respecto de la niñez, lo que se tradujo en la posterior dictación de normas basadas en un nuevo paradigma, el de la situación irregular.

En este modelo se le otorgó un amplísimo poder a la figura del Juez Tutelar de Menores, quien tenía un rol protector y educativo, a diferencia del rol represivo del sistema penal para adulto.⁵⁸ Se crearon además los Tribunales de Menores, con el objetivo de dar un conocimiento especializado a las materias que concernían a los niños y adolescentes. El sistema tutelar estructuró una institucionalidad única para dar una respuesta social a dos problemas diversos y no necesariamente interconectados: los niños y adolescentes infractores de

⁵⁷ ULRIKSEN, Germán, Ob. Cit. p. 35

⁵⁸ CILLERO, Miguel, Ob. Cit. p. 77

ley y aquellos que requerían de protección y/o rehabilitación. Esta respuesta social asume la internación como un instrumento eficaz y eficiente para proteger al menor en situación irregular, sustituyendo en la práctica en los casos de “irregularidad”, el rol primordial que la familia debiera tener en la crianza de los niños y adolescentes.⁵⁹ De acuerdo con la ideología que inspiró dicha ley, la expresión situación irregular alude a estados tan diversos que van desde la delincuencia hasta el abandono de niños, pasando por otras situaciones de peligro material o moral, generalmente producto de la marginalidad socioeconómica de los niños y sus familias. Esta ley se convirtió en la piedra angular de la protección a la infancia.⁶⁰

Sin embargo, a lo largo de su historia, la ley N° 4.447 fue objeto de distintas modificaciones, entre las más relevantes encontramos las de la ley N°9.293 del año 1949, que estableció que todas las pruebas se apreciarían en conciencia y la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes y de terceros bajo apercibimiento de arresto. Además, en el año 1961 y en el año 1962 se dictaron dos nuevas leyes que significaron un avance de gran importancia en la legislación de menores: la ley N° 14.550 y la ley N° 14.907, respectivamente. La primera introdujo modificaciones relevantes en el ámbito orgánico y procesal

⁵⁹ TELLO, Cristóbal. 2003. Niños, Adolescentes y el Sistema Chile Solidario: ¿Una Oportunidad para Constituir un Nuevo Actor Estratégico de las Políticas Públicas en Chile? Revista Derechos del Niño Número Dos. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. p. 14

⁶⁰ FARÍAS, Ana María. 2002. Uso del Internado en el Sistema de Protección en Chile. Internación de Niños ¿el comienzo del fin? [en línea] <http://www.unicef.cl/archivos_documento/2/internacion.pdf> [consulta 15 de abril de 2014] p. 85

como, por ejemplo, incluir a los Juzgados de Menores dentro de los escalafones del Poder Judicial para aplicárseles el Código Orgánico de Tribunales, que estos tribunales comenzaran a denominarse Juzgados de Letras de Menores, y además, se estableció la obligación de oír al menor para la aplicación de las medidas de protección, entre otras modificaciones. Por su parte, la ley N° 14.907 también introdujo reformas importantes, dentro de las cuales se encontraba la ampliación de la competencia de los asuntos que conocían los jueces de menores y además, se impuso la función al Servicio Nacional de Salud de atender al cuidado personal, educación y moral de los menores que, en los casos señalados por la ley correspondían al Estado.

Finalmente en el año 1967, fue dictada la ley N° 16.618, la cual además de agregar algunos cambios, fijaba el texto definitivo de la ley N° 4.447. Esta ley es heredera de la tradición legislativa que se ha estudiado; doctrinariamente es una ley que se funda en las teorías que sirvieron de sustento al naciente Derecho de Menores. Conservó algunas de las ideas básicas, entre ellas la necesidad de contar con una legislación especial que abarque todos los problemas de la infancia y regule la actuación del Estado en materia administrativa y jurisdiccional, aplicación de un solo catálogo de medidas de protección a todos los niños, flexibilidad en los procedimientos y mantención del discernimiento sin una definición legal.⁶¹

⁶¹ ULRIKSEN, Germán, Ob. Cit p. 39

La legislación de menores ha pasado por distintas etapas, sin embargo, el patrón constante a lo largo de su historia ha sido dar un tratamiento cada vez más especializado a los problemas de la infancia. En sus inicios la protección que existía era ínfima pero, luego producto de las distintas contingencias ocurridas a nivel internacional y también nacional, el concepto de menor fue cambiando. La ley de menores N° 4.447, fijada finalmente por la ley N°16.618, fue fundamental para la transformación de la mentalidad del legislador. La dictación de esta ley constituyó el primer eslabón de la cadena legislativa en orden a dar un procedimiento adecuado y especializado en la protección del menor.

2.2.2. El paradigma de la situación irregular en las leyes de menores.

Si bien es una realidad que la legislación creada durante el siglo XX significó un gran avance en materia de protección al menor, no se puede dejar de tener en cuenta cuáles eran los fundamentos y bases de dichas leyes.

El paradigma sobre el cual se construyó el Derecho de Menores durante ese período, es uno que hoy en día se encuentra en vías de extinción, llamado “doctrina de la situación irregular”. La primera ley que adscribió a este paradigma en Chile fue la ley N° 4.447, y, como consecuencia de esto, las demás leyes que se fueron dictando se fundaron, a su vez, en él. Estas leyes conciben a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales, en palabras de Antonio Carlos

Gomes da Costa, una definición basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces.⁶²

El paradigma de la situación irregular, lejos de garantizar el buen cuidado y las situaciones para suplir lo que, por razones socio-económicas, no estaba al alcance de infantes y adolescentes, se convirtió en una fuente de inspiración de legislaciones plagadas de todo tipo de abusos. La pobreza y el desamparo se castigaban mediante procesos que no guardaban el mínimo de respeto de los derechos humanos. Se exoneró a la sociedad y a la familia de cualquier responsabilidad con respecto a las condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes y el Estado asumió la tutela.⁶³ La esencia de esta doctrina se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los menores. La indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico. En este sentido, la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular, resulta

⁶² BELOFF, Mary. 1999. Modelo de la Protección Integral de los derechos del niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar, [en línea] Justicia y Derechos del Niño, Número 1.

<http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf> [consulta 25 de Junio de 2014]. p. 13

⁶³ FREITES, Luisa. 2008. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Apuntes Básicos. [En línea] Revista Educere 2008 12 (42)

<<http://www.redalyc.org/pdf/356/35614569002.pdf>> [consulta 3 de Abril de 2014]p. 432

inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas.⁶⁴

En conclusión, un sistema basado en este paradigma contiene algunos de los siguientes indicadores:

- Presuponen una división conceptual al interior de la categoría de la infancia. Por un lado, se encuentran los niños, niñas y adolescentes y, por otro, los menores.⁶⁵ En este sentido quienes son los titulares de esta legislación serán los menores, mientras que a los niños, niñas y adolescentes no se les aplica.
- Los niños son considerados objetos de protección y no sujetos de derecho. Este sistema ve a los niños como incapaces de tener una opinión propia y de poder ejercer sus propios derechos.
- Se le da al juez un papel preponderante, dotado de competencias muy amplias. En la misma lógica, se afecta la función jurisdiccional, ya que el juez de menores debe ocuparse no solo de las cuestiones judiciales sino también de suplir las deficiencias

⁶⁴ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. 1997. La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos [en línea] <http://www.iin.oea.org/La_convencion_internacional.pdf> [consulta 15 de Agosto de 2015] p.4

⁶⁵ MILLÁN, Patricio y Villavicencio Luis. 2002. La Representación de Niños, Niñas y Adolescentes en los Procedimientos para la Adopción de Medidas de Protección. Revista Derechos del Niño Uno. [en línea] <http://www.unicef.cl/archivos_documento/10/RevistaDerechos1.pdf> [consulta 3 de Julio de 2014]p.45

de la falta de políticas sociales adecuadas.⁶⁶ A modo de ejemplo, el artículo 22 de la ley N° 16.618 exige al juez tener conocimientos de psicología.

- Se confunden los niños o adolescentes que cometen delitos, con aquellos que son objetos de medidas de protección u otras políticas asistenciales. Esta confusión entre la respuesta penal y la protección de la infancia en peligro moral o material, criminaliza la pobreza justificando las internaciones que son, en realidad, auténticas privaciones de libertad, por razones basadas en la pura falta o carencia de recursos materiales.⁶⁷

Estos elementos característicos posibilitan identificar un sistema basado en el paradigma de la situación irregular, una doctrina que, con la creación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, poco a poco fue dejada de lado.

⁶⁶ BELOFF, Mary, Ob. Cit. p. 15

⁶⁷ MILLÁN, Patricio y Villavicencio Luis, op. cit., p. 47

2.3. La ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: adecuación de la legislación chilena a los estándares internacionales de protección de la infancia.

En el año 1990 Chile, al igual que otros países en América Latina y el mundo, ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Con esta ratificación, Chile se comprometía no sólo a reconocer una serie de derechos destinados a los niños, niñas y adolescentes, sino que además a cambiar su legislación y a adecuarla para que el derecho interno se ajustara a lo señalado en la Convención, como lo prescribe su artículo 4.⁶⁸ De esta forma, nuestro país comenzó a mover los engranajes legislativos con el fin de reformar todas aquellas leyes que se ajustaban al paradigma antiguo, es decir, al paradigma de la situación irregular, para que reflejaran el nuevo sistema al cual adscribe este instrumento, cual es el de la protección integral del niño.

El proceso de reformas, luego de la ratificación, fue lento y prolongado. Poco a poco se fue modificando el derecho sustantivo y se crearon nuevas normativas. Algunos ejemplos fueron: la reforma al Código Civil, que puso término a la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos del año 1998; la ley que reguló en forma más precisa los delitos sexuales del año 1999, y la reforma constitucional que garantizó a todos los niños 12 años de escolaridad, del año 2003. Sin

⁶⁸ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 830, que promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Versión de 27 Septiembre de 1990. Artículo 4.

embargo, el derecho procesal fue dejado de lado, lo que creó una contradicción entre ambos. Esta falta de concordancia entre los aspectos sustantivos y los adjetivos del Derecho de Familia, generaba un efecto perverso: quitaba eficacia a los cambios introducidos en el primero y fortalecía la percepción social en torno a que las reformas legales eran asuntos meramente teóricos que sólo interesaban a parlamentarios y a juristas pero que no alcanzaban al ciudadano común que, enfrentado a la práctica judicial, no percibía cambio alguno.⁶⁹

Esta incongruencia entre los elementos del Derecho de Familia había nacido con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y, a pesar de que algunas autoridades habían planteado a comienzos de los años noventa una reforma en el ámbito procesal, el tiempo que demoraron en presentar un proyecto fue relativamente extenso.

Desde 1993, año en que la Comisión Nacional de la Familia abogaba por la creación de Tribunales de Familia, debieron pasar cinco años para que el 11 de noviembre de 1997 fuera presentado por el Ejecutivo el proyecto que los creaba.⁷⁰ El mensaje del proyecto hizo patente la contradicción que existía entre los elementos sustantivos y los procesales del Derecho de Familia, señalando: “Una de las características de nuestro proceso de desarrollo y de nuestra evolución histórica, es la asimetría que es posible advertir entre, por

⁶⁹ TURNER SAELZER, Susan. 2002. Los Tribunales de Familia. *Ius et Praxis* [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122002000200013&lnes&nrm=i>. ISSN 0718-0012. http://dx.doi.org/10.4067/S0718_00122002000200013> [consulta 24 de Junio de 2014]. p. 3

⁷⁰ *Ibid*, p. 1

una parte, el conjunto de transformaciones sociales y políticas que nuestro país ha experimentado en las últimas décadas y, por la otra, el estado de sus instituciones jurisdiccionales. [...] Esa asimetría no sólo se manifiesta en la incapacidad estructural de nuestro sistema de administración de justicia para hacer frente al crecimiento del litigio que, desde hace ya un par de décadas, experimenta nuestro país, sino que se manifiesta también en la falta de correspondencia que es posible constatar entre los procedimientos previstos para producir decisiones jurisdiccionales y la extrema diversidad de los conflictos que comparecen ante la judicatura reclamando solución.”⁷¹

El proyecto presentado en 1997, tenía como fundamentos crear un nuevo sistema procesal para regular los asuntos de familia en atención a las características particulares de esa materia. Los conflictos en el derecho de familia no podían seguir siendo conocidos mediante un procedimiento adversarial, en donde el juez no percibía lo que ocurría y que no propendía a soluciones cooperativas o alternativas. Por estas razones, el proyecto consistía en la elaboración de un nuevo procedimiento que, entre otros objetivos, favoreciera la inmediatez por parte del juez, acrecentara el acceso a la justicia de quienes habían sido habitualmente excluidos por carecer de recursos y además que ofreciera una serie de soluciones adecuadas para los problemas

⁷¹ Historia de la Ley n° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, disponible www.bcn.cl.

que se suscitaban en las familias. Junto con lo anterior, el proyecto buscaba alcanzar algunos objetivos específicos que eran considerados indispensables para la justicia de familia, ellos eran:

- La existencia de una jurisdicción especializada en asuntos de familia.
- Proporcionar a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas.
- Que esa jurisdicción tuviera un carácter interdisciplinario.
- Que atendida la naturaleza del conflicto familiar, el juez tuviera un conocimiento directo e inmediato de los asuntos.
- La incorporación en esta judicatura de elementos de modernización comunes al resto de la administración de justicia con el objetivo de que el ejercicio de la jurisdicción fuera lo más eficaz y eficiente posible.⁷²

En base a todos estos objetivos, se inició la tramitación de este proyecto que transformaría la judicatura de familia, para alcanzar lo establecido en los distintos tratados internacionales, y así comenzar a abandonar los paradigmas y doctrinas existentes con las leyes de menores.

⁷² *Ibíd.*

2.4. La ley 19.968: el abandono del paradigma de la situación irregular y el desarrollo de la protección integral.

En el año 2004 fue promulgada la ley N° 19.968, que creó los Tribunales de familia, la cual permitió acercar nuestra legislación a las disposiciones de la Convención y a los estándares internacionales sobre protección de la infancia. Lo que se buscó con ella era crear un cuerpo normativo que estableciera un procedimiento adecuado a los asuntos de familia, logrando terminar con la discrepancia entre el derecho sustantivo y el derecho procesal. Para terminar con esa contradicción, era necesario que la normativa de la ley N° 19.968 se fundara en los mismos principios y directrices en las cuales se habían basado las otras normas en materia de familia, creadas en el último tiempo. Así, la plataforma sobre la cual debía fundarse esta nueva ley debía ser la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

La ley N° 19.968, basándose en lo dispuesto en la Convención, contiene disposiciones que pretenden terminar con la doctrina de la situación irregular existente en la ley N° 16.618, y reemplazarla por la doctrina de la protección integral. Este nuevo paradigma, constituyó un cambio radical en la visión que se tenía de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto con éste se les daba un papel preponderante y mucho más participativo. Dicho paradigma reconoce a los niños como sujetos de derecho, entendiendo que ellos tienen la capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en los asuntos que les

conciernen, asumiendo, de igual modo, las responsabilidades inherentes al cumplimiento de deberes, es decir, les otorga el ejercicio paulatino de la ciudadanía.⁷³ Esta doctrina, supone terminar con la labor paternalista del Estado respecto de un determinado grupo de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. De esta forma, la Convención supuso el cambio de un paradigma restringido a uno abarcante. En el primero, se limitaba la protección para sólo un grupo de infantes vulnerables, acosados por la pobreza, el desamparo, la falta de acceso a los estudios.⁷⁴ En cambio, el objetivo del segundo es el reconocimiento de deberes del Estado y de la familia respecto de todos los niños, y no sólo en relación a un grupo específico.

La doctrina de la protección integral se funda, además, en el principio del interés superior del niño, así se encuentra establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y también en la ley N° 19.968, la cual agregó el derecho de los niños, niñas o adolescentes a ser oído. A pesar de que la Convención no determina el contenido de este principio, cabe concluir que “Interés” y “Superior” juntamente, quieren simplemente decir que lo que debe ser observado es el “bienestar” del niño.⁷⁵ Por otro lado, el artículo 16 de la ley N° 19.968 sí describe qué es lo que se debe entender por interés superior del niño, y lo define como el ejercicio y goce pleno y efectivo de los derechos y

⁷³ FREITES, Luisa. 2008. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Apuntes Básicos. [En línea] Revista Educere 2008 12 (42)
<<http://www.redalyc.org/pdf/356/35614569002.pdf>> [consulta 3 de Abril de 2014]p. 432

⁷⁴ Ibid p. 433

⁷⁵ ZERMATTEN, Jean, Ob. Cit.p. 7

garantías del niño, niña o adolescente. Además, al igual que en el artículo 3.1. de la Convención ⁷⁶, la ley impone un deber a los jueces de tomar siempre en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente y su derecho a ser oído cuando deba resolver algún asunto. En este sentido, la ley que crea los Tribunales de Familia contiene distintas disposiciones, en donde el niño debe participar de forma activa dando su opinión, la cual siempre ha de ser tenida en consideración por el juez. A modo de ejemplo, el artículo 79 de este cuerpo legal establece el derecho de audiencia con el juez, según el cual los niños, niñas o adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente. Esta disposición es el claro reflejo del abandono de la doctrina de la situación irregular en nuestro país, en donde antiguamente se consideraba al niño, niña o adolescente como un incapaz, que no sabía lo que quería y al cual le estaba vetado dar su opinión.

La ley N° 19.968 no fue novedosa solo en relación a la incorporación de principios inspirados en la doctrina de la protección integral, sino que además, con el objetivo de dar una mayor y mejor protección a los niños, niñas y adolescentes, se creó un procedimiento especial de aplicación de medidas de protección de sus derechos. Este procedimiento establecido en el párrafo primero del Título IV de la ley precedentemente mencionada, tiene por objeto

⁷⁶ El artículo 3.1. de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño dispone: “ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

que, en los casos que la ley establece que existe una vulneración o amenaza de los derechos de un niño, niña o adolescente, el juez podrá adoptar las medidas tendientes a su protección. Regulado a partir del artículo 68 hasta el 80 bis de la ley 19.968, se señala cuáles pueden ser estas medidas, cuál es el procedimiento mediante el cual deben aplicarse y, además, se establecen una serie de obligaciones de fiscalización por parte de los jueces y de otros organismos encargados de las medidas de protección. Además, es necesario tener presente que durante la aplicación de alguna medida de protección, el juez debe siempre tomar en cuenta el interés superior del niño y su opinión. Con esto se cumple cabalmente con lo establecido en los artículos 3 y 12 de la CIDN⁷⁷. Este procedimiento es el fiel reflejo de cómo la Convención Internacional sobre los Derechos del niño ha permitido desarrollar una legislación que está más acorde con una debida protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La historia de la legislación protectora de menores ha dado cuenta de cómo nuestro país en esta materia ha ido de menos a más. Chile tuvo un comienzo más bien flojo en cuanto al resguardo de los derechos de los niños, sin

⁷⁷ El artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

embargo, a través de los años se fueron creando y reforzando nuevos mecanismos de protección, culminando con ley 19.968 que significó el abandono del paradigma de la situación irregular. De esta forma, se adecuó el derecho procesal en materia de familia a los estándares introducidos por la convención, para poder dar un cabal cumplimiento a lo establecido en este documento y proteger de la mejor manera posible a los niños, niñas y adolescentes. Sin perjuicio de estos avances, a nuestro legislador le queda muchísimo por hacer en cuanto al resguardo de estos derechos. El sistema actual cuenta con distintas falencias, que serán analizadas en el siguiente capítulo, lo que obliga a nuestras autoridades y a la sociedad a seguir luchando por una mayor y mejor protección en materia de infancia.

**CAPÍTULO III: EL PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES: DESAFÍOS PARA UN SISTEMA VERDADERAMENTE
EFICAZ.**

Este capítulo busca responder la interrogante de ¿cómo se aplican y fiscalizan las medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes? Para poder cumplir con nuestro objetivo, esto es, analizar la aplicación y fiscalización de las medidas que buscan resguardar estos derechos, revisaremos los deberes de protección que impone la Convención Internacional sobre los Derechos del niño a los distintos órganos de nuestra sociedad, también, examinaremos el procedimiento establecido en los artículos 68 y siguientes de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, en orden a entender cuáles son los requisitos que deben concurrir para que un juez decrete una medida de protección y, qué naturaleza jurídica tienen estas medidas. Además, veremos cómo en la práctica, los jueces cumplen su deber de aplicación y fiscalización de dichas medidas, y si el resultado que se busca con este procedimiento, esto es, la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, se cumple de manera eficaz.

3.1. Los deberes de protección establecidos por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Estado como garante subsidiario de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Como se ha mencionado anteriormente en este documento, Chile ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el año 1990. A partir de este suceso, nuestro país se obligó a garantizar y dar cumplimiento a lo dispuesto en dicho instrumento internacional, el cual, además de establecer un conjunto de derechos destinados a niños, niñas y adolescentes, y de imponer una serie de deberes a los Estados y a la sociedad, propendía a la creación de mecanismos que permitieran terminar con las vulneraciones de los derechos de los niños.

Cabe entonces preguntarnos qué se ha entendido por vulneración de derechos. La Real Academia Española señala que vulnerar significa “dañar o perjudicar”⁷⁸. Basándonos en esta definición, podríamos concluir que vulnerar los derechos de los niños significaría dañarlos. Por otro lado, la noción de vulnerabilidad puede ser entendida como un proceso multidimensional que confluye en el riesgo o probabilidad del individuo, hogar o comunidad de ser herido, lesionado o dañado ante cambios o permanencia de situaciones externas y/o internas.⁷⁹ Esta segunda concepción es más amplia que la entregada por la

⁷⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 23ª Edición. Madrid 2014.

⁷⁹ BUSSO, Gustavo. “Vulnerabilidad Social: Nociones e implicancias de Políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI”. Seminario Internacional: Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe, CEPAL, Julio 2001. p. 8

Real Academia Española, y permite una mejor comprensión de lo que pretende resguardar la Convención de los Derechos del Niño, por cuanto ésta, busca no sólo proteger al niño, niña o adolescente cuando sus derechos han sido dañados, sino que también, establece la obligación de los Estados de prever y terminar con las amenazas dirigidas a ellos.

El artículo 19 de la Convención nos da una aproximación de qué situaciones son catalogadas como situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, en virtud de las cuales el Estado tiene la obligación de actuar. Así, esta disposición señala que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo.”⁸⁰

Por su parte, el Número 2 del artículo 3 de este mismo instrumento internacional, dispone que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas

⁸⁰ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 830, que promulga la Convención sobre los Derechos del Niño. Versión de 27 de septiembre de 1990. Artículo 19.

legislativas y administrativas adecuadas.”⁸¹ A partir de esta disposición, podemos concluir que el Estado se configura como uno de los garantes principales de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, se reconoce a la familia como el medio natural para el desarrollo y bienestar de los niños, que los padres tienen la responsabilidad primordial en la crianza y que el niño tiene, en la medida de lo posible, el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.⁸² Esto se condice con lo establecido en el artículo primero de nuestra Constitución Política, en tanto reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad.

La Convención reconoce, por una parte, el derecho de ambos progenitores por igual en el ejercicio de las obligaciones emergentes de la patria potestad, poniendo en cabeza de ambos la “responsabilidad primordial” en el cumplimiento de tales fines, los cuales resume situando como norte y medida el interés superior del niño; y por otra parte, reconoce el rol subsidiario del Estado en tanto debe limitarse a prestar la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones, con la excepción que se establece en el artículo 19, en cuanto disponen su intervención para proteger al niño en riesgo, peligro o perjuicio de cualquier índole, aún cuando se encuentre bajo la custodia de los padres o sus representantes legales.⁸³

⁸¹ *Ibíd.* Artículo 3.

⁸² FARÍAS, Ana María Ob. Cit. p. 7

⁸³ NOACCO, José Ignacio. Protección Integral de derechos de niños y adolescentes en la provincia del Neuquén. [en línea]

El procedimiento de aplicación de medidas de protección, viene a dar cumplimiento al rol subsidiario que tiene el Estado frente a la vulneración y amenaza de los derechos de niñas, niños y adolescentes, cuando los padres, representantes o tutores no son capaces de darles el debido resguardo. Sin embargo, en atención a su subsidiariedad, la intromisión en la vida privada de las familias, al momento de determinar e investigar respecto de la existencia de posibles vulneraciones a los derechos del menor, debiera darse sólo en un contexto de respeto, de intervenciones específicas y bien delimitadas en cuanto a sus objetivos, con el fin de no incurrir en acciones desproporcionadas al verdadero conflicto que trata de prevenir o detener.⁸⁴

La Convención, busca delimitar esta especie de pugna que existe entre los deberes del Estado y de las familias, en cuanto al resguardo de los derechos de los niños. Es así, como se crean mecanismos que permiten determinar en qué casos el Estado tiene la obligación de intervenir, y cuándo debe abstenerse de hacerlo. La influencia de la familia es determinante para los niños, por tanto, sólo mediante una aplicación subsidiaria de las medidas de protección, y por consecuencia, de la participación del Estado, se estaría cumpliendo con lo dispuesto en la Convención, por cuanto, este instrumento vela por el correcto

<file:///C:/Users/Jose%20Miguel%20Nalda%20Mu/Downloads/PROTECCION%20INTEGRAL%20DE%20DERECHOS%20DE%20NI%20OS%20Y%20ADOLESCENTES%20EN%20LA%20PROVINCIA%20DEL%20NEUQUEN.%20(2).pdf> [consulta 15 octubre 2014] p. 9

⁸⁴ Pilotti, Francisco. "Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto". Serie Políticas Sociales, División de Desarrollo Social. Cepal, Naciones Unidas. Santiago, Chile. Marzo 2001.

desarrollo de niñas, niños y adolescentes, lo cual sólo puede suceder cuando ellos se encuentran en un entorno familiar.

Distintas disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, demuestran el rol fundamental que tiene la familia en el cuidado de los niños. A modo de ejemplo, el artículo 18 establece la responsabilidad primordial de padres y representantes legales en la crianza y el desarrollo del niño.⁸⁵ Por otro lado, también encontramos que el artículo 13 de la Convención impone el deber del Estado de permitir a padres y representantes, guiar al niño en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, conforme a la evolución de sus facultades.⁸⁶

La importancia que le da la Convención a la familia es clave en la aplicación de medidas de protección, por cuanto la adopción de ellas debe estar siempre dirigida a que el niño pueda seguir relacionándose con su medio familiar, y sólo en casos estrictamente necesarios, y siempre teniendo en atención su interés superior, ordenar aquellas que impliquen una separación de su familia.

Podemos concluir entonces, que para poder dar un efectivo cumplimiento a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes deben crear un sistema de protección que tenga en especial consideración el rol preponderante que cumple la familia en el cuidado y

⁸⁵ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Convención sobre los Derechos del Niño. Ob. cit. Artículo 18

⁸⁶ *Ibíd.* Artículo 13

protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Además, dicho sistema, debe tener en cuenta que no siempre el medio familiar será el adecuado para resguardar estos derechos, y por tanto, deben existir otras vías que permitan lograr este objetivo. Finalmente, si un Estado pretende incorporar en su sistema, la aplicación de medidas de protección, ya sean legislativas, administrativas o sociales, debe siempre velar por que la separación del niño, niña o adolescente de sus padres o representantes legales, sea considerada como la última opción.

3.2. La ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia: el Procedimiento Especial de Aplicación de Medidas de Protección.

En el año 2004 fue promulgada la ley 19.968, cuyo objetivo era la creación de Tribunales de Familia. La razón de su dictación era dar un efectivo cumplimiento a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, estableciendo una serie de procedimientos que, además de ajustarse a las necesidades imperantes de nuestro país, le daba a niños, niñas y adolescentes el protagonismo que la Convención les otorgaba. De esta forma, la legislación chilena se ajustaba a los parámetros internacionales, terminando con las incongruencias de lo dispuesto en los Tratados ratificados por Chile y su derecho interno.

El Procedimiento Especial de Aplicación de Medidas de Protección es uno de aquellos establecidos por la ley 19.968. Su objetivo principal es que en aquellos casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial, se deben adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados.⁸⁷ Podemos inferir, entonces, que es mediante este procedimiento que Chile busca cumplir con lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención. Es decir, se crea un procedimiento que resguarda los derechos de los niños, cuando éstos han sido vulnerados y cuando sus padres o representantes legales no son capaces de protegerlos.

3.2.1 Características del Procedimiento Especial de Aplicación de Medidas de Protección

Para poder entender cómo funciona el procedimiento de medidas de protección, debemos conocer cuáles son sus principales características y cómo se desarrolla este procedimiento.

⁸⁷ CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Última versión 18 de Diciembre de 2010. Artículo 68.

a) Principios que conforman el Procedimiento

Todos los procedimientos que aplican los Tribunales de Familia de Chile, deben fundarse en los principios que establece en sus artículos 9 y siguientes, la ley 19.968. Estos principios son:

- i. Oralidad: Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley.⁸⁸ Por tanto, la regla general en los procedimientos llevados por la judicatura de Familia, será la oralidad, lo que se llevará a cabo mediante audiencias en las que las partes deben participar activamente. Algunas excepciones a este principio son la interposición de la demanda o la interposición del recurso de apelación.

- ii. Concentración: El procedimiento se desarrollará en audiencias continuas y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. Las suspensiones de dichas audiencias son excepcionales, y se le impone el deber al tribunal de reprogramarlas y verificarlas dentro de los treinta días siguientes.⁸⁹ Este principio es de gran relevancia en el procedimiento de aplicación de medidas de protección, por cuanto, en éste, se necesita rapidez en las decisiones

⁸⁸ *Ibíd.* Artículo 10.

⁸⁹ *Ibíd.* Artículo 11.

del Tribunal, lo que se puede lograr de mejor manera si las audiencias se realizan de manera continua.

- iii. Inmediación: Las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones.⁹⁰ A diferencia de lo que ocurría en los procedimientos antes los Tribunales de Menores, en donde el juez conocía de la causa sólo mediante la lectura del expediente, el principio de inmediación permite al juez participar activamente y captar por sus propios sentidos las actuaciones dentro del procedimiento para formar sus convicciones. Este principio tiene tal importancia, que la sanción por su incumplimiento es la nulidad de aquellas actuaciones que se hayan efectuado con infracción a él, aún cuando no ocasione perjuicio .

- iv. Actuación de oficio: Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad.⁹¹ Este principio, se vincula con el principio de concentración, en tanto ambos pretenden que los procedimientos sean llevados con celeridad. Por consiguiente, la actuación de oficio también debe aplicarse con mayor

⁹⁰ Ibíd. Artículo 12.

⁹¹ Ibíd. Artículo 13.

rigor cuando hablamos del procedimiento especial de medidas de protección, así lo señala el artículo 13 cuando establece que “Este principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes...”⁹²

- v. Colaboración: Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.⁹³ La importancia de este principio radica en que los procesos de familia tratan cuestiones que afectan a un conjunto de personas más allá del proceso. Por ello, la imposición de una sentencia puede llevar a que la litigiosidad entre ellos aumente en vez de disminuir, pues no sienten la decisión como propia, sino forzada.⁹⁴
- vi. Publicidad: Todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos. Excepcionalmente y a petición de parte, cuando exista un peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, especialmente niños, niñas y

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.* Artículo 14.

⁹⁴ JARA, Eduardo. Derecho Procesal de Familia. Principios Formativos, reglas generales, procedimiento ordinario. Santiago de Chile Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Julio de 2011.p. 37

adolescentes, el juez podrá disponer una o más de las siguientes medidas:

- a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia.
- b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de diligencias específicas.⁹⁵

Este principio viene a ser una ratificación de lo que dispone el artículo 9 del Código Orgánico de Tribunales, según el cual las excepciones al principio de la publicidad requieren de texto legal expreso.

La publicidad cumple una labor educativa, ya que posibilita la divulgación del sistema jurídico y además, permite a la comunidad observar lo que ocurre ante los tribunales, logrando con ello una mayor confianza en el sistema.⁹⁶ Sin embargo, los procedimientos de familia ventilan cuestiones que pertenecen a la intimidad de las personas, por lo que el artículo 15 establece la facultad del juez de permitir que, tanto audiencias como diligencias sean privadas. En la práctica, el principio de publicidad no se aplica como lo establece la ley. En la mayoría de las causas, existen barreras al público general para ingresar a las audiencias⁹⁷, también la presencia de guardias

⁹⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.968. Ob. cit. Artículo 15

⁹⁶ JARA, Eduardo. Ob. cit. p. 39

⁹⁷ FUENTE MAUREIRA, Claudio; MARÍN VERDUGO, Felipe, y RÍOS LEIVA, Erick. Informe sobre el funcionamiento de los Tribunales de Familia de Santiago. Agosto 2010. [en línea] <file:///C:/Users/Jose%20Miguel%20Nalda%20Mu/Downloads/funcionamiento_justicia_tribunales.pdf> [consulta 15 octubre 2014]

que impiden el acceso a las salas ha contribuido a que en la realidad, exista un predominio del secreto en desmedro de la publicidad.

En relación al procedimiento de aplicación de medidas de protección, el principio de publicidad es prácticamente inexistente. Esto es comprensible, por cuanto, en este procedimiento se ventilan hechos y situaciones que pertenecen a la esfera privada de las niñas, niños y adolescentes. Es necesario entonces, velar por su intimidad e interés superior, lo que en estos casos se cumplirá mediante el secreto del procedimiento en el que estén involucrados, esto se encuentra en perfecta concordancia con lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 19.968.

- vii. Desformalización: La ley 19.968, establece que este principio, es uno de aquellos que aplicarán los juzgados de familia, sin embargo, no se da una definición de él. Un procedimiento es desformalizado cuando se permite a las partes o al juez introducir las formas respecto de los actos procesales considerando solo el punto de vista de la idoneidad. Es decir, cómo a ese acto se le dota de la mejor forma para cumplir su finalidad.⁹⁸ A pesar que en aplicación de este principio el juez debe velar más por la finalidad de los actos, que por el cumplimiento de requisitos de forma, debemos entender que la desformalización tiene

⁹⁸ JARA, Eduardo. Ob. cit. p. 43

ciertos límites, los cuales estarán dados por el respeto a los otros principios relevantes del procedimiento como, por ejemplo, el principio de bilateralidad de la audiencia.

En el procedimiento de medidas de protección vemos claras aplicaciones de este principio. El ejemplo más importante es que, éste, puede iniciarse mediante un requerimiento hecho por el niño, niña o adolescente, por sus padres, por quienes lo tengan bajo su cuidado, por profesores o incluso por el director de su establecimiento educacional. Esto significa, que no será necesaria la presentación de una demanda con todos los requisitos de forma que la ley exige, para poder solicitar medidas de protección. Así lo explicita el artículo 70 de la ley 19.968, cuando dispone en su inciso segundo que: “El requerimiento presentado por algunas de las personas señaladas no necesitará cumplir formalidad alguna, bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento.”⁹⁹

- viii. Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído: Ya nos hemos referido latamente a este principio en el Capítulo II, por lo que no profundizaremos más al respecto. Sin embargo, cabe hacer una apreciación respecto a él y la aplicación de medidas de protección. Si consideramos que el objetivo de este procedimiento es

⁹⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.968. Artículo 70.

el resguardo de los derechos de niñas, niños y adolescentes, no cabe la menor duda de que el juez tiene la obligación de buscar su interés superior, y sobre todo oírlo, en orden a dictar una sentencia. Así lo determina la ley, en su artículo 69 al referirse a la comparecencia de ellos: “En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, considerando su edad y madurez.”¹⁰⁰ También encontramos aplicación de este principio cuando la ley se refiere al deber de los jueces de escuchar al niño cuando realizan su visita al centro residencial en el cual se encuentra internado.¹⁰¹

Tanto el interés superior del niño, como su derecho a ser oído, son fundamentales a la hora de dictar una medida de protección, por lo cual es esencial que el juez entienda la importancia de dar una efectiva aplicación a este principio.

Si bien, los principios mencionados precedentemente se aplican a todos los procedimientos establecidos en la ley 19.968, pudimos conocer cuáles son los que tienen una mayor importancia en la aplicación de medidas de protección. Corresponde ahora comprender cómo se plasman estos principios a través de las etapas del procedimiento.

¹⁰⁰ *Ibíd.* Artículo 69.

¹⁰¹ *Ibíd.* Artículo 78.

b) Etapas del procedimiento de aplicación de medidas de protección de los derechos del niño, niña y adolescente.

El procedimiento de medidas de protección se encuentra regulado en el párrafo primero del Título IV de la ley 19.968, en sus artículos 68 y siguientes. En lo no previsto por ellos, se tendrá que aplicar supletoriamente el Título III de este mismo cuerpo legal.

I. Inicio del procedimiento:

Como fue señalado precedentemente, según lo establecido en el artículo 70 de la ley, este procedimiento se inicia de oficio o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés en ello. Este requerimiento no debe cumplir con ninguna formalidad, y sólo bastará con la petición de algunas de las personas ya señaladas.

II. Medidas cautelares especiales:

La ley 19.968 establece una serie de medidas cautelares, que pueden ser impuestas en cualquier momento del procedimiento, incluso antes de su inicio. Dichas medidas, pueden ser decretadas de oficio, a solicitud de la autoridad

pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente.¹⁰² El legislador ha consagrado una especie de «acción cautelar popular», ya que la medida no sólo puede ser requerida por la autoridad pública o el juez de oficio, sino por cualquier persona —natural o jurídica— que esté interesada en la protección de los derechos del niño, niña o adolescente. Esta circunstancia rompe con la tradicional estructura del proceso civil —sólo las partes pueden actuar en el mismo—, y plantea el complejo tema de precisar si es razonable establecer una legitimación tan extensa como la mencionada. La experiencia ha mostrado que cada vez que se amplía la legitimación para actuar en favor de intereses «superiores», que van más allá de los estrictos derechos de los involucrados, las consecuencias ha sido más bien nefastas.¹⁰³

Las medidas cautelares que se señalan en el procedimiento de adopción de medidas de protección, son de carácter taxativo, por tanto, el juez sólo podrá decretar aquellas establecidas en el artículo 71. Esas medidas son:

- a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;
- b) Confiarlo al cuidado de una persona o familiar en casos de urgencia. Si este es el caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;

¹⁰² *Ibíd.* Artículo 71.

¹⁰³ MARÍN, Juan Carlos. 2006. Las medidas cautelares en el Ordenamiento Jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. *Revista de Estudios de Justicia*. N°8. Santiago. p. 28

- c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable;
- d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;
- e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que estas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;
- f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;
- g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurren al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquellos;
- h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud; y

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

La resolución que determine la imposición de una medida cautelar, debe fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma.

La naturaleza jurídica de estas medidas cautelares especiales ha sido objeto de discusión doctrinaria, por cuanto, algunos autores critican su carácter anticipativo, lo que podría llevar a una decisión adelantada respecto del fondo del asunto.

Las medidas cautelares pueden ser, por un lado, conservativas, y por otro, innovativas. Las primeras son la regla general en los ordenamientos jurídicos, y no hay conflicto respecto de ellas, pues, su objetivo principal es facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma¹⁰⁴, es decir, tienen un carácter básicamente patrimonial. Un ejemplo clásico de este tipo de medidas es la prohibición de celebrar actos o contratos. Por otro lado, las medidas anticipativas o innovativas consisten, precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación

¹⁰⁴ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945. p. 56.

de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.¹⁰⁵

En la actualidad, se observa un tránsito desde la tradicional concepción eminentemente conservativa o precautoria, en torno a la cual, se constituyó la dogmática procesal patrimonial de las medidas cautelares generales, hacia un plano anticipativo de la resolución del conflicto. El problema de esta tendencia- observada también en el Derecho Comparado- es que con la intención de poner atajo a las dificultades producidas en el procedimiento judicial, se pueden llegar a justificar herramientas en extremo abusivas.¹⁰⁶ Así, bajo ciertas circunstancias, las medidas cautelares en el procedimiento de aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, han sido utilizadas para preparar otras demandas. En efecto, en sentencia de Corte Suprema de 27 de julio de 2010 puede observarse que a través de una medida de protección, se intenta que el tribunal se pronuncie sobre la educación y crianza religiosa de un niño.¹⁰⁷

Algunas de las medidas contenidas en el artículo 71 de la ley 19.968 son claramente innovativas, pues no tienen relación con cuestiones estrictamente patrimoniales e, indudablemente permiten innovar y romper el statu quo

¹⁰⁵ *Ibíd.* p. 58 y 59

¹⁰⁶ LATHROP, Fabiola. 2014. La Protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. *Revista Chileno de Derecho Privado*, N°22. p. 214

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 214

imperante.¹⁰⁸ Sin embargo, el problema no radica en su naturaleza jurídica, sino más bien en cuanta amplitud se le da a dichas medidas. Así, una interpretación amplia de ellas, llevará a la satisfacción de la pretensión del fondo del asunto de manera anticipada. En cambio, bajo una aplicación restringida, las medidas buscarían asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva a pronunciar,¹⁰⁹ sin resolver de manera directa el fondo, lo que se realizaría mediante la sentencia definitiva que decretara la medida de protección.

Por su parte, el procedimiento establece límites de tiempo con el objeto de garantizar que la medida cautelar tenga una duración definida, y que no se extienda en el tiempo. Así, en el último inciso del artículo 71 de la ley, se dispone que la medida cautelar decretada en ningún caso puede durar más de noventa días. La razón de esta limitación, está destinada a mitigar los graves trastornos que llevan consigo las medidas cautelares de este procedimiento, en relación a su carácter innovativo. Por tanto, es necesario acotarlas en el tiempo con el fin de garantizar la seguridad y bienestar de niños, niñas y adolescentes.

En la práctica, el problema ha sido que muchas veces este plazo se extiende, e incluso los jueces no establecen cuánto durará la medida cautelar. Las consecuencias de esto son nefastas, pues, además de ser una clara infracción de Derecho, suponen una excesiva estadía en centros residenciales cuando se trata de aquellas medidas que suponen la internación de niños, niñas y

¹⁰⁸ MARÍN, Juan Carlos. Ob cit. p. 29

¹⁰⁹ LATHROP, Fabiola. Ob. cit. p. 215

adolescentes, lo que difícilmente podría haber sido la intención del legislador cuando creó este procedimiento.

III. Audiencia Preparatoria:

El artículo 72 establece que, una vez iniciado el procedimiento, de oficio o por requerimiento, el juez fijará una audiencia para dentro de los cinco días siguientes, a la que citará al niño, niña o adolescente, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté, y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto. Cabe señalar, que cuando se ha decretado una medida cautelar antes de iniciado el procedimiento, el juez tendrá que fijar la fecha de la audiencia preparatoria en un plazo de 5 días siguientes, contados desde la adopción de la medida.

Durante la audiencia, el juez informará a las partes acerca del motivo de su comparecencia, sus derechos y deberes, y responderá a las dudas e inquietudes que les surjan. Los niños, niñas y adolescentes serán informados en un lenguaje que les resulte comprensible. Esta obligación está directamente relacionada con uno de los principios formadores del procedimiento, cual es el interés superior del niño y su derecho a ser oído. Además, este precepto refleja claramente la aplicación de la doctrina de la protección integral, plasmada en la Convención Internacional sobre los derechos del niño, según la cual las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derecho y deben participar del procedimiento, según su madurez y desarrollo.

Sin embargo, del análisis del procedimiento nos preguntamos si basta con que el juez de oiga al niño, niña o adolescente, para que éste sea considerado como sujeto de derechos. Para la profesora Fabiola Lathrop, esta es justamente una de las falencias de la ley 19.968, y señala que existe una vulneración del derecho del niño, niña o adolescente al debido proceso, toda vez que la ley de Tribunales de familia razona sobre la base de que el niño no es parte del procedimiento.¹¹⁰

En esta etapa, el juez debe indagar sobre la situación que ha motivado el inicio del proceso, la forma en que se afecta al niño, niña o adolescente y sobre la identidad de las personas que se encuentren involucradas en la afectación de sus derechos. Una vez oído a los citados, el juez, si contare con todos los elementos probatorios, dictará sentencia, a menos que estime procedente la aplicación de la medida contenida en el numeral 2) del artículo 30 de la ley 16.618, caso en el cual citará a audiencia de juicio.

El artículo 30 de la Ley de Menores establece las medidas que el juez podrá decretar cuando exista una vulneración de derechos de niños, niñas o adolescentes. La palabra “podrá” nos indica que ésta no es una enumeración taxativa, por lo que el juez tiene la facultad de adoptar otras. Las medidas señaladas en el artículo precedentemente mencionadas son:

¹¹⁰ *Ibíd.* p. 213

1) Disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes. Estas medidas podrán ser adoptadas en la audiencia preparatoria.

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

Si adoptare la medida a que se refiere el número 2), el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.

Esta norma refleja la clara intención del legislador, de que la separación del niño sea en realidad una medida de carácter de *última ratio*, es decir, debe adoptarse sólo cuando sea considerado indispensable por el juez. Sin embargo, en la práctica esto rara vez ocurre, es más, en nuestro país la regla general es la institucionalización de niños, niñas y adolescentes y no el acogimiento familiar.¹¹¹ Así, sin perjuicio de la existencia de normas expresas que califican la separación del medio familiar como una extrema excepción (Artículo 30 LM y Artículo 74 ley 19.968), el sistema judicial chileno ha hecho uso de esta medida de un modo extensivo. Además, una vez dictadas las medidas que implican la separación, no existe obligación legal de fortalecer paralelamente el medio

¹¹¹ LATHROP, Fabiola. Ob. cit. 217

familiar y comunitario para facilitar el pronto retorno de los niños, niñas y adolescentes.¹¹²

IV. Audiencia de Juicio:

Esta audiencia tendrá por objetivo recibir la prueba y decidir el asunto sometido a conocimiento del juez. En ella podrán objetarse los informes periciales que se hayan evacuado, pudiendo el juez hacerse asesorar por el consejo técnico.¹¹³

V. Sentencia:

Antes de pronunciar sentencia, el juez procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al niño, niña o adolescente. Si ello no fuere posible, en la sentencia fundamentará la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicará los objetivos que se pretenden cumplir con ella y determinará el tiempo de su duración.¹¹⁴

Nuevamente, podemos distinguir uno de los principios que conforman el procedimiento, este es, el principio de colaboración. En la aplicación de medidas de protección es importante alcanzar, en la medida de lo posible, soluciones cooperativas en las que participen activamente las partes.

¹¹² ESPEJO, Nicolás y LATHROP, Fabiola. 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 línea] Santiago de Chile <<http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/proteccion-especial-22.pdf>> [consulta: 20 de agosto 2015]

¹¹³ CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.968. Ob. Cit. Artículo 73

¹¹⁴ *Ibíd.* Artículo 74.

La sentencia será pronunciada oralmente. En ella el juez debe explicar a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, sus fundamentos y duración.

3.3. Cumplimiento de las medidas de protección.

En el presente capítulo, hemos señalado y analizado cuáles son las etapas procesales que ha establecido el legislador para que el juez adopte una medida de protección en favor de un niño, niña y adolescente. Dichas etapas no se encuentran exentas de falencias, lo que nos ha llevado a preguntarnos si este procedimiento cumple con los estándares necesarios para poder proteger adecuadamente los derechos de los niños. Sin embargo, y como se ha señalado con anterioridad, a pesar de que en el procedimiento mismo no se da cumplimiento estricto a los principios establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, las infracciones de mayor magnitud se encuentran en el cumplimiento de estas medidas de protección. Es decir, las mayores vulneraciones a los derechos de niños, niñas y adolescentes no se vinculan con la realización del procedimiento, sino que suceden una vez que ha sido decretada la medida por el juez, principalmente con aquellas medidas que implican la internación del niño.

La ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, establece en su artículo 76 y siguientes una serie de deberes que deben cumplir los directores de los

establecimientos, los responsables de programas, el Servicio Nacional de Menores y los jueces. Estas obligaciones han sido impuestas por el legislador con la intención de dar seguimiento a la medida de protección, verificar su cumplimiento y analizar si ella es conducente al objetivo que se pretendía obtener con su adopción. A modo de ejemplo, se obliga al director de un establecimiento, o al responsable de un programa, en que se cumpla la medida, a informar de la situación en la que se encuentra el niño, niña o adolescente y de los avances alcanzados en la consecución de los objetivos establecidos en la sentencia. Dicho informe debe ser evacuado cada tres meses, a menos que el juez señale un plazo mayor, con un máximo de seis meses, mediante resolución fundada.

Al igual que el deber recién mencionado, el procedimiento especial de aplicación de medidas de protección contiene otra serie de disposiciones tendientes al seguimiento de las medidas. Sin embargo, estas obligaciones a veces no se cumplen por parte de los organismos que se han señalado (directores, SENAME y jueces). En relación a esto, lo más preocupante es lo que ocurre en aquellos casos en que la medida de protección consiste en la separación del niño de sus padres. Si bien el cumplimiento de otro tipo de medidas de protección es relevante, no podemos olvidar que el ingreso de una niña, niño o adolescente a un programa de familias de acogida o a centros residenciales constituye una infracción al derecho de los padres a la dirección de sus hijos, establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

Recordemos que la Convención reconoce a la familia como el medio natural para el desarrollo y bienestar de los niños, que los padres tienen la responsabilidad primordial en la crianza y que el niño tiene, en la medida de lo posible, el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Al mismo tiempo, la Convención prevé la utilización apropiada de cuidados sustitutos para los casos de niños que están privados de su medio familiar o cuando la separación sea necesaria en su interés superior. Para estas situaciones, ella contempla la colocación en instituciones residenciales solo como medida de último recurso.¹¹⁵

Para poder determinar cómo se llevan a cabo las medidas de protección en nuestro país, cuáles son las falencias que existen en el cumplimiento de ellas, y en fin, si realmente son eficaces, debemos analizar cómo están cumpliendo su rol los entes protectores de niños, niñas y adolescentes encargados, en el sentido de establecer si ellos efectivamente dan cumplimiento a los deberes establecidos por la ley y otras normas relativas al tema. A continuación, pasaremos a revisar la labor de dos órganos fundamentales dentro de la protección de los derechos de los niños: el Servicio Nacional de Menores y el Poder Judicial.

¹¹⁵ UNICEF. “Internación de niños: ¿El Comienzo del fin? Crisis de los internados y transformación de las políticas de la infancia en España, Italia y el Cono Sur” [en línea] <http://www.unicef.cl/archivos_documento/2/internacion.pdf> [consulta 25 de abril 2014] p. 7

3.3.1. La labor del Servicio Nacional de Menores y sus deberes en relación al procedimiento de aplicación de medidas de protección.

El Servicio Nacional de Menores o SENAME fue creado por el Decreto de Ley N° 2.465 el 10 de enero de 1979, que constituye su Ley Orgánica publicada en el Diario Oficial el 16 de enero del mismo año. Un decreto supremo del 5 de diciembre de 1979 fijó la planta y el SENAME entró en funciones el 1 de enero de 1980.¹¹⁶

Se trata de un organismo gubernamental centralizado, dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal.¹¹⁷ Con este objeto se han definido una serie de líneas de trabajo diseñadas para dar respuesta a sus usuarios, las que se traducen en una oferta técnica de intervención, cuya ejecución corresponde a los organismos colaboradores acreditados y al trabajo que desarrollan los proyectos que administra directamente el servicio. La oferta programática se

¹¹⁶ SENAME. Nuestra Institución. 2007. [en línea]
<<http://www.sename.cl/wSENAME/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=>
[consulta: 20 de noviembre 2014]

¹¹⁷ CHILE. Ministerio de Justicia, Decreto Ley N° 2.465, que Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica. Versión de 25 de Julio de 2005.

materializa en programas de la línea preventiva, reparatoria y en el trabajo de responsabilización y reinserción, orientado a los jóvenes infractores de ley.¹¹⁸

El mismo organismo ha señalado que, en orden a cumplir su labor, debe alcanzar los siguientes objetivos estratégicos:

1.- Garantizar la oferta y acogida de programas a nivel nacional y local, a través de la disponibilidad de gestiones y proyectos cuya cobertura pueda resguardar la totalidad de demandas reales, para así entregar una respuesta humana, especializada e integral a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes usuarios/as del Servicio.

2.- Cuidar el uso y distribución eficiente de los recursos a través de un proceso constante de supervisión y seguimiento de los proyectos, con el propósito de mejorar la calidad de los beneficios y cumplir con los estándares establecidos por el Servicio.

3.- Fortalecer la institucionalidad dedicada tanto a la atención de niños, niñas y adolescentes que hayan sido vulnerados/as en sus derechos, como a la rehabilitación y reinserción de adolescentes que han infringido la ley, a través

¹¹⁸ SENAME. 2012 Sistema de Protección Integral a la infancia Chile Crece contigo. Lineamientos de Acción y Coordinación. [en línea] < http://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2013/07/protocolo-chcc_sename-OK.pdf > [consulta: 25 de noviembre de 2014] p. 10

de una evaluación permanente de la oferta programática para adecuarla a las políticas nacionales e internacionales sobre la materia.¹¹⁹

En cuanto a la obtención de recursos, la ley de Subvenciones para la atención de niños y niñas a través de la red privada de colaboradores SENAME N°20.032, constituye el cuerpo legal que especifica y reglamenta la oferta del Servicio, en las modalidades de intervención, cuya implementación compete a los organismos colaboradores de la red privada. A ellos se transfieren, a través de procesos de licitación pública, recursos para el financiamiento de los programas.¹²⁰

A la luz de los objetivos precedentemente señalados, y de la función que ha establecido el legislador para este organismo en el Decreto Ley N°2.465, podemos concluir que entre el Servicio Nacional de Menores y el procedimiento de aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes hay una estrecha relación. La misma ley N°19.968 establece en su artículo 80 bis, que para efectos de la aplicación de las medidas a que se refiere el artículo 71 (medidas cautelares especiales), así como las que se impongan en virtud de sentencia definitiva, el Servicio Nacional de Menores, a través de sus Directores Regionales, informará periódicamente y en forma detallada a cada juzgado de familia la oferta programática vigente en la

¹¹⁹ SENAME. 2015. Misión y Objetivos Sename. [en línea]
<<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=2>>
[consulta: 20 de noviembre 2014]

¹²⁰ SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA CHILE CRECE CONTIGO-SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Ob. cit. p. 8

respectiva región de acuerdo a las líneas de acción detalladas, su modalidad de intervención y la cobertura existente en ellas, sea de centros de administración directa o bien de los proyectos ejecutados por sus organismos colaboradores acreditados.¹²¹ El artículo 80 bis, tiene por propósito garantizar la oferta, para casos de particular gravedad, en tal sentido, viene a concretar el artículo 4° de la Convención.¹²²

De esta forma, el SENAME se constituye como un órgano fundamental dentro del procedimiento de aplicación de medidas de protección. Es mediante el Servicio que se concretiza y llevan a cabo las medidas adoptadas por el juez en sus fallos.

La red de oferta programática del SENAME, se estructura de acuerdo a la realidad de los sujetos de atención. Esta ha sido diseñada para enfrentar situaciones de vulneración de derechos, conforme a la naturaleza y complejidad de la situación que les afecta.

Las Oficinas de Protección de Derechos (OPD), orientadas a favorecer la conformación de sistemas locales, acogen a niños, niñas y adolescentes vulnerados de un territorio específico, a solicitud de los propios/as niños/as, sus

¹²¹ SENAME. 2011. Análisis sobre la aplicación del artículo 80 bis. [en línea] <http://www.sename.cl/wsename/otros/estudios_2012/analisis_80_bis.pdf> [consulta: 20 de noviembre de 2014] p. 1

¹²² Artículo 4 Convención Internacional sobre Derechos del Niño: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

familias o comunidad, y orienta para la solución del problema con el concurso de organismos institucionales y comunitarios.

Para aquellos niños, niñas o adolescentes de baja o leve complejidad, la oferta considera los modelos CIJ (Centros Integrales Infanto Juvenil) y PIF (Programas de Intervención Familiar).

Para los sujetos de leve a mediana complejidad, la oferta contempla la instalación, a nivel comunal, de Centros de Intervención Breve destinados a la Prevención Focalizada. Las intermediaciones fundamentales se realizan con las OPD y los Tribunales de Familia. Estas responden a necesidades de desarrollo de niños, niñas y adolescentes con problemas de repitencia y deserción escolar, consumo de drogas, conductas trasgresoras no tipificadas como delito; relaciones familiares de carácter violento; entorno social complejo con presencia delictual, particularmente tráfico de drogas.

Para los sujetos que muestran mediana y alta complejidad, la oferta de protección considera las siguientes modalidades: Programas Especializados de Administración Directa; Residencias especializada; programas complementarios con foco en la familias (Fortalecimiento Familiar, Familias de Acogida); Centros de Intervención Especializada (PIE), destinados a una población que reúne varios problemas y debe ser atendida en conformidad a su complejidad; Programas para víctimas de maltrato o para quienes se encuentran en situación de explotación sexual comercial.¹²³

¹²³ SENAME. 2007. Oferta de Protección. [en línea]

Queda de manifiesto la relevancia de tener un organismo de estas características y potestades en nuestro país, ya que si no existiera sería prácticamente imposible la implementación de un procedimiento de aplicación de medidas de protección para resguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, a lo largo del tiempo, esta importancia hizo imperiosa una fiscalización rigurosa de cómo el SENAME llevaba a cabo su labor, es decir, se buscó comprobar que el trabajo de este servicio no se encontraba únicamente en la teoría y en las leyes, sino también en la práctica, dando un efectivo amparo a los derechos de los niños.

A raíz de estos mismos cuestionamientos, durante el año 2011 la Corte Suprema de Justicia de Chile y SENAME impulsaron un proyecto piloto en la Región de Valparaíso, con el objetivo de analizar las condiciones de todos los niños/as y adolescentes en sistemas residenciales de protección y así identificar los principales nudos críticos que se enfrentan tanto desde el ámbito judicial como administrativo y formular estrategias tendientes a superar los problemas existentes en las residencias.¹²⁴

Posteriormente, en el año 2012, se propuso elaborar un registro a nivel del país de todos los niños, niñas y adolescentes que se encontraban en residencias de

<<http://www.SENAME.cl/wSENAME/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=13>>
[consulta: 25 de noviembre de 2014]

¹²⁴ UNICEF. 2013. Levantamiento y unificación de información referente a niños, niñas y adolescentes en sistema residencial a nivel nacional. [en línea]
<http://www.unicef.cl/web/wpcontent/uploads/doc_wp/Descripcion_Proyecto_Levantamiento_y_unificacion_de_informacion.pdf> [consulta: 25 de noviembre de 2014] p.1

protección. Para cumplir este objetivo, en marzo del 2012 la Corte Suprema nombró a la magistrada Mónica Jeldres como coordinadora de la Comisión encargada del proyecto de “Levantamiento y unificación de información referente a niños, niñas y adolescentes en sistema residencial a nivel nacional”, además, se solicitó la ayuda de UNICEF, cuyo apoyo se formalizó mediante la firma de un convenio de cooperación entre el Presidente de la Corte Suprema y el Representante de UNICEF en Chile, en el que se estableció que:

“UNICEF apoyará la labor que la Corte Suprema realiza a través de los Tribunales de Familia, en lo que respecta a la situación de los niños, niñas y adolescentes en sistema residencial, para lo cual se elaborarán en forma conjunta instrumentos de supervisión y análisis de las condiciones y características de estos niños (ficha individual, de residencia, sus instructivos y cuestionario para los niños de supervisión de residencias). UNICEF sistematizará la información a través de la edición de boletines periódicos que serán difundidos por la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema a los organismos relacionados y publicados en las páginas web de ambas instituciones.”¹²⁵

UNICEF sistematizó un total de 381 cuestionarios aplicados a niños, niñas y adolescentes en 2012, cuyos resultados fueron entregados el 13 de Noviembre a la entonces coordinadora de la Comisión. Estos resultados fueron

¹²⁵ *Ibíd.* p. 2

desgarradores: casos de malos tratos en las residencias, tanto físicos como psicológicos, por parte de adultos responsables y pares; existencia de situaciones de abuso sexual mientras se está al cuidado del sistema residencial, por parte de personas adultas de las residencias o por adultos en las visitas a las familias, como también por parte de otros niños, niñas y adolescentes.¹²⁶ Otros problemas detectados en los Organismos colaboradores y de administración directa de SENAME fueron:

1. Desconocimiento de las residencias de información vital para una intervención adecuada con Niños y Adolescentes que se hallan a su cuidado.
2. Falta de uniformidad del contenido de las carpetas o Registros Individuales que las residencias mantienen con la información relevante de cada Niño y Adolescente acogido por ellos.
3. Personal insuficiente y no siempre idóneo para la intervención psicosocial.
4. Personal insuficiente e inidóneo para su cuidado cotidiano.
5. Falta de atención oportuna de las necesidades de atención y reparación por cuya causa fueron separados del cuidado de sus familias por la

¹²⁶ COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Informe de la Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del Servicio Nacional de Menores. Valparaíso, Chile. 28 de febrero 2014. [en línea] <http://ciperchile.cl/pdfs/2014/04/sename/INFORME_SENAME.pdf> [consulta: 1 de diciembre 2014] p. 20

existencia y no resolución de listas de espera, constatadas en el año 2010 por la Contraloría General de la República desde, en los programas ambulatorios tales como Programas de Intervención Breve, Especializados, y de Reparación por Maltrato, por Abuso sexual, Explotación Sexual Infantil, etc.

6. Insuficiencia de programas de atención en el Sistema de Protección y en el Sistema de Salud para Niños y Adolescentes con características especiales tales como, poli consumidores de sustancias tóxicas, patologías psiquiátricas, trastornos de conducta oposicionista, entre otros.
7. Ausencia de un trabajo planificado, sostenido y efectivo del SENAME y sus organismos colaboradores con las familias de los niños y adolescentes acogidos en orden a restablecer su convivencia familiar y ayudarles a superar las dificultades de todo tipo que motivan su internación.
8. Ausencia de un trabajo planificado, sostenido y efectivo del SENAME y sus organismos colaboradores con los adolescentes acogidos que se encuentran en estado de abandono y sin posibilidades reales de ser adoptados en orden a prepararlos para la vida independiente y reinsertarlos en el medio comunitario.
9. Iniciación desmedida de causas de susceptibilidad de adopción, sin posibilidades reales de concreción de una adopción en plazo razonable

que genera un alto y preocupante número de menores declarados susceptibles de ser adoptados que no cuentan con enlace con una familia adoptiva.

10. Existencia de una política de gestión dentro del SENAME enfocada a aumentar el número de declaraciones de niños en estado de susceptibilidad de ser adoptados que distorsiona el sistema en el sentido antes señalado, y que genera, además, campañas en pro de la entrega de los hijos por parte de madres adolescentes al sistema de guarda para su futura adopción, inclusive antes de su nacimiento, opción completamente contraria al derecho del niño a vivir con sus padres, con el derecho de los adolescente a ser protegidos también en su rol de padres y madres.
11. Supervisión técnica y normativa insuficiente -por no decir inexistente- por parte de SENAME de todos los niños y adolescentes que viven en sistema residencial, especialmente respecto de aquéllos que se encuentran en familias de acogida, y no en Residencias. De ahí que, de vez en cuando, sea de público conocimiento casos en los que guardadores a quienes la institución ha encomendado la guarda provisional de niños, pretenda se les conceda su cuidado definitivo o su adopción, dado el largo tiempo que permanecen junto a ellos.
12. Existencia de niños y adolescentes - 623 eran los que habían sido encontrados por la Comisión hasta el 30 de octubre del año 2012- que se

encuentran acogidos en un sinnúmero de instituciones que no reciben subvención SENAME, o que se encuentran internados en residencias privadas, y que se hallan completamente invisibilizados dentro del sistema, y carentes de toda atención y supervigilancia por parte del SENAME.¹²⁷

Debe entenderse, que la realidad dentro de cada centro puede ser distinta y, que los problemas que existen en ellos van variando dependiendo de la administración y disponibilidad de recursos. Llama la atención, que en los centros de detención penal juvenil se propende a una igualdad en la infraestructura e implementos en cada uno de estos lugares¹²⁸, en cambio, de los resultados señalados precedentemente, aparece con claridad que esto no ocurre en las residenciales de protección. Parece inconcebible, que bajo la supervigilancia de un mismo organismo (SENAME), estos dos sistemas aparezcan con líneas de trabajo tan diferentes.

Ante estas terribles conclusiones, la Cámara de Diputados, en su sesión 51^a celebrada el 31 de julio de 2013, prestó su aprobación a la solicitud de 51 diputadas y diputados, para crear una Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (SENAME), que analizó, recabó información y señaló sus conclusiones en un informe.

¹²⁷ *Ibíd.* p. 131

¹²⁸ Entrevista a Jorge Manzo, licenciado en psicopedagogía, trabaja en el área educativa del centro de reclusión cerrado de Graneros, el cual está adosado con el centro de internación provisoria (CIP-CRC), realizada el 30 de agosto de 2015. A propósito revisar apéndice.

El proyecto fue criticado fuertemente por algunos miembros del propio Poder Judicial y por el SENAME. Algunas de estas críticas decían relación con las respuestas referidas a posibles abusos sexuales por algunos niños y a la dificultad que existía en la identificación de esas posibles víctimas. La Comisión descartó este cuestionamiento, señalando que éste sería comprensible si el documento hubiese sido elaborado con el objetivo de obtener denuncias acerca de hechos delictivos, sin embargo, el propósito del proyecto no era iniciar una investigación penal, sino tener conocimiento de la vida de los niños en las residencias, por lo que se requería el anonimato.

Por otro lado, la Corte Suprema se negó a hacer públicos los resultados obtenidos de la investigación y de entregárselos a los Tribunales de Familia, aduciendo que ella presentaba anomalías e incongruencias. La Comisión Investigadora condenó la actuación de la Excelentísima Corte, señalando que la publicidad del proyecto no era un punto a discutir, sino los deberes de protección que le son propios al SENAME y a los tribunales del país, que siempre debieron cumplir, y que no parecían estarse cumpliendo por un largo tiempo, dada la evidencia recogida por miembros de sus propias instituciones mandatados por sus mismos superiores jerárquicos.

El informe de la Comisión Investigadora da diversos testimonios entregados por personas que se relacionan directa e indirectamente con la protección de niñas, niños y adolescentes. A su vez, se relatan ciertas situaciones que detallan cómo

se ha dado la vulneración de los derechos de los niños dentro de los centros residenciales, por parte de su personal o por parte de las visitas. Finalmente, el informe señala una serie de conclusiones y propuestas dirigidas a la Corte Suprema, a la Secretaría General de la Presidencia, al Ministro de Justicia, al Ministro de Salud, al Ministro de Educación y al Ministro de Desarrollo Social, todas orientadas a mejorar el sistema actual de protección y a terminar con las graves falencias y vulneraciones, de las que se tomó conocimiento mediante el proyecto de “Levantamiento y unificación de información referente a niños, niñas y adolescentes en sistema residencial a nivel nacional.”

Si bien los resultados del proyecto fueron bastante críticos y dejaron al descubierto una serie de anomalías que poco tenían que ver con dar una efectiva protección a los niños, niñas y adolescentes que se encontraban dentro de centros residenciales, el proyecto permitió que los poderes del Estado tomaran conocimiento y se hicieran cargo de estos problemas. No solo el Congreso tomó medidas mediante el informe ya mencionado, sino que, la gravedad de las situaciones expuestas logró que nuestra Corte Suprema estableciera una serie de normas encaminadas a terminar con las vulneraciones descubiertas con el proyecto. A ellas nos referiremos más adelante.

El Servicio Nacional de Menores es un organismo que, si bien tiene una gran cantidad de falencias, es necesario para nuestro país y para nuestros niños. No podemos negar que las críticas efectuadas a raíz del proyecto de

levantamiento, tienen un peso enorme, sin embargo debemos preguntarnos cuáles son las causas que llevaron al acaecimiento de circunstancias tan lejanas a lo que entendemos por protección. Escasez presupuestaria, falta de personal especializado y la excesiva cantidad de niños en algunos centros residenciales,¹²⁹ son algunos de los problemas que encontramos en el sistema. Aparece con claridad, entonces, que muchas de las causas de estas falencias corresponden a otros órganos de la administración y no exclusivamente al SENAME.

Si bien estos problemas no son fáciles de solucionar, poco a poco se han ido mejorando las condiciones de los centros de internación y de su personal.

Todavía falta mucho por hacer, y no podemos olvidar que el Servicio Nacional de Menores cumple un rol fundamental en nuestra sociedad. La protección de niños, niñas y adolescentes debe ser una prioridad en el país, y sólo se logrará si todos los organismos del Estado se preocupan de cumplir este objetivo común, cual es el de garantizar la existencia de condiciones óptimas a aquellos niños que son enviados a centros residenciales, terminando con la vulneración de sus derechos fuera y dentro de ellos.

¹²⁹ Entrevista a Ana María Vera, Consejero Técnico del Centro de Medidas Cautelares de Santiago. 20 de noviembre de 2014. A propósito revisar Apéndice.

3.3.2. La labor del Poder Judicial, específicamente de los Tribunales de Familia, y sus deberes en relación al procedimiento de aplicación de medidas de protección.

No sólo el SENAME es el obligado por nuestro legislador a cumplir una serie de obligaciones relacionadas con la observancia y fiscalización de las medidas de protección. La ley N°19.968 establece ciertas obligaciones a cumplir por los Tribunales de Familia, específicamente por jueces y consejeros técnicos. Así, el artículo 78 del cuerpo normativo ya mencionado, indica que los jueces de familia deben visitar personalmente los establecimientos residenciales, existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan las medidas de protección. Durante esta visita, el director del establecimiento debe facilitar al juez el acceso a todas sus dependencias y la revisión de los antecedentes individuales de cada niño, niña o adolescente atendido en él. Asimismo, debe facilitar las condiciones que garanticen la independencia y libertad de ellos para prestar libremente su opinión.

Estas visitas pueden efectuarse en cualquier momento, dentro de lapsos que no excedan de seis meses entre una y otra. Después de cada visita, el juez debe evacuar un informe que debe contener las conclusiones derivadas de la misma, el que será remitido al Servicio Nacional de Menores y al Ministerio de Justicia. La sanción por el incumplimiento de esta obligación se considera como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales.

Este deber es de gran importancia, por cuanto además de facultar al juez observar cuáles son las condiciones en las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, permite además verificar si la medida adoptada está siendo eficaz y que se están protegiendo de manera adecuada sus derechos.

La fiscalización por parte de los Tribunales de Familia es esencial cuando hablamos de medidas de protección, especialmente cuando se trata de aquellas que separan al niño de sus padres. Es imperioso que ante una medida de este tipo el juez establezca un plazo determinado y un objetivo a cumplir,¹³⁰ y que posteriormente se revise si dicho objetivo se está cumpliendo mediante la medida, de lo contrario se estaría infringiendo sin fundamento el derecho del niño a permanecer con sus padres y el derecho de estos a ser parte de su desarrollo.

Lamentablemente, la legislación vigente es poco clara respecto de las funciones administrativas de supervisión. El sistema jurídico chileno parece contar con algunas normas respecto de la obligación de visita judicial y supervisión judicial, así como un mandato débil respecto a la supervisión de derechos por parte del SENAME. En todo caso, ni en uno ni en otro caso, la ley es precisa y clara sobre el objetivo, características y estándares que deben cumplir los

¹³⁰ CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Última versión 18 de Diciembre de 2010. Artículo 75

mecanismos de supervisión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sujetos a una medida de protección.¹³¹

El proyecto de “Levantamiento y unificación de información referente a niños, niñas y adolescentes en sistema residencial a nivel nacional”, al cual ya nos hemos referido, entregó información respecto a algunas falencias que existían en el procedimiento de aplicación de medidas de protección, relacionadas a la internación de niños y a las obligaciones que la ley le exigía a los jueces respecto de ellas. Algunos de los problemas detectados fueron:

1. Niños y Adolescentes ingresados a establecimientos residenciales FAE (Familia de Acogida Especializada) sin determinar un plazo de duración de la medida, sin motivos de ingreso y sin fijar objetivos para la intervención.
2. Dictación de sentencias que, en vez de resolver la situación de vulneración del niño o adolescente y su familia, ordenan que se abra otra causa para poder investigar más, o para realizar la evaluación de la red familiar.
3. Niños y Adolescentes que permanecen institucionalizados sin que exista una medida vigente que lo permita.
4. Causas de Protección que se encuentran paralizadas una vez que se ha dictado el fallo, sin realizarse gestión alguna en orden a obtener y revisar su cumplimiento, ni la adecuación de la medida.

¹³¹ ESPEJO, Nicolás y LATHROP, Fabiola. 2015. Ob. Cit. p.45

5. Desarraigo de niños y adolescentes de sus lugares de origen por estar institucionalizados en residencias que se ubican a más de 150 kilómetros de aquéllos.

6. Indeterminación del concepto de “grave vulneración de derechos” en la práctica judicial y de parámetros mínimos comunes para considerar imprescindible el ingreso de internación de un niño o adolescente en el sistema residencial.

7. Desconocimiento, o no aplicación de las reglas de la ONU al respecto, vigentes en Chile.

8. Niños y Adolescentes ingresados al sistema sin existir un Rol de Ingreso de su causa de protección en un Tribunal, o con más de un Rol de Ingreso, en el mismo o en otro Tribunal de Familia, y con multiplicidad de causas de protección tramitadas en forma separada y desconectadas entre sí.

9. Resoluciones que recaen en estas causas y que afectan la vida y bienestar de los Niños y Adolescentes acogidos en protección, que se dictan pero no se monitorean en forma oportuna, por falta del seguimiento judicial adecuado y oportuno de sus expedientes de protección.¹³²

Estos hechos constituyen, claramente, graves infracciones a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, a la ley N°19.968 y a la ley de

¹³² COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Ob.Cit. p. 129

Menores. Sin embargo, a pesar de que este proyecto significó dar a conocer la cruda realidad que se vive día a día en los centros residenciales y las graves violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes no sólo durante el procedimiento de medidas de protección, sino también a lo largo de su aplicación y fiscalización, debemos dar crédito a que dichos resultados lograron remecer a nuestras autoridades.

Así como fue señalado en relación al SENAME, el Informe de la Comisión Especial Investigadora contiene una serie de recomendaciones y medidas a tomar por parte de los distintos organismos encargados y relacionados con la protección de los niños. A su vez, la Corte Suprema a lo largo del año 2014 emitió una serie de actas y auto acordados destinados a fiscalizar en mayor medida el trabajo.¹³³

En marzo del 2014 fue dictada por nuestro Tribunal Supremo el “Auto Acordado que regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los centros residenciales por los Tribunales de Familia en coordinación con el Servicio Nacional de Menores y el Ministerio de Justicia” o también llamada Acta N°37. En ella se especifican cuáles son los deberes de los jueces cuando se dicta una medida de protección (tanto como medida cautelar o como sentencia definitiva), dentro de los más importantes, encontramos los siguientes:

¹³³ Entrevista a Ana María Vera, Consejero Técnico del Centro de Medidas Cautelares de Santiago. 20 de noviembre de 2014. A propósito revisar Apéndice.

- a) Seguimiento y control del cumplimiento de la medida de internación por el tribunal de familia que la decretó: al disponer el ingreso de un menor de edad al sistema de protección, el juez con competencia en familia incorporará la información pertinente en sistema de registro único y específicamente en el formulario individual disponible en el Sistema Informático de Tramitación de Familia. Cada vez que se practique una visita al centro de internación, el juez deberá registrar el resultado de esa diligencia y actualizar la información del niño, niña o adolescente en el formulario de residencia disponible en el sistema de tramitación.
- b) Obligación de visita de establecimientos residenciales en el territorio jurisdiccional: los jueces de familia deberán visitar personalmente los establecimientos residenciales existentes en su territorio jurisdiccional, conforme lo prescrito en el artículo 78 de la ley N°19.968, a lo menos cada cuatro meses. Durante estas visitas, el juez deberá entrevistar a los menores a fin de informarse sobre su estado actual y sobre cualquier reclamo o asunto. Además, revisará personalmente las dependencias de los centros verificando infraestructura, seguridad, higiene, educación y salud de los niños.

- c) Revisión de las medidas cautelares y los planes de internación definitiva: en el cumplimiento de las evaluaciones periódicas realizadas por el tribunal con competencia en familia que conozca la situación del niño, niña o adolescente, aquél deberá revisar los formularios de registro (Individuales, de Residencia, de Familia de Acogida Especializada, de Familia Guardadora y de Programa Ambulatoria), verificando siempre que esté incorporado el informe del Servicio Nacional de Menores, al cual requerirá en caso contrario para que sea agregado a la brevedad.
- d) Término de la internación y egreso del menor: los tribunales con competencia en familia deberán evaluar, conforme a la situación particular de cada niño, niña o adolescente sujeto a medidas de protección cautelares o dispuestas por una sentencia definitiva, la mejor alternativa de su egreso, teniendo en cuenta para dicho efecto los plazos máximos dispuestos oportunamente al ordenar el ingreso.¹³⁴

Esta creciente preocupación por la implementación y fiscalización de las medidas de protección no quedó plasmada únicamente en el Acta N°37. Así, la Ministra de la Corte Suprema Rosa María Maggi, encargada de la Unidad de Apoyo a la justicia de familia, en conjunto con la Corte Suprema dictó durante el año 2014, oficios destinados a esclarecer algunos puntos

¹³⁴ CHILE. Corte Suprema. Acta N° 37: Auto Acordado que regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los Centros residenciales por los tribunales de familia en coordinación con el Servicio Nacional de Menores y el Ministerio de Justicia. 14 de marzo de 2014.

del Auto Acordado que regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los Centros Residenciales, de esta forma los Tribunales de Familia han aprendido a llevar a cabo de mejor manera sus deberes de fiscalización. Por ejemplo, se han aumentado el número de visitas a centros residenciales y además se han creado duplas de jueces y consejeros técnicos para poder analizar de manera más profunda la situación de cada niño, niña y adolescente.

Todas estas medidas constituyen un avance fundamental en relación al procedimiento de aplicación de medidas de protección y su eficacia. Si bien, es claro que con la sola dictación de oficios y Auto Acordados no se terminarán todas las falencias y vulneraciones que existen actualmente en este procedimiento, sí podemos decir que los poderes del Estado están haciendo algo al respecto. La opinión de algunos jueces y funcionarios relacionados a la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes es que, si bien todavía quedan muchísimas cosas por hacer, el trabajo que actualmente se está dando en los tribunales de familia da mucha esperanza a que en el futuro existirá un sistema más justo y con menos niños internados.

El proyecto “Levantamiento y unificación de información referente a niños, niñas y adolescentes en sistema residencial a nivel nacional” destapó las grandes infracciones y vulneraciones que existían y existen en los centros

residenciales, lo que permitió abrir una puerta para el cambio. Hoy día nuestras autoridades se han unido por un fin común: proteger de manera eficaz a los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, este objetivo sólo podrá alcanzarse si todos logramos entender que un resguardo eficaz de los derechos de los niños significa la base para una sociedad verdaderamente mejor, pues ellos son el futuro de nuestro país.

3.3.3. Bases para mejorar el procedimiento de aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes: tutela efectiva de sus derechos.

El sistema de aplicación de medidas de protección de niños, niñas y adolescentes fue creado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que buscaba terminar con la doctrina de la situación irregular para dar paso a la de la protección integral. De esta forma, se considera a niños, niñas y adolescentes sujetos de derecho, capaces de participar activamente y de ser escuchados. Para lograr estos objetivos, era imperiosa la creación de un procedimiento que permitiera no sólo resguardar los derechos de los niños, sino que era necesario crear instancias mediante las cuales ellos fueran capaces de dar su opinión y de entender el fundamento de la aplicación de una medida de protección.

No cabe duda de que los fines por los cuales fue creado este procedimiento son loables, sin embargo hemos verificado que la puesta en práctica de dicho procedimiento no ha tenido resultados óptimos. Las razones de esto ya han sido analizadas, y por tanto, es ahora necesario preguntarnos qué es lo que podemos hacer como país para superar estos problemas.

La opinión generalizada de jueces y de funcionarios que trabajan en el ámbito de la protección de niños es que una de las causas fundamentales del mal estado del sistema está relacionada a la escasez de recursos financieros y de personal.¹³⁵ Y por esto, uno de los cambios necesarios para mejorar el sistema es la inyección de recursos, tanto para mejorar la infraestructura y personal de centros residenciales como para aumentar la cantidad y calidad de visitas a que están obligados los jueces de familia, junto con sus consejeros técnicos. Es imperioso terminar con situaciones como las que se rebelaron en el informe de un juez de Arica respecto de la condición de los niños en la residencia SARIRI, donde además de existir una infraestructura absolutamente precaria, peligrosa, insalubre y denigrante, con vidrios quebrados, colchones sucios y rotos, y sin ropa de cama mínima, no existía ningún tipo de actividad educativa o recreativa

¹³⁵ Entrevista a Ana María Vera, Consejero Técnico del Centro de Medidas Cautelares de Santiago. 20 de noviembre de 2014. Entrevista a Carmen Luz Urzúa, juez de familia de Pudahuel. 26 de noviembre de 2014. Entrevista a Evelyn Montenegro, quien trabajó como jueza de familia en Antofagasta. 30 de noviembre de 2014. A propósito revisar Apéndice.

al interior del centro y había un número absolutamente insuficiente de cuidadores.¹³⁶

Por otro lado, si bien el aumento de recursos es una necesidad urgente, también debemos propender a que judicialmente la medida de internación en centros residenciales sea efectivamente la última en ser adoptada. La mentalidad de los jueces y de consejeros técnicos es que efectivamente siempre se intenta mantener al niño con sus padres, y que la separación se adopta únicamente cuando el niño carece de familia o ésta es negligente y es la que está vulnerando sus derechos.¹³⁷ Sin embargo, todavía hay cerca de 15.000 niños y niñas que hoy se encuentran en sistema residencial, y solo el 20% de las plazas (3.252) corresponden a proyectos de familias de acogimientos, mientras que el resto se encuentra viviendo en una institución.¹³⁸

La evidencia internacional es categórica en señalar que la institucionalización causa perjuicios a los niños que la sufren y debe ser limitada a casos absolutamente excepcionales y por períodos muy breves. Además de exponerlos a situaciones que pueden implicar graves violaciones a sus derechos, las instituciones no son el ámbito apropiado para los niños y su

¹³⁶ ROBLES, Juan Enrique. Informe sobre vulneraciones encontradas en el hogar de acogida de niños SARIRI y en el hogar de niñas AJLLASGA. Arica, Chile. 9 de noviembre de 2012. [en línea] < http://ciperchile.cl/pdfs/07-2013/sename/Informe_Juez_Presidente_ARICA.pdf> [consulta: 1 de diciembre 2014] pp. 1-2.

¹³⁷ Entrevista a Carmen Luz Urzúa, jueza de familia de Pudahuel. 26 de noviembre de 2014, Santiago. A propósito revisar Apéndice.

¹³⁸ DEPARTAMENTO DE PLANIFICACIÓN Y CONTROL DE GESTIÓN SENAME. Boletín Estadístico niños, niñas y adolescentes primer trimestre 2013. [en línea] <http://www.sename.cl/wsename/otros/bestnacionales/2013/1/Boletin_201303_Nacional.pdf> [consulta 4 de diciembre de 2014]

permanencia en éstas genera atrasos en el desarrollo. Una regla general, que ha sido señalada, es que por cada tres meses que un niño de corta edad reside en una institución, pierde un mes de desarrollo. Estudios recientes demostraron que las largas etapas de institucionalización, especialmente durante los primeros años de vida producen daños permanentes.¹³⁹

La proporcionalidad y temporalidad de las medidas de protección aparecen como remedios adecuados para evitar la desmedida institucionalización o su prolongada duración. No existen en el ordenamiento jurídico criterios que permitan determinar cuándo una medida es proporcional al tipo de vulneración que el niño está sufriendo. Con miras a lograr este objetivo el legislador debiera precisar diversos estadios de intervención que orienten a la adopción de medidas proporcionales, en función de la intensidad de la gravedad de la amenaza o vulneración de derechos en tal caso.¹⁴⁰ Esto llevará a que se privilegien medidas que promuevan el derecho del niño a la vida familiar, en desmedro de las medidas de internación.

En relación al requisito de temporalidad, el mandato del legislador al juez para establecer plazos de duración, dicen relación únicamente con aquellas medidas que importan la separación de niños de su familia, dejando de lado otras medidas de protección. La legislación chilena debe consagrar la vigencia del

¹³⁹ PALUMMO, Javier. UNICEF. 2013. Situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América latina y el Caribe. [en línea] <http://www.unicef.org/lac/UNICEF_Estudio_sobre_NNA_en_instituciones.pdf > [consulta: 5 noviembre 2014] p. 8

¹⁴⁰ ESPEJO, Nicolás y LATHROP, Fabiola. 2015. Ob. Cit. p. 62

principio de temporalidad de la protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes de manera general, y no solo en hipótesis de separación de su entorno familiar.¹⁴¹

Por otro lado, aparece como fundamental la especialización que deben tener los organismos protectores de la infancia, con el objeto de lograr mayor profesionalización en las problemáticas de niños, niñas y adolescentes. Actualmente, dicha especialización puede observarse a través de los centros de medidas cautelares.

Las ventajas de que un tribunal de familia cuente con un centro de medidas cautelares son bastantes. Por un lado, permite un conocimiento especializado y más profundo respecto de quiénes son los niños, niñas y adolescentes a los que se les ha aplicado una medida de protección y de si dicha medida está siendo útil para restablecer el derecho vulnerado de éste. Por otro, facilita la recopilación de información, tanto de los centros residenciales como de los niños que se encuentran internados. Los centros de medidas cautelares permiten disminuir la carga que tienen los tribunales de familia, para posteriormente encargarse específicamente de dar información y revisar las causas de protección. Sin embargo, lamentablemente estos centros sólo se han establecido en algunos tribunales del país.

¹⁴¹ Ibíd. p. 63

Los beneficios que conlleva la instauración de un centro de medidas cautelares son evidentes, y es por esta razón que es imperioso que exista uno en cada tribunal de familia del país.

Finalmente, es necesaria la dictación de un nuevo cuerpo normativo que regule de manera global y sistematizada todo lo que dice relación con la protección y derechos de niños, niñas y adolescentes. Es decir, una ley de protección integral que cree un marco que regule todas las materias de la infancia y de la adolescencia, tal como lo vimos cuando analizamos el sistema de protección de El Salvador.

En un sistema de garantía de derechos, las garantías administrativas juegan un rol primario, sujetas siempre a control jurisdiccional secundario (recursos y acciones procesales). En base a esta estructura fundamental, la legislación en materia de protección especial debiera garantizar la creación de un sistema integral de protección para niños, niñas y adolescentes que requieran protección especial. Dicho sistema administrativo debiera contemplar la integración de las medidas universales y preventivas de una política nacional de infancia, con las necesidades específicas de intervención para hipótesis de amenazas o vulneración grave a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito familiar. En ambos casos, la integralidad de la

intervención debiera tener lugar a nivel territorial (comunal), por medio de una eficaz red de servicios y acciones coherentes y coordinadas entre sí.¹⁴²

En miras a poder cumplir dicho objetivo el 24 de abril del año 2013 el Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley denominado Ley de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Sus principales objetivos consistían en crear un sistema nacional de protección de los niños, una política nacional de los niños y un plan de acción nacional. Sin embargo, y este proyecto no ha avanzado en su tramitación desde el mismo año 2013.

Por su parte, la Presidenta Michelle Bachelet el 24 de septiembre del año 2015, en el uso de sus facultades constitucionales, envió a la Cámara de Diputados un nuevo proyecto que tiene por objeto la creación de un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, en virtud del cual se busca adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, a través de la creación de un sistema de protección integral. Las ideas matrices de este proyecto pueden resumirse de la siguiente manera:

- a. Se trata de una ley de garantías, que pretende incorporar en el Derecho interno un sistema que proteja integralmente los derechos de los niños reconocidos por la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y en las demás leyes.

¹⁴² *Ibíd.* p. 64 y 65

- b. Provisión de servicios y prestaciones sociales: el proyecto hace converger distintos niveles de intervención del Estado, ya sea asegurando el goce de los derechos de los niños, mediante políticas sociales, o bien, por medio de prestaciones especializadas en los casos en que tales derechos hayan sido vulnerados.
- c. Sistema Institucional: si bien se mantendrán los organismos vigentes, se radicarán en el Ministerio de Desarrollo Social las tareas de rectoría del sistema a través de un Comité Interministerial. Es decir, la coordinación corresponderá a una subsecretaría dependiente del Ministerio, denominada “Subsecretaría de la Niñez”, encargada de prestar al Ministro del ramo la debida colaboración en las tareas relacionadas con sus nuevas atribuciones en materia de niñez.
- d. Adopción de medidas de protección: el proyecto habilita al Ministerio de Desarrollo Social para adoptar las medidas de protección respecto de niños que han sufrido limitación o privación de derechos. De esta forma, se entrega protagonismo a la Administración del Estado en la adopción y ejecución de medidas de protección de derechos; reservando a los tribunales el establecimiento de la medida que signifique la separación del niño de su familia y entorno.
- e. Política Nacional de la Niñez: se contempla la determinación de una serie de objetivos y fines, orientaciones y ejes de acción de una Política

Nacional de la Niñez. Destaca el carácter universal, coordinado, progresivo, integral e intersectorial que dicha política tendrá.¹⁴³

Si bien este proyecto de ley todavía se encuentra en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, ya es posible vislumbrar que el espíritu de los Poderes del Estado es mejorar las condiciones en que actualmente se encuentra el sistema de protección de la infancia, dando un efectivo y real cumplimiento a lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile hace ya 15 años. Otro ejemplo de cómo ha ido evolucionando esta idea de protección a la infancia, fue la creación, por parte del Ejecutivo, del Consejo Nacional de la Infancia. Mediante Decreto Supremo N°21, de 14 de marzo de 2014, modificado por el Decreto N°90, de 14 de julio de 2014, ambos del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, fue creado este comité interministerial encargado de asesorar a la Presidenta de la República en todo cuanto diga relación con la identificación y formulación de políticas, planes, programas, medidas y demás actividades relativas a garantizar, promover y proteger el ejercicio de los niños, niñas y adolescentes a nivel nacional, regional y local; y de servir de instancia de coordinación entre los organismos con competencias asociadas en dichas materias. En especial, le corresponde a este Consejo, entre otras tareas, asesorar en el estudio de la legislación vigente en materia de protección de

¹⁴³ CHILE. Presidente de la República. Proyecto de ley sobre “Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez”, boletín N° 10315-18, de 24 de septiembre de 2015. p. 7 a 10

derechos de los niños, proponiendo las modificaciones a nivel constitucional, legal y reglamentario que sean necesarias para generar un Sistema de Prestación Integral y efectivo de los derechos de la infancia y de la adolescencia.¹⁴⁴

Tanto la creación del Consejo Nacional de la Infancia como los proyectos de ley precedentemente mencionados, constituyen grandes iniciativas para el cumplimiento íntegro de la Convención. Sin embargo, no podemos olvidar que aún queda tiempo para que estas nuevas instituciones cobren relevancia o vigencia en nuestro país. Por tanto, es imperioso que los órganos que actualmente son protectores de los derechos de los niños fortalezcan su rol, cumpliendo con la normativa que ya existe para que, dentro de las facultades y obligaciones que ella les confiere, puedan resguardar de la mejor forma posible a niños, niñas y adolescentes.

¹⁴⁴ *Ibíd.* p.7

CONCLUSIÓN

La presente investigación ha tenido por objeto analizar la eficacia del procedimiento especial de aplicación de medidas de protección de los derechos de niños, niña y adolescentes. Estableciendo, además, como hipótesis, que dicho sistema es ineficaz debido al déficit que existe por parte de la autoridad, en la aplicación y fiscalización de estas medidas.

Para alcanzar el mencionado objetivo, se desarrolló esta Tesis a partir de tres capítulos que, a su vez, dan respuesta a tres preguntas específicas: ¿Cómo se protegen a nivel internacional los derechos de los niños, niñas y adolescentes?, ¿Cómo han evolucionado a nivel nacional los procedimientos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes?, y, ¿Cómo se aplican y fiscalizan las medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Es necesario que antes de hablar de las medidas de protección en Chile, se analice cómo surgieron ellas en el mundo, en qué contexto nacieron y finalmente, cómo resguardan a los niños las distintas organizaciones del mundo y algunos países en particular. De esta forma, el objeto del primer capítulo fue examinar el marco jurídico internacional y ciertos mecanismos a nivel comparado de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, dando respuesta a la primera interrogante planteada en el precedente párrafo.

El plano internacional y los diversos hitos que han marcado la historia del mundo, fueron fundamentales para la creación de nuevos sistemas que

buscaban dar solución a un problema que se venía gestando desde los albores de la civilización: el rol que tenía el niño dentro de nuestra sociedad. El papel de las dos Guerras Mundiales y de los distintos horrores que trajeron consigo, permitieron ir trazando una concepción del niño como un individuo que requería una atención especial. A partir de ese momento, comienzan a nacer diversas ideas plasmadas en Declaraciones y Convenciones, teniendo principal importancia la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Además de ellas, nacieron muchísimos documentos como reacción a la evidente desprotección y falta de reconocimiento de los niños y adolescentes en la sociedad.

Sin perjuicio que desde ese instante surgió una ola de tratados, documentos y declaraciones, con el objeto de establecer cuáles eran las garantías mínimas que debían otorgar los Estados a los niños, se requería de un documento que sistematizara de manera coherente lo expuesto en ellos. De esta forma, en 1989 fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Documento que permitió dar un contenido mínimo a los derechos de niños, niñas y adolescentes y asegurar su aplicación por parte de los Estados que la suscribieran.

La Convención significaba, para aquellos países que la habían ratificado, la obligación de garantizar sus disposiciones y principios mediante una revisión y

modificación de su legislación interna. Así lo hicieron muchos países Latinoamericanos, entre ellos El Salvador y Uruguay.

Ambos países han reformado sus sistemas de protección instaurando nuevas normas que se fundan en el paradigma recogido por la Convención Internacional, el de la protección integral. Por una parte, el Estado de El Salvador creó lo que se denomina Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la cual a través de mecanismos sociales y jurídicos, verificados en procedimientos administrativos y judiciales busca resguardar los derechos de los niños, responsabilizando no sólo a los órganos públicos de esta labor, sino también a la sociedad completa. Por otro lado, en el año 2004, el Estado Uruguayo promulgó su nuevo Código de la Niñez, el cual contiene la mayoría de las disposiciones relacionadas con las niñas, niños y adolescentes, las cuales fueron reformadas a partir de la mencionada ley, a la luz de los principios de la Convención.

Ambos países han encontrado algunas dificultades en la implementación de sus sistemas de protección integral, debido, principalmente, a factores como la necesidad de crear nuevos organismos de protección, que deben llevar a cabo políticas sociales y estructurales respecto de la niñez, dotando a la administración de mayores responsabilidades relacionadas con la infancia, o también, la extrema radicación del paradigma de la situación irregular en el pensamiento del legislador y de los jueces.

El examen de cómo se da resguardo a los derechos de los niños en el marco internacional, nos ha permitido conocer cuáles son los factores que inciden y que promueven la creación de sistemas de protección integral. El reconocimiento del niño como sujeto de derecho, ha surgido tras largos años de batallar por el cambio de una concepción que veía a la infancia y adolescencia como una categoría residual de la sociedad, a la que sólo tutelaba el Estado en situaciones de evidente desamparo.

Por otro lado, el análisis respecto de dos sistemas de protección integral creados en países latinoamericanos, ha servido para reconocer que es posible y necesario, reformar las normas actuales para dar paso a nuevas leyes que recojan completamente el paradigma de la protección integral, responsabilizando del resguardo de los derechos de niños, niñas y adolescentes, no sólo al Estado sino que a todos los órganos de la administración, al Poder Judicial y, en fin, a un país completo.

Ya analizado el contexto internacional, en orden a verificar la eficacia del procedimiento aplicación de medidas de protección de la ley N°19.968, corresponde examinar el desarrollo jurídico que ellas han tenido en nuestro país, respondiendo a la segunda pregunta planteada en el inicio de la conclusión, esta es: ¿Cómo han evolucionado, a nivel nacional, los procedimientos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes?

Al igual que en el resto de los países del mundo, la normativa sobre infancia antes del siglo XX era prácticamente inexistente, encontrando únicamente, aisladas disposiciones que regulaban su responsabilidad. Sin embargo, a partir del año 1912 con la creación de la ley sobre Protección a la Infancia Desvalida, se da un vuelco a la imperante invisibilidad en la que se encontraban niños y adolescentes, llevando al nacimiento de una nueva conciencia sobre la importancia de un marco jurídico que tutelara sus derechos.

Consciente nuestro legislador de la necesidad de contar con una adecuada ley de protección de la infancia, y ante la iniciativa que otros países estaban teniendo para resolver dicho problema, a partir de la segunda década del siglo XX se presentaron en Chile diversos proyectos de ley que buscaban dar solución a la situación de los menores.

Con la creación de la Ley de Menores en el año 1929 se implementa el modelo de la situación irregular, otorgando a los jueces un rol protector y educativo. El principal problema de esta doctrina, se presenta en que ella recoge distintos estados en que se pueden encontrar niños, niñas y adolescentes, que pueden ir desde el abandono a la delincuencia. Para dar respuesta a dichos problemas, la ley de Menores procuró la creación de una institucionalidad que abarcaba toda la problemática de la infancia sin distinciones. Asumiendo como instrumento eficaz y eficiente para proteger sus derechos, la internación de los niños.

A pesar de que con el correr de los años la Ley de Menores sufrió muchísimas reformas, todas ellas tenían como piedra angular el paradigma de la situación irregular, lo que se tradujo en que se enfrentaran a las mismas deficiencias. De esta forma, se consideraba al menor como un objeto de derecho incapaz de tener opinión propia, se le daban amplias facultades al juez de menores, quien debía tener no sólo una función jurisdiccional, sino que también debía suplir las deficiencias existentes por falta de políticas públicas y sociales. Además, uno de sus principales problemas consistía en la confusión de niños y adolescentes que cometían delitos, con aquellos que eran objeto de medidas de protección.

Tal como Uruguay y El Salvador, al ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1990, Chile se vio obligado a implementar nuevas normativas que permitieran adecuar su legislación existente a los nuevos estándares y principios de dicho instrumento. Así, se fueron modificando aquellas leyes que no se condecían con lo que establecía la Convención. Sin embargo, el derecho procesal no fue parte de esta iniciativa, quedando completamente relegado. Nació así un grave problema, que consistía en la falta de concordancia entre el derecho sustantivo y el procedimiento que debía aplicarse. Para poner término a dicha cuestión, en el año 2004 fue promulgada la ley N°19.968, que creaba los Tribunales de Familia.

Esta novedosa ley se inspiraba en las disposiciones básicas de la Convención, fundándose principalmente en el paradigma de la protección integral y

recogiendo el interés superior del niño como pilar fundamental. Los derechos que se buscan resguardar, mediante las normas que recogen esta doctrina, no son únicamente los de aquellos niños vulnerables y desamparados, sino los de todos los niños, niñas y adolescentes, lo que se logra través del reconocimiento de deberes del Estado y de la familia.

Con el objeto de dar una mayor protección a niños, niñas y adolescentes, la presente ley configuró un sistema especial de aplicación de medidas de protección, el cual le otorgaba facultades al juez de aplicar aquellas medidas que estimara pertinentes para poner fin a alguna amenaza o vulneración de sus derechos. Con la creación de dicho procedimiento, se pretendía dar un cabal cumplimiento a las Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La evolución de la legislación protectora de la infancia en Chile, nos permite concluir la incidencia que tienen los paradigmas imperantes, al momento de la creación de una norma. El alcance de las disposiciones, la aplicación de la ley y los procedimientos que dirigen su tramitación, son influenciados profundamente por el paradigma existente en una determinada época. Por otro lado, tras el análisis de la historia de la evolución jurídica de las medidas de protección, pudimos dar cuenta de que los esfuerzos de nuestro país por implementar normas que tendieran a dar un efectivo resguardo de los derechos de los niños, fueron aumentando paulatinamente, culminando con la ratificación de la

Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que abrió nuevas puertas a la construcción de un sistema de protección de la infancia.

El examen del avance jurídico de las medidas de protección nos ha brindado el contexto en virtud del cual ellas nacieron y cuáles eran los objetivos que se pretendían con su implementación. Sin embargo, cuestión distinta es responder a la pregunta de cómo se aplican y fiscalizan estas medidas.

La Convención delimita el conflicto existente entre los deberes de actuación del Estado y la responsabilidad de las familias en la tutela de niños, niñas y adolescentes, entregando al primero una participación subsidiaria cuando los segundos no pueden cumplir. Así, surge la necesidad de crear un sistema que determine aquellos casos en que procede la intervención Estatal, que se manifestó en nuestro país en la creación del procedimiento de aplicación de medidas de protección de la ley N° 19.968.

Fundado en los principios de interés superior del niño, de desformalización y de inmediación, entre otros, el procedimiento en cuestión, faculta al juez a indagar sobre las situaciones de afectación o vulneración de derechos de niños, que se han puesto en su conocimiento. Luego de conocidos los antecedentes, el juez debe ponderar la necesidad de decretar una medida de protección para poner término a dicha situación. Las medidas aplicables son las establecidas en el artículo 30 de la ley de Menores, la cual faculta al juez a disponer la concurrencia de los padres o personas que tengan al niño a su cuidado a

programas o acciones de apoyo, disponer el ingreso de menores de edad a centros de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial, u otra medida que el juez estimare pertinente.

Luego de analizar la estructura del procedimiento de aplicación de medidas de protección, nos hemos abocado en determinar cómo se fiscalizan en la vida real dichas medidas. El objetivo de la presente memoria se relaciona directamente con el análisis desarrollado en la última parte del tercer capítulo, esto es, el cumplimiento de las medidas de protección.

En orden a permitir una adecuada fiscalización, la ley N°19.968 impone distintos deberes a dos órganos específicos: el Servicio Nacional de Menores y el Poder Judicial. El primero de ellos, en términos generales, tiene la labor de proteger y promover los derechos de niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados y la reinserción de adolescentes que han infringido la ley penal. Para ello, los deberes del SENAME comprenden garantizar la oferta de programas de apoyo y evaluar constantemente las residenciales administradas directamente por este organismo, como aquellas que pertenecen a instituciones colaboradoras. Por otro lado, en el cuerpo legal mencionado, se exige a los jueces visitar personalmente los establecimientos de internación, dentro de lapsos que no excedan de seis meses. Lo que se pretende mediante la imposición de esta obligación del Poder Judicial, es el que los jueces verifiquen

si la medida que se decretó está alcanzando sus objetivos, y si finalmente, ella resulta eficaz.

Si bien el legislador se preocupó de establecer algunas disposiciones que permitieran cierta fiscalización de las medidas de protección, la normativa vigente no resulta suficientemente clara en relación a determinar los alcances y funciones específicas que debe cumplir cada uno de estos órganos. Debido a esta situación, desde la entrada en vigencia de la ley N°19.968, la aplicación de medidas de protección, especialmente la del ingreso de niños y adolescentes a centros residenciales, ha tenido grandes dificultades, las que se han traducido en una constante vulneración de sus derechos por parte de quienes están encargados de su protección. Así lo demostró el proyecto de “Levantamiento y unificación de información referente a niños, niñas y adolescentes en sistema residencial a nivel nacional”.

Las distintas violaciones y amenazas a los derechos de los niños dentro de los mencionados centros, y que han sido analizados ya en el tercer capítulo de este trabajo, dan cuenta de que el procedimiento de aplicación medidas de protección establecido en la ley que crea los Tribunales de Familia, no resulta eficaz, lo que se debe principalmente a un déficit en la fiscalización por parte de los órganos de la administración. En pocas palabras, la hipótesis planteada en este trabajo resulta verificada.

La poca supervisión de políticas de gestión y una ausencia de un trabajo sostenido por parte del SENAME con las familias de los niños y adolescentes acogidos, y con sus mismos organismos colaboradores. Unido a la falta de determinación de plazos y objetivos de las medidas, y a un escaso monitoreo y seguimiento de ellas, por parte del Poder Judicial, nos lleva a concluir que actualmente el procedimiento en cuestión, no constituye un medio eficaz para dar resguardo a los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Sin perjuicio de que luego de que se dieron a conocer los resultados del proyecto de levantamiento, las autoridades dictaron algunas normativas con el objeto de mejorar la aplicación de estas medidas, considero que ellas resultan ineficaces. Nuestro país no necesita “arreglar” la legislación actual, la que si bien busca dar cumplimiento a lo dispuesto en la Convención, no recoge el objetivo que ella misma plantea: la completa instauración del paradigma de protección integral.

Como bien ya se señaló, dicho paradigma no pretende la creación de un único procedimiento para la protección de los derechos del niño, sino que tal como lo dice su nombre, lo que se busca es otorgar una protección integral. Lo cual sólo se puede alcanzar mediante el establecimiento de un sistema que involucre a la sociedad chilena completa, y no únicamente a dos organismos.

Un verdadero sistema de protección integral se incorpora a un ordenamiento jurídico no sólo a través del establecimiento de procedimientos especiales y

acotados que busquen tutelar los derechos de los niños, sino que además es imperiosa la creación de políticas nacionales y regionales que permitan hacer de esta labor una tarea transversal.

Ante las distintas vicisitudes que surgieron con la entrada en vigencia de la ley N°19.968, el año 2015 se pudo concretar en nuestro país el nacimiento de un proyecto de ley cuyo objeto es precisamente la creación de un nuevo sistema de protección de garantías de los niños. Este proyecto, se presenta como una oportunidad única para poder recoger todos aquellos problemas que han surgido en la implementación de sistemas de este tipo en países Latinoamericanos y así, evitarlos, creando soluciones efectivas. Además, el legislador debe ser cuidadoso y tener en cuenta todas aquellas cuestiones que se han señalado en esta investigación, y que llevan a que un sistema de protección no sea completamente eficaz. De esta forma, a mi parecer, algunas de las reformas que deben incluirse dentro de esta nueva legislación son las siguientes:

1. Analizar el estado en que se encuentran los distintos centros residenciales, tanto en relación al personal como a su infraestructura, e inyectar los recursos que sean necesarios para que ellos se encuentren en condiciones óptimas para la recepción de niños y adolescentes.

2. Acotar y determinar de forma específica en qué casos el niño debe ser institucionalizado, teniendo en consideración que esta medida debe decretarse en casos únicos y excepcionales.
3. Establecer criterios jurídicos que permitan al juez determinar cuándo una medida es proporcional, y que luego de la implementación de ésta, se establezca el objetivo concreto que se pretende alcanzar, junto con el tiempo de su duración.
4. Instauración de centros de medidas cautelares en todos los Tribunales de Familia del país, con el objeto de crear una mayor especialización en el tratamiento de estos problemas y que aseguren la fiscalización de las medidas.
5. Derogar completamente la ley de Menores, la que se fundó en el paradigma de la situación irregular y, que no permite que los jueces e instituciones chilenas se desliguen de lo que dicha doctrina impone.

Estas son sólo algunas de las medidas que se espera que el nuevo proyecto de protección integral recoja, para que una vez entrado en vigencia se ejecuten.

Largo ha sido el camino recorrido para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, quienes han pasado de la completa inexistencia jurídica

al nacimiento de procedimientos específicamente creados para su tutela. Poco a poco nuestro país ha ido tomando conciencia de lo que significa, en términos concretos tener un sistema que entregue un efectivo resguardo a los derechos de los niños, sin embargo, aún queda muchísimo para que esto se transforme en una realidad. El nuevo proyecto de ley se presenta como la ocasión perfecta para poner término a todas aquellas vulneraciones que existen actualmente en el sistema de aplicación de medidas de protección. No podemos hacer oídos sordos a esta oportunidad, ni debemos dejar pasar la posibilidad más cercana que ha tenido Chile de dar una protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes, que sea verdaderamente eficaz.

FUENTES

I.- Bibliográficas:

1. ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel. 2009. Curso de Investigación jurídica. Santiago de Chile, Legal Publishing, tercera edición.
2. BUSSO, Gustavo. Julio 2001. “Vulnerabilidad Social: Nociones e implicancias de Políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI”. Seminario Internacional: Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe, CEPAL.
3. CALAMANDREI, Piero. 1945. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. de Sentis Melendo. Buenos Aires.
4. CILLERO, Miguel. 1994. Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile. Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay.
5. FUCHSLOCHER, Edmundo. 1965. Derecho de Menores, Tomo I. Valparaíso, Chile. Imprenta Mercantil.

6. JARA, Eduardo. Julio de 2011. Derecho Procesal de Familia. Principios Formativos, reglas generales, procedimiento ordinario. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
7. ULRIKSEN, Germán. 2003. Derecho de Menores. Procedimientos y Formularios. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica La Ley Ltda., Segunda Edición.

II.- Hermerográficas:

8. ÁLVAREZ, Gabriel. 2014. La investigación jurídica como un instrumento de mejoramiento del proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho. En Revista Pedagogía universitaria y didáctica del Derecho, Universidad de Chile. N°1, vol. 1. Santiago, Chile.
9. FARÍAS, Ana María. 2003. El difícil camino hacia la construcción del niño como Sujeto de Derechos. Revista Derechos del Niño Número Dos. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile.
10. GONZÁLEZ, Alfredo. octubre-diciembre, 2003. Los paradigmas de investigación en las ciencias sociales. En ISLAS. N° 138. Cuba.

11. LATHROP, Fabiola. 2014. La Protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. Revista Chileno de Derecho Privado, N°22.
12. MARÍN, Juan Carlos. 2006. Las medidas cautelares en el Ordenamiento Jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. Revista de Estudios de Justicia. N°8. Santiago.
13. PILOTTI, Francisco. Marzo 2001. "Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto". Serie Políticas Sociales, División de Desarrollo Social. Cepal, Naciones Unidas. Santiago, Chile.
14. TELLO, Cristóbal. 2003. Niños, Adolescentes y el Sistema Chile Solidario: ¿Una Oportunidad para Constituir un Nuevo Actor Estratégico de las Políticas Públicas en Chile? Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile.

III.- Virtuales:

15. BELOFF, Mary. 1999. Modelo de la Protección Integral de los derechos del niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar, [en línea] Justicia y Derechos del Niño, Número 1. <http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf> [consulta 25 de Junio de 1014]

16. CASTILLO, Federico. 2010. La Promoción y Protección de los Derechos Humanos del niño en el Sistema Internacional e Interamericano. [en línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01122010/doctrina01.pd>> [consulta: 26 agosto 2014]

17. CHACÓN, Alfonso. 2007. Protección de los niños según el Derecho Internacional Humanitario. Un breve recuento desde los Convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/7/art/art2.pdf>> [consulta: 13 abril 2014]

18. COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Chile. 28 de febrero 2014. Informe de la Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del

Servicio Nacional de Menores. Valparaíso, [en línea]
<http://ciperchile.cl/pdfs/2014/04/sename/INFORME_SENAME.pdf>
[consulta: 1 de diciembre 2014]

19. COUTIÑO, Matilde. 2006. El Derecho de Menores: una perspectiva nacional e internacional. [en línea]. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<file:///C:/Users/Jose%20Miguel%20Nalda%20Mu/Documents/universidad/quinto%20a%C3%B1o/Taller%201/bibliograf%C3%ADa/derecho%20de%20menores,%20una%20perspectiva%20internacional%20y%20nacional.pdf>> [consulta: 20 de agosto 2014]

20. DÁVILA, Paulí y NAYA Luis María. 2006. La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una visión Internacional. [en línea] Encounters on Education. Volume 7
<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:GZRISPTFtmEJ:library.queensu.ca/ojs/index.php/encounters/article/download/597/3498+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=cl>> [consulta: 18 agosto 2014]

21. DEPARTAMENTO DE PLANIFICACIÓN Y CONTROL DE GESTIÓN SENAME. 2013. Boletín Estadístico niños, niñas y adolescentes primer trimestre 2013. [en línea]

<http://www.sename.cl/wsename/otros/bestnacionales/2013/1/Boletin_201303_Nacional.pdf> [consulta 4 de diciembre de 2014]

22. ESPEJO, Nicolás y LATHROP, Fabiola. 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 línea] Santiago de Chile <<http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/proteccion-especial-22.pdf>> [consulta: 20 de agosto 2015]

23. FARÍAS, Ana María. 2002. Uso del Internado en el Sistema de Protección en Chile. Internación de Niños ¿el comienzo del fin? [en línea] <http://www.unicef.cl/archivos_documento/2/internacion.pdf> [consulta 15 de abril de 2014]

24. FREITES, Luisa. 2008. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Apuntes Básicos. [En línea] Revista Educere 2008 12 (42) <<http://www.redalyc.org/pdf/356/35614569002.pdf>> [consulta 3 de Abril de 2014]

25. FUENTE MAUREIRA, Claudio; MARÍN VERDUGO, Felipe, y RÍOS LEIVA, Erick. Informe sobre el funcionamiento de los Tribunales de Familia de Santiago. Agosto 2010. [en línea]

<file:///C:/Users/Jose%20Miguel%20Nalda%20Mu/Downloads/funcionamiento_justicia_tribunales.pdf> [consulta 15 octubre 2014]

26. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. 1997. La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos [en línea] <http://www.iin.oea.org/La_convencion_internacional.pdf> [consulta 15 de Agosto de 2015]

27. MILLÁN, Patricio y Villavicencio Luis. 2002. La Representación de Niños, Niñas y Adolescentes en los Procedimientos para la Adopción de Medidas de Protección. Revista Derechos del Niños Uno. [en línea]. <http://www.unicef.cl/archivos_documento/10/RevistaDerechos1.pdf> [consulta 3 de Julio de 2014]

28. MORLACHETTI, Alejandro. 2013. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. [en línea] Comisión Económica para América Latina y el Caribe <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49095/Sistemasnacionalesdepotecciondelainfancia.pdf>> [consulta: 8 julio 2014]

29. PALUMMO, Javier. UNICEF. 2013. Situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América latina y el Caribe. [en línea]
<http://www.unicef.org/lac/UNICEF_Estudio_sobre_NNA_en_instituciones.pdf> [consulta: 5 noviembre 2014]
30. PÉREZ M. Ricardo. Uruguay Reflexiones sobre el Código de la Niñez y Adolescencia, Ley N° 7.283, [en línea] Justicia y Derechos del Niño, número 6. 2004.
<http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayDerechos6.pdf> [consulta 10 de septiembre 2014]
31. ROBLES, Juan Enrique. Informe sobre vulneraciones encontradas en el hogar de acogida de niños SARIRI y en el hogar de niñas AJLLASGA. Arica, Chile. 9 de noviembre de 2012. [en línea] <http://ciperchile.cl/pdfs/072013/sename/Informe_Juez_Presidente_ARICA.pdf> [consulta: 1 de diciembre 2014]
32. SENAME. 2011. Análisis sobre la aplicación del artículo 80 bis. [en línea]<http://www.sename.cl/wsename/otros/estudios_2012/analisis_80_bis.pdf> [consulta: 20 de noviembre de 2014]

33. SENAME. 2015. Misión y Objetivos Sename. [en línea]
<<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=2>> [consulta: 20 de noviembre 2014]
34. SENAME. 2007. Nuestra Institución, [en línea]
<<http://www.SENAME.cl/wSENAME/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=1>> [consulta: 20 de noviembre 2014]
35. SENAME. 2007. Oferta de Protección. [en línea]
<<http://www.SENAME.cl/wSENAME/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=13>> [consulta: 25 de noviembre de 2014]
36. SENAME. 2012 Sistema de Protección Integral a la infancia Chile Crece contigo. Lineamientos de Acción y Coordinación. [en línea]
<http://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2013/07/protocolo-chcc_sename-OK.pdf> [consulta: 25 de noviembre de 2014]
37. TURNER SAELZER, Susan. 2002. Los Tribunales de Familia. Ius et Praxis [en línea]
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122002000200013&lnes&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

http://dx.doi.org/10.4067/S0718_00122002000200013> [consulta 24 de Junio de 2014]

38. UNICEF. 2012. Derechos bajo la Convención sobre los Derechos del Niño. [en línea]. <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html> [consulta: 26 agosto 2014]

39. UNICEF. 2013. Levantamiento y unificación de información referente a niños, niñas y adolescentes en sistema residencial a nivel nacional. [en línea]<http://www.unicef.cl/web/wpcontent/uploads/doc_wp/Descripcion_Proyecto_Levantamiento_y_unificacion_de_informacion.pdf > [consulta: 25 de noviembre de 2014]

40. UNICEF. 2009. THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD Guiding principles: general requirements for all rights. [en línea] <http://www.unicef.org/spanish/crc/images/Guiding_Principles.pdf> [consulta: 26 agosto 2014]

41. VIILACORTA DE RIVERA, Ismelda. 2012. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Lepina) [en línea]

<<http://revistarayuela.ednica.org.mx/sites/default/files/Art.%20ismelda%20Villacorta%20de%20Rivera.pdf>> [consulta:4 de septiembre 2014]

42.ZERMATTEN, Jean. 2003. “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, [en línea], <www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf> [consulta 13 de Abril de 2014]

IV.- Documentales:

43.CHILE. Corte Suprema. Acta N° 37: Auto Acordado que regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los Centros residenciales por los tribunales de familia en coordinación con el Servicio Nacional de Menores y el Ministerio de Justicia. 14 de marzo de 2014.

44.CHILE. Ministerio de Justicia, Decreto Ley N° 2.465, que Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica. Versión de 25 de Julio de 2005.

45.CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Última versión 18 de Diciembre de 2010

46. CHILE. Presidente de la República. Proyecto de ley sobre “Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”, boletín N°8911-18, de 24 de abril de 2013.
47. CHILE. Presidente de la República. Proyecto de ley sobre “Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez”, boletín N° 10315-18, de 24 de septiembre de 2015.
48. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 830, que promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Versión de 27 Septiembre de 1990.
49. Historia de la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia. Valparaíso, Chile. 2004. Disponible en www.bcn.cl.

APÉNDICE

Entrevista a Ana María Vera, Consejero Técnico del Centro de Medidas Cautelares de Santiago (3er Juzgado de Familia de Santiago), realizada el 20 de noviembre de 2014.

1. ¿Cuál cree usted que fue la consecuencia del proyecto de levantamiento?

Eso fue un estudio del 2012 y prefiero no referirme a algo en lo que no participé. Lo que está claro es que en razón del informe del proyecto de levantamiento, se gestaron las actas y auto acorados que hoy día fiscalizan mucho más el cumplimiento del trabajo. Ellas normas con más precisión el cumplimiento.

En el centro de medidas cautelares siempre se ha cumplido, el centro de medidas cautelares de Santiago se conforma por los cuatro tribunales de Santiago, por jueces y consejeros técnicos de cada uno de esos tribunales.

Con la creación de los tribunales de familia, no se tenía claro cuál era la situación con los niños en centros residenciales. La señora Mónica Jéldrez decide recabar la información de niños, hogares, y en qué situación están. Esto es un proyecto que avanza día a día y que sigue avanzando.

La ley dice claramente que existe una obligación por parte de los jueces en el artículo 78, yo soy de la dotación inicial de los tribunales de familia, y a mí me consta que esto se ha realizado a cabalidad. Esto quizás no se hace todo lo que nosotros quisiéramos, por un problema de tiempo, pero sí intentamos cumplir de la mejor manera posible.

2. Según lo que usted ha podido ver en la práctica ¿se establece un objetivo y un plazo para la adopción de medidas de protección? Específicamente para la internación de niños en centros residenciales:

Eso se cumple totalmente en la práctica, tan así es, que eso cambió y se fue mejorando luego de los informes del año 2012. En este momento, existe el acta 137 del año 2014 que establece un protocolo de lo que los jueces deben hacer. En lo que va del 2014 se han hecho 4 visitas a los centros residenciales, incluso lo han hecho las mismas duplas juez- concejero técnico para que exista seguimiento. En la unidad de protección tenemos registros de todos los niños, de los centros residenciales y de cuál es su situación actual.

3. Los Centros de medidas cautelares sólo existen en determinadas regiones del país, ¿Cree usted que estos centros debieran existir en todos los tribunales?

Desde hace mucho tiempo se ha ido hablando con los jueces que es importante especializar el tema de la protección. Estas son materias muy sensibles que requieren especialización, la cual permite una visión más profunda.

4. ¿En qué consiste el procedimiento en la práctica?

Bueno, la causa entra por denuncia o por parte. Se cita a audiencia preparatoria, se piden las medidas que correspondan. Ahí se cita a los profesionales y si se requiere hay audiencia de juicio, posteriormente, la medida de protección pasa al centro de medidas cautelares donde hay programas computacionales que te permiten ir verificando los plazos y dar un seguimiento a la medida de protección.

5. ¿Es la medida de separación del niño, niña o adolescente de sus padres, la última en ser considerada por los jueces?

Es importante que sepas que cuando un niño ingresa a un centro residencial es normalmente porque tiene un padre o madre ausente, negligente o es el causante de la vulneración. Nunca se va a separar si padre o madre cuentan con una mínima capacidad de protección.

6. ¿Es considerada la familia extensa para cuidar al niño, niña o adolescente en el caso en que los padres no sean aptos?

El centro residencial es la última medida, acá se trabaja para que el niño se mantenga en su familia de origen. Acá siempre que ingresa una causa se le solicita al registro civil el registro de la familia extensa, materna y paterna, esto siempre se hace. Si no hay familia extensa, cuestión que es más usual de lo que se piensa, no hay alternativa. Pero acá se trabaja para dejar al niño con la familia. Mientras se está buscando con quien dejarlo, el niño se queda en un CREAD. Tenemos 3 CREAD: Galvarino, Pudahuel y Casa Nacional.

Nosotros siempre investigamos pues lo más duro para un niño es separarlo de sus familia, ¿por qué lo separaríamos si la familia lo quiere tener? En la realidad siempre se busca a la familia.

7. ¿Qué cambiaría usted del sistema actual?

Más personal. Siempre he sentido que los magistrados y concejeros técnicos quisiéramos tener más tiempo para darle, a su vez, más tiempo a la gente. Los niños tienen que ser escuchados, y para que el juez pueda resolver adecuadamente es necesario tener más tiempo.

Tenemos que cumplir con los procedimientos, y si existiera más gente podríamos escuchar más.

8. En relación a la legislación vigente ¿No considera que sería mejor que existiera un código o ley que regulara específicamente estas materias, como existe en otros países?

Bueno, todas las actas y autos acordados que ha surgido están gestando eso. Estas serían las bases de un cuerpo normativo, y es lo que está sucediendo actualmente.

El tribunal de familia cumple esta normativa, por lo que creo que en realidad el problema más importante es que falta gente.

Yo soy súper optimista, el sistema está mejorando cada días más. En el centro de medidas cautelares tenemos visibilizados a todos los niños, sabemos donde están si hay controles médicos. Tenemos registros en línea donde se indica toda la información de cada niño. Debemos pensar que somos un país en desarrollo, pero que todos quienes trabajamos aquí tenemos un mismo objetivo que es el de dar protección a los niños.

Entrevista a Carmen Luz Urzúa, jueza del Juzgado de Familia de Pudahuel, realizada el día 26 de noviembre de 2014,

I. Criterios utilizados por jueces para aplicar medidas de protección:

1. ¿Siente que en el procedimiento de medidas de protección se cumple con todos los principios que forman el procedimiento? (especialmente el de desformalización y el interés superior del niño y su derecho a ser oído)

No conozco el trabajo en audiencias de cada uno de los Jueces y Juezas de todos los Juzgados de Familia del país. Solo puedo responder por mi trabajo y el de los 12 Jueces/as del Juzgado de Familia de Pudahuel, que es competente para administrar justicia en las materias de derecho de familia en territorio jurisdiccional de Pudahuel, Quinta Normal, Cerro Navia y Lo Prado. Y respecto al conocimiento de causas por vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, estimo que se garantiza el debido proceso, especialmente la garantía constitucional para los NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES de ser oídos por el juez/a, que está consagrado en la Convención de derechos del NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES y es uno de los principios que informa la Ley 19.968; incluso se está implementando una sala especial para tal efecto, y actualmente se hace en privado, solo con un profesional Consejero Técnico y en una pista de audio especial y privada.

En cuanto al principio de desformalización, especialmente se plasma en el procedimiento por vulneración de derechos, pero está reñido con los 30 minutos que la Comisión D° familia de la Extma. Corte Suprema junto a la Corporación administrativa del Poder Judicial por informe de los administradores de estos Juzgado estimaron «adecuado y suficiente», y que a diferencia de sede penal, los requeridos, requirentes y NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES comparecen sin representación (en general), debido a que el Tribunal puede actuar de oficio,

ya que la Corporación de Asistencia Judicial carece de dotación amplia de abogados para asumir cargos de Curador ad litem de los NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Y en cuanto a la protección del interés superior del niños, niñas y adolescentes, ello comprende el amparo tanto de las garantías constitucionales como derechos inherentes a ser niños, niñas y adolescentes: estimo que el debido proceso está gravemente vulnerado al suprimirse los llamados Juzgados de menores proteccionales, que se crearon como una subespecialidad de los otrora Juzgados de Menores, pues ahora esta materia se conoce junto a las restantes que son competente los Juzgados de familia, y los administradores quienes por ley diseñan la agenda de audiencias no respetan el plazo sumarísimo para agenda la 1° audiencia. Los Jueces de familia del Tribunal que integro, con las falencias administrativas, del Estado y del SENAME, en que por años siguen vulnerando los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto de los que se adopta medida de protección cuando están vulnerados en su derecho a ser cuidados por su familia por carecer de esta o grave negligencias, debiendo delegar su cuidado en los llamados «hogares de menores», por las falencias y escaso control del SENAME.

2. ¿Considera usted que los jueces adoptan la medida de separación del niño, niña o adolescente, como la última opción?

Evidentemente tengo la convicción que, en general, y especialmente observando el trabajo de mis pares en el Juzgado de Familia de Pudahuel, se adopta como última posibilidad el separar a un niños, niñas y adolescentes de su familia nuclear, ya sea para que asuma su cuidado proteccional un pariente o un tercero, siendo la ULTIMA posibilidad una institución de la red SENAME. Y la razón, más que separar a un niños, niñas y adolescentes de su familia, es

que, precisamente, carecen de ella, o esta negligente en el cuidado, a tal punto que vulnera los derechos de ese niños, niñas y adolescentes, por lo que como ultima ratio se ingresa como medida de protección al cuidado de los denominados «hogares de menores». Y por las deficiencias estructurales y de organización de estas instituciones.

II. Cumplimiento de las medidas:

3. ¿Cumplen los jueces, en la práctica, el deber establecido en el artículo 78 de la ley 19.968? (Obligación de visitar los establecimientos residenciales, en un plazo máximo de 6 meses entre cada visita)

Los Jueces de Familia cumplimos con lo ordenado por el legislador en el art. 78 de la Ley 19.968 más allá de lo estipulado, pues las visitas a hogares de niños, niñas y adolescentes se están haciendo cada 3 meses, e incluso según pauta protocolar a seguir, se debe abordar temas de infraestructura técnica que es de responsabilidad de SENAME (ej. observar red eléctrica, de señalética, estado de computadores, del baño etc.), que obviamente no corresponde a la administración de justicia. Además se debe oír, al menos, al 5% de la población de niños, niñas y adolescentes residentes. En mi caso, visite el CREAD Pudahuel en agosto 2014 y al Hogar residencia Miguel Magone ahora en noviembre.

4. ¿Se establece, usualmente, un objetivo y un plazo para el cumplimiento de las medidas de protección? Si es así, ¿considera usted que el juez vela por el cumplimiento de dicho objetivo y por terminar la medida dentro del plazo establecido?

El art. 30 de la Ley 16.618 da pautas respecto a adopción de medidas de protección en el caso que se adquiera convicción de que existe algún derecho

vulnerado respecto de un niños, niñas y adolescentes; estableciendo que la duración de una medida de protección es hasta por un año. Y obviamente, el objetivo es restablecer el derecho o los derechos vulnerados: ej. terapia reparatoria por vulneración a derecho a sexualidad propia de un niños, niñas y adolescentes, por abuso sexual, o fortalecimiento de habilidades parentales de aquel padre y/ o madre gravemente negligente en su rol parental que vulnera derechos del niños, niñas y adolescentes (EJ. D° a escolaridad, a la salud por adicciones, por maltrato infantil, a tener una familia). El Juzgado de familia debe controlar que se cumpla con la medida de protección, lo que es engorroso en Juzgado como en el que trabajo: de alta dotación (13 Jueces), sin radicación, y de composición múltiple. Por eso se establece plazos para que instituciones informen situaciones actualizadas de cada niños, niñas y adolescentes, se agendan extraordinariamente audiencias de revisión de medidas de protección y la unidad de Consejo Técnico es ente coadyuvante en control de medidas de protección.

Entrevista a Evelyn Montenegro, quien trabajó como jueza del tribunal de familia de Antofagasta hasta el año 2013, realizada el día 30 de noviembre de 2014.

Criterios utilizados por jueces para aplicar medidas de protección:

1. ¿Cuál sería la definición de amenaza o vulneración de derechos de niños, niñas o adolescentes para los jueces?

Situación o condición que prive o limite el desarrollo integral de un niño, niña o adolescente o el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación vigente (sentido amplio de ley).

2. ¿Qué criterios son tomados en cuenta por el juez para adoptar la medida de separación del niño, niña o adolescente de sus padres?

Existencia de medidas anteriores de menor relevancia infructuosas, existencia de posibles cuidadores en red familiar o comunitaria, gravedad de vulneración del menor al interior del núcleo familiar y refractariedad de los padres a intervenciones, peligro de mayor vulneración al cuidado de los padres (ejemplo maltrato o abuso de los padres)

3. ¿Es la pobreza un factor relevante en su determinación? No, nunca, sobre todo considerando la red de apoyo a la que pueden acceder a nivel municipal y estatal.

4. ¿Considera usted que los jueces adoptan la medida de separación del niño, niña o adolescente, como la última opción?

Siempre, considerando además que personalmente estimo que la internación de un niño en muchos casos puede ser mayor vulneración por las falencias de las instituciones a cargo de los niños.

Cumplimiento de las medidas:

1. ¿Cumplen los jueces, en la práctica, el deber establecido en el artículo 78 de la ley 19.968? (Obligación de visitar los establecimientos residenciales, en un plazo máximo de 6 meses entre cada visita)

Sí, además de revisar judicialmente (en audiencias) la mantención o modificación de las medidas y controlando a las instituciones para la realización de trabajo (si es posible con el grupo familiar) para un pronto egreso de los menores en residencias.

2. ¿Se establece, usualmente, un objetivo y un plazo para el cumplimiento de las medidas de protección? Siempre. Si es así, ¿considera usted que el juez vela por el cumplimiento de dicho objetivo y por terminar la medida dentro del plazo establecido?

Sí, según lo indicado en punto anterior.

3. ¿Cree que el SENAME cumple con sus funciones de manera eficaz?

No. Actualmente no existe oferta de instituciones de apoyo (centros especializados para menores con problemas de consumo de drogas o con condiciones siquiátricas o medicas especiales) y tampoco las existentes cumplen (en muchos casos) con los fines para los que fueron creadas, la mayoría de las veces por falta de control o fiscalización eficaz de SENAME.

4. ¿Cuáles considera usted que serían medidas fundamentales para solucionar algunos de los problemas que existen dentro del procedimiento y cumplimiento de las medidas de protección?

Instituciones que cumplan con objetivos de apoyo en todo el espectro de posibles vulneraciones (desde educación parental a residencias), lo que pasa por supuesto por recursos económicos y control del uso eficiente de los mismos. Probablemente lo anterior pase por una reestructuración o estructuración de un organismo central (distinto a SENAME claro) que permita se cumpla con las medidas que adoptan los tribunales y dentro de los objetivos que se establecen en los procesos.

Entrevista a Jorge Manzo, licenciado en psicopedagogía, trabaja en el área educativa del centro de reclusión cerrado de Graneros, el cual está adosado con el centro de internación provisoria (CIP-CRC), realizada el 30 de agosto de 2015

1. ¿Qué opina de las condiciones e infraestructura del centro? ¿Considera que hay suficiente especialización?

SENAME funciona, pero lo que ocurre es que no lo hace de forma adecuada. Hay mucha mediación política en cuanto a que, pesar de existir muchos profesionales especializados en las distintas necesidades de los jóvenes, se da que hay muchas personas que tienen contactos políticos. Muchas veces ellos terminan trabajando en el centro, sin embargo no tienen la especialidad o la experiencia de trabajar con jóvenes infractores de ley lo que dificulta en gran medida la posibilidad de rehabilitación de estos jóvenes.

En relación a la infraestructura, el centro cuenta con las plazas necesarias, canchas de futbol, una piscina, gimnasio techado, enfermería, etc.

2. ¿Conoce alguna experiencia distinta respecto de otro centro?

La población que llega a mi centro es en su mayoría de perfiles bajos, no es lo mismo que Tiempo Joven de San Bernardo, por ejemplo, donde llegan delitos de mayor envergadura. Eso incide muchísimo. Sin embargo, conozco otros centros como el de Valdivia y el de La Serena, y todos tienen los mismos implementos e infraestructura.

3. ¿Tiene conocimiento acerca del proyecto de Levantamiento y unificación de información referente a niños, niñas y adolescentes en sistema residencial a nivel nacional levado por Unicef? ¿Se tomaron algunas medidas a partir de sus conclusiones?

Eso depende en realidad de la posición geográfica del centro. Por regla general, todas las medidas nuevas se ejecutan primero en Santiago y luego llegan a los demás centros, pero en la práctica esto ocurre mucho tiempo después. En regiones no existe la misma supervisión o el mismo control que existe ahí.

4. ¿Qué medidas cree usted que debieran tomarse para mejorar el sistema?

Desde mi punto de vista, existiría la rehabilitación si los centros de rehabilitación y la ley incluyeran todo lo que es programa de protección pero con la familia. Todos los programas van dirigidos al joven, pero nunca se contempla a la familia. Los jóvenes que salen del centro quedan literalmente botados y aislados.

En los casos en que la familia está interesada por el joven existen mayores índices de rehabilitación, pero en la práctica no existen políticas que vigilen el entorno familiar y que promuevan el seguimiento del joven una vez que ha salido del centro.